

# A CONSTITUIÇÃO POR ELAS

**A Interpretação Constitucional  
Sob a Ótica das Mulheres**

Coordenadoras:

**Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques**

**Renata Mota Maciel**

Organizadoras:

**Patrícia Pacheco Rodrigues**

**Samira Rodrigues Pereira Alves**

**Universidade Nove de Julho – UNINOVE**

Rua Vergueiro, 235/249 – 12º andar

CEP: 01504-001 – Liberdade – São Paulo, SP

Tel.: (11) 3385-9191 – [editora@uninove.br](mailto:editora@uninove.br)

COORDENAÇÃO

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES

RENATA MOTA MACIEL

ORGANIZADORAS

PATRÍCIA PACHECO RODRIGUES

SAMIRA RODRIGUES PEREIRA ALVES

# **A CONSTITUIÇÃO POR ELAS:**

## **A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

### **SOB A ÓTICA DAS MULHERES**

São Paulo

2021



© 2021 UNINOVE Todos os direitos reservados. A reprodução desta publicação, no todo ou em parte, constitui violação do *copyright* (Lei nº 9.610/98). Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer meio, sem a prévia autorização da UNINOVE.

Conselho Editorial: Eduardo Storópoli  
Maria Cristina Barbosa Storópoli  
Nadir da Silva Basilio  
Cristiane dos Santos Monteiro

*Livro digital acesso aberto e gratuito.*

*Os conceitos emitidos neste livro, e originalidade são de inteira responsabilidade dos autores.*

Arte da Capa: gentilmente cedida pela autora Andreia Tarelow

Colaboração técnica: Mariana Farias Santos de Freitas – Assistente editorial (Uninove)

Revisão gramatical e diagramação: BT Acadêmica

Revisão normativa: Cristiane dos Santos Monteiro – CRB/8-7474 (Uninove)

C756 A Constituição por elas : a interpretação constitucional sob a ótica das mulheres / Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques, Renata Mota Maciel, coordenadoras ; organizadores: Patrícia Pacheco Rodrigues e Samira Rodrigues Pereira Alves. — São Paulo : Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2021.

2591 p.

ISBN: 978-65-99038-16-7 (e-book)

Inclui índice remissivo

1. Constituição Federal 2. Mulheres no direito I. Organizadores II. Título

CDU 342.4:396.2

Catálogo na Publicação (CIP)  
Cristiane dos Santos Monteiro – CRB/8 7474

### **Índice para catálogo sistemático**

Constituições. Assembleias legislativas. Assembleias constituintes.

Assembleias nacionais 342.4

Mulheres e o direito 396.2

# SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	32
PREFÁCIO .....	33

## SEÇÃO I, 36

### INTRODUÇÃO

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO DAS MULHERES .....	40
<i>RENATA MOTA MACIEL</i>	
<i>SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES</i>	
<i>PATRÍCIA PACHECO RODRIGUES</i>	
<i>SAMIRA RODRIGUES P. ALVES</i>	

### CAPÍTULO 1

LOBBY DO BATOM E A CARTA À CONSTITUINTE: ENTREVISTA COM LÍDICE DA MATA .....	41
<i>SONIA WRIGT</i>	

### CAPÍTULO 2

PARA ALÉM DO LOBBY DO BATOM: A BANCADA FEMININA NA CONSTITUINTE DE 1988 NA LUTA PELOS DIREITOS DAS CRIANÇAS, ADOLESCENTES E IDOSOS .....	44
<i>MICHELLE ASATO JUNQUEIRA</i>	
<i>ANA CLAUDIA POMPEU TOREZAN ANDREUCCI</i>	

### CAPÍTULO 3

CONSTITUIÇÃO TEM GÊNERO? PARTICIPAÇÃO DE MULHERES NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE .....	56
<i>HELOISA FERNANDES CÂMARA</i>	

### CAPÍTULO 4

A BUSCA DO CONSTITUCIONALISMO INCLUSIVO.....	68
<i>ANA FLÁVIA MESSA</i>	

### CAPÍTULO 5

TRAJETÓRIA DOS CORPOS FEMININOS NA MOBILIZAÇÃO DO DIREITO À PARTICIPAÇÃO: DA CONSTITUINTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	79
<i>LILIAN ROSE LEMOS ROCHA</i>	
<i>NAIARA FERREIRA MARTINS</i>	

### CAPÍTULO 6

DEMOCRACIA – SUBSTANTIVO FEMININO.....	92
<i>CARMEN SILVIA VÁLIO DE ARAUJO MARTINS</i>	

## **CAPÍTULO 7**

A MULHER E OS TEXTOS HISTÓRICOS – A GÊNESE DO SEXISMO.....103

*TATHIANA LAIZ GUZELLA*

## **CAPÍTULO 8**

A CONQUISTA DE DIREITOS PELAS MULHERES, COM OU SEM A CONSTITUIÇÃO .....120

*NEIDE TERESINHA MALARD*

## **CAPÍTULO 9**

AS ONDAS DO MOVIMENTO FEMINISTA E OS DIREITOS DAS MULHERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....133

*SILVIA MARIA DA SILVEIRA LOUREIRO*

*JAÍSE MARIEN FRAXE TAVARES*

## **CAPÍTULO 10**

A CONSTITUIÇÃO PÓS-BALZAQUIANA: DAS REFERÊNCIAS FEMININAS NA NORMA À CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA GRAMÁTICA INCLUDENTE DA MULHER .....146

*ANA CARLA PINHEIRO FREITAS*

*GINA VIDAL MARCILIO POMPEU*

## **CAPÍTULO 11**

A RESILIÊNCIA DA MULHER NO ENCALCE DE SEUS DIREITOS CONSTITUCIONAIS .....162

*PRISCILA BIANCHINI DE ASSUNÇÃO ALFERES*

## **CAPÍTULO 12**

A RESILIÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 .....171

*ADRIANA CECÍLIO MARCOS DOS SANTOS*

## **CAPÍTULO 13**

OS “COCHILOS” DA CONSTITUIÇÃO NOS DEIXAM “ACORDADAS” .....183

*MARIANGELA NASCIMENTO*

## **CAPÍTULO 14**

MULHER, PRESENTE: DESAFIOS E DESDOBRAMENTOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA..... 194

*CLARICE MARIA DE JESUS D’URSO*

## **CAPÍTULO 15**

GERAÇÕES E DIREITOS DAS MULHERES NO BRASIL: DESACOPLAMENTOS NAS CONQUISTAS E DESAFIOS .....200

*IRENE PATRÍCIA NOHARA*

*GIOVANNA NONY FAILACHE DA SILVA*

## **CAPÍTULO 16**

LA CONSTITUTION: UNE FEMME .....	211
<i>ALESSIA J. MAGLIACANE</i>	

## **CAPÍTULO 17**

MULHER : CLÁUSULA PÉTREA.....	228
<i>LUCIANA ANDREA ACCORSI BERARDI</i>	

## **CAPÍTULO 18**

COM PRESENÇA, PALAVRA E PRESSÃO FEMININA/FEMINISTA: ASSIM SE FEZ, ASSIM SE LÊ O VIGENTE TEXTO CONSTITUCIONAL.....	240
<i>SALETE MARIA DA SILVA</i>	

## **CAPÍTULO 19**

LIBERDADE, LIBERDADE: ABRE AS ASAS SOBRE NÓS A LIBERDADE DE EXPRESSÃO FEMININA NO SÉCULO XXI.....	258
<i>RUTH CAROLINA RODRIGUES SGRIGNOLLI</i>	

## **CAPÍTULO 20**

L'ÉTANDART SANGLANT.....	268
<i>JEANINE NICOLAZZI PHILIPPI</i>	

## **CAPÍTULO 21**

CONSTITUIÇÃO FEMININA E A CONJUGAÇÃO DO VERBO <i>ESPERANÇAR</i> EM QUATRO VERSÕES.....	276
<i>DALDICE SANTANA</i>	
<i>INÊS VIRGINIA P. SOARES</i>	
<i>CLAUDIA PATRICIA DE LUNA</i>	

# **SEÇÃO II, 291**

## **INTRODUÇÃO**

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL FEMINISTA .....	293
<i>RENATA MOTA MACIEL</i>	
<i>SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES</i>	
<i>PATRÍCIA PACHECO RODRIGUES</i>	
<i>SAMIRA RODRIGUES P. ALVES</i>	

## **CAPÍTULO 1**

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL FEMINISTA E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	294
<i>LARISSA TOMAZONI</i>	
<i>ESTEFÂNIA BARBOZA</i>	

## **CAPÍTULO 2**

CÂNDIDO OLHAR.....	305
<i>PATRICIA POLONI GUIMARÃES</i>	

## **CAPÍTULO 3**

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL FEMINISTA E O JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO: UM ESTUDO DE CASO .....	316
<i>CHRISTINE OLIVEIRA PETER DA SILVA</i>	
<i>CAMILA COSTA MAGALHÃES DE LACERDA</i>	

## **CAPÍTULO 4**

A CONSTITUIÇÃO POR ELAS: A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SOB A ÓTICA DAS MULHERES.....	334
<i>ELZA PAULINA DE SOUZA</i>	
<i>MARIA DAS DORES ALVES DE OLIVEIRA</i>	

## **CAPÍTULO 5**

A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SOB A ÓTICA DELAS: ELLEN GRACIE NORTHFLEET .....	345
<i>ANDREIA TASSIANE ANTONACCI</i>	
<i>VALÉRIA MORINE NAGY</i>	

## **CAPÍTULO 6**

INTERPRETAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL: ESTUDOS EM HOMENAGEM À PROFESSORA MARIA GARCIA.....	353
<i>VIVIANE COELHO DE SÉLLOS-KNOERR</i>	

## **CAPÍTULO 7**

A CONSTITUIÇÃO POR ELAS: A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SOB ÓTICA DAS MULHERES “COM O OBJETIVO DE TRAZER UM OLHAR FEMININO SOBRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS” .....	361
<i>MARIZA ALVES AFFONSO</i>	

# **SEÇÃO III, 377**

## **INTRODUÇÃO**

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SOB UM OLHAR FEMININO .....	380
<i>RENATA MOTA MACIEL</i>	
<i>SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES</i>	
<i>PATRICIA PACHECO RODRIGUES</i>	
<i>SAMIRA RODRIGUES P. ALVES</i>	



## **CAPÍTULO 1**

ESTUDO QUANTITATIVO E QUALITATIVO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA .....381

*ARIANE COSTA GUIMARÃES*

*ANA CAROLINA REIS MAGALHÃES*

## **CAPÍTULO 2**

VEDAÇÃO DO USO DE RECURSOS PÚBLICOS EM PUBLICIDADE E/OU PROPAGANDA GOVERNAMENTAL E INSTITUCIONAL, FORA DAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS .....401

*JANAÍNA PASCHOAL*

## **CAPÍTULO 3**

EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004.....415

*MONICA HERMAN CAGGIANO*

## **CAPÍTULO 4**

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E EFETIVIDADE DO DIREITO: O ACESSO À JUSTIÇA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS E O USO DE MÉTODOS DERIVADOS DAS CIÊNCIAS SOCIAIS PARA O APERFEIÇOAMENTO DAS FERRAMENTAS JURÍDICAS .....437

*NATHALY CAMPITELLI ROQUE*

## **CAPÍTULO 5**

O INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL E A MATERIALIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA.....448

*GRACE MENDONÇA*

## **CAPÍTULO 6**

REFLEXÕES SOBRE DESAFIOS E (IN)CONSTITUCIONALIDADES DOS JULGAMENTOS VIRTUAIS NO STF .....455

*ANA CAROLINA ANDRADA ARRAIS CAPUTO BASTOS*

*JULIA DE BAÈRE CAVALCANTI D'ALBUQUERQUE*

## **CAPÍTULO 7**

VIDA QUE VEM DA PALHA: UM OLHAR FEMININO PARA O PRINCÍPIO DA INTERDEPENDÊNCIA NO CENÁRIO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO .....468

*LIANE MARIA SANTIAGO CAVALCANTE ARAUJO*

## **CAPÍTULO 8**

ATIVISMO JUDICIAL POSITIVO: UMA ANÁLISE A RESPEITO DO OBJETIVO REAL E OS CONTRAPONTO CONTEMPORÂNEOS DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES .....483

*SOLANGE ALMEIDA HOLANDA SILVIO*

## **CAPÍTULO 9**

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 778.889/PE.....496

*SILVIA ARAÚJO AMORIM PEREIRA BARRETTO*

*SILVIA POZZI*

## **CAPÍTULO 10**

O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: AVANÇO OU RETROCESSO NO UNIVERSO FEMININO.....506

*MARIA CRISTINA ZAINAGHI*

## **CAPÍTULO 11**

MULHER: DE OBJETO A INDIVÍDUO PELA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO CÓDIGO CIVIL.....515

*CATHARINA ORBAGE DE BRITTO TAQUARY*

## **CAPÍTULO 12**

ENCANTAMENTOS E DESAPONTAMENTOS COM A INICIATIVA POPULAR APÓS 32 ANOS DE VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ.....528

*VICTORIA CATHERINE RODRIGUES VILLAS BOAS*

*JUMÁRIA FERNANDES RIBEIRO FONSECA*

## **CAPÍTULO 13**

CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E A REGRA DE JULGAMENTO PARA AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: MAIORIA OU SUPERMAIORIA?.....540

*PAULA PESSOA PEREIRA*

## **CAPÍTULO 14**

FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL COLETIVO.....557

*FÁDUA MARIA DRUMOND CHEQUER*

*LUANA PEDROSA FIGUEIREDO CRUZ*

## **CAPÍTULO 15**

BREVES COMENTÁRIOS AO INCISO XXXII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....568

*CLAUDIA LIMA MARQUES*

*ANTONIA ESPINDOLA LONGONI KLEE*

**SEÇÃO IV, 586****INTRODUÇÃO**

AS MULHERES E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....589

*RENATA MOTA MACIEL**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES**PATRÍCIA PACHECO RODRIGUES**SAMIRA RODRIGUES P. ALVES***CAPÍTULO 1**

PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES NO SISTEMA INTERAMERICANO ..... 590

*FLÁVIA PIOVESAN***CAPÍTULO 2**LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE LA PRIMAVERA MAGREBÍ EN ARGELIA Y MARRUECOS:  
INDICADORES PRIVILEGIADOS DEL ALCANCE DEL PROCESO DE DEMOCRATIZACIÓN..... 602*MARÍA ANGUSTIAS PAREJO**EWA K. STRZELECKA***CAPÍTULO 3**ESTADO LAICO Y ESTADO PLURINACIONAL: PILARES PARA CONSTRUIR LA PAZ DESDE Y PARA  
LAS MUJERES EN LA CONSTITUCIÓN DE ECUADOR.....614*EUFEMIA SÁNCHEZ BORJA***CAPÍTULO 4**AS RELAÇÕES DIALÓGICAS DOS DIREITOS HUMANOS COMO ENUNCIADO DO CONTROLE DE  
CONVENCIONALIDADE NA INTERAÇÃO CONSTITUCIONAL.....632*MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA***CAPÍTULO 5**

DIREITOS HUMANOS X MULHERES .....648

*LAURA MARIA F. MOREIRA***CAPÍTULO 6**APORTACIONES DEL FEMINISMO INTERNACIONAL A LAS CONTROVERSIAS SOBRE LOS DERECHOS  
HUMANOS .....665*ROSER MANZANERA RUIZ***CAPÍTULO 7**DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO, BIODIREITO E BIOCONSTITUIÇÃO: BASES INTERPRETATIVAS  
BIOCONSTITUCIONAIS ENQUANTO SINÔNIMO DE EMPODERAMENTO DO SER HUMANO .....675*ANA PAULA MYSZCZUK**JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES*

**CAPÍTULO 8**

A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DO ESTRANGEIRO NO BRASIL SOB O PARADIGMA DA DIGNIDADE HUMANA PÓS-CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....689

*MARINA ANDRADE CARTAXO*

**CAPÍTULO 9**

VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI): ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 347 .....701

*ISABELA BELLINI TRANJAN*

*TAIS RAMOS*

**CAPÍTULO 10**

O ARTIGO 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA EFICÁCIA JURÍDICA: AUTODETERMINAÇÃO INDÍGENA E LEGITIMIDADE PROCESSUAL COMO NORMAS AUTOEXECUTÁVEIS .....710

*SANDRA NASCIMENTO*

**CAPÍTULO 11**

DO DIREITO À LIBERDADE, AO RESPEITO E À DIGNIDADE.....722

*ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ*

*FERNANDO LUQUE*

**SEÇÃO V, 741****INTRODUÇÃO**

A IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES .....745

*RENATA MOTA MACIEL*

*SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES*

*PATRÍCIA PACHECO RODRIGUES*

*SAMIRA RODRIGUES P. ALVES*

**CAPÍTULO 1**

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988, COMO MECANISMO INSTITUCIONAL NO CONGRESSO NACIONAL PARA O AVANÇO DAS MEDIDAS LEGISLATIVAS ADOTADAS EM FAVOR DAS MULHERES.....746

*DORINHA SEABRA REZENDE*

**CAPÍTULO 2**

A CONTRIBUIÇÃO FEMININA MUITO ALÉM DA IGUALDADE DE GÊNERO: O CASO MASSACHUSETTS V. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY (EPA) .....754

*CARÍSIA BALDIOTI SALLES VIDAL*

*BEYLA ESTHER FELLOUS*

**CAPÍTULO 3**

O ARTIGO 4º DA CONSTITUIÇÃO E A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS DE IGUALDADE DE DIREITOS ENTRE HOMENS E MULHERES: DA CONSTITUINTE À SUA EFETIVAÇÃO POR MEIO DO MERCOSUL.....764

*CLARITA COSTA MAIA*

*ELISA DE SOUSA RIBEIRO*

*JÚLIO EDSTRON S. SANTOS*

**CAPÍTULO 4**

HACIA UN ANÁLISIS INTEGRAL DE ESTEREOTIPOS: DESAFIANDO A LA GARANTÍA ESTÁNDAR DE IMPARCIALIDAD § .....802

*LAURA CLÉRICO*

**CAPÍTULO 5**

DESIGUALDADE DE GÊNERO EM PROCESSO SELETIVO: NOVAS PERSPECTIVAS COM A LGPD.....823

*ELISA HAMU ALMEIDA*

*MANUELA SIMÕES FALCÃO ALVIM DE OLIVEIRA*

**CAPÍTULO 6**

PARA LER A CONSTITUIÇÃO COM AS LENTES DE GÊNERO: O DIREITO À IGUALDADE E A NÃO DISCRIMINAÇÃO .....831

*KATYA KOZICKI*

*MARINA BONATTO*

**CAPÍTULO 7**

DIREITOS FUNDAMENTAIS E O AVANÇO DA MULHER EM RELAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....843

*MARIA LUCIA MIRANDA DE SOUZA CAMARGO*

*ROBERTA CAMPEDELLI AMBIEL GONÇALVES*

**CAPÍTULO 8**

O PAPEL DA MULHER NO “PROCESSO CIVILIZADOR” .....854

*JOSIANE ROSE PETRY VERONESE*

**CAPÍTULO 9**

UMA LEITURA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA DE MENINAS E MULHERES A PARTIR DA PERSPECTIVA DE GÊNERO.....859

*JULIANA ROSA GONÇALVES MOTA*

**CAPÍTULO 10**

DIREITOS FUNDAMENTAIS E AÇÕES AFIRMATIVAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....868

*RUTH MARIA JUNQUEIRA DE ANDRADE PEREIRA E SILVA*

*DANIELA NUNES VERÍSSIMO GIMENES*

**CAPÍTULO 11**

REFLEXÕES SOBRE IGUALDADE DE GÊNERO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA ANTIDISCRIMINATÓRIA.....884

*GRAZIELLY ALESSANDRA BAGGENSTOSS***CAPÍTULO 12**

UMA ANÁLISE SOBRE A CONDIÇÃO DA MULHER FRENTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE.....898

*MICHELE VILELA BULGARELI***CAPÍTULO 13**

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA: DIREITO PREFERENCIAL E INDISPENSÁVEL À SUSTENTAÇÃO DAS DEMOCRACIAS .....907

*CLÁUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO**LÚCIA HELENA POLLETTI BETTINI***CAPÍTULO 14**

DISCRIMINAÇÃO POSITIVA: O PROGRAMA DE TRAINEE DO MAGAZINE LUIZA .....915

*PATRÍCIA TUMA MARTINS BERTOLIN**CLARICE SEIXAS DUARTE**WALESKA MIGUEL BATISTA***CAPÍTULO 15**

O DIREITO A NÃO DISCRIMINAÇÃO E AS MÚLTIPLAS OPRESSÕES VIVIDAS POR MULHERES NEGRAS.....929

*GISLENE APARECIDA DOS SANTOS***CAPÍTULO 16**

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS DESAFIOS PARA O COMBATE À DESIGUALDADE DE GÊNERO .....940

*GABRIELA SHIZUE SOARES DE ARAUJO**JULIANA CARDOSO RIBEIRO BASTOS***CAPÍTULO 17**

DESIGUAIS ASPECTOS DA IGUALDADE DE DIREITOS ENTRE MULHERES E HOMENS PREVISTA NO ART. 50, INCISO I, DA CF. UMA ABORDAGEM CRÍTICO REFLEXIVA .....953

*CLAUDIA PATRICIA DE LUNA SILVA***CAPÍTULO 18**

A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: POR UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA AOS DIREITOS DA MULHER .....958

*KARYNA BATISTA SPOSATO**LUCIANA ABOIM DE MACHADO*

**SEÇÃO VI, 969****INTRODUÇÃO**

VIOLÊNCIA CONTRA MULHER.....972

*RENATA MOTA MACIEL*

*SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES*

*PATRÍCIA PACHECO RODRIGUES*

*SAMIRA RODRIGUES P. ALVES*

**CAPÍTULO 1**

A LEGALIDADE DA MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA NA LEI MARIA DA PENHA POR DECISÃO JUSTIFICADA DO DELEGADO DE POLÍCIA.....973

*IVANA DAVID*

**CAPÍTULO 2**

FEMINICÍDIOS CON DENUNCIA, O CON NOTICIA PREVIA EN ESPAÑA 2017. RECURSOS Y RASEROS.....984

*MARÍA DEL MAR DAZA BONACHELA*

**CAPÍTULO 3**

FERIDAS INVISÍVEIS: O COMBATE À VIOLÊNCIA DE GÊNERO FRENTE À CONSTITUIÇÃO..... 999

*MARIA LUÍSA DALLA BERNARDINA RIGOLIN*

**CAPÍTULO 4**

OS FILTROS INIBIDORES QUE ATUAM DA OCORRÊNCIA DA VIOLÊNCIA ATÉ A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA.....1010

*TATIANE MOREIRA LIMA*

**CAPÍTULO 5**

ENTRE O MUNDO REAL E O DIGITAL: UM ESTUDO SOBRE A INVASÃO DE PRIVACIDADE E A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA AO CYBERSTALKING.....1021

*CHRISTIANY PEGORARI CONTE*

*MARIA FERNANDA SOARES MACEDO*

**CAPÍTULO 6**

MULHERES TRANSGÊNERO, MARIA DA PENHA E AUTORIDADE POLICIAL .....1033

*FERNANDA LIMA MORETZSHONH DE MELLO*

*PATRICIA BURIN*

**CAPÍTULO 7**

CON MI CUERPO, NO! .....1042

*MARÍA LUJÁN PIATTI*

**CAPÍTULO 8**

A PROTEÇÃO E O HISTÓRICO DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.....1054

*REGINA CIRINO ALVES FERREIRA**PATRÍCIA BARBOSA E SILVA***CAPÍTULO 9**

VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MULHERES NO BRASIL, SOB A ÓTICA DA SEGURANÇA E SAÚDE PÚBLICAS .....1068

*MARIANA DA SILVA FERREIRA***CAPÍTULO 10**

O ATENDIMENTO À MULHER, À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA SEXUAL: A IMPORTÂNCIA DA INTEGRAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS DA SAÚDE E DE SEGURANÇA PÚBLICA DENTRO DA REDE DE PROTEÇÃO .....1082

*ELISABETE FERREIRA SATO***CAPÍTULO 11**

INTERPRETAÇÃO SEM RUÍDOS SOBRE GÊNERO NA ESCOLA: SINTONIA ENTRE NÃO DISCRIMINAÇÃO E VIDA SEM VIOLÊNCIA PARA MENINAS E MULHERES .....1094

*INGRID VIANA LEÃO**SANDRA LIA BAZZO BARWINSKI***CAPÍTULO 12**

VULNERABILIDADE E VIOLÊNCIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS ENCARCERADAS..... 1112

*NATÁLIA MACEDO SANZOVO***CAPÍTULO 13**

O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES E A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA..... 1130

*FRANCINI IMENE DIAS IBRAHIN***CAPÍTULO 14**

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA (IN)APLICABILIDADE NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER ..... 1137

*CAMILLA SAFE MAIER HAGE***CAPÍTULO 15**

DISPOSIÇÕES LEGAIS EM UMA PERSPECTIVA ANTROPOLÓGICA: COMENTÁRIOS A PARTIR DO DEBATE SOBRE EXPLORAÇÃO SEXUAL E PROSTITUIÇÃO NO BRASIL..... 1147

*ADRIANA PISCITELLI*



**CAPÍTULO 16**

BANCO GENÉTICO – ANÁLISE CONSTITUCIONAL E CRIMINOLÓGICA ..... 1162

*FABIANI MROSINSKI PEPI**ANTONIO BAPTISTA GONÇALVES***SEÇÃO VII, 1181****INTRODUÇÃO**

O PLANEJAMENTO FAMILIAR NA VISÃO DAS MULHERES ..... 1185

*RENATA MOTA MACIEL**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES**PATRÍCIA PACHECO RODRIGUES**SAMIRA RODRIGUES P. ALVES***CAPÍTULO 1**

EQUIDADE E CORRESPONSABILIDADE NA FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..... 1186

*ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS**LÍLIA NUNES DOS SANTOS***CAPÍTULO 2**

O RECONHECIMENTO DA IGUALDADE DE GÊNERO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR: UM ESTUDO DECORRENTE DA CONCEPÇÃO EVOLUTIVA DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA..... 1193

*KARIM REGINA POSSATO***CAPÍTULO 3**

A MULHER NA FAMÍLIA CONSTITUCIONAL 30 ANOS DEPOIS: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 226 DA CFRB/88 A PARTIR DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ..... 1206

*DÓRIS GHILARDI**ISADORA GOMES DE ASSIS**RENATA RAUPP GOMES***CAPÍTULO 4**

DA FAMÍLIA E DO PLANEJAMENTO FAMILIAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA LEGISLATIVO BRASILEIRO ..... 1219

*CARLA MATUCK BORBA SERAPHIM**IRMA PEREIRA MACEIRA***CAPÍTULO 5**

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO DIRETRIZ DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES: UM ESTUDO DAS FAMÍLIAS RECOMPOSTAS NO BRASIL..... 1231

*BREEZY MIYAZATO**RITA DE CÁSSIA RESQUETTI TARIFA ESPOLADOR*

**CAPÍTULO 6**

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E OS DESAFIOS PARA A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA FEMININA.....1243

*CINTIA BARUDI LOPES*

**CAPÍTULO 7**

ISONOMIA ENTRE OS CÔNJUGES: UMA CONQUISTA DA MULHER RECONHECIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....1255

*ISA GABRIELA DE ALMEIDA STEFANO*

*SANDRA LIGIAN NERLING KONRAD*

**CAPÍTULO 8**

DIREITOS REPRODUTIVOS DAS MULHERES A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....1267

*ZENAIDE MAIA*

**CAPÍTULO 9**

DIREITO À REPRODUÇÃO É UM DIREITO SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO? .....1274

*CAMILA SANTOS CURY*

**CAPÍTULO 10**

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO DE JANAÍNA APARECIDA QUIRINO.....1286

*FERNANDA GARCIA ESCANE*

*TEREZINHA DE OLIVEIRA DOMINGOS*

**CAPÍTULO 11**

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE À LUZ DO § 5º DO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A REALIDADE JURÍDICO-SOCIAL DA MULHER NO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR .....1300

*CLARICE MORAES REIS*

**CAPÍTULO 12**

DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS: HISTÓRICOS, GARANTIAS E OBSTÁCULOS NO BRASIL ..... 1309

*AMANDA LUIZE NUNES SANTOS*

*ANA CAROLINA LESSA DANTAS*

*BRUNA SANTOS COSTA*

**CAPÍTULO 13**

AVANÇOS E RECUOS NA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO EM PORTUGAL.....1323

*CRISTINA DIAS*

*ROSSANA MARTINGO CRUZ*

**CAPÍTULO 14**

OS DEBATES JUDICIAIS DO DIREITO AO ABORTO NO BRASIL: JULGANDO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO?.....1366

*ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA*  
*MELINA GIRARDI FACHIN*

**CAPÍTULO 15**

DIREITO HUMANO À LIBERDADE E A PRÁTICA ABORTIVA COMO GARANTIA DOS DIREITOS DAS MULHERES.....1383

*MAGDA MARINA FERREIRA HOFSTAETTER*

**CAPÍTULO 16**

COMO OS ESTUDOS CULTURAIS E DECOLONIAIS DEMONSTRAM O QUÃO IMPORTANTE SERIA UM OLHAR FEMINISTA PARA QUE AS NORMAS E A INTERPRETAÇÃO DELAS PUDESSE EFETIVAMENTE GARANTIR O DIREITO DAS MULHERES: O CASO DO ABORTO DECORRENTE DE VIOLÊNCIA SEXUAL.....1391

*GRAZIELA TAVARES DE SOUZA REIS*

**CAPÍTULO 17**

ATIVISMOS FEMINISTAS E A QUESTÃO DO ABORTO PROVOCADO NA CONSTITUINTE E DEPOIS.....1404

*CECILIA M. B. SARDENBERG*

**CAPÍTULO 18**

IMPACTOS DO MACHISMO NO ACESSO AO ABORTAMENTO LEGAL NO BRASIL: DISFUNÇÕES NO EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA.....1431

*MÔNICA AGUIAR*  
*AMANDA BARBOSA*

**CAPÍTULO 19**

DA POSSIBILIDADE DAS FAMÍLIAS QUE SE ENCONTRAM NA FILA PARA ADOÇÃO FUNCIONAREM COMO FAMÍLIAS ACOLHEDORAS .....1445

*JANAÍNA PASCHOAL*

**CAPÍTULO 20**

INTERPRETACIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL AL DERECHO DE CORRECCIÓN EN LA FAMILIA, EN EL MARCO DEL MOVIMIENTO POR LA ABOLICIÓN DEL CASTIGO FÍSICO .....1458

*LUZ ESTELA TOBÓN BERRIO*

**SEÇÃO VIII, 1469****INTRODUÇÃO**

O PAPEL DAS MULHERES NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS .....1474

*RENATA MOTA MACIEL**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES**PATRÍCIA PACHECO RODRIGUES**SAMIRA RODRIGUES P. ALVES***CAPÍTULO 1**

MULHER E TRABALHO: A BUSCA DA CIDADANIA FUNDADA NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE E DA IGUALDADE.....1475

*MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI***CAPÍTULO 2**

OS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: A CELEBRAÇÃO INTERROMPIDA.....1489

*MARIA PAULA DALLARI BUCCI***CAPÍTULO 3**

EXIGIBILIDADE E JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À CRECHE: AVANÇOS E PERSPECTIVAS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF.....1502

*FLAVIA DANIELLE SANTIAGO LIMA***CAPÍTULO 4**

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....1516

*IVETTE SENISE FERREIRA***CAPÍTULO 5**

VALORIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NA REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO (EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45 DE 2004).....1530

*ANA CECILIA SAMPAIO DE MARTINO***CAPÍTULO 6**

A DESIGUALDADE ENTRE GÊNEROS NO MERCADO DE TRABALHO E SUA GARANTIA NA CONSTITUIÇÃO .....1538

*FABIANA TRONENKO***CAPÍTULO 7**

O TRABALHO DOS MIGRANTES E O DIÁLOGO ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A AGENDA 2030 DA ONU NA PROTEÇÃO ÀS MULHERES E MENINAS.....1548

*ELISAIDE TREVISAM**DANIELA ROCHA RODRIGUES PERUCA*

**CAPÍTULO 8**

MULHERES E INTERCULTURALIDADE: O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NA BUSCA POR JUSTIÇA SOCIAL .....1563

*CAROLINA DE ALBUQUERQUE*

*NATHALIA LIMA*

*SOLANGE TELES DA SILVA*

**CAPÍTULO 9**

COMPLEXIDADES DO DIREITO À IGUALDADE: LICENÇA-MATERNIDADE/LICENÇA-PATERNIDADE E O DIREITO AO PAI.....1578

*MARIA GARCIA*

**CAPÍTULO 10**

A REGULAMENTAÇÃO COM AMPLIAÇÃO DA LICENÇA-PATERNIDADE COMO AÇÃO AFIRMATIVA PARA A EFETIVAÇÃO DO ARTIGO 5º DA CF/88 .....1586

*REJANE DA SILVA SÁNCHEZ*

**CAPÍTULO 11**

A EDUCAÇÃO PARA O ACESSO À JUSTIÇA PELAS MULHERES: DA IDENTIFICAÇÃO DE DIREITOS A SUA EFETIVIDADE.....1600

*ADRIANA SILVA MAILLART*

*SÍLVIA ANDRÉIA VASCONCELOS*

**CAPÍTULO 12**

EDUCAÇÃO E PODER: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A EDUCAÇÃO FEMININA NO BRASIL.....1612

*DANIELLE ANNE PAMPLONA*

*JULIANA BERTHOLDI*

**CAPÍTULO 13**

ENTRE O DIREITO DE AMAMENTAR E O DIREITO DE ESTUDAR: ROMPENDO AS BARREIRAS DE GÊNERO NO ACESSO À PÓS-GRADUAÇÃO NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO .....1624

*FABÍOLA SUCASAS NEGRÃO COVAS*

**CAPÍTULO 14**

O FEDERALISMO FINANCEIRO E O DESAFIO DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL.....1650

*CARLA NOURA TEIXEIRA*

*YASMIN SALES SILVA CARDOSO*

**CAPÍTULO 15**

AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO INCLUSIVA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....1664

*FLÁVIA PIVA ALMEIDA LEITE*

*MARIA CRISTINA TEIXEIRA*

**CAPÍTULO 16**

A EDUCAÇÃO DE GÊNERO COMO MECANISMO GARANTIDOR DA IGUALDADE SOCIAL.....1673

*ANDRESSA LACK SILVEIRA E SILVA**CAMILA DE AZEVEDO ANTUNES***CAPÍTULO 17**

MULHER COM DEFICIÊNCIA E SEUS DIREITOS RECONHECIDOS .....1682

*RENATA LIMA DE ANDRADE CRUPPI***CAPÍTULO 18**A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES INTERNACIONAIS PERANTE A ORDEM JURÍDICA  
BRASILEIRA: UM OLHAR SOBRE O JULGAMENTO DA EXTRADIÇÃO 1.362/DF.....1694*ANA FLAVIA VELLOSO***CAPÍTULO 19**EQUIDADE DE GÊNERO EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA: UM ESTUDO A PARTIR DE DOIS  
PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....1704*DESDÊMOMA TENÓRIO DE BRITO TOLEDO ARRUDA***CAPÍTULO 20**UM OLHAR CONSTITUCIONAL SOBRE A MULHER EM FACE À PANDEMIA DO CORONAVÍRUS:  
MATERNIDADE, AFAZERES DO LAR E TRABALHO .....1712*KARIN BHERING ANDRADE**IRIS SOIER DO NASCIMENTO DE ANDRADE***CAPÍTULO 21**DISPUTAS REPRESENTATIVAS SOBRE A PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER NO  
CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DO STF .....1725*CAROLINA SOARES CASTELLIANO LUCENA DE CASTRO***CAPÍTULO 22**

AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO.....1737

*THAÍS MARAFANTI***CAPÍTULO 23**

A CAVERNA DA IGNORÂNCIA.....1748

*MARIA VALÉRIA NOVAES SANTOS***CAPÍTULO 24**

PROIBIÇÃO DE EDUCAÇÃO SOBRE GÊNERO: UMA PATENTE INCONSTITUCIONALIDADE..... 1759

*ANA CLARA TOSCANO ARANHA PEREIRA**ANNA CATHARINA MACHADO NORMANTON*

**CAPÍTULO 25**

A SUSTENTABILIDADE PREVIDENCIÁRIA E A DIFERENÇA DE IDADE ENTRE HOMENS E MULHERES PARA FINS DE APOSENTADORIA .....1774

*ZÉLIA LUIZA PIERDONÁ*

*CARLA FERREIRA LOPES DA SILVA QUEIROZ*

**CAPÍTULO 26**

A SAÚDE E SUA REGULAÇÃO NO BRASIL .....1786

*CAMILA BARRETO PINTO SILVA*

**CAPÍTULO 27**

O SIGNIFICADO JURÍDICO DE “SAÚDE COMO DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO” ..... 1802

*DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI*

*MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA*

**CAPÍTULO 28**

IMPORTÂNCIA DO TRABALHO PARA A REINVENÇÃO DA EMANCIPAÇÃO FEMININA NO BRASIL: ANÁLISE CONSTITUCIONAL.....1820

*MAURINICE EVARISTO WENCESLAU*

*BRUNA CONCEIÇÃO XIMENES DE ARAÚJO*

**CAPÍTULO 29**

O DIREITO DAS MULHERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AO TRABALHO E EMPREGO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE .....1835

*PATRÍCIA PACHECO RODRIGUES*

*SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES*

*SAMIRA RODRIGUES PEREIRA ALVES*

**CAPÍTULO 30**

LEGISLAÇÃO TRABALHISTA TEM DE GARANTIR SUSTENTABILIDADE AO CAPITAL E TRABALHO.....1845

*GILDA FIGUEIREDO FERRAZ DE ANDRADE*

**CAPÍTULO 31**

UM OLHAR FEMININO SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA.....1855

*FLÁVIA DE ALMEIDA VIVEIROS DE CASTRO*

**CAPÍTULO 32**

DIREITO À ANCESTRALIDADE: DO DIREITO CONSTITUCIONAL À VERDADE SOBRE A PRÓPRIA ORIGEM GENÉTICA EM CASOS DE CÂNCER DE MAMA.....1864

*ADALGISA PIRES FALCÃO*

*MAÍRA FELTRIN ALVES*

**CAPÍTULO 33**

GÊNERO, EDUCAÇÃO E DEMOCRACIA .....	1872
<i>RAFAELA CALDEIRA GONÇALVES</i>	

**SEÇÃO IX, 1884****INTRODUÇÃO**

AS MULHERES NAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA E NO PODER JUDICIÁRIO.....	1887
<i>RENATA MOTA MACIEL</i>	
<i>SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES</i>	
<i>PATRÍCIA PACHECO RODRIGUES</i>	
<i>SAMIRA RODRIGUES P. ALVES</i>	

**CAPÍTULO 1**

A IGUALDADE DE GÊNEROS PRECONIZADA NA CONSTITUIÇÃO E A BARREIRA INVISÍVEL PARA ASCENSÃO DAS MULHERES ADVOGADAS.....	1889
<i>MARISA CHAVES GAUDIO</i>	

**CAPÍTULO 2**

ASSÉDIO E VIOLÊNCIA NO AMBIENTE DE TRABALHO: POR UMA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E PRERROGATIVAS DA MULHER ADVOGADA SOB A LUZ DO ARTIGO 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	1897
<i>ANA KAROLINA SOUSA DE CARVALHO NUNES</i>	

**CAPÍTULO 3**

AS CONQUISTAS DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO E A ADVOCACIA FEMININA NA CONTEMPORANEIDADE.....	1902
<i>CHRISTIANE HESSLER FURCK</i>	

**CAPÍTULO 4**

MACHISMO ESTRUTURAL E O DIREITO À LIBERDADE DE TRABALHO E PROFISSÃO NA CARREIRA DA MULHER ADVOGADA: DESAFIOS E PERSPECTIVAS.....	1915
<i>CHRISTIANE DO VALE LEITÃO</i>	
<i>RAQUEL ANDRADE</i>	

**CAPÍTULO 5**

A IGUALDADE CONSTITUCIONAL E A REPRESENTATIVIDADE FEMININA NA ADVOCACIA.....	1923
<i>CAROLINE MARIA VIEIRA LACERDA</i>	

**CAPÍTULO 6**

O DEVER DE JULGAR COM PERSPECTIVA DE GÊNERO, A DIGNIDADE HUMANA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	1933
<i>MARIA DOMITILA PRADO MANSUR</i>	



**CAPÍTULO 7**

ESTUDO SOBRE GÊNERO E RAÇA: MOBILIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO .....1945

*RENATA MIRANDA LIMA*

*LUCIANA DE TOLEDO TEMER LULIA*

**CAPÍTULO 8**

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E A REPRESENTATIVIDADE FEMININA NOS PODERES ESTATAIS .....1963

*TÂNIA REGINA SILVA RECKZIEGEL*

*GABRIELA BRANDÃO SÉ*

**CAPÍTULO 9**

REPRESENTAÇÃO FEMININA NO PODER JUDICIÁRIO E NA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: TEMPO, DINÂMICAS, CONSTITUIÇÃO E TRANSFORMAÇÃO .....1975

*MANUELLITA HERMES*

*TAHIANA VIEIRA*

**CAPÍTULO 10**

QUANDO O ESTADO DE COISAS É INCONSTITUCIONAL: SOBRE O LUGAR DO PODER JUDICIÁRIO NO PROBLEMA CARCERÁRIO .....1991

*MAÍRA MACHADO*

**CAPÍTULO 11**

A POLÍCIA JUDICIÁRIA NO ESTADO DE DIREITO E SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: POR UM CONTROLE DEMOCRÁTICO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA .....2015

*RAQUEL KOBASHI GALLINATI LOMBARDI*

**CAPÍTULO 12**

ENTREVISTA: REPRESENTATIVIDADE DA MULHER NA POLÍCIA MILITAR – ENTREVISTADA: ANA PAULA DE OLIVEIRA NASCIMENTO JANKAUSKAS .....2023

*MICHELE MATIAS MALHEIRO ASSAD*

**SEÇÃO X, 2030****INTRODUÇÃO**

A PARTICIPAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA .....2033

*RENATA MOTA MACIEL*

*SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES*

*PATRÍCIA PACHECO RODRIGUES*

*SAMIRA RODRIGUES P. ALVES*

**CAPÍTULO 1**

IGUALDADE DE GÊNERO: O IMPACTO DA LEI DE COTAS NA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA FEMININA BRASILEIRA.....2034

*ENEIDA ORBAGE DE BRITTO TAQUARY*

**CAPÍTULO 2**

MULHERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ESPAÇO AINDA EM ABERTO .....2046

*KAMILE MOREIRA CASTRO*

**CAPÍTULO 3**

AS REGRAS DO JOGO CONSTITUCIONAL: FILIAÇÃO E CANDIDATURAS FEMININAS .....2052

*MARILDA DE PAULA SILVEIRA*

**CAPÍTULO 4**

O ABUSO DE PODER PARTIDÁRIO NO CONTEXTO DA SUB-REPRESENTAÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES.....2067

*MARGARETE COELHO*

**CAPÍTULO 5**

PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA POLÍTICA: VALORES E DIREITOS PARA PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO ELEITORAL .....2079

*ISNALDA DE SOUZA DA SILVA GONDIM*

*JOSÉ LUIZ GONDIM DOS SANTOS*

**CAPÍTULO 6**

FEMINIDAD VIOLENTADA: UNA HISTORIA LEGISLATIVA CONTRA MULIERIS.....2089

*ROSALÍA RODRÍGUEZ LÓPEZ*

**CAPÍTULO 7**

MULHERES NA LINHA DE FRENTE: CONQUISTA DA CIDADANIA E ATUAÇÃO POLÍTICA NAS CONSTITUIÇÕES DE 1934 E 1988 .....2100

*ANA PAULA GIAMARUSTI CARVALHO*

*HANNAH MARUCI AFLALO*

**CAPÍTULO 8**

O DIREITO DAS MULHERES E A IGUALDADE: O DIREITO AO VOTO E A CIDADANIA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 .....2113

*MÁRCIA CRISTINA DE SOUZA ALVIM*

**CAPÍTULO 9**

POLITIZAÇÃO FEMININA – A INSERÇÃO DAS MULHERES NA POLÍTICA .....2122

*SIDNEIA CATARINA TOBIAS*

**CAPÍTULO 10**

DIREITOS POLÍTICOS DAS MINORIAS POLÍTICAS: PERSPECTIVAS DE GÊNERO A LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL .....2140

*CRISTINA MARIA GAMA NEVES DA SILVA*

*EMMA ROBERTA PALÚ BUENO*

**CAPÍTULO 11**

OS GOVERNOS LIDERADOS POR MULHERES DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 SOB A PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA .....2152

*NINA TRÍCIA DISCONZI RODRIGUES PIGATO*

*KATIELE DAIANA DA SILVA REHBEIN*

**CAPÍTULO 12**

LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN CARGOS DE DECISIÓN EN ARGENTINA: LOGROS Y DESAFÍOS .....2167

*LILIANA RONCONI*

*AGOSTINA DANIELA GONZÁLEZ*

**CAPÍTULO 13**

NEM VEDAÇÃO, NEM MUTAÇÃO: UMA INTERPRETAÇÃO DO ART. 57, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO .....2179

*ROBERTA SIMÕES NASCIMENTO*

**CAPÍTULO 14**

EDUCACIÓN FEMINISMO Y POLÍTICA – ISABEL KING Y FENIA CHERTCOFF: PIONERAS .....2192

*CELIA GLADYS LÓPEZ*

**CAPÍTULO 15**

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE COMO FONTE PARA O COMBATE À SUB-REPRESENTAÇÃO DE MULHERES NA POLÍTICA: EM BUSCA DE UMA DEMOCRACIA FORTE .....2204

*LAURA ASTROLABIO DOS SANTOS*

**CAPÍTULO 16**

PARIDADE DE GÊNERO E A REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA MULHER À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA .....2213

*NICOLE GONDIM PORCARO*

*POLIANNA PEREIRA DOS SANTOS*

**CAPÍTULO 17**

DERECHOS EDUCATIVOS, CIUDADANÍA Y COLECTIVOS DE MUJERES INVISIBLES: TRES CASOS DESDE LA TRANSICIÓN POLÍTICA ESPAÑOLA HASTA NUESTROS DÍAS .....2232

*ALBA SIERRA RODRÍGUEZ*

*VICTORIA ROBLES SANJUÁN*

**SEÇÃO XI, 2243****INTRODUÇÃO**

O MEIO AMBIENTE E AS MULHERES.....2245

*RENATA MOTA MACIEL**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES**PATRÍCIA PACHECO RODRIGUES**SAMIRA RODRIGUES P. ALVES***CAPÍTULO 1**

HARMONIA COM A NATUREZA: UM PARADIGMA BIOCÊNTRICO PARA O DIREITO.....2246

*MARIANA RIBEIRO SANTIAGO***CAPÍTULO 2**

A TUTELA AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: INTERPRETAÇÃO DO ART. 255 PARA O ALCANCE DE UM DESENVOLVIMENTO MAIS EQUILIBRADO.....2262

*LÍVIA GAIGHER BÓSIO CAMPELLO**ANA CAROLINA VIEIRA DE BARROS***CAPÍTULO 3**

DESASTRES E MULHERES: UMA ANÁLISE SOBRE O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL PARA A PRIORIZAÇÃO E AMPLIAÇÃO DA REPRESENTATIVIDADE DAS MULHERES NA GESTÃO DE DESASTRES NO BRASIL.....2274

*KARINA DENARI GOMES DE MATTOS**MÔNICA SAPUCAIA MACHADO***CAPÍTULO 4**

A CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMA: A INEXORÁVEL LIGAÇÃO ENTRE A PROTEÇÃO DA VIDA E A PROTEÇÃO DA FAUNA .....2287

*ELIANA FRANCO NEME***SEÇÃO XII, 2301****INTRODUÇÃO**

O PAPEL DA MULHER NAS RELAÇÕES ECONÔMICAS, TRIBUTÁRIAS E EMPRESARIAIS .....2304

*RENATA MOTA MACIEL**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES**PATRÍCIA PACHECO RODRIGUES**SAMIRA RODRIGUES P. ALVES*

**CAPÍTULO 1**

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: BREVE RETROSPECTIVA HISTÓRICA COM RELAÇÃO ÀS PATENTES DE INVENÇÃO .....2305

*PATRICIA AURÉLIA DEL NERO*

**CAPÍTULO 2**

A LIBERDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 88 E O QUE NEM PRECISARIA SER DITO... .....2319

*UNIE CAMINHA*

**CAPÍTULO 3**

O ENGAJAMENTO DAS EMPRESAS COM OS VALORES SOCIAIS: COMPROMISSO COM O FUTURO .....2332

*TANIA BAHIA CARVALHO SIQUEIRA*

**CAPÍTULO 4**

O ARTIGO 219 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O COMBATE À CORRUPÇÃO COMO MECANISMOS DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO NACIONAL .....2349

*GRACE LADEIRA GARBACCIO*

*SARA DE ASSIS AQUINO*

**CAPÍTULO 5**

LIVRE INICIATIVA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE QUANTO A REPRESENTAÇÃO DAS MULHERES NA GESTÃO DE EMPRESAS .....2359

*ALINE APARECIDA SANTOS COSTA PEGHINI*

*SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES*

**CAPÍTULO 6**

COMÉRCIO ELETRÔNICO E A RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR EM TEMPOS DE PANDEMIA .....2377

*PATRICIA MARTINEZ ALMEIDA*

*HEITOR ROMERO MARQUES*

*NÁTHALIE CAROLINE BAZANIN*

**CAPÍTULO 7**

O DIREITO À INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A QUESTÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE DAS MULHERES NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO .....2391

*ANA ELIZABETH LAPA WANDERLEY CAVALCANTI*

*JULIANA LEANDRA MARIA NAKAMURA GUILLEN DESGUALDO*

**CAPÍTULO 8**

O DIREITO À INFORMAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL NA SOCIEDADE DA  
INFORMAÇÃO .....2406

*ANNA CAROLINA CUDZYNOWSKI*

*SAMYRA HAYDÉE DAL FARRA NASPOLINI*

**CAPÍTULO 9**

O DIREITO À PRIVACIDADE PARA AS MULHERES: UMA MUDANÇA DE LÓGICA JURÍDICA A PARTIR  
DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS .....2417

*RUTH M. P. SANTOS*

*TATIANE PEPE DE ALMEIDA GENARO*

**CAPÍTULO 10**

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS .....2431

*CÍNTIA ROSA PEREIRA DE LIMA*

*CRISTINA GODOY BERNARDO DE OLIVEIRA*

**CAPÍTULO 11**

A INCLUSÃO DIGITAL E CIBERCIDADANIA .....2442

*DOLORES PEREIRA RIBEIRO COUTINHO*

*PATRICIA MARTINEZ ALMEIDA*

*MARIA LAURA DUTRA FONSECA*

**CAPÍTULO 12**

LIBERDADE DE INICIATIVA E “LIVRES MERCADOS”: OS PRESSUPOSTOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS  
PARA UMA ECONOMIA DE MERCADO REALMENTE LIVRE .....2453

*ANA FRAZÃO*

**CAPÍTULO 13**

SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: UMA REFORMA NECESSÁRIA E  
URGENTE .....2475

*DENISE LUCENA CAVALCANTE*

**CAPÍTULO 14**

REFORMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIA: TENDÊNCIAS E DESAFIOS .....2484

*RENATA CORREIA CUBAS*

**CAPÍTULO 15**

INVESTIMENTOS ESG E SEUS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS .....2492

*RENATA WEINGRILL LANCELLOTTI*

**CAPÍTULO 16**

A EVOLUÇÃO SOCIAL CULTURAL DO SUPERENDIVIDAMENTO FEMININO .....2501

*MÔNICA DI STASI*

**CAPÍTULO 17**

UM OLHAR MAIS CONSTITUCIONAL PARA O IMBRÓGLIO DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS  
PESSOAS COLETIVAS: A PROBLEMÁTICA DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE .....2515

*GABRIELA SEGARRA*

**AUTORES, 2530**

**ÍNDICE REMISSIVO, 2583**

## AGRADECIMENTOS

Agradecemos à Universidade Nove de Julho por proporcionar a realização de um sonho, que é a edição da obra “A Constituição por elas: a interpretação constitucional sob a ótica das mulheres”.

Também registramos nossos sinceros agradecimentos a toda equipe editorial da Uninove: Cristiane dos Santos Monteiro, Gabryela Correa de Medeiros, Mariana Farias Santos de Freitas, Mayara Fioravante Alves e Nadir da Silva Basílio, pela dedicação e pelo trabalho impecável, sem as quais a publicação dessa obra não seria possível.

Agradecemos a generosidade da fotógrafa Andreia Tarelov pela linda capa do livro.

Por fim, destacamos em especial, a nossa querida Magnífica Pró-Reitora Acadêmica Maria Cristina Storopoli, que com sua generosidade costumeira nos incentivou na empreitada desta obra, nos proporcionando todos os meios necessários para sua realização e publicação. É um exemplo de mulher empoderada e motivo de orgulho e inspiração para todas nós.



## PREFÁCIO

Recebi com muita honraria o convite para prefaciar esta obra, coordenada pelas professoras Renata Mota Maciel e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques sob o título *A Constituição por elas: a interpretação constitucional sob a ótica das mulheres*, que culmina no elevado evento *O Capitalismo Humanista Feminino*, sediado pela Universidade 9 de Julho, em dezembro de 2021.

Nos dias atuais, tem sido recorrente divulgar e estudar temas como feminismo, sororidade, igualitarismo e outras pautas ligadas ao gênero e à condição da mulher. Trata-se de uma renovação positiva de ondas históricas, cujas principais manifestações deram-se no final do século XIX e início do século XX, com o movimento das sufragistas, e, na década de 1960, como um subproduto da contracultura e das contestações aos valores tradicionais, marcadamente após 1968.

No primeiro quartel do século XXI, essas tendências renovaram-se, embora, como já salientei, não se possa nelas reconhecer um elemento de originalidade absoluta. A grande diferença do que ocorre hoje é uma transversalidade dessa perspectiva sobre o papel feminino na sociedade, na empresa, no serviço público e na família. Não há mais uma conexão de tais pautas com uma corrente ideológica. Deu-se um transbordamento para além das tradicionais fronteiras de esquerda e direita. Exemplo disso está nos discursos e nas ações da ex-chanceler Angela Merkel, uma política vinculada à tradicional agremiação democrata-cristã da Alemanha.

Se o reconhecimento da mulher era uma questão conectada com discursos igualitários de extração marxista, maoísta ou socialista, hoje ele mais se aproxima de uma luta por dignidade, reconhecimento e igualdade substancial. Essa libertação das balizas que até então conduziam esse debate teve inúmeras vantagens. A mais saliente, contudo, foi a de ampliar o espectro de discussão e de participantes dessa luta em prol da correção de assimetrias históricas.

A mulher ainda ocupa posições minoritárias nos conselhos de administração de empresas, nos ministérios, nos tribunais, nos sindicatos, na direção de partidos políticos, nas universidades e em todos os espaços públicos destinados ao desenvolvimento profissional em suas mais diversas expressões. Quase todas as que se dispõem a conciliar os legítimos valores da família, da conjugalidade e da maternidade são afrontadas com perguntas brutais – expressas de modo explícito ou de modo implícito – tais como: por que estais aqui? Quem lhe deu o direito de falar neste espaço? Por que não se conforma com a invisibilidade?

Essas indagações brutais, repito a qualificação à falta de melhor adjetivo, não são apenas formuladas por homens misóginos e atrasados. Elas são lançadas, de modo objetivo ou metafórico, por homens que se dizem progressistas ou mesmo por aqueles que sofrem discriminações de gênero ou sexualidade. Escondidas em um biombo de autoindulgência ou de hipocrisia, essas pessoas são a quinta-coluna do processo emancipatório, especialmente por se prevalecerem de uma tolerância velada por causa de seu lugar de fala, assegurado pelas mesmas razões que os levam a sofrer discriminações.

Na universidade, as assimetrias e os déficits emancipatórios são ainda maiores e ainda mais desconhecidos. Em áreas duras das Ciências (puras ou aplicadas), o número de mulheres docentes é ínfimo. E mesmo as que conseguem vencer todos os desafios para alcançar cátedras ainda têm de superar toda uma sorte de práticas discriminatórias, intimidatórias e desrespeitosas, quase todas catalogadas por cientistas sociais e antropólogos (*aslighting, mansplaining, maninterrupting e bropropriating*).

Posso afirmar, como presidente da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, ex-reitora da Instituição Toledo de Ensino – ITE-Bauru e professora universitária na disciplina de Direitos Humanos e Direito Constitucional há mais de duas décadas, que tais realidades não me são indiferentes. Mais do que isso. Tenho liberdade e legitimidade para defender que o igualitarismo profissional e as políticas promocionais para a equalização entre homens e mulheres não são mais um privilégio de um segmento social ou político.

Ao mesmo tempo, é importante salientar que o engajamento nessas lutas não pode se confundir com uma disputa frívola ou maliciosa por posições de poder. A ocupação de espaços faz parte da dinâmica das organizações. Max Weber já mapeou todo esse processo no âmbito da burocracia e dos estamentos. Não há nada de novo sobre o sol quanto a isso. O que há de novo é também o risco da subversão da sororidade, um conceito que ganhou prestígio na última década. Infelizmente, essa sororidade é muito raramente posta em prática nos silenciosos embates quotidianos, público ou privados, nos quais a autoridade e a dignidade das mulheres são postas em causa. Parece haver uma sororidade de ocasião, que poderá, a médio prazo, mais prejudicar do que auxiliar a luta feminina.

Uma das tarefas essenciais nesse processo de compartilhamento da luta feminina (e não apenas feminista) está na apropriação dos espaços de pesquisa e de divulgação do conhecimento científico. A CAPES, uma instituição de 70 anos, só foi presidida por três mulheres até hoje, além de minha pessoa, sendo eu a primeira com formação em Direito. Todas nós três ocupamos essa posição em momentos de crise ou de fratura social. E cada uma de nós, ao seu modo e com suas qualificações específicas, contribuimos para a preservação e a continuidade do sistema brasileiro de pós-graduação.

Essa referida apropriação dá-se também por meio de obras como a que tenho o privilégio de prefaciar. Trata-se da presente publicação.

O livro constitui-se em uma obra coletiva, com a participação de dezenas de professoras universitárias brasileiras e estrangeiras, que perpassa os mais importantes temas do Direito Constitucional positivo com o diferenciado (e a diferenciação do) olhar feminino. Direitos humanos, direitos sociais, jurisdição constitucional, interpretação constitucional, Direito Ambiental, Direito Eleitoral, Direito Econômico, Direito Empresarial e Direito Tributário, além de questões específicas sobre a condição feminina (planejamento familiar, igualdade de oportunidades, participação feminina na política e nas carreiras de Estado) são os objetos dos capítulos dessa extensa e verticalizada obra.

A publicação desse verdadeiro tratado sobre temas constitucionais diretos ou reflexos é um marco em uma nova literatura jurídica que se tem dado a conhecer na última década. Não vejo nesse livro, ao contrário do que se possa supor, uma obra de nicho ou que divulgue um pensamento de gueto sobre o Direito. Trata-se de uma contribuição de mulheres, com a sensibilidade feminina, para o Direito e sobre o Direito. Ela responde a uma demanda cada vez maior de oferta de fontes femininas e permite também, por outro lado, a citação de autoras, algo ainda incrivelmente raro em acórdãos e textos de doutrina.

Nesse aspecto, o livro coordenado pelas professoras Renata Mota Maciel e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques insere-se nas linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da UniNove, cuja diretor é o professor Ricardo Sayeg, um pesquisador de grande sensibilidade para as questões humanísticas e que tem contribuído para o país em diversos segmentos, especialmente no Conselho Superior da CAPES, posição que já ocupa em segundo mandato.

Ofereço à comunidade jurídica esse importante livro com o sentimento de que se está diante de um marco na literatura constitucional brasileira. Espero que a mesma sensibilidade das coordenadoras e das autoras possam inspirar leitores e leitoras para a relevância do olhar, do papel e da voz das mulheres no Direito e na vida. Afinal, somos mulheres, somos mães, avós, filhas e (também) ocupamos nossos lugares na esfera pública. Com desigualdade, muitas vezes. Mas com dignidade e soberania.

Brasília, Distrito Federal, 2 de dezembro de 2021

CLAUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO

*Presidente da CAPES*

# SEÇÃO I

## A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO DAS MULHERES

## SUMÁRIO SEÇÃO I

**INTRODUÇÃO**

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO DAS MULHERES ..... 40

*RENATA MOTA MACIEL**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES**PATRICIA PACHECO RODRIGUES**SAMIRA RODRIGUES P. ALVES***CAPÍTULO 1**

LOBBY DO BATOM E A CARTA À CONSTITUINTE: ENTREVISTA COM LÍDICE DA MATA ..... 41

*SONIA WRIGT***CAPÍTULO 2**

PARA ALÉM DO LOBBY DO BATOM: A BANCADA FEMININA NA CONSTITUINTE DE 1988 NA LUTA PELOS DIREITOS DAS CRIANÇAS, ADOLESCENTES E IDOSOS..... 44

*MICHELLE ASATO JUNQUEIRA**ANA CLAUDIA POMPEU TOREZAN ANDREUCCI***CAPÍTULO 3**

CONSTITUIÇÃO TEM GÊNERO? PARTICIPAÇÃO DE MULHERES NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE .....56

*HELOISA FERNANDES CÂMARA***CAPÍTULO 4**

A BUSCA DO CONSTITUCIONALISMO INCLUSIVO..... 68

*ANA FLÁVIA MESSA***CAPÍTULO 5**

TRAJETÓRIA DOS CORPOS FEMININOS NA MOBILIZAÇÃO DO DIREITO À PARTICIPAÇÃO: DA CONSTITUINTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..... 79

*LILIAN ROSE LEMOS ROCHA**NAIARA FERREIRA MARTINS***CAPÍTULO 6**

DEMOCRACIA – SUBSTANTIVO FEMININO ..... 92

*CARMEN SILVIA VÁLIO DE ARAUJO MARTINS***CAPÍTULO 7**

A MULHER E OS TEXTOS HISTÓRICOS – A GÊNESE DO SEXISMO..... 103

*TATHIANA LAIZ GUZELLA***CAPÍTULO 8**

A CONQUISTA DE DIREITOS PELAS MULHERES, COM OU SEM A CONSTITUIÇÃO ..... 120

*NEIDE TERESINHA MALARD*

**CAPÍTULO 9**

AS ONDAS DO MOVIMENTO FEMINISTA E OS DIREITOS DAS MULHERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..... 133

*SILVIA MARIA DA SILVEIRA LOUREIRO**JAÍSE MARIEN FRAXE TAVARES***CAPÍTULO 10**

A CONSTITUIÇÃO PÓS-BALZAQUIANA: DAS REFERÊNCIAS FEMININAS NA NORMA À CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA GRAMÁTICA INCLUDENTE DA MULHER..... 146

*ANA CARLA PINHEIRO FREITAS**GINA VIDAL MARCILIO POMPEU***CAPÍTULO 11**

A RESILIÊNCIA DA MULHER NO ENCALCE DE SEUS DIREITOS CONSTITUCIONAIS ..... 162

*PRISCILA BIANCHINI DE ASSUNÇÃO ALFERES***CAPÍTULO 12**

A RESILIÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 ..... 171

*ADRIANA CECÍLIO MARCOS DOS SANTOS***CAPÍTULO 13**

OS “COCHILOS” DA CONSTITUIÇÃO NOS DEIXAM “ACORDADAS” ..... 183

*MARIANGELA NASCIMENTO***CAPÍTULO 14**

MULHER, PRESENTE: DESAFIOS E DESDOBRAMENTOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA..... 194

*CLARICE MARIA DE JESUS D'URSO***CAPÍTULO 15**

GERAÇÕES E DIREITOS DAS MULHERES NO BRASIL: DESACOPLAMENTOS NAS CONQUISTAS E DESAFIOS.....200

*IRENE PATRÍCIA NOHARA**GIOVANNA NONY FAILACHE DA SILVA***CAPÍTULO 16**

LA CONSTITUTION: UNE FEMME .....211

*ALESSIA J. MAGLIACANE***CAPÍTULO 17**

MULHER : CLÁUSULA PÉTREIA..... 228

*LUCIANA ANDREA ACCORSI BERARDI***CAPÍTULO 18**

COM PRESENÇA, PALAVRA E PRESSÃO FEMININA/FEMINISTA: ASSIM SE FEZ, ASSIM SE LÊ O VIGENTE TEXTO CONSTITUCIONAL..... 240

*SALETE MARIA DA SILVA***CAPÍTULO 19**

LIBERDADE, LIBERDADE: ABRE AS ASAS SOBRE NÓS A LIBERDADE DE EXPRESSÃO FEMININA NO SÉCULO XXI .....258

*RUTH CAROLINA RODRIGUES SGRIGNOLLI*

**CAPÍTULO 20**

L'ÉTANDART SANGLANT.....	268
<i>JEANINE NICOLAZZI PHILIPPI</i>	

**CAPÍTULO 21**

CONSTITUIÇÃO FEMININA E A CONJUGAÇÃO DO VERBO <i>ESPERANÇAR</i> EM QUATRO VERSÕES.....	276
<i>DALDICE SANTANA</i>	
<i>INÊS VIRGINIA P. SOARES</i>	
<i>CLAUDIA PATRICIA DE LUNA</i>	

# INTRODUÇÃO

## A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO DAS MULHERES

**Renata Mota Maciel**

**Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques**

**Patrícia Pacheco Rodrigues**

**Samira Rodrigues P. Alves**

A [Constituição Federal de 1988](#) assegura a igualdade entre homens e mulheres no rol dos direitos e garantias fundamentais, assegurando do ponto de vista formal a igualdade de gênero.

O processo de elaboração da Constituição contou com a relevante colaboração das mulheres parlamentares que formavam o denominado “Lobby do Batom” e garantiram importantes conquistas para as mulheres, como a licença maternidade e uma idade menor do que os homens para fins de concessão de aposentadoria, ampliação dos direitos civis, sociais e econômicos, a igualdade de direitos, proibição da discriminação da mulher no mercado de trabalho, dentre outras. O Texto Constitucional acolheu as reivindicações femininas e foi fundamental para o reconhecimento da sua plena cidadania.

A democracia preconizada pela Constituição da República só pode ser plenamente alcançada quando homens e mulheres efetivamente usufruírem dos mesmos direitos e toda discriminação fundamentada no gênero for superada. É preciso que seja assegurada às mulheres igualdade de condições na fruição de direitos com os homens. Não se trata da outorga de privilégios, o que seria vedado pela própria Constituição, mas sim da garantia efetiva dos direitos fundamentais às mulheres.



# CAPÍTULO 1

## LOBBY DO BATOM E A CARTA À CONSTITUINTE: ENTREVISTA COM LÍDICE DA MATA<sup>1</sup>

Sonia Wright

*Sonia Wright: Qual a conjuntura pré-Constituinte? As mulheres estavam organizadas? Como?*

**Lídice da Mata:** A conjuntura pré-Constituinte era a conjuntura da luta contra a ditadura e a conquista da democracia. As mulheres estavam organizadas de diversas maneiras: organizadas em bairros, em lutas por creches, em clubes de mães, em organizações de mulheres, clubes de mulheres... E o movimento feminista também estava organizado. Nós tínhamos dois ou três jornais (não me lembro mais), mas me lembro pelo menos do *Brasil Mulher*, que era um jornal feminista. Tínhamos algumas publicações feministas, aquela época, e algumas organizações não governamentais. Já tínhamos também o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher organizado no Brasil. E em alguns Estados brasileiros já tínhamos também governadores democráticos e Conselhos Estaduais montados.

*Sonia Wright: Quais as reivindicações das mulheres na Constituinte? Existia alguma diferenciação entre as mulheres em geral e as feministas?*

**Lídice da Mata:** Nós tínhamos diversas reivindicações. Nós publicamos uma Carta à Constituinte com uma série de reivindicações e eu não sei dizer quantas agora, porque pegaram o documento, inclusive republicuei esse documento recentemente, são muitas as reivindicações. E havia uma diferenciação entre as mulheres em geral e as feministas. As feministas tinham uma reivindicação mais ligada ao direito ao próprio corpo, ao direito à saúde da mulher, ao direito relacionado com o direito de... já discutíamos o direito ao aborto e tínhamos também os direitos sexuais, vinculados tanto à luta das mulheres. As reivindicações – que eu diria nem tanto das mulheres em geral – as mulheres de partidos políticos, que vinham de uma tradição de luta muito voltada para o início do século XX, onde as mulheres reivindicavam, além do direito de voto, o direito à paz, ao pão, o combate à fome, o combate à carestia... Então havia muitos movimentos de mulheres vinculados à Igreja Católica, que tinha uma plataforma de luta mais voltada pra luta econômica, não é? E nesse caso, o direito ao trabalho da mulher e também o direito relacionado com o direito de creche. Não chegava a ser uma luta das mulheres feministas apenas o direito de creche. Então nossa Carta ela unia tudo: unia o direito da mulher

<sup>1</sup> Entrevista concedida pela Deputada a Sonia Wright, pós-doutora pela Fundação Joaquim Nabuco, com um roteiro prévio, por áudio. **Lídice da Mata:** Deputada Federal, do Partido Socialista Brasileiro (PSB), pelo estado da Bahia. Lídice foi eleita a primeira prefeita de Salvador (1992) e primeira senadora da Bahia (2010). Lídice iniciou sua vida pública como vereadora pelo Movimento Democrático Brasileiro (MDB), em 1982. Elegeu-se pela primeira vez deputada federal em 1986, participando da Assembleia Nacional Constituinte.

ao trabalho, ao salário igual ao do homem, aí vinha o direito a acesso ao planejamento familiar. Enfim, nós tivemos praticamente 80% das nossas reivindicações atendidas pela Constituição Federal.

**Sonia Wrigt:** *O que foi o Lobby do Batom? No que se constituiu essa iniciativa? Qual a sua relação com o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher?*

**Lídice da Mata:** A nossa organização básica era o Conselho Nacional da Mulher, que participavam mulheres feministas, digamos assim, celebridades, e também entidades e organizações governamentais vinculadas à luta das mulheres e luta feminista no Brasil. O Lobby do Batom foi justamente a nossa bancada e mais algumas entidades vinculadas ao Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, que abraçou a pauta de reivindicações, especialmente o CFEMEA<sup>2</sup>, e junto conosco organizou esse Lobby do Batom e junto ao Conselho Nacional dos Direitos da Mulher consistia em divulgar esta Carta, em conversar com cada Constituinte homem a respeito desta Carta e unificar a bancada feminina em torno dessas reivindicações e isso teve o nome de Lobby. Porque um grande número de mulheres vindas dessas organizações que visitavam os gabinetes do Congresso Nacional.

**Sonia Wrigt:** *Quais as dificuldades encontradas na implementação da Carta ao Constituinte?*

**Lídice da Mata:** Nós enfrentamos diversas dificuldades – dificuldades de muitos segmentos que não compreendiam essas reivindicações. Embora houvesse naquele momento do respirar democrático, uma grande simpatia pelas lutas das mulheres. A participação da mulher na luta contra a ditadura a legitimava para reivindicar naquele momento um espaço próprio. Então os partidos democráticos, que eram de centro democrático para a esquerda, que eu creio era uma maioria naquele Congresso, eles tinham uma sensibilidade grande, embora para direita conservadora reagisse há muito às pautas que nós apresentávamos. E a solidariedade masculina foi indispensável para que nós fôssemos vitoriosas. Afinal de contas nós tínhamos apenas 26 mulheres Constituintes. Em alguns momentos nós tivemos as nossas pautas defendidas por homens que eram aliados. Foi assim na licença paternidade, onde nós tivemos um deputado que fez a defesa que era médico e que fez uma defesa muito emocionante da licença paternidade (pediatra, se não me engano). Também em outros momentos tivemos outros homens que faziam a nossa defesa. Sem a solidariedade dos homens jamais teríamos alcançado o que alcançamos.

**Sonia Wrigt:** *Quais as conquistas decorrentes do processo Constituinte?*

**Lídice da Mata:** Nós tivemos muitas conquistas que resultaram do processo Constituinte. Praticamente as conquistas das mulheres do Brasil, dos direitos das mulheres, elas podem ser escritas antes e depois da Constituição de 88. Pela primeira vez na história do País, as mulheres foram sujeitos de direitos iguais inscritos na Constituição Federal. Então, no artigo 5º, essa já é uma diferenciação básica. Depois nós passamos a ter direito a salários iguais para as mesmas funções, nós passamos a ter direitos a que a propriedade de terra pu-

<sup>2</sup> Centro Feminista de Estudos e Assessoria, sediado em Brasília.

desse ser colocada em nome da mulher no caso da reforma agrária ou do processo de compra pelo Estado, de terras e mesmo de casas populares... Que antes, tudo que dizia respeito à família, ele vinha, era colocado para a responsabilidade dos homens. Foi na Constituinte de 88 que nós mudamos essa referência e com base no reconhecimento que as mulheres sim, elas eram sustentáculos das famílias brasileiras, muitas dessas mulheres abandonadas pelos homens. Inclusive no Nordeste brasileiro, no campo brasileiro, os homens saíam para buscar, no período da seca, uma nova forma de vida econômica e deixavam suas mulheres, muitas vezes com filhos e muitas vezes não voltavam. Então, essa ideia de colocar tudo aquilo que viesse de benefício de uma política pública para a família em nome das mulheres, ela está escrita na Constituição Federal. A posição das mulheres também se fez presente em outros textos. Em textos que garantem os direitos da criança e do adolescente, onde a mulher estava de forma mais decisiva na participação desses temas. Tudo que diz respeito ao direito da família, o direito à saúde da mulher, a liberdade, as conquistas econômicas, todas elas foram conquistas da Constituinte, iniciadas na Constituinte e que foram resultado justamente do chamado Lobby do Batom.

## CAPÍTULO 2

# PARA ALÉM DO LOBBY DO BATOM: A BANCADA FEMININA NA CONSTITUINTE DE 1988 NA LUTA PELOS DIREITOS DAS CRIANÇAS, ADOLESCENTES E IDOSOS<sup>1</sup>

Michelle Asato Junqueira

Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci

### INTRODUÇÃO

Luta e mulheres são palavras que se agregam na construção de direitos e identidades. A emancipação da mulher e seus múltiplos interesses ensejam significativas alterações nos vários campos da vida social, em especial, na família. Consideramos que a construção de um estereótipo, fragilizado e submisso, perpassa por inúmeros aspectos, entre eles, culturais, ideológicos, sociais, políticos, econômicos que, por sua vez, interligados se espriam para o sistema jurídico.

Na história da luta feminina no Brasil temos marcadamente vitórias culminando nos tempos hodiernos com uma Carta Cidadã de 1988, que confere às mulheres a igualdade nas questões de gênero, bem como o Código Civil de 2002 afinado sobremaneira com o Texto Constitucional, reforçando os direitos femininos delineados à luz da igualdade de gênero.

Oportuno salientar que o emprego do termo *gênero*, utilizado na temática, contempla não as diferenças entre os sexos em razão do determinismo biológico, mas é usado para demonstrar que as diferenças entre homens e mulheres são construídas socialmente no decorrer da história. Partindo de tal fato, as conquistas e transformações sociais não ocorrem de forma natural, o “patriarcado”, a “esfera doméstica feminina” são características arraigadas e arquitetadas desde tempos pretéritos em nossa sociedade e, para tanto, a mudança clama por uma absoluta integração entre atores sociais, tais como o governo, a sociedade organizada, que por meio de campanhas educativas e formativas debatam a temática da desigualdade de gênero revendo conceitos e preconceitos enraizados.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Publicado originalmente como parte de Tese da autora Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci “**Por uma efetiva construção da igualdade de gênero no ordenamento jurídico brasileiro**: análise da necessária revisão do tratamento [...]”. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5419/1/Ana%20Claudia%20Pompeu%20Torezan%20Andreucci.pdf>

<sup>2</sup> Sobre o tema ver as contribuições de Dagmar Estermann Meyer: “O conceito de gênero indica o seguinte: nós aprendemos a ser homens e mulheres desde o momento em que nascemos até o dia em que morremos e essa aprendizagem se processa em diversas instituições sociais, a começar pela família, passando pela escola, pela mídia, pelo grupo de amigos, pelo trabalho, etc. Mas significa mais ainda: como nós nascemos e vivemos em tempos e lugares específicos, gênero reforça a necessidade de se pensar que há muitas formas de sermos mulheres e homens, ao longo do tempo, ou no mesmo tempo histórico, nos diferentes grupos e segmentos sociais. O conceito de gênero também não se refere mais ao estudo da mulher, ele é um conceito que procura enfatizar a construção relacional e a organização social das diferenças entre os sexos, desestabilizando desta forma o determinismo biológico e econômico vigente, até então, em algumas das teorizações anteriores. Esse conceito nos leva, pois, a procurar entender as construções de feminino, de forma articulada com o masculino, uma vez que ambos estão implicados nas mesmas relações. E tem mais: o que é apresentado como feminino, nas sociedades ocidentais, toma

A constitucionalização dos direitos das mulheres pelo Pacto de 1988 é o resultado de um movimento de lutas e reivindicações e traduzem ideários de toda uma caminhada histórica que deságua em sua efetivação dogmática no final do século XX. De lá pra cá, e de uma forma vertiginosa, significativas são as mudanças sociais nos micro e macroespaços e muitos são os clamores e direitos a ser conquistados. A Constituição de 1988 é o marco de partida para a construção e afirmações de direitos e representações identitárias.<sup>3</sup>

No mais, alinhadas com sua histórica construção e manutenção do cuidado humano, especialmente com crianças e idosos, as mulheres Constituintes, embora em número reduzido se comparado aos Constituintes homens, tiveram inegável importância na construção de direitos de proteção aos vulneráveis.

Utiliza-se do método histórico combinado com o método hipotético-dedutivo, com utilização de material bibliográfico, histórico-documental e legislativo.

### **“SOU RAINHA DO MEU TANQUE, SOU PAGU INDIGNADA NO PALANQUE”<sup>4</sup>: MULHER, CUIDADO E A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS**

Por entre lutas, movimentos, reivindicações elas vão. Narrativas históricas traduzem os movimentos e articulações de mulheres nos firmamentos de seus direitos. Na caminhada para se chegar à Constituição de 1988 e as conquistas ali manifestas, há um longo caminho de abdições, consciências e existências singulares e plurais femininas.

Nestes rituais de conquistas e afirmações tudo importa, nos movimentos sociais, nas conquistas legislativas internacionais e nacionais, há todo um inventário de perdas e ganhos, mas que em uma visão projetiva e otimista levam a mudanças no plano dogmático, mas que nem sempre estão em sintonia com o mundo concreto da vida, de como ela é, em toda a sua expansão do que é ser mulher, em seus ganhos e em suas perdas.

Compreendida como uma tessitura protetional e promocional, instrumentos legais internacionais e nacionais dialogam para a consolidação e efetivação dos direitos das mulheres, e nesta linha de importância vale lembrar do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), adotado pela Assembleia

o masculino como referência. A mulher é apresentada como o oposto do homem, só que esta não é uma simples oposição: ela é, como todas as oposições binárias que estruturam o pensamento moderno, uma oposição hierarquizada, em que um dos termos da equação é socialmente menos valorizado que o outro. As oposições binárias são, também, relações de poder.” Gênero e sexualidade na educação escolar, *In Educação para Igualdade de Gênero*, ano XVIII – Boletim 26 – Novembro de 2008, p. 20.

3 Corroborando tais ideias cabe destacar os ensinamentos de Rosângela Soares: “a representação é um lugar de poder e regulação e uma fonte da identidade, então nos cabe a tarefa crítica de construir novos significado e desembaraçar os velhos. A identidade está intimamente associada à representação. Ela se produz e se constitui em processos de representação. Isso implica complexas negociações, adesões e rejeições que se dão em relações de poder. O processo de aquisição de identidade não é fixo, não é um produto acabado, é um processo que está sempre sendo refeito. É um processo que se articula a categorias abrangentes como sexualidade, gênero, classe. O ponto central não está entre a liberdade e a restrição, mas entre modos diferentes de regulação. A resistência se exerce no interior das relações de poder e se expressa através de lutas locais, cotidianas e rotineiras. No interior dessa problemática se constituem as “políticas de identidade” e sua luta para construir outras representações. Reconhecer as identidades como instáveis, incompletas e em processo, não significa a perda de seu aspecto político, ao contrário, pode apontar para novas formas de luta. Nesse sentido, novos significados devem ser construídos e postos em ação.” Pedagogias Culturais produzindo identidades, *In Educação para Igualdade de Gênero*, ano XVIII – Boletim 26 – Novembro de 2008, p. 51.

4 Trecho da música Pagu, conforme transcrição: “Mexo, remexo na inquisição / Só quem já morreu na fogueira / Sabe o que é ser carvão // Eu sou pau pra toda obra / Deus da asas à minha cobra / Minha força não é bruta / Não sou freira nem sou puta. Sou rainha do meu tanque / Sou Pagu indignada no palanque / Fama de porralouca, tudo bem / Minha mãe é Maria Ninguém / Não sou atriz-modelo-dançarina / Meu buraco é mais em cima. Refrão: Nem toda feiticeira é corcunda / Nem toda brasileira é bunda / Meu peito não é de silicone / Sou mais macho que muito home”. LEE, Rita e DUNCAN, Zélia. **Pagu**. Álbum 3001. Rio de Janeiro: Universal Music: 2000. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0n5M6RF0lDE>. Acesso em: 20 jan. 2021.

Geral da ONU em 1966, que em seu art. 3º, revê o princípio da igualdade entre os sexos, garantindo a homens e mulheres o gozo de direitos políticos e civis, protegendo-os de qualquer discriminação.

Também um dos grandes marcos de incentivo e avanços no direito das mulheres está nas contribuições da I Conferência Mundial sobre a Mulher, ocorrida na cidade do México, momento no qual foi instituído o ano de 1975 como Ano Internacional da Mulher e 1975/1985 como a Década da Mulher, oportunizando a promoção de ações articuladas e o comprometimento global com a equidade de gênero e promoção de políticas públicas coordenadas e conexas em prol da efetividade do direito das mulheres.

**No mais, devemos citar no ano de 1979 a Convenção para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) ao estabelecer uma diversidade de temas inerentes à igualdade e dignidade nas relações de gênero, entre elas, segurança social, capacidade civil, trabalho, moradia, saúde, maternidade, prestações familiares, direitos civis e políticos.** É o primeiro tratado internacional que delimita os direitos da mulher como direitos humanos, se propondo a buscar ações afirmativas na consolidação da igualdade entre os sexos bem como repreender as discriminações relativas ao gênero.

No Brasil no ano de 1985, de maneira inédita uma mobilização social em busca dos direitos femininos com a criação pelo Ministério da Justiça do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), institucionalizando de maneira inédita a pauta das reivindicações dos movimentos feministas.

No período da Assembleia Nacional Constituinte, junto com o movimento feminista autônomo e outras organizações do movimento de mulheres de várias partes do Brasil, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher conduziu a campanha nacional “*Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher*” com a edição do documento intitulado *Carta das Mulheres à Assembleia Constituinte*, resultado de uma grande mobilização do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, e entregue ao presidente da Assembleia Nacional Constituinte, deputado Ulysses Guimarães, pela presidente do CNDM, Jaqueline Pitanguy, em março de 1987.<sup>5</sup>

A bancada feminina na Assembleia Constituinte ficou conhecida como “Lobby do Batom”, constituindo-se como um movimento de sensibilização dos deputados e senadores sobre a relevância de considerar as demandas das mulheres para a construção de uma sociedade guiada por uma Constituição Federal verdadeiramente cidadã e democrática, sendo importante sublinhar que representava apenas 4,6% do universo dos congressistas, evidenciando assim a sub-representação feminina. Sobre a nomeclatura “Lobby do Batom”, importantes são as considerações de Schuma Shumaer, uma das entrevistadas na tese de doutoramento de Maria Salete da Silva pela Universidade Federal da Bahia:

[...] se você ler algumas coisas, as pessoas contam o lobby do batom como se fosse uma coisa que tivesse surgido no meio de um encontro do movimento de mulheres, do feminismo. Claro que todo mundo das organizações comprometidas com uma Constituição democrática esteve inserido no lobby, mas esta inserção se deu por conta de um processo que acontecia cotidianamente no Congresso Nacional e que

<sup>5</sup> Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/06/lobby-do-batom-marco-historico-no-combate-a-discriminacoes>. Acesso em: 20 jan. 2020.

era liderado pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, tá certo? [...] que todo dia estava lá [...] e essa coisa começou a repercutir [...] e aí um dia nós estávamos num corredor, andando pelas comissões, tinha um grupo de quatro ou cinco deputados, e aí a gente escutou um cara falar com os outros, “hum, lá vem o lobby do batom” [...] a gente na hora ficou muito nervosa, queria brigar [...] fazer uma carta, denunciar o deputado [...] isso durou uns dois dias, até que a gente foi mastigando essa bronca e nos veio a luz. E então falamos assim: vamos transformar essa afirmação, que é uma afirmação ofensiva, pejorativa, numa afirmação, numa coisa que dê visibilidade política, que dê uma força política. [...] e aí a gente chamou a nossa agência de propaganda e pedimos para fazer, num primeiro momento, adesivos para as pessoas, para os carros, tudo escrito assim: “lobby do batom”.<sup>6</sup>

Assim, diante do cenário exposto, e não apenas no tocante aos direitos das mulheres,<sup>7</sup> mas em relação aos direitos e proteções em geral<sup>8</sup>, como marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos deve ser vista a Constituição Federal de 1988, a qual representou para as mulheres brasileiras a ampliação de seus direitos de cidadania. A pressão dos movimentos feministas, do movimento organizado de mulheres e a articulação dos conselhos dos direitos das mulheres no processo Constituinte, resultou em importantes conquistas na Constituição Federal, na perspectiva da igualdade de direitos entre homens e mulheres, como afirma o inciso I do art. 5º.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

A Carta de 1988 proclama ainda outros direitos específicos das mulheres, tais como: a) a igualdade entre homens e mulheres especificamente no âmbito da família (art. 226, § 5º); b) a proibição da discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil; c) a proteção especial da mulher no mercado de trabalho, mediante incentivos específicos; d) licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário e com a duração de cento e vinte dias; e) licença paternidade de cinco dias; f) o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (art. 226, § 7º, regulamentado pela Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar, no âmbito do atendimento global e integral à saúde); e g) o dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º).

<sup>6</sup> SILVA, Maria Salete da. **A Carta que elas escreveram**: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988. Tese de Doutorado UFBA, 2011.

<sup>7</sup> Sobre o tema ver “Há uma tendência a diminuir, ou até mesmo ignorar, a importância do movimento feminista nas transformações e avanços dos padrões de comportamento masculino e feminino em nossa sociedade, atribuindo-se essas mudanças a fatores como a modernização, a industrialização, o movimento de contracultura e, principalmente, à vulgarização de teorias e terapias psicanalíticas. [Porém] não desconhecemos o peso de tais fatores, mas apontamos como um fator decisivo dessa transformação a maior participação e conscientização feminina, em todas as instâncias da vida social. GOLDENBERG, Mirian e TOSCANO, Moema. **A revolução das mulheres**: um balanço do feminismo no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p.13.

<sup>8</sup> Para Sílvia Pimentel “A futura Constituição brasileira será tão mais democrática quanto mais traduzir os interesses e necessidades dos diversos segmentos da população e, assim, garantir os seus respectivos direitos. Isto só ocorrerá se houver a participação efetiva da sociedade na elaboração da nova Carta, e dependerá do esforço que será dispendido no sentido de se criarem condições para que parte significativa da população se aperceba de que Constituição mais do que um documento jurídico, é um documento”. PIMENTEL, Sílvia. **A mulher e a Constituinte**. São Paulo: Cortez: EDUC, 1987, p. 65.

Contudo, é imprescindível destacar que o mero reconhecimento formal da igualdade entre homens e mulheres no plano legal não se torna suficiente para a concretização da efetiva igualdade no plano fático, em especial, no cuidar de crianças e adolescentes.

Cuidar: verbo que se conjuga na primeira pessoa do plural

Cuidar: essa era uma das grandes pautas reivindicatórias do movimento de mulheres na Assembleia Constituinte. Cuidar possui dimensões extensas e contornos não precisos. Cuidar de si, cuidar do outro, cuidar dos filhos.

Apesar das modificações havidas com o universo feminino, em especial seu maciço ingresso no mercado de trabalho, a maternidade, o lar e a criação dos filhos ainda é um estereótipo de cunho feminino. Muitas vezes, devemos nos indagar que somos criados para desenvolver nossa vida desta ou daquela maneira, sem nos questionarem se tais fatos não são produtos culturalmente e historicamente construídos. Cuidar é uma necessidade que não deveria ser apenas do mundo feminino, cuidar reivindica a primeira pessoa do plural.

É fato, portanto, que o envolvimento de mulheres nas etapas iniciais da formulação de políticas ajuda a garantir que os programas levem em conta as necessidades femininas e outras decorrências ligadas à família e à criança, ajudando a transformar o ambiente político. Sua influência não é sentida apenas em leis mais vigorosas em favor da criança e da mulher: elas contribuem também para que os organismos decisórios tornem-se mais democráticos e sensíveis às questões de gênero. Aumentar a participação de mulheres na política é fundamental para promover igualdade de gênero, fortalecer a mulher e garantir os direitos da criança, por meio da instituição de políticas públicas promotoras da salvaguarda dos direitos femininos no tocante ao trabalho, bem como na proteção e desenvolvimento familiar. A redução da jornada de trabalho, a oferta de creches e outros serviços para cuidar dos membros dependentes da família como medidas para auxiliar na coesão social são aspectos que têm que estar inseridos dentro da formulação de políticas que visem compatibilizar o trabalho com o desenvolvimento da família.<sup>9</sup> Os homens, mulheres, governos, empresas e toda a sociedade têm de compreender a importância da presença dos homens no campo da reprodução, até mesmo, para liberarem as mulheres dessa responsabilidade solitária para que elas também possam desenvolver suas carreiras, escolarização e outras potencialidades.

Grupos de mulheres precisam ser reconhecidos como agentes importantes de aumento de poder e de desenvolvimento. Governos e agências de desenvolvimento devem incluí-los em suas estratégias de redução de pobreza e encorajar parcerias de longo prazo. Trabalhando com organizações de mulheres no nível da comunidade, e canalizando recursos de desenvolvimento por meio delas, as agências internacionais de desenvolvimento podem

<sup>9</sup> Como pudemos defender “[...] sobreleva ressaltar que o espaço público está sendo conquistado pelas mulheres, agregando-se, assim, mais um campo para o desenvolvimento de suas atividades. Todavia, o mesmo avanço não se vislumbrou na divisão das múltiplas tarefas domésticas existentes no mundo privado. Dessa forma, queremos dizer que a mulher, ao se inserir no mercado de trabalho, conjugou e aliou mais essa tarefa ao seu cotidiano diário, sem dividir com seus maridos e companheiros o espaço da vida privada e as inúmeras tarefas domésticas.” ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. **Igualdade de Gênero e ações afirmativas: desafios e perspectivas para as mulheres brasileiras: pós-Constituição Federal de 1988.** São Paulo: LTr, 2012, p. 120.



ajudar a aumentar a probabilidade de que os recursos atinjam os membros mais vulneráveis das comunidades pobres – mulheres e crianças. Envolver as mulheres nos estágios iniciais de políticas de desenvolvimento contribui para assegurar que os programas serão planejados visando às necessidades de mulheres e crianças.

Entre uma das reivindicações do cuidar estava a necessidade da ampliação do salário-maternidade para 120 dias e a licença-paternidade para 8 dias. O salário-maternidade de 120 dias, com garantia do emprego e do salário, foi conquistado e inserido também como um direito social. Já a licença-paternidade ficou estabelecida em 5 dias e não logrou o status de direito a ser insculpido no art.6º da CF.

Quanto ao cuidado de crianças e adolescentes conquistou-se a inserção do art. 227 ressaltando ser este um dever solidário e cooperativo do Estado, da sociedade e da família.

Entendemos os avanços da CF/88 na ampliação de direitos femininos, mas quanto ao cuidar as conquistas foram tímidas desde lá e até hoje, passados 32 anos de sua promulgação, já que os benefícios previdenciários garantidos constitucionalmente enfocam, primordialmente, os direitos reprodutivos das mulheres,<sup>10</sup> oferecendo mínimas possibilidades aos homens de se comprometerem com o exercício da paternidade responsável, o que contribui no mínimo para a manutenção e a reprodução de uma realidade bastante desigual no que diz respeito à divisão sexual do trabalho reprodutivo.<sup>11</sup>

A parentalidade é o conceito a ser adotado, parentalidade como sinônimo de cuidar com a necessidade de instauração de benefícios parentais, como mecanismo de aproximação de homens dos afazeres domésticos e da educação dos filhos, garantindo a possibilidade de maior desenvolvimento da mulher na esfera pública e por sua vez, a conquista masculina da esfera privada. A necessária humanização, desconstruindo-o como o provedor responsável pela esfera pública, para construí-lo novamente como pessoa, aproximando-o dos filhos, do espaço doméstico e, também, da própria vida. **Este fenômeno vem sendo chamado de corresponsabilidade, traduzindo-se em benefícios previdenciários e medidas assistenciais destinadas à família e aos homens, podendo citar à título de exemplo a instituição das licenças-parentais, pois sua inserção deve estar devidamente acompanhada de um preparo cultural da sociedade, a fim de lhe garantir a eficácia e efetiva construção da igualdade de gênero.**

O Estado deverá compreender o seu papel na produção de políticas públicas tendo a família como ambiência privilegiada, e não mais, homens ou mulheres considerados singularmente. As práticas tradicionais e

10 Ver “ Para o fim de se compreender as razões pelas quais se estabeleceu um período de licença-maternidade substantivamente maior do que a licença paternidade, é preciso reconhecer que ainda vige na sociedade brasileira a ideia de que homens e mulheres detêm funções distintas, que se fixariam de acordo com o gênero. Convencionou-se, então, o exercício de determinadas atividades a um ou outro sexo [...] alegar que a mulher detém um período de licença consideravelmente maior em comparação ao homem baseando-se pelo critério biológico é contribuir para a manutenção da ideologia corrente e ao mesmo tempo negá-la, ao se afirmar que tudo decorre de uma questão natural – a criação inicial dos filhos seria, portanto, nessa visão, atribuição exclusiva da mãe.” CLETO, Juliana. A licença-maternidade como representação de uma ideologia velada: a divisão de tarefas por gênero e o dever de cuidado parental. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, MG, 2014. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/74940/2014\\_cleto\\_juliana\\_licenca\\_maternidade\\_representacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/74940/2014_cleto_juliana_licenca_maternidade_representacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 15 jan. 2021.

11 Sobre a temática ver “A divisão sexual do trabalho é a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais entre os sexos; mais do que isso, é um fator prioritário para a sobrevivência da relação social entre os sexos. Essa forma é modulada histórica e socialmente. Tem como características a designação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a apropriação pelos homens das funções com maior valor social adicionado (políticos, religiosos, militares, etc.)”. HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 37, n. 132, p. 595-609, dez. 2007. DOI <https://doi.org/10.1590/S0100-15742007000300005>. Acesso em: 19 jan. 2021.

assimétricas nos papéis protagonizados por homens e mulheres são as responsáveis pelo descompasso na vida laboral e na vida privada, gerando desigualdades de renda, acúmulo de funções laborais, desgaste físico, emocional, entre outros problemas.

## “SEMPRE FIQUEI QUIETA, AGORA VOU FALAR; SE VOCÊ TEM BOCA, APRENDE A USAR”<sup>12</sup>: OS DISCURSOS DAS MULHERES NA CONSTITUINTE, NARRATIVAS DE LUTA, QUE AINDA PERMANECEM

Embora poucas proporcionalmente<sup>13</sup>, as mulheres na Constituinte, como já dito, tiveram especial relevância na positivação de direitos fundamentais, em especial, no que se refere às crianças, idosos e à própria igualdade feminina.

Vale destacar a relevância dos discursos femininos. Alguns aqui serão mencionados como forma de reforçar o registro histórico da participação das mulheres, bem assim salientar questões que ainda representam fortes preocupações da sociedade brasileira, mesmo após mais de trinta anos da promulgação da Constituição de 1988.

Das emendas apresentadas, Anna Maria Rattes (PMDB-RJ) foi responsável pelo maior número, perto de 500 emendas e mais de 100 emendas aprovadas, em sua maioria relacionadas à política e ao funcionamento da assembleia Constituinte<sup>14</sup>.

Mas como a questão não é numérica, no recorte da preocupação com as crianças e adolescentes, lembrando que a Constituição de 1988 é um marco para o abandono da doutrina menorista e a implementação da doutrina da proteção integral, assumindo que crianças e adolescentes são sujeitos de direito em desenvolvimento, convém citar a eloquência de Benedita da Silva, que já fazia referência à opressão sofrida pelo povo negro e defendia expressamente o direito da mulher, da criança, dos aposentados e dos idosos.

Nesse estranho país, a minoria branca fortemente armada mantém sob permanente regime de terror a maioria negra, de quem foram subtraídas todas as riquezas do solo e do subsolo. De 1984 para cá, cerca de 2.000 negros foram estupidamente assassinados, as crianças de cor são presas, julgadas, condenadas, torturadas ou exterminadas, as populações negras são confinadas em guetos, donde não podem sair a não ser com autorização individual, com percurso previamente demarcado; os países circundantes, todos contra o regime do apartheid, são constantemente invadidos pelo forte exército de mercenários contratados a peso de ouro para executar as violentas incursões e para manter o terror e a repressão, tudo isso praticamente sem qualquer tipo de contestação internacional. O povo negro, oprimido pelas leis do apartheid,

12 O título refere-se à música interpretada pela cantora Iza, chamada “Dona de Mim”: “Já me perdi tentando me encontrar/Já fui embora querendo nem voltar/Penso duas vezes antes de falar/Porque a vida é louca, mano, a vida é louca. Sempre fiquei quieta, agora vou falar/ Se você tem boca, aprende a usar/ Sei do meu valor e a cotação é dólar/ Porque a vida é louca, mano, a vida é louca. Me perdi pelo caminho/ Mas não paro não. Já chorei mares e rios/ Mas não afogo não. Já não me importa a sua opinião/ O seu conceito não altera minha visão/Foi tanto sim que agora eu digo não/ Porque a vida é louca, mano, a vida é louca. Quero saber só do que me faz bem/Papo furado não me entretém/Não me limite que eu quero ir além/ Porque a vida é louca, mano, a vida é louca. Me perdi pelo caminho/Mas não paro não/Já chorei mares e rios/Mas não afogo não. Refrão: Sempre dou o meu “jeitin”/ É bruto mas é com “carin”/ Porque Deus me fez assim/Dona de mim. Deixo a minha fê guiar/ Sei que um dia chego lá/ Porque Deus me fez assim/ Dona de mim.” MARQUES, Arthur. **Dona de Mim**. Álbum Dona de Mim. Rio de Janeiro: Warner Music Brasil: 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UV6Ok427KQM>. Acesso em 20 jan. 2021.

13 Eram 26 (vinte e seis) mulheres no total de 559 (quinhentos e cinquenta e nove) parlamentares.

14 DEPARTAMENTO DE TAQUIGRAFIA, REVISÃO E REDAÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Mulher Constituinte**: discursos destacados. Brasília, 2011. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/mulher-Constituinte/mulheres-Constituintes-de-1988>. Acesso em: 20 jan. 2021.

vive faminto, sem teto, pobre e sem qualquer liberdade, dentro de um colonialismo interno desnaturado, desumano, repetitivo de um quadro escravocrata cruel, com chicotes e outras formas desumanas de tortura, assassinatos em massa e tudo o mais que a crueldade humana pode conceber.

[...]

Não nos somemos aos loucos, àquelas mentes doentias que escravizaram e continuam escravizando cada um de nós. Neste momento, quero deixar uma reflexão, que me fez parar num determinado momento da minha vida, mesmo sendo mulher negra.

Num debate a respeito dessa questão, num momento também de profunda incompreensão a respeito dos direitos dos negros neste País, a comunidade negra deixou para reflexão o que apresento agora neste Congresso: “querem que eu me prostitua ou me mate.” Muito obrigada. (Palmas.)<sup>15</sup>

Na discussão acerca da proteção aos mais velhos por meio da previdência social, Benedita da Silva menciona os estudos de Elza Berquó<sup>16</sup>, referência da demografia brasileira, que já alertava que nos anos 2000, o Brasil não seria mais o país jovem que se apresentava na década de 80. Berquó alertou que as alterações trazidas pela industrialização e urbanização às famílias, implicando na duração do casamento, da fecundidade e do celibato implicavam em mudanças já vistas em países desenvolvidos da Europa e América do Norte<sup>17</sup>.

Especificamente quanto às crianças, em outro discurso<sup>18</sup>, Benedita da Silva, defendendo o cumprimento do compromisso firmado na Declaração dos Direitos da Criança, apresenta dados alarmante quanto à situação de negligência das crianças: a taxa de mortalidade durante a Constituinte era de 70 mortes a cada mil crianças nascidas vivas<sup>19</sup>, a maioria por desnutrição e doenças endêmicas; cerca de 15% das crianças brasileiras entre 10 e 14 anos trabalham<sup>20</sup>; muitas crianças estão envolvidas em comércio para a produção erótica, envolvidas

15 *Ibidem*. Discurso pronunciado em 27 de julho de 1987 – Publicado em 28 de julho de 1987, p. 3655 (Segregação racial).

16 Tratando a presente obra do papel das mulheres na efetivação dos dispositivos e valores constitucionais, vale mencionar a referência nos estudos de população e sociedade realizados por Elza Berquó. Elza Salvatori Berquó – Professora Emérita da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 2014. Doutora “Honoris Causa” da Universidade Estadual de Campinas – Unicamp, 2014. Especialização em Bioestatística pela Columbia University. Título de Pesquisador Emérito do CNPq, 2013, Membro da Ordem do Mérito Científico Classe Grã-Cruz, 1998, e Membro Titular da Academia Brasileira de Ciências, 2000. Membro fundador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento – CEBRAP, em 1969, e Coordenadora do Núcleo de População e Políticas Públicas. Fundou o Núcleo de Estudos da População, NEPO da Universidade Estadual de Campinas, Unicamp, tendo sido sua coordenadora entre 1982 e 1994. Em 28 de janeiro de 2014, a Resolução GR 03/2014, da Reitoria da Unicamp, publicada no DOE-SP, alterou a denominação do Nepo/Unicamp para Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó”. Ainda hoje atua nesse Núcleo da Unicamp como Membro dos Conselhos Técnico Científico e Superior. Presidiu a Comissão Nacional de População e Desenvolvimento, CNPD, de 1995 a 2002. Membro das Comissões Consultivas dos Censos Demográficos dos Anos 1991, 2000 e 2010, da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE. Membro Fundador da Associação Brasileira de Estudos Populacionais, ABEP, 1977. Membro da International Union for the Scientific Study of Population, IUSSP, do Population Association of Americas –, PAA e da Asociación Latinoamericana de Población, ALAP. Sua participação em estudos populacionais no Brasil contribuiu para abrir novos enfoques e paradigmas na demografia. Tem realizado muitos projetos de pesquisa, alguns deles tratando de problemas de saúde pública, de grande atualidade e de não menor gravidade, como é o caso do HIV/AIDS. Entre as pesquisas que coordenou nos últimos anos pode-se destacar a Pesquisa Nacional sobre Reprodução Humana, realizada com apoio do International Development Research Centre (IDRC), o Population Council, e a FINEP, realizada em 1973-1978. Estudo da Fecundidade dos Estados Brasileiros em 1970, realizada em 1974-1975, e o Estudo Multicêntrico da Morbi-Mortalidade Feminina no Brasil, realizado em 1995-1999, ambas com apoio da Fundação Ford do Brasil, “Saúde Reprodutiva da Mulher Negra”, realizada em 1991-1993, e o Programa para Formação de Pesquisadoras Negras, realizado em 1994-1996, patrocinados pela Fundação MacArthur, “Comportamento sexual da população brasileira e percepções do HIV/Aids”, edições de 1998 e 2005, e a Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher PNDS 2006, que contaram com o apoio do Ministério da Saúde. Nos últimos anos, apresentou grande número de palestras e conferências científicas no Brasil e no exterior. Possui inúmeras publicações, entre livros e artigos, nas áreas de saúde reprodutiva, gênero, sexualidade e juventude. (Texto informado pelo autor). Disponível em <http://lattes.cnpq.br/9646538876825650>. Acesso em: 18 jan. 2021.

17 BERQUÓ, Elza. A família no século XXI: um enfoque demográfico. **Revista Brasileira de Estudos de População**, São Paulo, v. 6, n. 2, pp. 01-16, jul/dez 1989. Disponível em [https://www.rebep.org.br/revista/article/view/554/pdf\\_528](https://www.rebep.org.br/revista/article/view/554/pdf_528). Acesso em: 17 jan. 2021.

18 DEPARTAMENTO DE TAQUIGRAFIA, REVISÃO E REDAÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Mulher Constituinte**: discursos destacados. Brasília, 2011. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrivendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/mulher-Constituinte/mulheres-Constituintes-de-1988>. Acesso em: 20 jan. 2021. Discurso pronunciado em 30 de setembro de 1987 e publicado no Diário da Assembleia Constituinte de -15/10/1987, p. 5446. (Direitos sociais).

19 Neste campo é preciso celebrar os avanços nos mais de 30 anos da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Os dados estatísticos de 2019 apontam a taxa de mortalidade infantil de 12,4 para cada mil nascidos vivos. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/11/28/ibge-mortalidade-infantil-cai-no-brasil-mas-segue-longo-de-padroao-desenvolvido.ghtml>. Acesso em: 20 jan. 2021.

20 Quanto ao trabalho infantil, dados mais atuais (2019) demonstram que 4,6% das crianças entre 05 e 17 anos trabalham, diminuição relevante, mas ainda preocupante no cenário brasileiro. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-12/ibge-brasil-tem-46-das-criancas-e-adolescentes-em-trabalho-infantil#:~:text=Em%202019%2C%20o%20pa%C3%ADs%20tinha,em%20situa%C3%A7%C3%A3o%20de%20trabalho%20infantil.&text=Proporcionalmente%2C%20o%20Brasil%20tinha%205,4%2C%25%20em%202019>. Acesso em: 20 jan. 2021.

no tráfico de drogas e sofrendo da síndrome da criança espancada, além da violência física e moral, expõe que “a fome é uma violência”.

Na proteção aos idosos, defendeu a manutenção da aposentadoria das professoras após vinte e cinco anos de trabalho, seja em razão do direito adquirido ou da proibição do retrocesso, lembrando a dupla jornada de trabalho feminino, almejando-se, portanto, um reconhecimento e não um privilégio.

Neste ponto, cabe um aparte: a luta das mulheres e da proteção dos vulneráveis é uma constante que não pode ser descuidada. Desde a Constituinte, várias são as situações de retrocesso social, a exemplo da Reforma da Previdência, aprovada por meio da Emenda Constitucional nº103/2019 que, dentre diversas alterações propõe o aumento da idade mínima para aposentadoria às mulheres (de 60 para 62 anos para as trabalhadoras urbanas e de 55 para 60 anos para as trabalhadoras rurais). Diante das propostas, não são desconsideráveis a atuação feminina pela luta para a igualdade. Mulheres criaram o movimento “A Previdência é nossa”<sup>21</sup> e, em que pesem as mudanças, o movimento foi vitorioso, na medida em que a proposta inicial visava a equiparação da idade mínima para homens e mulheres (65 anos).

Outras contribuições merecem destaque, a exemplo do discurso de Abigail Feitosa (PMDB-BA)<sup>22</sup>, que ao discursar acerca da relação entre capital e o trabalho expressa sua preocupação com a fome: “as crianças estão passando fome, enquanto a CFP compra e estoca comida para garantir o preço mínimo do produtor e não a repassa”. E acrescenta: “Não é possível que continuem deixando alimentos estragarem-se nos armazéns públicos enquanto crianças morrem de fome. Não aceito isso. É uma crítica que faço. Considero este comportamento, além de irresponsável, desumano”.

Rita Camata (PMDB-ES)<sup>23</sup>, além de questões envolvendo educação, importância do texto constitucional e discriminação e violência contra a mulher, defendeu com veemência a licença remunerada à gestante, apontando peculiaridades quanto à trabalhadora rural, o repouso remunerado no caso de aborto não criminoso e a importância da amamentação.

A preocupação com as crianças na escola também esteve presente no discurso de Maria Lúcia (PMDB-AC)<sup>24</sup>, em especial quanto à preocupação com a evasão escolar:

O total de crianças sem escola é de 8 milhões. Além desses condenados ao analfabetismo, ocorre o gravíssimo problema da evasão escolar no 1º e 2º graus, além de contarmos com 35 milhões de menores carentes. Herança maldita, causada pelos desmandos inseqüentes impostos por um grupo irresponsável, que no período autoritário relutava em não repassar recursos da União para o setor educacional, mar-

21 Disponível em: <http://fasubra.org.br/noticias/para-o-movimento-a-pec-penalizara-ainda-mais-as-mulheres-em-especial-a-negras-e-as-rurais-fois-aprofunda-as-desigualdades-entre-homens-e-mulheres/>. Acesso em: 20 jan. 2021.

22 DEPARTAMENTO DE TAQUIGRAFIA, REVISÃO E REDAÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Mulher Constituinte**: discursos destacados. Brasília, 2011. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/mulher-Constituinte/mulheres-Constituintes-de-1988>. Acesso em: 20 jan. 2021. Discurso pronunciado em 29 de julho de 1987 e publicado em 2 de agosto de 1987, p. 3816 (Relacionamento entre capital e trabalho).

23 DEPARTAMENTO DE TAQUIGRAFIA, REVISÃO E REDAÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Mulher Constituinte**: discursos destacados. Brasília, 2011. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/mulher-Constituinte/mulheres-Constituintes-de-1988>. Acesso em: 20 jan. 2021. Discurso pronunciado em 1º de março de 1988 – publicado em 2 de março 1988, p.7842 (Mercado de trabalho da mulher).

24 *Ibidem*. Discurso pronunciado em 19 de maio de 1988 – Publicado em 20 de maio de 1988, p. 10577 (Educação).

ginalizando-o ainda com o baixo percentual orçamentário de 3%, ficando o setor de ensino brasileiro esmagado por aqueles que não queriam um povo conscientizado, e sim amestrado. Sabemos que a educação é a base fundamental para o desenvolvimento de um país. É patente a contradição entre o propósito declarado de nos tomarmos uma grande nação e o estado de abandono e estagnação do sistema escolar, responsável pela formação dos nossos recursos humanos.

A preocupação com o papel emancipador da educação ficou evidente:

Vale lembrar que o homem aculturado sabe o que quer, como caminha e para onde vai; logo saberá valorizar-se. Infelizmente, encontramos dificuldades em todos os setores, porque a educação não tem sido prioridade política, nem administrativa e nem tampouco orçamentária. Não adianta querer dar normas ao cidadão, se ele não as entende.

Como dito já dito, a vigilância pela proteção dos vulneráveis deve ser constante, apresentando, desde a Constituinte, avanços e retrocessos. Questões importantes e promotoras da igualdade dão o norte dos discursos apresentados e se apresentam como uma luta constante ainda na atualidade.

É certo, ainda, que embora as mulheres tenham alcançado maior número no Congresso Nacional e também nas Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, ainda está longe de se alcançar a proporcionalidade ideal, inclusive em cargos de gestão, isso demonstra também a fragilidade dos ideais e direitos que compõem suas pautas reivindicatórias, de forma que a vigilância deve ser sempre constante.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS: “POR ISSO NÃO PROVOQUE, É COR-DE-ROSA CHOQUE”<sup>25</sup>!

A escolha do verbo promover presente no inciso IV do art. 3º da Constituição de 1988 demonstra a postura assumida pelo legislador Constituinte objetivando uma atitude proativa, gestora e produtora de resultados. Não basta apenas conclamar a igualdade, é preciso ir além, buscando instrumentos fomentadores da concretização cotidiana da igualação.

Neste sentido, engajar homens na construção de uma sociedade justa do ponto de vista das relações de gênero significa, dentre outras questões, reconhecer a importância da presença paterna no desenvolvimento afetivo da criança e, dessa forma, compreender o mundo afetivo, doméstico e da reprodução como algo a ser compartilhado e dividido igualmente.<sup>26</sup>

25 Trecho da música de Rita Lee, que exalta a força feminina e a quebra de estereótipos de sua fragilidade: “Nas duas faces de Eva/A bela e a fera/ Um certo sorriso/ De quem nada quer. Sexo frágil/Não foge à luta/ E nem só de cama/Vive a mulher. Mulher é bicho esquisito/ Todo mês sangra/ Um sexto sentido/ Maior que a razão/ Gata borralheira/ Você é princesa/ Dondoca é uma espécie/ Em extinção. Refrão: Por isso não provoque/ É cor-de-rosa choque/ Não provoque/ É cor-de-rosa choque/ Não provoque/ É cor-de-rosa choque/ Por isso não provoque/ É cor-de-rosa choque. LEE, Rita e CARVALHO, Roberto de. **Cor de rosa choque**. Álbum Rita Lee e Roberto de Carvalho. São Paulo: Som Livre: 1982. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9wCCEAa2bDU>. Acesso em: 20 jan. 2021. A cor rosa, associada ao romantismo e identificada como cor feminina é incluída em sua versão mais intensa: rosa choque. Associa-se à mulher que não foge do conflito e da luta.

26 SANTOS, Cláudia Amaral dos. **Maternidades, paternidades e infâncias na mídia impressa contemporânea**. Disponível em [http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/fg7/st\\_26.html](http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/fg7/st_26.html). Acesso em: 25 de nov. 2020 destaca que: “[...] Além das *motherns*, outro novo conceito é o de *fathers* – pais modernos. Para estes a nova concepção de paternidade implica sobretudo participar da educação dos filhos, embora a mãe seja citada como o elemento fundamental na vida da criança. Dessa forma, embora as *motherns* venham questionando algumas atribuições culturalmente impostas a elas no cuidado infantil, os pais seguem “participando” mais em termos de concessão, “modernidade” e moda”.

Trata-se de uma construção cultural que se estrutura em relações de dominação e poder, é preciso que o ciclo seja quebrado, e somente a educação possui essa força transformadora. Acreditamos na mutabilidade dos conceitos e na evolução social, não mais pautadas nas especificações de homem ou mulher – concepções excludentes e binárias –, mas, sim, em um conceito mais igualitário e humanista, o conceito de pessoa, compreendida como finalidade primeira e última da sociedade e do Direito. Referido conceito, o de pessoa, será o responsável por afastar estereótipos, propugnar pela igualdade, nortear o futuro e uma nova era. Será a educação o palco privilegiado para o início dessas revoluções!<sup>27</sup>

Verifica-se a luta aguerrida de mulheres Constituintes na construção dessa igualdade, no semear, que deve ser regado para que dê frutos, que devem ser colhidos e semeados novamente. No decorrer dos anos de luta, é possível se deparar com medidas construtivas como a elaboração de normas nacionais e internacionais que se juntam aos dispositivos constitucionais para contribuir com a efetividade das medidas. Porém, por outro lado, medidas de retrocesso legislativo e de resultados, políticas públicas segmentadas e desarticuladas.

A luta, portanto, é de todos, independente de gênero, pelos direitos fundamentais e humanos, pelo sadio desenvolvimento das crianças e adolescentes.

## REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci; JUNQUEIRA, Michelle Asato Junqueira. Igualdade também se aprende na escola: por uma educação libertadora, emancipatória e não sexista à luz das máximas de Paulo Freire. **Revista Liberdades, IBCCRIM**. abr./maio 2016. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/463/7453>. Acesso em: 10 jan.2021.

ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. **Igualdade de Gênero e ações afirmativas**: desafios e perspectivas para as mulheres brasileiras: pós-Constituição Federal de 1988. São Paulo: LTr, 2012.

ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. **Por uma efetiva construção da igualdade de gênero no ordenamento jurídico brasileiro**: análise da necessária revisão do tratamento [...]. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5419/1/Ana%20Claudia%20Pompeu%20Torezan%20Andreucci.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2021.

BERQUÓ, Elza. A família no século XXI: um enfoque demográfico. **Revista Brasileira de Estudos de População**. São Paulo, v. 6, n. 2, p. 1-16, jul/dez 1989. Disponível em [https://www.rebep.org.br/revista/article/view/554/pdf\\_528](https://www.rebep.org.br/revista/article/view/554/pdf_528). Acesso em: 17 jan. 2021.

CLETO, Juliana. A licença-maternidade como representação de uma ideologia velada: a divisão de tarefas por gênero e o dever de cuidado parental. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, 2014. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/74940/2014\\_cleto\\_juliana\\_licenca\\_maternidade\\_representacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/74940/2014_cleto_juliana_licenca_maternidade_representacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 15 jan. 2021.

DEPARTAMENTO DE TAQUIGRAFIA, REVISÃO E REDAÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Mulher Constituinte**: discursos destacados. Brasília, 2011. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/mulher-Constituinte/mulheres-Constituintes-de-1988>. Acesso em: 20 jan. 2021.

GOLDENBERG, Mirian e TOSCANO, Moema. **A revolução das mulheres**: um balanço do feminismo no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 37, n. 132, p. 595-609, dez. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15742007000300005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/cCztcWVvvtWGDvFqRmidsBWQ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 06 nov. 2021.

27 ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci; JUNQUEIRA, Michelle Asato Junqueira. Igualdade também se aprende na escola: por uma educação libertadora, emancipatória e não sexista à luz das máximas de Paulo Freire. **Revista Liberdades, IBCCRIM**. Abril/maio 2016. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/463/7453>. Acesso em: 10 jan.2021.

LEE, Rita e CARVALHO, Roberto de. **Cor de rosa choque**. Álbum Rita Lee e Roberto de Carvalho. São Paulo: Som Livre: 1982. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9wCCEAa2bDU>. Acesso em: 20 jan. 2021.

LEE, Rita e DUNCAN, Zélia. **Pagu**. Álbum 3001. Rio de Janeiro: Universal Music: 2000. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0n5M6RF0IDE>. Acesso em: 20 jan. 2021.

MARQUES, Arthur. **Dona de Mim**. Álbum Dona de Mim. Rio de Janeiro: Warner Music Brasil: 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UV6Ok427KQM>. Acesso em: 20 jan. 2021.

PIMENTEL, Sílvia. **A mulher e a Constituinte**. São Paulo: Cortez: EDUC, 1987.

SANTOS, Cláudia Amaral dos. **Maternidades, paternidades e infâncias na mídia impressa contemporânea**. Disponível em: [http://www.wvc2017.eventos.dype.com.br/fg7/artigos/C/Claudia\\_Amaral\\_dos\\_Santos\\_26.pdf](http://www.wvc2017.eventos.dype.com.br/fg7/artigos/C/Claudia_Amaral_dos_Santos_26.pdf). Acesso em: 06 nov. 2021.

SILVA, Maria Salete da. **A Carta que elas escreveram**: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988. Tese de Doutorado UFBA, 2011.

## CAPÍTULO 3

# CONSTITUIÇÃO TEM GÊNERO? PARTICIPAÇÃO DE MULHERES NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

Heloisa Fernandes Câmara

### INTRODUÇÃO

A criação de uma constituição simboliza a relação com o tempo passado e tempo futuro. Expressa uma ruptura com a ordem política, e, conseqüentemente, da jurídica de um país; ao mesmo tempo estabelece uma promessa de futuro através da enunciação de direitos e estruturas de poder que pretende servir como limite às futuras gerações. A criação da constituição serve como mapa para que a sociedade possa percorrer os caminhos democraticamente escolhidos, e também como uma projeção do que se espera que essa sociedade seja.

No que diz respeito ao tema de gênero<sup>1</sup>, analisar o processo Constituinte pode nos oferecer informações importantes sobre os movimentos existentes naquele momento e mais, permite compreender determinados direitos e garantias estabelecidos no texto constitucional e coloca como fio encadeador a compreensão sobre a forma como o texto constitucional e o constitucionalismo incorporaram esta questão. Em última análise, pretendo enfrentar a questão que nomeia este trabalho: constituição tem gênero? E acrescento: o que significa constituição ter gênero?

Criada como um símbolo da redemocratização, enunciada como “Constituição Cidadã”, nas palavras de Ulysses Guimarães, aguardada como “o vigia espera a aurora”, a constituição foi a catalisadora de expectativas normativas e sociais. Nesta toada, pensar a constituição com lentes de gênero a partir de sua feitura nos permite problematizar sobre o sentido de cidadania: se alcança, e em caso positivo, como alcança, as mulheres. Desta forma, compreender a constituição implica também em compreender o contexto em que foi construída, como forma de verificar qual o seu papel na vida política pós-1988.

Este trabalho está dividido em três partes. Na primeira tratarei sobre a representação de gênero em processos Constituintes e porque este é um elemento a ser considerado. Na segunda, retomarei o percurso da representação de mulheres na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Na terceira e última parte serão avaliados alguns dos desafios que permanecem quanto à maior proteção dos direitos das mulheres.

<sup>1</sup> Embora por gênero trate-se de uma gama maior de temas, como relacionado ao sexo, orientação sexual, identidades, etc, neste trabalho trato exclusivamente de mulheres. E como na Assembleia Nacional Constituinte todas as mulheres eram cis, não será tratada de forma direta mulheres transexuais.



## MULHERES CONSTITUINTES: POR QUÊ E PARA QUÊ?

A criação de uma nova constituição representa um momento único de construção de pactos que formam a noção de comunidade e informam as regras de organização do Estado e resolução de conflitos. É, portanto, momento privilegiado de desenho institucional que terá consequências profundas na vida política e jurídica de um Estado.

Muitas constituições são provenientes de acordos que encerram conflitos e períodos violentos. Há diversos estudos<sup>2</sup> que comprovam que a participação de mulheres em processos de paz produz resultados positivos. Isso porque as mulheres costumam ser as maiores vítimas de conflitos, e nenhum acordo de paz pode ser durável e efetivo sem levar isso em consideração. Entretanto, esses mesmos estudos mostram que há poucos casos em que as mulheres participam ativamente do processo de negociação.

Essa ausência de participação de mulheres na negociação contraria uma das expectativas na formação da Constituinte: a de que ela represente a sociedade. Segundo Hanna Pitkin, em célebre trabalho<sup>3</sup>, há quatro tipos de representação: a formalística; a descritiva, a simbólica e a representação substantiva (*acting for*).

A formalística, existente a partir de Hobbes, diz respeito à autorização para agir em nome de outrem. Para corrigir possíveis excessos, a *accountability* aparece como elemento importante. A representação descritiva calca-se na correspondência entre representante e representado, de forma que a representação é a substituição do representado. A representação simbólica diz respeito ao uso de símbolos (como bandeira, p.ex.) e pauta-se em emoções e afetividades. A representação substantiva (*acting for*) seria agir pelos representados, o que implica que na maior parte dos casos haverá confluência entre a ação dos representantes e interesses dos representados<sup>4</sup>.

Esta distinção é importante para não identificarmos representação descritiva com substantiva. Ou seja, não se pode essencializar que a participação de determinado grupo, como mulheres, necessariamente leve à proteção dos interesses desse grupo. Daí que uma das táticas de enfraquecimento de demandas de grupos vulneráveis tem sido indicar para cargos relevantes pessoas com atuação contrária ao grupo que representariam<sup>5</sup>.

Ainda que sejam tipos distintos e não passíveis de confusão, ambos os fatores são importantes. A ausência sistemática de grupos da sociedade na esfera de deliberação pode afetar a percepção da legitimidade do sistema, além de manter invisíveis temas caros a estes grupos.

2 Como exemplos: INTERNATIONAL PEACE INSTITUTE. Women in Conflict Mediation: Why It Matters, UN WOMEN, Women's Participation in Peace Negotiations: Connections between Presence and Influence, e, UN WOMEN, Making Women Count – Not Just Counting Women: Assessing Women's Inclusion and Influence on Peace Negotiations.

3 PITKIN, Hanna Fenichel. **The concept of representation**. Berkley: University of California Press, 1967.

4 SACCHET, Teresa. Representação política, representação de grupos e política de cotas: perspectivas e contendas feministas. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 399-431, 2012. <https://www.jstor.org/stable/24328138>

5 Veja como referência a indicação em 2020 de Amy Comey Barrett para a vaga que foi da *justice* Ruth Bader Ginsburg. Barrett é conhecida por ter posições políticas conservadoras, as quais se refletem em parte de suas decisões. Desta maneira o fato de ser mulher é insuficiente para manter o legado de proteção aos direitos da mulher construído por sua antecessora. Recorde-se que Ginsburg foi central para o avanço da jurisprudência referente aos direitos das mulheres tanto como *justice*, como em sua atuação como advogada em casos de litígios estratégicos que chegaram à Suprema Corte.

Se assumimos que assembleias Constituintes são também momentos de representação, quanto mais próxima sua composição dos grupos e categorias existentes na sociedade, melhor será. Como expôs a antiga Alta Comissária para Direitos Humanos da ONU, Mary Robinson, “Nenhum processo que exclui ou marginaliza a maioria da população pode ser representativo. Nenhuma constituição que falhou em garantir totalmente as perspectivas e preocupações das mulheres pode ser vista como totalmente legítima ao longo do tempo”<sup>6</sup>.

Como veremos adiante, a participação das mulheres na constituição começou muito antes da Constituinte, e nem todas as mulheres Constituintes tinham relação com pautas feministas. Entretanto, a soma de mobilização social e união em uma bancada fez com que interesses importantes das mulheres fossem debatidos e constitucionalizados.

As mulheres demoraram para ter papel Constituinte, em grande medida como decorrência da falta de direitos políticos na maior parte do mundo. A constituição norte-americana, apesar de seus evidentes méritos, é um exemplo da ausência de mulheres. Segundo Akhil Reed Amar, somente uma mulher teve participação em sua criação, a antifederalista Mercy Otis Warren. Warren escreveu um panfleto sob pseudônimo, de forma que a autoria sempre foi creditada a um homem. Somente nos anos trinta foi reconhecida a autoria<sup>7</sup>. Elizabeth Katz<sup>8</sup> narra o pedido de Abigail Adams em 1776 ao seu marido para “lembrar das mulheres” ao escrever a constituição norte-americana<sup>9</sup>. De toda sorte, esta e a maior parte das constituições do globo foram feitas por “pais fundadores”, sem ou com reduzida participação de mães fundadoras. As constituições não costumam ter mães.

Uma das questões a serem avaliadas é se a sub-representação de mulheres em Constituintes leva a ausência de dispositivos que garantam igualdade entre os gêneros. Somente 58% das constituições criadas entre 1960 e 1969 tinham garantias explícitas de igualdade de gênero e/ou sexo; enquanto que dentre as elaboradas entre os anos 2000 e 2017, atingem 100%<sup>10</sup>.

Um dos pontos a serem enfrentados é justamente se há relação substancial entre a existência de igualdade de gênero no momento Constituinte e resultados constitucionais melhores, especialmente no tocante a este tema. Katz analisou o processo Constituinte em quatro países (Afeganistão, Colômbia, Quênia e Nicarágua) e uma de suas conclusões é que a participação de mulheres na Constituinte fez com que temas considerados privados (direitos sexuais e reprodutivos, e divórcio) aparecessem pela primeira vez em foro público. Mesmo nos casos em que os temas não foram incluídos na constituição, o debate público resultante foi importante para visibilizar demandas que não haviam sido enfrentadas.

6 IDEA. *Constitution Assessment for Women's Equality*, 2016, p. 9.

7 AMAR, Akhil Reed. *Women and the Constitution*. Harvard Journal of Law & Public Policy 18, n° 46, p. 465–74.

8 KATZ, Elizabeth. *Women's Involvement in International Constitution-Making*. In BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi (Ed.). *Feminist constitutionalism: global perspectives*. Cambridge University Press, 2012.

9 A mesma Abigail Adams foi citada na Carta das Mulheres aos Constituintes (1987) “Se não for dada a devida atenção às mulheres, estamos decididas a fomentar uma rebelião, e não nos sentiremos obrigadas a cumprir leis para as quais não tivemos voz nem representação”. CNDM. Carta das Mulheres. Percebe-se aqui o eco entre gerações pela participação efetiva de mulheres em momentos Constituintes de uma nova ordem constitucional.

10 HOULIHAN, Erin. *Support to women constitution makers and gendered constitution-building*. Disponível em: <https://www.idea.int/news-media/news/support-women-constitution-makers-and-gendered-constitution-building>. Acesso em: 09 out. 2020.

Como aponta Flávia Biroli<sup>11</sup>, a própria distinção histórica entre público e privado foi construída de maneira a invisibilizar as atividades típicas de cuidado e da família. A identificação desta esfera com mulheres faz com temas caros às mulheres fiquem em uma zona de desproteção. Desta forma, debater a constituição também por esta lente implica em politização e resguardo dos direitos desta esfera, afetando a própria concepção de sujeitos das mulheres.

## CONSTITUINTE ANTES DA CONSTITUINTE: MOVIMENTOS DE MULHERES PELA PARTICIPAÇÃO

Parte da história sobre a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) 1987-1988 é bastante conhecida. Apesar de alguns desacertos jurídicos, esta ANC foi a que contou com maior participação popular. Do ponto de vista formal os números impressionam: em fevereiro de 1987 já havia mais de 40 mil sugestões populares; entre 27 de março e 06 de maio do mesmo ano foram recebidas 11.989 sugestões apresentadas por Constituintes e pela sociedade civil; entre 07 de abril e 25 de maio houve 192 audiências públicas com grupos sociais<sup>12</sup> além de 122 emendas populares apresentadas ao anteprojeto da Constituição.

Mas apesar de expressivos, os números acima não traduzem todo o processo de mobilização dos grupos sociais para tentar influenciar na Constituinte. Como exemplo cite-se a participação feminina. Foram apenas 26 deputadas Constituintes<sup>13</sup> e nenhuma senadora, ou seja, menos de 5% dos Constituintes. Elas representaram quinze estados e o Distrito Federal. Apesar da sub-representação, o resultado foi bastante superior ao de eleitas para a legislatura anterior: oito ou 1,9% dos parlamentares federais. E na eleição anterior, em 1978, somente quatro mulheres se elegeram deputadas federais. Portanto, o resultado da eleição de 1986 faz parte de um processo de aumento de representatividade das mulheres e ocorreu na esteira de importantes movimentos e ações na luta por igualdade de gênero, iniciados ainda na ditadura.

Como tratado por Katz, as experiências mais exitosas de participação de mulheres nas Constituintes tiveram mobilização ampla anterior e durante a Constituinte, de maneira que possibilitou a construção de pautas e estratégias. Nesse sentido, o caso brasileiro é emblemático, uma vez que a chamada “Bancada do Batom”<sup>14</sup> foi tributária de movimentos sociais e populares iniciados antes da Constituinte, em uma mobilização que tinha como pautas a democratização e igualdade.

11 BIROLI, Flávia. O público e o privado. In MIGUEL, Luis Felipe, BIROLI, Flávia. **Feminismo e política**. p. 31-46.

12 CARVALHO, Luiz Maklouf. **Segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil**. 2017, p.28.

13 Abigail Feitosa (PSB/BA), Anna Maria Martins Scorzelli Rattes (PSDB/RJ), Benedita Souza Da Silva (PT/RJ), Dirce Maria do Valle Quadros (PSDB/SP), Elizabete Azize (PSDB/AM), Elizabete Mendes de Oliveira (PMDB/SP), Eunice Michiles (PFL/AM), Irma Rossetto Passoni (PT/SP), Lídice da Mata e Souza (PD do B/BA), Lúcia Braga (PFL/PB), Lúcia da Mata e Souza (PD do B/BA), Lúcia Vânia Abrão Costa (PMDB/GO), Márcia Kubitschek (PMDB/DF), Maria Cristina de Lima Tavares (PDT/RJ), Maria de Lourdes Abadin (PMDB/AC), Maria Lúcia Mello (PMDB/AC), Maria Marluce Moreira Pinto (PTB/RR), Moema Correia São Thiago (PSDB/CE), Raquel Cândido e Silva (PDT/RO), Myriam Nogueira Portella Nunes (PSDB/PI), Raquel Capiberibe da Silva (PSB/AP), Rita de Cássia Paste Camata (PMDB/ES), Rita Isabel Gomes Furtado (PFL/RO), Rose de Freitas (PSDB/ES), Sadie Rodrigues Hauache (PFL/AM), Sandra Martins Cavalcante (PFL/RJ) e Wilma Maria de Faria Maia (PDT/RN).

14 O termo teve origem na forma como eram tratadas por parlamentares com o propósito de ironizar a articulação das Constituintes.

Um importante precursor foi o Movimento Feminino pela Anistia (MFPA), o primeiro movimento pela anistia, lançado em 1975, em sessão do Congresso do Ano Internacional da Mulher, promovido pela ONU na Cidade do México. O MFPA teve como sua pauta a mobilização política da anistia e a possibilidade de retorno dos exilados. Uma das estratégias era justamente a utilização da imagem tradicional da mulher, como mãe<sup>15</sup>, para que pudessem dialogar e defender suas pautas.

Margareth Rago apresenta relato sobre Maria Amélia Telles frisando que muitos dos movimentos feministas tiveram fortalecimento da década de 70 e 80 ancorados em demandas locais. Nesse sentido, ressalte-se o trabalho de Amelinha na União das Mulheres de São Paulo (UMSP), criado em 1981, tendo como pautas questões como creche e aspectos do mundo do trabalho em relação às mulheres trabalhadoras<sup>16</sup>.

No campo da movimentação pela mudança do direito, merece destaque a aprovação da Lei do Divórcio em 1977, a qual ocorreu na esteira da emenda constitucional sobre a indissolubilidade do casamento. Ambos os projetos, emenda constitucional e lei, foram de autoria de Nelson Carneiro<sup>17</sup>.

A vitória em 1978 de Heloneida Studart pelo MDB, partido de oposição, para a Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro é simbólica como marco feminista, especialmente por Studart ser comprometida com estas demandas<sup>18</sup>. Em âmbito regional, a eleição de 1982 trouxe várias vitórias de mulheres. Segundo Adriana Vidal de Oliveira foram quase 2.000 vereadoras eleitas no país.

Em 1983 foram criados o Conselho Estadual da Condição Feminina, em São Paulo, e o Conselho dos Direitos da Mulher, em Minas Gerais, a partir de demandas de grupos feministas. Percebe-se que a mobilização teve fortes raízes subnacionais, ampliando-se posteriormente para o âmbito nacional.

Em 1985 foi a vez da criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, o qual trouxe impulso importante para pleitear que a Constituinte trouxesse direitos de gênero. No mesmo ano o Conselho lançou a campanha Mulher e Constituinte, cujo tema era “Constituinte pra Valer tem que ter Palavra de Mulher”. Em 1985 foi criada a Delegacia na Mulher em São Paulo, no governo Franco Montoro, pauta importante em relação à violência doméstica.

A convocação da Constituinte, também em 1985, ofereceu oportunidade de constitucionalizar demandas apresentadas na Década da Mulher da ONU (1975-1985). A CEDAW (Convenção contra todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, tradução livre) data de 1979 e representou enorme avanço no reconheci-

15 “Inclusive gorila (forma pela qual se referia aos militares golpistas) não foi filho de chocadeira. Mesmo os gorilas tinham mãe e havia um certo respeito. E quando a gente se investia do papel de familiar... Eu me investia do papel de mulher do general e eles se enquadravam, viu? Principalmente a mãe. Mãe todo mundo tem e, embora você discorde, nos presídios aqui é comum você ver a mãe do bandido lá: ‘Doutor, meu filho’. Embora saibam que não é nada daquilo, a mãe é preservada. E lógico que, por uma questão de inteligência, a gente não ia pôr uma menina de saíha curta, mascando chicle pra ir lá falar com um gorila. Não tinha jeito (risos).” DUARTE, Ana Rita. **O Movimento Feminino pela Anistia na luta contra a ditadura no Brasil**: entrevista com Therezinha Zerbini, 2019.

16 RAGO, Luzia Margareth. **A aventura de contar-se**. Editora da UNICAMP, 2013.

17 A aprovação da lei veio na sequência da emenda constitucional 9/1977, que, paradoxalmente, foi beneficiada pela diminuição do quórum de aprovação de emendas constitucionais pelo “Pacote de Abril”. O quórum para aprovação deixou de ser de 2/3 e passou a ser de maioria simples. Caso permanecesse, a EC não teria sido aprovada, uma vez que obteve 226 votos favoráveis e 159 contrários. Dados sobre a tramitação da emenda constitucional: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/18110>.

18 OLIVEIRA, Adriana Vidal de. **A Constituição da Mulher Brasileira**: uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e suas consequências no texto constitucional, 2012, p. 197.

to de que direitos das mulheres são direitos humanos. O Brasil ratificou essa Convenção em 1984 com reservas<sup>19</sup>, as quais foram retiradas após a constituição<sup>20</sup>.

Em 26 de agosto de 1986 houve Encontro Nacional para sistematizar as pautas das mulheres. Em 1987 o Conselho Nacional entregou ao presidente da ANC, Ulysses Guimarães, a Carta das Mulheres, documento em que sintetizava as demandas em princípios gerais, e reivindicações específicas quanto a família, trabalho, saúde, educação e cultura, e questões nacionais e internacionais<sup>21</sup>. Embora a maior parte das demandas fosse de concretização da igualdade em diversos aspectos, algumas das solicitações ultrapassaram esse aspecto, como, por exemplo, a criação do Sistema Único de Saúde, gerido e fiscalizado pela população organizada.

## COMEÇO DO PROCESSO: AS MULHERES NA CONSTITUINTE

Na cerimônia de posse na Assembleia Nacional Constituinte, em 01 de fevereiro de 1987, todas as eleitas sentaram-se juntas, mostrando a intenção de atuar como um bloco<sup>22</sup>. Entretanto havia bastante diferença no espectro político. O maior partido da bancada era o PMDB, com onze deputadas (42,3%), sendo seguido pelo PFL com seis deputadas.

Como já apontado, as mulheres foram eleitas em 15 estados e no Distrito Federal. Ressalte-se que nenhum dos três estados da Região Sul elegeu mulher no pleito parlamentar de 1986.

Apesar de terem atuado como um bloco, era um grupo bastante diverso em termos de trajetória e pautas, e a maioria não se identificava com o movimento feminista. Liandra Carvalho cita expressamente Moema Santiago<sup>23</sup> como uma das exceções nesse aspecto, já Adriana Vidal de Oliveira faz referência à Maria Cristina Tavares Correa, que se comprometeu com o debate sobre descriminalização do aborto<sup>24</sup>. Em pesquisa feita sobre o perfil dos Constituintes não havia pergunta específica sobre gênero, ainda assim Rose de Freitas e Maria Abigail Freitas Feitosa declararam-se feministas. Mesmo que não tenha se afirmado como tal, o slogan de campanha de Benedita da Silva era “mulher, negra e favelada”, o que mostra a proximidade com questões de gênero<sup>25</sup>.

19 As reservas foram aos art. 15, §4º (“Os Estados-Partes concederão ao homem e à mulher os mesmos direitos no que respeita à legislação relativa ao direito das pessoas à liberdade de movimento e à liberdade de escolha de residência e domicílio) e art. 16, §1º, alíneas a (O mesmo direito de contrair matrimônio), c (Os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução), g (Os mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive o direito de escolher sobrenome, profissão e ocupação) e h (Os mesmos direitos a ambos os cônjuges em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito quanto a título oneroso). Ver: BRASIL, Decreto 89.460 de 20 de março de 1984. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-89460-20-marco-1984-439601-publicacaooriginal-1-pe.html>

20 A retirada das reservas deu-se através do Decreto Legislativo 26/1994. Percebe-se também nesse ato a importância da articulação dos movimentos sociais, conforme pode ser aferido na justificativa “ 9. A revisão daquelas reservas vem, há algum tempo sendo defendida por organizações não-governamentais brasileiras, ativas na defesa dos direitos da mulher, tendo sido incluída, sob forma de recomendação ao Ministério das Relações Exteriores, no relatório final dos trabalhos da CPI sobre a Violência contra a Mulher, realizada em 1992, sob a presidência da Deputada Sandra Starling”, BRASIL, Decreto Legislativo 26 de 1994. Exposição de Motivos, 1993.

21 CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER (CNDM). Carta das Mulheres, 1987.

22 SOUZA, Marcio F.B. de Souza. **A participação das mulheres na elaboração da Constituição de 1988**. 2008, p. 4.

23 CARVALHO, Liandra Lima. **Um estudo sobre o “Lobby do Batom” no processo da Constituição Federativa de 1988**. 2013, p. 9.

24 OLIVEIRA, Adriana Vidal de. **A Constituição da Mulher Brasileira: uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e suas consequências no texto constitucional**. 2012. p. 204.

25 OLIVEIRA, Adriana Vidal de. **A Constituição da Mulher Brasileira: uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e suas consequências no texto constitucional**, 2012. p. 205.

Apesar das importantes diferenças entre as Constituintes, Céli Pinto<sup>26</sup> oferece três possíveis razões para que se organizassem em uma bancada: existência de três emendas populares (as quais tratarei em seguida) que propunham ampliação dos direitos das mulheres, a atuação do CNDH para mobilizar os, e principalmente as, Constituintes, a incluir na constituição pontos chave do movimento feminista, e, por fim, dinâmica da Câmara dos Deputados como espaço masculino, o que pode ter produzido aproximação entre as mulheres. Com a licença de Bete Mendes para assumir o cargo de Secretária de Cultura do estado de São Paulo, a bancada ficou com 25 componentes.

Começando pelas emendas populares<sup>27</sup>, podemos indicar as seguintes emendas com temas que tratam diretamente de direitos e interesses das mulheres: A) a de número 19, proposta pela Federação das Associações de Bairros de Salvador, Associação de Moradores de Plataforma e Associação de Mulheres de Cosme de Farias e assinado por 132.528 eleitores. A emenda propunha aposentadoria para donas de casa, uma demanda popular e não relacionada diretamente ao movimento feminista. B) a de número 20, proposta pela Rede Mulher-SP, Serviço de informação da Mulher-MS, SOS Corpo-PE e assinada por 42.444 eleitores para incluir dispositivos e garantias às mulheres. Na justificativa fez-se menção expressa ao trabalho de grupos de mulheres que durante dois anos reuniu-se no projeto “Nós e a Constituinte”. C) a emenda 23, proposta por três sindicatos e subscrita por 32.040 eleitores, solicitava aposentadoria para mulheres após 25 anos de contribuição. Embora outras emendas populares tivessem esse mesmo teor, na justificativa da 23 tratou-se especificamente da necessidade de legislação para a mulher que trabalha como uma proteção da sociedade e futuras gerações, além de indicar o aumento do trabalho de mulheres que trabalhavam fora de casa. D) e emenda 65, proposta pelo Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde, União de Mulheres de São Paulo e Grupo de Saúde Nós Mulheres do Rio, e assinado por 32.995 eleitores para incluir o direito de conceber, evitar a concepção e interromper a gravidez até 90 dias de seu início.

Entretanto, nem todas as emendas populares tiveram caráter progressista. Como exemplo cite-se a emenda 78-4 proposta pelas Seicho-No-Ie para América Latina, Seicho-No-Ie do Brasil, e pelo Cardeal-Arcebispo de São Paulo para que a vida fosse protegida desde a concepção. Como justificativa: “(...) contra a argumentação capciosa que proclama o direito exclusivo da mulher sobre o seu corpo ou da necessidade de frear legalmente uma situação calamitosa de abortos clandestinos (...)”<sup>28</sup>. Segundo Céli Pinto, a existência desta e de outras propostas de proibição completa do aborto, além das tradições religiosas do país, fez com que a estratégia fosse não debater o tema, sob risco de piorar o tratamento dado, criminalizando completamente o ato.

26 PINTO, Céli Regina Jardim. **Participação (Representação?) política da mulher no Brasil**: limites e perspectivas, 1994, p. 213-214.

27 Segundo o regimento da Constituinte, a emenda para ser aceita precisava ser proposta por três entidades e ser assinadas por 30 mil eleitores. Foram apresentadas 122 emendas, das quais 39 não preencheram os requisitos mínimos.

28 ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Emendas Populares**: textos e justificativas – Vol. 258. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, jan. 1988.

A Constituinte organizou suas atividades em sete comissões<sup>29</sup>, cada uma com três subcomissões. As mulheres atuaram em diferentes comissões e subcomissões; considerando somente as comissões em que foram titulares dividiram-se em: seis na Comissão da Família, Educação, Cultura e Esportes, da Ciência, Tecnologia e Comunicação; quatro nas Comissões da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, da Ordem Econômica e da Ordem Social; três na Comissão de Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; duas na de Sistematização; e uma na Comissão da Organização do Estado. Nenhuma das Constituintes foi titular na Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo.

Ao todo foram apresentadas 3.321 emendas pelas Constituintes, deste total foram aprovadas 974. Ana Maria Rattes foi a que mais apresentou (427) e também a que teve mais emendas aprovadas (120).

Estima-se que 80% das demandas da bancada foram aprovadas, o que foi importante para que a constituição seja a mais inclusiva de nossa história.

## COMO O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO TRATA AS MULHERES?

Algumas das questões trazidas na Carta das Mulheres aos Constituintes foram atendidas no texto final da Constituição, outras demoraram décadas. Na parte relacionada à violência, a solicitação 1 (criminalização da violência contra a mulher) somente foi atendida em 2006 com a Lei Maria da Penha. O item 2 (tipificar de estupro como crime contra a dignidade sexual, ao invés de crime contra os costumes) deu-se em 2009. A solicitação 5 (eliminar a expressão “mulher honesta”) ocorreu somente em 2005.

De maneira mais sistemática, a Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988 foi, e é, um marco para a proteção dos direitos das mulheres. Além da norma sobre a igualdade, reafirmada de maneira genérica, no ambiente do trabalho, dentre outras especificações, estabeleceu licença maternidade, licença paternidade, direito à educação, inclusive creches, proteção às trabalhadoras domésticas, aposentadoria especial para mulheres, obrigação de coibir violência no âmbito das relações familiares, planejamento familiar, dentre outros dispositivos.

Muitas das normas demandavam regulamentação – característica comum à Constituição –, o que aconteceu no decorrer das últimas décadas. Assim, o esforço de complementação das normas constitucionais também exigiu mobilização e pressões de movimentos sociais, além de estratégias de *advocacy*<sup>30</sup>. No caso dos direitos que mais afetam as mulheres, a Constituinte precisou ser contínua, não se esgotou com a promulgação da constituição em 05 de outubro de 1988.

29 São elas: Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem, Comissão da Organização do Estado, Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, Comissão de Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Comissão da Ordem Econômica, Comissão da Ordem Social, e, por fim, Comissão da Família, Educação, Cultura e Esportes, da Ciência, Tecnologia e Comunicação.

30 Para usar as palavras de Jacqueline Pitanguy, *advocacy* é “uma ação política desenvolvida junto ao Estado, ou a outras instâncias nacionais e internacionais no sentido de alcançar determinado objetivo”. PITANGUY, Jacqueline. **Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes: 30 anos depois**. São Paulo: Autonomia Literária. Ebook.

Nesse processo o caminhar é constante. Em 1996 foi promulgada a Lei do Planejamento Familiar (Lei 9.263), depois de intensa estratégia de lutas, inclusive internacional; foi promulgada em 2006 a Lei Maria da Penha (Lei 11.340) sobre violência doméstica. Em 2015 foi tipificado o feminicídio (homicídio praticado por motivos de gênero).

Um dos maiores marcos para o reconhecimento da mulher como sujeito de direito foi a promulgação do Código Civil em 2002. Somente aí foram efetivadas alterações na condição jurídica da mulher que ampliaram o conceito de família – não somente a que ocorre no casamento –, desfizeram a necessidade de autorização do pai ou marido para a mulher fazer negócios jurídicos, os filhos têm o mesmo direito, independente se concebidos dentro do casamento ou não, dentre outras modificações.

No campo judicial várias ações trouxeram de forma direta ou indireta o tema da igualdade entre homens e mulheres, além de direitos sexuais e reprodutivos<sup>31</sup>, embora estejamos longe – e talvez cada vez mais longe<sup>32</sup> – de autonomia das mulheres a seus corpos. Como exemplificativa de ações importantes no campo de proteção à mulher, cite-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade 19, que em 2012 confirmou a constitucionalidade da Lei Maria da Penha<sup>33</sup>.

É lugar comum, e absolutamente verdadeiro, dizer que, a despeito do texto constitucional, permanecem diversas assimetrias: salários menores, violência em espaços públicos e especialmente privados, feminilização da pobreza, menores oportunidades de definição da própria vida são alguns dos exemplos. Faltam mulheres nos tribunais<sup>34</sup> e em cargos políticos<sup>35</sup>, e faltam especialmente mulheres negras<sup>36</sup> e indígenas<sup>37</sup> nestes espaços.

A crise sanitária trazida pela pandemia da Covid-19 afetou de maneira desproporcional as mulheres. Sobrecarga de trabalho, demissões, diminuição de renda, violências e feminicídio fazem parte desse momento. Diante deste cenário nos cabe perguntar: qual a responsabilidade do constitucionalismo de alterar essa situação?

Não se defende que o constitucionalismo tenha capacidade de sozinho resolver os problemas sociais, em uma versão acrílica do papel do direito. Mas é certo que pode catalisar demandas, servindo como indutor de medidas que alterem a condição social e jurídica da mulher. Nessa medida, são necessárias políticas com potencial de espraiamento nas esferas pública e privada, e que tenham por diretriz a redução das desigualdades econômicas e combate à violência contra a mulher.

31 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80705>

32 Vide NOWAK, Bruna (org.). *Constitucionalismo feminista*: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero. In CAMARA, Heloisa Fernandes. *Queda democrática/ declínio democrático e gênero*. Salvador: Juspodium, 2020. p. 79-106. Disponível em: <https://www.editorajuspodium.com.br/cdn/arquivos/cfb81470bc7eeced0bc31eb45bab8065.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2021.

33 Resultado de uma demanda histórica, a lei teve questionamentos de que poderia ser inconstitucional por supostamente violar a igualdade, uma vez que é direcionada às mulheres.

34 Apesar de as mulheres serem quase 60% dos concluintes no curso de direito, são cerca de 40% dos magistrados, e cai para menos de 20% nos tribunais superiores. CNJ. *Diagnóstico da participação feminina no poder judiciário*, 2019.

35 Como exemplo, a legislatura federal 2018-2022 foi composta de 15% de mulheres na Câmara dos Deputados e 13% no Senado Federal. Fonte: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/03/07/minoria-no-congresso-mulheres-lutam-por-mais-participacao>.

36 Segundo artigo de Bonelli e Oliveira 17% das juízas (consideradas aqui em sentido amplo, incluindo desembargadoras) são pretas, pardas ou indígenas. BONELLI, Maria da Glória; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Mulheres Magistradas e a Construção de Gênero na Carreira Judicial. *Novos estud. CEBRAP*, São Paulo, v. 39, n. 1, 2020. p. 143-163. DOI <https://doi.org/10.25091/S01013300202000010006> Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/TX8RfQBFq9kvDTtKHdpbS7t/abstract/?lang=pt>

37 A primeira indígena eleita para o Parlamento foi Joênia Wapichana em 2018.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sucesso dos movimentos de mulheres na Assembleia Nacional Constituinte é largamente creditável à articulação de movimentos sociais antes e durante os trabalhos Constituintes, os quais conseguiram dar visibilidade e organização às demandas feministas, corroborando uma das conclusões de Elizabeth Katz.

Esses movimentos tiveram forte articulação nacional, mas também contaram com estratégias de usos das conquistas e visibilidades propiciadas no plano internacional. A articulação das duas esferas produziu pressão que foi importante em momentos posteriores, por exemplo, na criação da Lei Maria da Penha, resultado da litigância internacional perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, as Constituintes, apesar de seu pouco número e diferenças políticas, conseguiram unir-se em uma bancada, o que facilitou a aprovação das medidas. A articulação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, simbolicamente representado pela entrega da Carta das Mulheres aos Constituintes, também deu visibilidade às pautas.

Mas uma das dificuldades pode ser contada de forma representativa pelo debate acerca do nome da Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, que inicialmente não incluía “mulher”. Daí o debate sobre o uso da palavra “homem” como uma forma genérica – e podemos dizer, universalista – de referir-se aos diversos sujeitos. O discurso universalista paradoxalmente exclui, a pretexto de incluir. Adriana Vidal de Oliveira lembra que não havia restrição expressa ao voto feminino na Constituição de 1891. Daí a necessidade de incluir na redação dos direitos expressamente “mulher” como forma de reafirmar a titularidade ampla do direito. A constituição deve ter gênero, porque a história nos mostra que ao não ter, metade da população é sistematicamente excluída. Nesse sentido, questionar a universalidade é fundamental no caminho para a igualdade.

Mas isso não basta, até porque as leis não bastam. É fundamental movimentação contínua para evitar retrocessos e promover avanços. A construção de políticas públicas em diversas áreas é fundamental para que se possa reduzir as assimetrias entres homens e mulheres. Também é fundamental maior representatividade em esferas de poder, nos espaços do executivo, do legislativo e do judiciário. A formulação e implementação de políticas públicas deve, necessariamente, contar com perspectiva de gênero. Retomando Hanna Pitkin, a representação descritiva não é garantia de que haverá avanços para proteção de direitos e interesses de categorias vulneráveis, mas sem representação há grande probabilidade de que tais interesses sejam desconsiderados.

Como esses mais de trinta anos da promulgação nos mostram, a constituição é um ponto de partida, ao menos em sentido institucional, mas jamais o ponto de chegada.

## REFERÊNCIAS

- ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Emendas Populares: textos e justificativas** – v. 258. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, jan. 1988. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-258.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2021.
- BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi (ed.). **Feminist constitutionalism: global perspectives**. Cambridge University Press, 2012.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3, 2019.
- BONELLI, Maria da Glória; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Mulheres Magistradas e a Construção de Gênero Na Carreira Judicial. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 39, n. 1, p. 143-163, 2020. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002020000100143&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002020000100143&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 19 out. 2020.
- BRASIL. Decreto 89.460 de 20 de março de 1984. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-89460-20-marco-1984-439601-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 out. 2020.
- BRASIL. Legislativo 26 de 1994. Exposição de Motivos, 1993. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-26-22-junho-1994-367297-exposicaodemotivos-145138-pl.html>. Acesso em: 22 out. 2020.
- CAMARA, Heloisa Fernandes. Queda democrática/declínio democrático e gênero. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da, BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, FACHIN, Melina Girardi. **Constitucionalismo feminista: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 79-106.
- CARVALHO, Liandra Lima. Um estudo sobre o “Lobby do Batom” no processo da Constituição Federativa de 1988. **Revista FAFIC-Revista da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras**, v. 3, n. 3, p. 1-15, 2013. Disponível em: <https://fescfafic.edu.br/ojs/index.php/revista/article/view/96/78>. Acesso em: 09 out. 2020.
- CARVALHO, Luiz Maklouf. **Segredos da Constituinte: os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil**. Rio de Janeiro: Record, 2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Diagnóstico da participação feminina no poder judiciário**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/05/cae277dd017bb4d4457755febf5eed9f.pdf>. Acesso em: 19 out. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER (CNDM). **Carta das Mulheres**. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/a-Constituinte-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-Constituinte-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf). Acesso em: 02 jun. 2018.
- DUARTE, Ana Rita Fonteles. O Movimento Feminino pela Anistia na luta contra a ditadura no Brasil: entrevista com Therezinha Zerbini. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 27, n. 1, 2019. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2019000100400&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2019000100400&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 19 out. 2020.
- KATZ, Elizabeth. Women’s Involvement in International Constitution-Making. In: BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi (ed.). **Feminist constitutionalism: global perspectives**. Cambridge University Press, 2012.
- MIGUEL, Luis Felipe, BIROLI, Flávia. **Feminismo e política**. São Paulo: Boitempo, 2014.
- OLIVEIRA, Adriana Vidal de. **A Constituição da Mulher Brasileira: uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e suas consequências no texto constitucional**. Tese (Doutorado em Direito). PUC-Rio, 2012. Disponível em: [http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0721432\\_2012\\_Indice.html](http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0721432_2012_Indice.html). Acesso em: 14 out. 2020.
- PINTO, Céli Regina Jardim. Participação (Representação?) política da mulher no Brasil: limites e perspectivas. In: SAFFIOTI, Heleieth; MUNÖZ-VARGAS, Monica (org.) **Mulher Brasileira é assim**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos: NIPAS, Brasília, 1994. p. 195-230.
- PITANGUY, Jacqueline. **Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes: 30 anos depois**. São Paulo: Editora Autonomia Literária, 2018.
- PITKIN, Hanna F. O conceito de representação. In: CARDOSO, Fernand Henrique, MARTINS, Carlos Estevam. **Política e sociedade**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, v. 2. p. 8-22, 1979.
- PITKIN, Hanna F. **The concept of representation**. Berkley: University of California Press, 1967.
- RAGO, Luzia Margareth. **A aventura de contar-se**. Campinas: Editora da UNICAMP, 2013.
- SACCHET, Teresa. Representação política, representação de grupos e política de cotas: perspectivas e contendas feministas. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 399-431, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2012000200004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/GjpMXFGjwnfzZYbxpvR3zCC/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 06 nov. 2021

SILVA, Christine Oliveira Peter da, GOMIDE, Carolina Freitas. *Constitucionalista Constituintes: uma agenda para o Brasil*. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da, BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, FACHIN, Melina Girardi. **Constitucionalismo feminista**: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

SOUZA, Marcius F. B. de. A Participação das Mulheres na elaboração da Constituição de 1988. In: **Constituição de 1988**: o Brasil 20 anos depois. Os alicerces da redemocratização (v. 1). Brasília: Senado Federal, Instituto legislativo brasileiro, 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-a-participacao-das-mulheres-na-elaboracao-da-constituicao-de-1988/view>. Acesso em: 02 out 2020.

# CAPÍTULO 4

## A BUSCA DO CONSTITUCIONALISMO INCLUSIVO

Ana Flávia Messa

### CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO INCLUSIVO: PÓS-MODERNIDADE

Desde a última década do século XX até os dias atuais, transformações muito significativas e rápidas têm sido presenciadas em todos os setores da nossa sociedade e que afetam nosso modo de pensar, de interagir, de agir e de nos comunicar. Vivemos a pós-modernidade, que, embora seja um conceito ainda em construção, representa transformações em relação a diversos temas.

Na pós-modernidade, constatam-se mudanças qualitativas que exigem uma reformulação dos esquemas teóricos com os quais se apreendem e transmitem os fenômenos jurídicos<sup>1</sup> e a atuação estatal, descobrindo novos horizontes de análise.

Sob esse prisma, pode-se afirmar que a teoria política e jurídica enfrenta atualmente uma crise de legitimidade, já que as novas condições institucionais e culturais no cenário sócio-político contemporâneo tornaram obsoletos os fundamentos do direito e a eficácia do agir político-administrativo. Dentre o que Hespanha<sup>2</sup> denominou com acerto, “... *não se pode ignorar que estamos hoje perante um direito realmente diferente da-quele para o qual foi construída a dogmática jurídica corrente*”.

Com efeito, face ao descompasso entre a realidade contemporânea e o instrumental jurídico-político criado para os séculos XIX e XX, surge a necessidade de refletir sobre como o governo<sup>3</sup> e a administração pública, nomeadamente na sua atividade administrativa, enfrentará os novos desafios.

Nos últimos tempos, o tema da boa administração guiado pela busca de um crescimento sustentável, como objetivo no agir estatal na união integrada do desenvolvimento econômico, proteção ambiental e inclusão social, foi desenvolvido, de forma a constituir chave reflexiva na sociedade atual do século XXI<sup>4</sup>, em que afi-

1 “[...] o Direito, entre as outras ciências sociais, tem o caráter distintivo do ser, como a língua, não só parte integrante, mas também espelho integral da vida social” (TARDE, G. *Les Transformations Du Droit*. Paris: Berg, 1994).

2 HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume Editora, 2013.

3 “O Governo é, do ponto de vista administrativo, o órgão principal da administração central do Estado, incumbido do Poder Executivo.” (AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Coimbra: Editora Almedina, 2006. v. 1.).

4 “O século XXI será recordado na História da Humanidade como o século da mudança, do perigo iminente, do “choque das civilizações, da insegurança colectiva, da desconfiança do “outro”, das injustiças praticadas, da Guerra do Iraque e, principalmente, dos trágicos atentados terroristas ocorridos a 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, a 11 de março de 2004, em Espanha, e a 7 de julho de 2005, em Londres. (RODRIGUES, José Noronha. A Política Exterior e de Segurança Comum. Scientia Iuridica. **Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro**. Tomo LVIII. Nº 317. Janeiro/março 2009. Universidade do Minho, Portugal)

gura-se com nitidez um ambiente de riscos, incertezas<sup>5</sup> e mudanças significativas, inclusive de paradigmas<sup>6</sup> construídos pela modernidade ocidental<sup>7</sup>, trazendo novos ares em sua organização e valores, com repercussão imediata no âmbito do Direito, provocando reflexões e a necessidade de posturas novas diante de opções e variações num contexto de complexidade e dinamicidade.

São tantas as mudanças ocorridas no cenário jurídico nos últimos tempos, a atuação do Estado Garantidor<sup>8</sup>, a emergência de uma quinta<sup>9</sup> ou até sexta<sup>10</sup> geração dos direitos fundamentais, o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação<sup>11</sup>, a globalização, a constitucionalização dos ramos do direito, a valorização dos direitos fundamentais, que se põe obrigatoriamente na agenda da discussão, em face da inadequação da “dogmática jurídica clássica”<sup>12</sup> às novas realidades jurídico-administrativas, a releitura de parâmetros comportamentais da administração pública em compatibilização com a temática da dignidade da pessoa humana, melhoria da *performance* administrativa e ampliação da prática democrática.

Após um período caracterizado na crença do progresso e nos ideais iluministas, vive-se a partir da segunda metade do século XX numa condição histórica pós-moderna<sup>13</sup> de incertezas e riscos, com a desconstrução de princípios e valores construídos na modernidade e ausência de projeto de futuro. A realidade atual é regida

5 “científico é o saber que se sabe precário, que não se julga absoluto, que sabe ter de expor com plausibilidade a fundamentação de tudo que se afirma. Leis científicas, por definição, são temporárias. Serão refutadas. A refutação só prova que determinadas teses foram científicas enquanto foram críveis, plausíveis, para nós.” (CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011).

6 Paradigmas são instrumentos de compreensão da realidade, gerados num contexto histórico, científico e social, que possibilitam previsibilidade no sentido de funcionamento e planejamento da vida das pessoas em sociedade. Os paradigmas jurídicos são construções teóricas estruturantes que funcionam como padrão ou modelo ordenador das relações sociais. Com a evolução e as novas exigências, os paradigmas construídos transformam-se em insatisfações teóricas, pois o pensamento jurídico tem por finalidade reduzir a incerteza do direito. A conscientização e a concretização dos paradigmas jurídicos permitem a compreensão da realidade e do sistema jurídico, gerando a possibilidade de análise crítica com debates e sugestões, características de um processo evolutivo. É caminhar de um conhecimento de regulação para um conhecimento por emancipação.

7 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós modernidade. **Revista Sequência**, nº 57, p. 131-152, dez. 2008.

8 “[...] há quem fale de Estado “Pós-Social”, visto que o Estado deixa de ser o Estado Providência (o Estado Social de Serviço Público) e, sem regressar ao Estado Liberal, se transforma, nas áreas econômicas e sociais num Estado de Garantia (ou “Estado Garantidor”) que regula, orienta, incentiva as atividades privadas, designadamente e com especial intensidade aquelas que prosseguem interesses gerais ou colectivos.” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Lições de direito administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p.22).

9 Paulo Bonavides “destaca a paz como um direito de quinta geração que legitima o estabelecimento da ordem, da liberdade e do bem comum na convivência dos povos. Segundo ele, a concepção da paz no âmbito da normatividade jurídica onfigura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais” (BONAVIDES, Paulo. O direito à paz como direito fundamental da quinta geração. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 1999–, v. 8, nº. 40, de nov./dez. 2006); Outros defendem que a biotecnologia e a informática fazem parte dos direitos de quinta geração (MELO, A. N. **Liberdade de expressão**: um direito fundamental na concretização da democracia. Fortaleza: Premium, 2009).

10 FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à água potável**: direito fundamental de sexta geração. São Paulo. Millennium editora. 2010. p. 74.

11 DOMINGUEZ LUIS, José Antonio. El derecho de información administrativa : información documentada y transparencia administrativa. **Civitas: Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 88, out./dez. 1995.

12 Não é possível defender o dogmatismo na ciência jurídica, que considera a norma jurídica como algo dado e imobilizado, pois tal situação é incompatível com a dinamicidade do conhecimento científico, e com o influxo determinante dos aspectos axiológicos e críticos no estudo do direito. A adoção do termo da dogmática foi com o sentido de ramo da ciência jurídica que estuda as normas jurídicas vigentes em uma determinada comunidade. O uso das aspas é justificado, pois tal expressão reúne dois termos antagônicos. No estudo do direito as normas só possuem sentido quando conectados com os fatos e os valores (KAUFMANN, Arthur. **Filosofia del derecho**. Tradução de Luis Villar Borda e Ana Maria Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002; MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; MARÍN, Rafael Hernández. **Introducción a la teoría de la norma jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2002).

13 “Na noção de uma não-história é que o pensamento pós-moderno procura se estabelecer enquanto ruptura com o moderno.” (MENEZES, P. **A crise do passado**. São Paulo: Experimento, 1994); “O pós-moderno sem dúvida traz ambiguidades. É isso que ele propõe: **a prudência como método, a ironia como crítica, o fragmento como base e o descontínuo como limite** [...] (SEVCENKO, Nicolau. O enigma pós-moderno. In OLIVEIRA, Roberto Cardoso de (org.). **Pós-modernidade**. Campinas-SP : Editora da UNICAMP, 1987).

por uma narrativa do inconstante<sup>14</sup> combinada com a evolução tecnológica, a revolução digital e a globalização, no contexto de transição<sup>15</sup> e busca de nova estrutura social.

Diante dos novos desafios impostos por essa realidade em mudança, é importante destacar a necessidade de revalorização da sustentabilidade consubstanciada na construção de um equilíbrio dinâmico entre geração de riqueza, a proteção ambiental e a inclusão social, na resolução dos problemas, do qual a perspectiva social do crescimento sustentável aparece com o seu potencial de possibilitar solução técnica-instrumental e valorativa na criação da legitimidade dos comportamentos estatais, tanto os que devem ser seguidos, como os que devem ser suportados, no sentido de criação de políticas com pluralidade, abertura e tolerância.

Neste contexto, uma reflexão sobre o processo de construção de um constitucionalismo inclusivo conduz-nos à conclusão da necessidade de criação de um futuro compatível com um crescimento sustentável.

A sustentabilidade, numa perspectiva social, exige a efetivação de uma regulação jurídico-constitucional que possibilite uma boa administração pública que adote políticas que visem a concretização de uma dinâmica social plural, aberta e tolerante. A boa administração pública exige respeito à dignidade humana, com neutralização da situação de desequilíbrio de gênero, como parte da singularidade humana em respeito ao desenvolvimento de suas capacidades e potenciais.

## BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como paradigma jurídico abrangente de critérios mínimos de uma atuação administrativa<sup>16</sup> que visa resultados úteis para a coletividade<sup>17</sup>, a Boa Administração Pública possui duas dimensões, a subjetiva e a objetiva.

Na dimensão subjetiva, a boa administração é vista como um direito fundamental<sup>18</sup>, com uma eficácia projetada na esfera individual de direitos<sup>19</sup>. Nesta dimensão, permite-se uma necessidade de observância pela

14 “O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pode ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana.” (ADEODATO, João Maurício. *Ética & retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 353).

15 “O mundo é “um” em certo sentido, mas radicalmente cindido por desigualdades de poder em outro. E um dos traços mais característicos da modernidade é a descoberta de que o desenvolvimento do conhecimento empírico não nos permite, por si mesmo, decidir entre diferentes posições de valor” (GIDDENS, A. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Edunesp, 1991).

16 “[...] un principio general que preside la relación jurídico administrativa y, a la vez, constituye un deber de la Administración y un derecho de los administrados, posee una potencialidad aplicativa de alto valor no sólo jurídico sino también ético en orden a la mejora de la calidad del Estado de Derecho y, por ende, de la convivencia social” (DELPIAZZO, C. E. La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados. *Revista de Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, 2ª época, Año 9, n. 10, Uruguay, Dez. 2014, p. 49).

17 RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración em el marco de la lucha contra la corrupción. p. 19. Disponível em: <http://www.revistaacc.com/index.php/revistaacc/article/viewFile/188/219>. Acesso em: 03 abr. 2015; GIUFFRIDA, A. II “diritto” ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilit. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012. p. 15.

18 “Trata-se do direito fundamental à Administração Pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a Administração Pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem” (FREITAS, J. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo, Malheiros, 2009).

19 “O artigo 41.º da CDFUE consagra o direito a uma boa administração como um direito de cidadania europeia. Pretende-se criar uma administração bem dirigida, com capacidade de prestação, funcionalmente ordenada e adequada, estruturada com base nos direitos fundamentais e nos princípios estruturantes do direito da UE, como a democracia e o Estado de direito. Em rigor, como resulta do teor literal do preceito, trata-se de um direito de todas as pessoas, físicas e colectivas, que por qualquer motivo entrem numa relação com os serviços administrativos da UE. O mesmo pretende concretizar, na relação entre a administração da UE e os particulares, os princípios da igualdade, da justiça e da eficiência e eficácia e da equidade procedimental. O direito abrange as garantias de procedimento administrativo, como o direito de audiência, o direito à consulta dos processos em que esteja envolvido – sem prejuízo do sigilo profissional e comercial – o direito à fundamentação das decisões da administração, o direito à indemnização por danos e o direito de queixa junto das autoridades administrativas. Trata-se de um elenco não taxativo, que remete para um amplo conjunto de garantias administrativas substantivas e procedimentais

Administração Pública dos princípios e deveres que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como mecanismo de defesa da cidadania para garantir os direitos e interesses fundamentais<sup>20</sup>.

Na dimensão subjetiva, privilegiam-se duas ideias básicas. A primeira de um conceito “guarda-chuva” que abriga um feixe de princípios e deveres cujo destinatário é a Administração Pública, que deve, por sua vez, fornecer ao cidadão (incluindo o menor) tratamento de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. A segunda a de um direito-garantia cuja missão é assegurar a proteção de outros direitos fundamentais<sup>21</sup>.

Na dimensão objetiva, o enfoque é analisar como a Administração Pública no desenvolvimento da sua função administrativa deve garantir a boa administração, no sentido de adequar o seu modo de administrar ao crescimento sustentável que o ordenamento jurídico destina ao Estado<sup>22</sup>.

O surgimento gradual da Boa Administração Pública, numa trajetória de contínua conquista e densificação<sup>23</sup>, resulta da crescente demanda por maior qualidade no exercício da função administrativa para servir da melhor forma possível os interesses da coletividade<sup>24</sup>. A boa administração nasce, então, como um projeto racional na atuação administrativa, impondo deveres no exercício das competências administrativas, e limitando a arbitrariedade estatal. A sua criação surge, ainda, como uma forma de orientação do poder administrativo relativamente à tomada de decisões qualificada pela estratégia da garantia dos direitos fundamentais.

Na dimensão objetiva, a Administração Pública deve garantir a boa administração em homenagem a uma atuação administrativa vinculada aos princípios constitucionais consagrados, realizando, no maior grau possível, o atendimento do interesse público<sup>25</sup>. DEVE, pois é uma finalidade da Administração Pública representativa de maior qualidade no exercício da função administrativa para servir da melhor forma possível os interesses da coletividade<sup>26</sup>; PODE, porque não há obstáculos dogmáticos à concepção de uma Administração Pública

reconhecidas, quer pela jurisprudência constitucional dos Estados-membros, quer pela jurisprudência do TEDH.” (MACHADO, J. E. M. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. pp. 254-255).

20 Como parâmetro da atividade administrativa, o imperativo da boa Administração Pública apresentada, de certo modo com uma intenção revolucionária, opera afinal uma revolução “tradicionalista”, visto que foi diluída através de princípios e deveres previstos na Constituição Federal e contemplados pelo Direito Comunitário que conduzem a uma Administração Pública eficiente, eficaz, proba, imparcial, dialógica, transparente e capaz de assegurar a concretização dos direitos fundamentais (LOMBARTE, A. A. *In* MALLÉN, B. T. **El derecho fundamental a una buena administración**. Madrid: INAP, 2004; ANDRADE, J. C. V. de. **O dever de fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Editora Almedina, 2007; MALLÉN, B. T. **El derecho fundamental a una buena administración**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, p. 42; HACHEM, D. W. 2014. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**. 2014. 614 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná, 2014).

21 MALLÉN, B. T. **El derecho fundamental a una buena administración**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004. p. 42; HACHEM, D. W. 2014. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**. 2014. 614 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná, 2014.

22 VALLE, V. R. L. do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 24.

23 MORGADO, C. Direito à boa Administração Pública: recíproca dependência entre direitos fundamentais, organização e procedimento. **Rev. Dir. Proc. Geral**, Rio de Janeiro n. 65, 2010. p. 68-94. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTEONg%2C%2C>

24 CASSESE, S. C. Il diritto alla buona amministrazione. **European Review of Public Law**. v. 21, n. 3, 2009, p. 1037ss; PRATS CATALÁ, J. Derecho y management en las administraciones públicas. **Ekonomiaz: Revista vasca de economía**, n. 26, 1993, p. 130-143. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=273968>

25 GIUFFRIDA, A. **Il “diritto” ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilit**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 15.

26 CASSESE, S. C. Il diritto alla buona amministrazione. **European Review of Public Law**. v. 21, n. 3, 2009, p. 1037ss; PRATS CATALÁ, J. Derecho y management en las administraciones públicas. **Ekonomiaz: Revista vasca de economía**, n. 26, 1993, p. 130-143. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=273968>; “A Carta Europeia dos Direitos Fundamentais como reforço na protecção destes direitos no quadro da União Europeia, é um instrumento vinculativo, que ultrapassa ou ao menos precise o standard de protecção dos direitos fundamentais neste momento existente no âmbito da União” (RAMOS, R. M. M. **A carta dos direitos fundamentais da União Europeia e a protecção dos direitos fundamentais**. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2001).

provedora da boa administração baseada numa maior eficácia e efetividade das ações estatais e orientada pela principiologia dos direitos fundamentais<sup>27</sup>.

Se ao mesmo tempo afirmamos que a Administração Pública tem o encargo de ser provedor da boa administração, dentro do contexto de análise da dimensão objetiva, só se pode reconhecer a existência desta dimensão, se se reconhecer a existência do direito das pessoas de terem garantida a referida boa administração, o que, aliás, é objeto de análise de outra dimensão, a subjetiva. O reconhecimento da boa administração como um direito fundamental autônomo a partir da Carta de Nice<sup>28</sup> no contexto europeu inaugura uma nova forma de conceber a relação da Administração Pública com o cidadão<sup>29</sup>, de forma a considerar o cidadão como um sujeito participativo na configuração dos interesses gerais<sup>30</sup>, e a Administração Pública uma estrutura funcionalizada na promoção do bem-estar do povo através de uma atuação responsável, eficaz e direcionada à consecução dos interesses da coletividade.

Gera-se o reposicionamento da Administração Pública como uma organização conectada com o cidadão, em prol da dignidade da pessoa humana, implica no dever da Administração Pública de construção de uma estrutura e prática administrativas pautadas em decisões legítimas do gestor público. Essa legitimidade na dimensão objetiva da boa administração deve ser definida e compreendida como elemento integrante de um contexto político-jurídico de desenvolvimento do melhor exercício da função administrativa na satisfação do interesse público.

## DIMENSÃO OBJETIVA DA BOA ADMINISTRAÇÃO

Na dimensão objetiva, o enfoque é analisar como a administração pública no exercício da função administrativa deve garantir boa administração para servir da melhor forma possível os interesses da coletividade.

27 “Não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária” (STJ REsp 579.541/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17/02/2004, DJ 19/04/2004, p. 165).

28 Na Carta adotada em Nice em dezembro de 2000, além da identificação de direitos dos cidadãos e residentes da União Europeia, inclui o dever de boa administração, cujo conteúdo é a articulação entre diversos princípios da Administração Pública sintetizados sob a fórmula de princípio da solicitude (Acórdão do Tribunal Geral, de 18 de Setembro de 1995, caso T-167/94; Acórdão Technische Universität München de 21 de Novembro de 1991 do TJCE (caso C-269/90); ALMEIDA, M. A. de. **Princípio da legalidade e boa administração**: dificuldades e desafios. Coimbra: Almedina, 2015; VIANA, C. **Os princípios comunitários na contratação pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007; SILVA, P. C. e. Uma análise (também crítica) do “novo” princípio da boa administração no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo. **Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho**. Departamento de Ciências Públicas, subordinado ao tema Ética e Direito”, Tomo II, Braga: 2014, nov. 2015, p. 125-136. *online*. GOMES, C. A. **A boa administração: na revisão do CPA, depressa e bem**. Colóquio sobre o Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 15 jul 2013. Disponível em: <http://www.icjp.pt/debate/4268/4337>. Acesso em: 7 jul. 2015; CAETANO, M. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2010).

29 “El derecho fundamental a la buena administración, tal y como está redactado en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de diciembre de 2000, trae consigo un replanteamiento del derecho administrativo en su conjunto. Ahora, desde la centralidad del ciudadano y desde su participación activa en la conformación de los intereses generales, el derecho administrativo y sus principales categorías deben ser nuevamente formulados puesto que ahora la relevancia de los derechos fundamentales de la persona sugiere nuevas formas de comprender el sistema del derecho administrativo” (RODRÍGUEZ-ARANA, J. La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. **Misión Jurídica-Revista de Derecho y Ciencias Sociales**. n. 6, Bogotá, D.C. (Colombia), p. 23-56, jan.-dez. 2013). DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.60>. Disponível em: <https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2020/09/art1-2.pdf>

30 “En efecto, el ciudadano es ahora, no sujeto pasivo, receptor mecánico de servicios y bienes públicos, sino sujeto activo, protagonista, persona en su más cabal expresión, y, por ello, debe poner tener una participación destacada en la configuración de los intereses generales porque éstos se definen, en el Estado social y democrático de Derecho, a partir de una adecuada e integrada concertación entre los poderes públicos y la sociedad articulada” (RODRÍGUEZ-ARANA, J. El derecho fundamental a la buena administración en la constitución española y en la Unión Europea. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, v. I, n. 2, Santa Fé, Argentina, p. 77. jul.-dez. 2014). DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v10i40.535>. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/535>



Neste contexto, podemos dizer que o desenvolvimento sustentável é a concretização gradual e progressivo do ideário de um bem-estar social.

A busca de um equilíbrio dinâmico para satisfazer às necessidades da geração presente e se comprometer com as necessidades das gerações futuras, num quadro de qualidade subjetiva de vida, depende de instrumentos de gestão pública traduzidos na afirmação e concretização da responsabilidade social do Estado em respeito à condição dos seres humanos, com suas habilidades, dedicação e experiências.

## PERSPECTIVA SOCIAL DA SUSTENTABILIDADE

A sustentabilidade, numa dimensão social, sempre em conformidade com o princípio da solidariedade intergeracional, busca equalizar diferenças sociais, para caracterizar a legitimidade dos atos do Poder Público.

Deste modo é que, para concretização efetiva da igualdade que reconheça as diferenças, num contexto de promoção de direitos e da dignidade humana, o desenvolvimento sustentável ampliou seu espaço e sua efetividade para abranger as políticas de regulação social fundamentadas na construção de uma visão plural, aberta e tolerante.

A sustentabilidade social, tendo por base a defesa da dignidade nos modos de ser e existir, repele um modelo de natureza excludente que legitime a inserção social condigna apenas de alguns, reduzindo os vulneráveis às situações de exclusão social.

Considerado um verdadeiro axioma, a inclusão social tornou-se não só um dos valores essenciais aos quais a administração pública é convidada a referir-se, mas também umas das preocupações gritantes na formulação e concretização das políticas públicas, tendo em vista uma administração pública nova, atenta às exigências do público, que passou a ser vista cada vez mais como uma indispensável interface entre Estado e população, e por isso, sempre a serviço do cidadão.

Na perspectiva axiológica, a inclusão social é uma diretriz que orienta a conduta de proceder da administração pública para que ela funcione como uma administração mais aberta e igualitária, comprometida com valores constitucionais fundamentais e cotidianamente atentas aos anseios da população<sup>31</sup>.

Na perspectiva da gestão pública, a relevância atribuída à inclusão social é um aspecto do fenômeno mais amplo das políticas públicas em diversos países na busca de técnicas e mecanismos capazes de propiciar melhorias na construção permanente da tolerância, em condições de igualdade e respeito aos direitos humanos.

Neste quadro de comprometimento de fomento à cidadania, com a criação de valor social que assegure uma convivência humana sem exclusivismos nem exclusões, o Estado enfrenta atualmente uma série de desa-

<sup>31</sup> A política do reconhecimento e as várias concepções de multiculturalismo nos ensinam, enfim, que é necessário que seja admitida a diferença na relação com o outro. Isto quer dizer tolerar e conviver com aquele que não é como eu sou e não vive como eu vivo, e o seu modo de ser não pode significar que o outro deva ter menos oportunidades, menos atenção e recursos (PRAXEDES, Walter. **A diversidade humana na escola: reconhecimento, multiculturalismo e tolerância**. Disponível em: <https://walterpraxedes.wordpress.com/2015/06/15/a-diversidade-humana-na-escola-reconhecimento-multiculturalismo-e-tolerancia/>. Acesso em: 06 nov. 2021.).

fos para concretizar as políticas públicas de inclusão que precisam ser superados para viabilizar o pleno desenvolvimento econômico e social.

## FUNDAMENTOS DO CONSTITUCIONALISMO INCLUSIVO

A fórmula original do constitucionalismo sofre nos dias atuais uma remodelação na sua forma e conteúdo em razão das mudanças nas circunstâncias históricas, sociais, teóricas e filosóficas, desde o final da Segunda Guerra Mundial. Em razão deste novo universo subjacente, a fórmula original do constitucionalismo não mais se poderá conter nos limites estreitos de uma obrigação formal de impor limitações à atuação estatal, mas promover políticas de inclusão social. As transformações que provocaram a remodelação podem ser agrupadas por diversos indicadores: social, jurídico, político e institucional.

*O indicador jurídico:* as transformações do Estado Constitucional com a doutrina da efetividade<sup>32</sup>, a normatização dos princípios<sup>33</sup> e a ordem objetiva de valores, repercutindo em todos os ramos do Direito e nas relações sociais. Neste contexto de concretização constitucional, a constituição deve ser concebida como uma *ordem aberta*, ou seja, como uma ordenação de permanente dinamicidade<sup>34</sup> tendo em conta a necessidade de diálogo com evolução social da comunidade<sup>35</sup>. No constitucionalismo contemporâneo<sup>36</sup> desenvolvido sob as bases de uma teoria material da constituição que, em função do contexto pós-positivista, alçaram os princípios jurídicos desde o século XX à posição não apenas de normas jurídicas, mas de hegemonia axiológico-normativa na estrutura dos ordenamentos jurídicos.

*O indicador político:* a evolução no conceito da democracia participativa contribui para construção da administração pública democrática compatível com a ideia da sustentabilidade social no poder administrativo. Neste contexto, a inclusão social pode ser vista como uma ferramenta ou instrumento para melhoria da qualidade democrática<sup>37</sup>, quando fomenta a participação dos administrados nas decisões administrativas. Na perspectiva política, a mudança de significado decorre, outrossim, no contexto de uma sociedade de informação, da democracia comunicativa e da publicidade crítica, pois com a disseminação de informações públicas relevantes e compreensíveis, cria-se uma autodeterminação informativa, em que os indivíduos tornam-se mais

32 O Estado de Direito Material pressupõe o Formal, contudo avança para alcançar preceitos substantivos estabelecidos por normas constitucionais expressados como princípios jurídicos. Este fenômeno, de abertura constitucional, que surge desde o Segundo Pós-Guerra, muito mais do que uma conquista da juridicidade administrativa, representa a superação do modelo positivista do Estado de Direito para, sob o influxo da justiça na ordem jurídico-positiva, reconhecer a insuficiência ao critério formalista no agir do poder público, para o surgimento de referenciais que prestigiam os direitos fundamentais, postos, assim, como fundamentos numa qualidade de agir estatal.

33 Na trajetória histórico-evolutiva, partindo do conceito de princípio jurídico no jusnaturalismo, que reinou no pensamento jusfilosófico até o advento da Escolha Histórica do Direito, fundada por Savigny, e passando pelo positivismo dominante até a primeira metade do século XX, os princípios chegam no período pós-positivista com o status de norma jurídica, seja pela inserção nos textos constitucionais, seja pelo trabalho da jurisprudência.

34 VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Editora Tecnos, 2011, p. 180-181.

35 “La dicotomía Constitución-realidad constitucional supone una provechosa renovación del estudio del derecho constitucional, en la medida que corrige las excesivas formalizaciones de la doctrina positivista, de suerte que capta la realidad y proceso políticos normativizados e institucionalizados por el derecho fundamental” (VERDÚ, Pablo Lucas. **Curso de Derecho Político**. vol. IV, p. 74).

36 “Como fruto da constante e renovada relação dialética entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o ‘direito por regras’ cedeu lugar, no constitucionalismo contemporâneo, ao ‘direito por princípios’” (MORAES, Germana. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 19).

37 PRATAS, Sérgio. **Transparência do estado, administração aberta e internet**. Coimbra: INA Editora, 2011;

conscientes de seus direitos e deveres, ganhando preparação cívica para debate público, com reivindicação de maior participação no funcionamento estatal e eficiência no atendimento de suas necessidades.

*O indicador institucional:* as profundas transformações pelas quais passam o modelo de estado, e na mesma esteira, a função administrativa, com a introdução da ideia da governança pública<sup>38</sup> e da necessidade da modernização administrativa<sup>39</sup>, que provoca desafios estimulantes na redefinição do papel gestacional dos negócios públicos no discurso administrativo buscando dinâmica conjunta e compartilhada entre o Estado e outros atores sociais na gestão da coisa pública.

A concepção de que a “governança” surge como resposta à crise de governabilidade diante das demandas sociais e escassez de recursos econômicos, através de estruturas, mecanismos e processos, incluindo valores para a prática de gestão pública vinculada a um desenvolvimento.

Esse sentido denota dois aspectos: a) *instrumental*, referente às estruturas e processos pelos quais as organizações são dirigidas, controladas e cobradas; b) *substancial*, relacionado com os parâmetros valorativos de realização das ações públicas<sup>40</sup>.

O aspecto instrumental abrange a autoridade, gestão, relações/interações, políticas e instituições<sup>41</sup>, enfim técnicas de um desenvolvimento futuro. Tal aspecto é inserido no contexto da “governança” como nova geração de reformas. Já o aspecto substancial está assentado na implementação de valores democráticos no exercício do poder resultando em ações públicas transparentes e responsáveis, a fim de que possam melhorar a eficiência e a credibilidade da organização<sup>42</sup>. Trata-se de vetores de legitimidade<sup>43</sup> e idoneidade para gerar e manter a crença de uma boa governança<sup>44</sup>.

## FINALIDADES DO CONSTITUCIONALISMO INCLUSIVO

Na esteira da resolução dos problemas jurídicos com uma visão plural, aberta e tolerante, pode-se afirmar que o constitucionalismo inclusivo possui duas finalidades:

38 The path towards good governance requires a long-term vision centred on a genuine consideration of the needs of citizens and business. Building trust should be a priority. Consensus building and a strategic approach are the pre-conditions for successful reform. The active engagement of all stakeholders is needed. The European Commission is a partner in this process, providing funding and guidance, as well as facilitating the exchange of know-how and experience. Together, we will build high-quality public services that meet the needs of citizens and foster business and job creation (In Promoting good governance – European Social Fund thematic paper. European Commission: Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion Unit E1 Manuscript completed in January 2014).

39 FORJAZ, Maria Cecília Spina. Globalização e Crise do Estado Nacional. **Revista de Administração de Empresas, FGV**, São Paulo, Brasil, v. 40, n. 2, abr./jun. 2000. DOI <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-7590200000200005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rae/a/p8FmBQFhRD6GJKhzKDz4FP/?lang=pt>

40 <sup>105</sup> MATIAS-PEREIRA, José. A Governança Corporativa Aplicada no Setor Público Brasileiro. **Administração Pública e Gestão Social**, Viçosa, v. 2, n. 1, p. 110-135, jan./mar. 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/apgs/article/view/4015>

41 BARRET, Pat. Better Practice Public Sector Governance. **Australian National Audit Office (ANAO)**, 2003. Disponível em: [https://www.anao.gov.au/sites/default/files/Barrett\\_better\\_practice\\_public\\_sector\\_governance\\_2003.pdf](https://www.anao.gov.au/sites/default/files/Barrett_better_practice_public_sector_governance_2003.pdf). Acesso em: 14 mar. 2016; KAUFMANN, Daniel; KRAAY, Aart Kraay. **Governance Indicators: Where Are We, Where Should We Be Going?** The World Bank, 2008.

42 NETO, Jayme Weingartner. Ministério Público, boa governança e gestão estratégica. **Revista do Ministério Público**, 137, janeiro/março 2014, p.106/107.

43 A legitimidade corresponde à ordem ético-política que representa uma ordem legitimada pela estabilização do poder em torno de valores consensualmente aceitos. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 5).

44 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidades: itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 327.

- a) Alteridade:** significa oferecer à humanidade um homem solidário preocupado com a livre manifestação da vida em todas as suas formas, de forma a evitar a dialética de extremos, com intolerância a pensamentos distintos; o convívio humano é um espaço de encontro e confronto de relações sociais estabelecidos pelos indivíduos, cujo funcionamento envolve singularidades e complexidades constitutivas das significações e articulações das pautas interativas estabelecidas pela realidade. Neste espaço comum, o mundo humano é estruturado pelo cultivo de um cotidiano de interações sociais envolvidas num processo permanente de diálogo<sup>45</sup> e convivência, de um horizonte de reflexão da essência humana em suas dimensões, desde os processos de reprodução aos de conservação<sup>46</sup>.
- b) Abertura:** significa fomentar padrões de conduta política e jurídica eivados da ética do cuidado, afeto e fraternidade; é importante destacar a necessidade de revalorização dos princípios éticos, como alicerces do ordenamento jurídico, na resolução dos problemas, do qual os valores partilhados pela sociedade com respaldo constitucional aparecem com o seu potencial de possibilitar solução técnica-instrumental e valorativa na criação da legitimidade dos comportamentos.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética & Retórica**. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALMEIDA, M. A. de. **Princípio da legalidade e boa administração**: dificuldades e desafios. Coimbra: Almedina, 2015.
- AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. vol. 1. Coimbra: Editora Almedina, 2006.
- ANDRADE, J. C. V. de. **O dever de fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Editora Almedina, 2007.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Lições de direito administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- BARRET, Pat. **Better Practice Public Sector Governance**. Australian National Audit Office (ANAO). 2003. Disponível em: [https://www.anao.gov.au/sites/default/files/Barrett\\_achieving\\_better\\_practice\\_corporate\\_governance\\_in\\_the\\_public\\_sector\\_2002.pdf?acsf\\_files\\_redirect](https://www.anao.gov.au/sites/default/files/Barrett_achieving_better_practice_corporate_governance_in_the_public_sector_2002.pdf?acsf_files_redirect). Acesso em: 14/03/2016.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós modernidade. **Revista Sequência**, n. 57, p. 131-152, dez. 2008.
- BONAVIDES, Paulo. O direito à paz como direito fundamental da quinta geração. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 1999, v. 8, n. 40, nov./dez. 2006.
- CAETANO, M. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2010.
- CAETANO, M. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidades**: itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.
- CARVALHO NETTO, Menelick de & SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- CASSESE, S. C. Il diritto alla buona amministrazione. **European Review of Public Law**, v. 21, n. 3, 2009, p. 1037ss.
- CHARDIN, P. Teilhard. **O fenômeno humano**. São Paulo: Cultrix, 1986. p. 25.
- DELPIAZZO, C. E. La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados. **Revista de Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay**, 2ª época, ano 9, n. 10, Uruguay, dez. 2014.

45 “Um diálogo é antes de tudo um problema de interculturalidade. A distância física que separa os interlocutores e as voltas retóricas para entenderem-se, fazem referência a um problema cultural (KUSCH, Rodolfo. **Esbozo de una Antropología Filosófica Americana**. Buenos Aires: Ediciones Castañeda, 1978. p. 13).

46 CHARDIN, P. Teilhard. **O fenômeno humano**. São Paulo: Cultrix, 1986, p. 25; RABUSKE, E. A. **Antropologia filosófica**. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 123.

- DOMINGUEZ LUIS, José Antonio. El derecho de información administrativa : información documentada y transparencia administrativa. **Civitas: Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 88, out./dez. 1995.
- FACHIN, Zulmar, SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à água potável: direito fundamental de sexta geração**. São Paulo. Millennium editora. 2010.
- FORJAZ, Maria Cecília Spina. Globalização e Crise do Estado Nacional. **Revista de Administração de Empresas**, FGV, São Paulo, Brasil, v. 40 n. 2, abr./jun. 2000.
- FREITAS, J. **Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública**. São Paulo, Malheiros, 2009.
- GIDDENS, A. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Edunesp, 1991.
- GIUFFRIDA, A. **Il “diritto” ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilit**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 15.
- GOMES, Carla Amado. A boa administração: na revisão do CPA, depressa e bem. Colóquio sobre o Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 15 jul 2013. Disponível em: <http://www.icjp.pt/debate/4268/4337>. Acesso em: 7 jul. 2015.
- HACHEM, D. W. 2014. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**. 2014. 614f. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná, 2014.
- HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume Editora, 2013.
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofia del derecho**. Tradução de Luis Villar Borda e Ana Maria Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002.
- KAUFMANN, Daniel; KRAAY, Aart Kraay. **Governance indicators: where are we, where should we be going?** The World Bank, 2008.
- LOMBARTE, A. A. In MALLÉN, B. T. **El derecho fundamental a una buena administración**. Madrid: INAP, 2004.
- MACHADO, J. E. M. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- MALLÉN, B. T. **El derecho fundamental a una buena administración**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.
- MARÍN, Rafael Hernández. **Introducción a la teoría de la norma jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MATIAS-PEREIRA, José. A Governança Corporativa Aplicada no Setor Público Brasileiro. **Administração Pública e Gestão Social**, Viçosa, v. 2, n. 1, p. 110-135, jan./mar. 2010.
- MELO, A. N. **Liberdade de expressão: um direito fundamental na concretização da democracia**. Fortaleza: Premium, 2009.
- MENEZES, P. **A crise do passado**. São Paulo: Experimento, 1994.
- MORAES, Germana. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discrecionabilidade: novas reflexões sobre os limites e controle da discrecionabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MORGADO, C. Direito à boa Administração Pública: recíproca dependência entre direitos fundamentais, organização e procedimento. **Rev. Dir. Proc. Geral.**, Rio de Janeiro n. 65, p. 68-94, 2010.
- PRATAS, Sérgio. **Transparência do Estado, Administração Aberta e Internet**. Coimbra: INA Editora, 2011.
- PRATS, J. Derecho y management en las administraciones públicas. **Ekonomiaz: Revista vasca de economía**, n. 26, p. 130-143, 1993.
- PRAXEDES, Walter. **A diversidade humana na escola: reconhecimento, multiculturalismo e tolerância**. Disponível em: <https://walterpraxedes.wordpress.com/2015/06/15/a-diversidade-humana-na-escola-reconhecimento-multiculturalismo-e-tolerancia/>. Acesso em: 02 jul. 2019.
- RABUSKE, E. A. **Antropologia filosófica**. Petrópolis: Vozes, 1999.
- RAMOS, R. M. M. A carta dos direitos fundamentais da União Europeia e a protecção dos direitos fundamentais. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- RODRIGUES, José Noronha. A Política Exterior e de Segurança Comum. Scientia Iuridica. **Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro**, Universidade do Minho, Portugal, tomo LVIII, n. 317, jan./mar. 2009.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. El derecho fundamental a la buena administración en la constitución española y en la Unión Europea. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, v. I, n. 2, Santa Fé, Argentina, p. 77. jul./dez. 2014.

RODRÍGUEZ-ARANA, J. La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. **Misión Jurídica-Revista de Derecho y Ciencias Sociales**, n. 6, Bogotá, D.C. (Colombia), p. 23-56, jan./dez. 2013.

SEVCENKO, Nicolau. **O enigma pós-moderno**. In: OLIVEIRA, Roberto Cardoso de (org.). Pós-modernidade. Campinas-SP: Editora da UNICAMP, 1987.

SILVA, P. C. e. Uma análise (também crítica) do “novo” princípio da boa administração no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo. **Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho**. Departamento de Ciências Públicas, subordinado ao tema Ética e Direito”, Tomo II, Braga: 2014, p. 125-136, nov. 2015. *online*.

TARDE, G. **Les Transformations Du Droit**. Paris: Berg, 1994.

VALLE, V. R. L. do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. [S. l.]: Editora Tecnos, 2011.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Curso de Derecho Político**, v. IV. [S. l.: s. n., 19--?].

VIANA, C. **Os princípios comunitários na contratação pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Ministério Público, boa governança e gestão estratégica. **Revista do Ministério Público**, 137, p. 106/107, jan./mar. 2014.

# CAPÍTULO 5

## TRAJETÓRIA DOS CORPOS FEMININOS NA MOBILIZAÇÃO DO DIREITO À PARTICIPAÇÃO: DA CONSTITUINTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Lilian Rose Lemos Rocha

Naiara Ferreira Martins

### INTRODUÇÃO

A ótica de gênero permite observar a mobilização de narrativas por mulheres muitas vezes invisibilizadas ou silenciadas pelo histórico político-social. Essa abordagem apresenta as potências de uma conjuntura de luta que se enraizou na escrita da Constituição Federal de 1988, levantada pelo discurso pretérito: “Constituinte para valer tem que ter palavra de mulher”<sup>1</sup>.

As mulheres foram responsáveis por movimentar uma agenda de denúncia à opressão, reverberando em alterações profundas na construção de um novo projeto de sociedade por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988. Assim, internalizou-se o pressuposto de desigualdade de gênero, o qual direciona as mulheres à ocupação da vida privada e os homens às esferas política e econômica<sup>2</sup>, para um novo paradigma de tutela da igualdade entre homens e mulheres.

A articulação dos movimentos liderados e criados por mulheres dialogava sobre as condições de acesso de igualdade tanto dos espaços privados quanto dos públicos. Desse modo, serão expostos o eco das vozes de mulheres que conseguiram produzir não apenas narrativas de relevância, mas, principalmente, constituí-las de viés jurídico, corporificando as pautas em direito. A partir disso, percebe-se um solo fértil no cenário brasileiro, também alimentado por lutas no contexto internacional, na convergência da instituição e qualificação de instrumentos de maior participação a fim de garantir continuidade à luta absorvida pela Carta Cidadã.

1 CNDM. *Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes*. Brasília: Arquivo CNDM, 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/a-Constituinte-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-Constituinte-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf). Acesso em: 20 out. 2020.

2 OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. *Rev. Estud. Fem., Florianópolis*, v. 16, n. 2, p. 305-332, ago. 2008. p. 6. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2008000200002> Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2008000200002&lng=en&nrm=isop](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000200002&lng=en&nrm=isop). Acesso em: 20 out. 2020.

## DA CONSTITUINTE À CONSTITUIÇÃO DE 1988: A MOBILIZAÇÃO DAS MULHERES NA TRANSFORMAÇÃO DE NARRATIVAS EM DIREITO

A história brasileira é marcada por narrativas mobilizadas por mulheres em busca da igualdade de gênero e valorização do sujeito feminino nas relações sociais. Nessa trajetória, o Estado ocupou polos diferentes no papel de reconhecimento de direitos e da autonomia das mulheres.

A busca pela defesa de direitos das mulheres, porém, sempre foi uma constante simbólica na agenda. Desse modo, esta parte propõe-se a dialogar sobre o movimento das mulheres para transformação de narrativas em direitos durante a Constituinte de 1987 (1.1), bem como a inclusão de gênero no texto constitucional como forma de reconhecimento ao espaço pertencido às mulheres (1.2).

Eco dos corpos femininos na mobilização de narrativas de igualdade na Constituinte de 1987

Os corpos mobilizam discursos que permeiam diversos campos, como o econômico, político e jurídico<sup>3</sup>. A construção de narrativas a partir dos discursos ocupa espaços antes não permeados por mulheres e adquire efervescência por meio da união de vozes femininas na busca de direitos<sup>4</sup>.

Nota-se que a mobilização de narrativas converge da percepção desigual nas relações de poder entre homens e mulheres. Assim, do conflito com o sistema patriarcal eclode o nascimento de movimentos de mulheres<sup>5</sup> na negativa dos padrões impostos e pela busca da concretização de direitos igualitários.

Importante mencionar, porém, que embora seja construído um ambiente de desnaturalização do lugar de submissão<sup>6</sup> por nós, mulheres, a ideia de coletividade nem sempre contemplou todos os corpos femininos na perspectiva de luta. A busca pela substantivação da igualdade das mulheres contempla um recorte de gênero, todavia, a abordagem dificulta a compreensão de que existem várias tonalidades e desenhos de corpos.

Nesse aspecto, posiciona-se que “a universalização da categoria “mulheres” embasou-se na mulher branca de classe média, já que, por exemplo, trabalhar fora sem a autorização nunca foi uma reivindicação das mulheres negras ou pobres”<sup>7</sup>. Diante disso, percebe-se que a composição do movimento de mulheres na Constituinte foi liderado, de certa forma, por mulheres da elite, mas, a busca deve romper o paradigma de universalização da categoria da mulher para perceber o eco das diversas vozes e das contribuições de uma percepção multi e interseccional<sup>8</sup>.

3 BUTLER, Judith. *Gender trouble*. Feminism and the subversion of identity. New York: Routledge, 1990.

4 PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010. p. 17. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782010000200003> Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782010000200003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782010000200003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 out. 2020.

5 CALIL, Mário Lúcio Garcez; MARKMAN, Debora. Direito, raça e gênero: elementos para a construção de uma teoria feminista do direito adequada ao feminismo negro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2 p. 165-187, 2020. p. 168. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v10i2.6797> Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6797>. Acesso em: 25 out. 2020.

6 RIBEIRO, Djamila. *Quem tem medo do feminismo negro?* São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 59

7 CALIL, Mário Lúcio Garcez; MARKMAN, Debora. Direito, raça e gênero: elementos para a construção de uma teoria feminista do direito adequada ao feminismo negro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2 p. 165-187, 2020. p. 170. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v10i2.6797>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6797>. Acesso em: 25 out. 2020.

8 CALIL, Mário Lúcio Garcez; MARKMAN, Debora. Direito, raça e gênero: elementos para a construção de uma teoria feminista do direito adequada ao feminismo negro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2 p. 165-187, 2020. p. 171. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v10i2.6797>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6797>.



A Assembleia Constituinte foi oriunda da proposta encaminhada ao Congresso por iniciativa do Presidente da República, por meio da Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985. Vislumbra-se que o movimento das mulheres, liderado principalmente pelo Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres – CNDM, institucionalizado em agosto de 1985, meses antes das propostas da Constituinte, contribuiu para o processo de participação das mulheres.

O protagonismo das mulheres ocorreu não apenas na mobilização, como também na composição da Constituinte, mesmo que em uma enxuta quantidade, foram eleitas vinte e seis legisladoras, totalizando vinte e nove com as suplentes, porém, nenhuma senadora<sup>9</sup>. A elaboração de uma nova constituição após o período de ditadura militar reverberou no grupo de pressão conhecido como o *lobby do batom*.

Esse movimento coletivo de mulheres impulsionou agendas que definiram o processo decisório para a “constitucionalização dos direitos das mulheres no Brasil”<sup>10</sup>. O CNDM lançou a campanha *Mulher e Constituinte*, lançando uma série de debates e articulações descentralizadas, que ocuparam diversas regiões do país. Como dito por Silva, “as mulheres se articularam, se encontraram, atuaram e conseguiram, com coesão e unidade, marcar presença no processo Constituinte e aprovar diversas regras constitucionais favoráveis às mesmas”<sup>11</sup>.

As reivindicações das mulheres foram reunidas no âmbito da Carta das Mulheres aos Constituintes<sup>12</sup>, contendo propostas escritas após um trabalho coletivo no território brasileiro que culminou em um Encontro Nacional promovido pelo CNDM. Importante destacar, contudo, que mesmo antes da Constituinte a trajetória de luta das mulheres para a superação da subalternidade dos corpos já percorria caminhos de luta em busca de maior participação e de uma cidadania plena.

Sob esse viés, a participação das mulheres nutre a veia democrática arraigada na construção do novo texto constitucional. Esse processo de luta movido por corpos femininos traz consigo a ideia de transformação de narrativas em direito, movimento que nasce das ruas, descentralizado, emancipatório e, sobretudo, popular<sup>13</sup>.

Essa percepção enuncia que o direito nasce (também) da práxis, da mobilização de discursos, rompendo uma estrutura de *cima para baixo* e compondo-se por um desenho emancipatório que traduz os princípios constitucionais de participação e liberdade<sup>14</sup>. Torna-se necessário, portanto, compreender o novo paradigma

uniceub.br/RBPP/article/view/6797. Acesso em: 25 out. 2020.

9 MELO, Rita Carolina Tomaz de. **O Lobby do Batom e a representação substantiva de mulheres no Brasil**. 2017. 46 f. *Monografia* (Graduação em Direito). Orientadora: Prof.ª Dr.ª Daniela Leandro Rezende. Universidade Federal de Viçosa, Viçosa-MG, 2017. p. 27.

10 SILVA, Salette Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. As mulheres e o novo constitucionalismo: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. **Revista Brasileira de História do Direito**, v. 1, n. 1, 2015. p. 177. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-009X/2015.v1i1.666>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/666>. Acesso em: 25 out. 2020.

11 SILVA, Salette Maria da. **A Carta que elas escreveram**: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988. 2011. 321 f. *Tese* (Doutorado). Orientadora Dr.ª Ana Alice Ancântara Costa. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Salvador-BA, 2011. p. 193. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/7298>. Acesso em: 20 out. 2020.

12 CNDM. **Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes**. Brasília: Arquivo CNDM, 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/a-Constituinte-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-Constituinte-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf). Acesso em: 20 out. 2020.

13 FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987; FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

14 SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; APOSTOLOVA, Bistra Stefanova; FONSECA, Livia Gimenes Dias da. **O direito achado na rua** – introdução crítica ao direito das mulheres. v. 5. Brasília: CEAD, UnB, 2011.

articulado pela promulgação da Constituição Federal de 1988 ao traduzir em direito reivindicações do movimento das mulheres.

## A CONSTITUIÇÃO DE 1988 COMO PROJETO DE RECONHECIMENTO DE UMA SOCIEDADE BASEADA NA INCLUSÃO DE GÊNERO

A garantia dos direitos fundamentais emerge do papel das constituições enquanto operadoras da ordem jurídica de uma comunidade. Desse modo, cabem às constituições organizar a partilha do poder e preservar a esfera de autodeterminação tanto dos indivíduos quanto dos grupos sociais<sup>15</sup>.

O processo de redemocratização amplifica-se após a ditadura e com a promulgação da Constituição de 1988 (CF/1988). O novo desenho democrático enraíza-se por meio da institucionalização de espaços de incentivo ao protagonismo social no processo decisório público<sup>16</sup>.

A Assembleia Nacional Constituinte, instalada em 10 de fevereiro de 1987, desenvolveu um ambiente participativo aberto às reivindicações populares, adotando, assim, o processo de emenda popular pelo Regimento Interno da Assembleia<sup>17</sup>. A participação direta pré-Constituição de 1988, conforme apresentado anteriormente, constou da participação das mulheres que ocuparam espaços e trouxeram uma nova ótica ao discurso jurídico.

O eco reverberado pelas vozes femininas na Constituinte foi responsável por pressionar mudanças de paradigma no texto constitucional, que indica um novo projeto de Estado e sociedade. A denúncia das desigualdades enfrentadas por mulheres aponta para a ruptura de paradigma<sup>18</sup>, a qual traz mudanças conceituais no campo jurídico por meio de uma nova gramática, mais inclusiva às mulheres.

A pressão dos movimentos feministas é reconhecida e acolhida no texto constitucional de 1988<sup>19</sup> ao trazer a relação de igualdade entre homens e mulheres como direito fundamental ao articular o seguinte conteúdo no artigo 5º, I<sup>20</sup>:

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

I – **homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações**, nos termos desta Constituição;  
[...] (grifo nosso)

15 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 55-57.

16 DAGNINO, Evelina. ¿Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando?. In MATO, Daniel (coord.). **Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización**. Caracas: FACES, Universidad Central de Venezuela, 2004. p. 95-110. p. 95.

17 ROCHA, Enid. A Constituição Cidadã e a institucionalização dos espaços de participação social: avanços e desafios. In VAZ, Flavio Tonelli (coord.); MUSSE, Juliano Sander (coord.); SANTOS, Rodolfo Fonseca dos (coord.). **20 anos da Constituição Cidadã: avaliação e desafios da Seguridade Social**. Brasília: ANFIP, 2008. p. 131-148. p. 135.

18 KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 1997.

19 VICENTE, Laila Maria Domith. Judicialização e sujeição social: uma análise dos direitos das mulheres no marco constitucional de 1988 e seus retrocessos. **Arq. bras. psicol.**, Rio de Janeiro, v. 70, n. spe, p. 176-189, 2018. p. 180. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1809-52672018000400015&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672018000400015&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 20 out. 2020.

20 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 23 out. 2020.

A busca da isonomia pretende a concretização de meios a fim de promover inclusão na construção e aplicação do Direito. Nesse sentido, a efetiva tutela de grupos mais vulneráveis torna-se papel dos direitos fundamentais para a “construção de uma sociedade livre, justa, solidária e plural, de acordo com o generoso projeto do Constituinte”<sup>21</sup>.

O direito à diferença substantiva o sentido da igualdade. A percepção do posicionamento das mulheres em grupos mais vulneráveis<sup>22</sup> visualiza-se diante da estrutura anterior à Constituição de 1988, a qual não vislumbrava a inclusão igualitária das mulheres, fator responsável por registrar a Carta Cidadã como “[...] uma das que mais garante direitos para a mulher no mundo”<sup>23</sup>.

A abordagem em vulnerabilidade, portanto, é um a ferramenta de análise que permite observar o fator de risco interno do indivíduo ou sistema que exposto a um perigo coloca em risco à predisposição por ser susceptível a danos<sup>24</sup>. Assim, a introdução da igualdade entre homens e mulheres estimula a inclusão social feminina, reduzindo-se o grau de vulnerabilidade e desenvolvendo maior grau de resiliência, ou seja, uma maior capacidade de enfrentamento às situações adversas de exclusão dos corpos femininos e de afetação à estrutura identitária<sup>25</sup>.

A corporificação textual do movimento das mulheres na Constituinte descreve-se na conquista do artigo 5º, I, CF/1988, trazendo uma proteção jurídica máxima ao grupo vulnerável das mulheres. Porém, destaca-se ainda que a luta pelos direitos das mulheres assegurou outros espaços no texto constitucional, como: (i) proteção à maternidade (art. 6º, art. 203, I) e à gestante (art. 201, II); (ii) proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX); (iii) proibição de diferenciação de salários por motivo de sexo, idade, cor, estado civil (art. 7º, XXX); (iv) direitos e deveres igualitários na sociedade conjugal (art. 226, § 5º); (v) coibição de violência no âmbito privado, familiar (art. 226, §8º)<sup>26</sup>.

Nota-se também a intenção da Constituição de 1988 em punir ações de discriminação aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), de forma a gerar proteção jurídica ao novo paradigma construído. Nesse contexto, a inclusão de temas da vida civil, trabalhista, de saúde e previdenciária direcionadas ao reconheci-

21 SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 133.

22 Segundo a Corte Internacional de Direitos Humanos – CIDH, as mulheres são consideradas como indivíduos vulneráveis em contextos como: conflitos armados, ausência de política pública de igualdade de direitos entre homens e mulheres, acrescentando-se criança/adolescente, além de povos indígenas (pertencentes a uma minoria sexual), mulheres lésbicas, bissexuais, trans e intersexuais.

23 PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010. p. 17. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782010000200003> Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782010000200003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782010000200003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 out. 2020.

24 CORDONA, Omar D. The need for rethinking the concepts of vulnerability and risk from a holistic perspective: a necessary review and criticism for effective risk management. **Red de Estudios Sociales em Prevencion de Desastres em América Latina (LA RED)**, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). 2003 p. 1. Disponível em: [http://www.la-red.org/public/articulos/2003/nrcvrfhp/nrcvrfhp\\_ago-04-2003.pdf](http://www.la-red.org/public/articulos/2003/nrcvrfhp/nrcvrfhp_ago-04-2003.pdf). Acesso em: 20 out. 2020.

25 BRANDAO, Juliana Mendanha; MAHFOUD, Miguel; GIANORDOLI-NASCIMENTO, Ingrid Faria. A construção do conceito de resiliência em psicologia: discutindo as origens. **Paidéia (Ribeirão Preto)**, Ribeirão Preto, v. 21, n. 49, p. 263-271, ago., 2011. p. 265. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-863X2011000200014> Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-863X2011000200014&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X2011000200014&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 out. 2020.

26 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 3, 2019. p. 4. DOI: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201930> Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322019000300204&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000300204&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 25 out. 2020. SILVA, Salete Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. As mulheres e o novo constitucionalismo: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. **Revista Brasileira de História do Direito**, v. 1, n. 1, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-009X/2015.v1i1.666>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/666>. Acesso em: 25 out. 2020

mento dos direitos das mulheres demonstrou a absorção de 80% das reivindicações realizadas no processo de mobilizações da Constituinte<sup>27</sup>.

Todavia, conforme ressaltado por Teixeira<sup>28</sup>, a própria necessidade de inserção da perspectiva de gênero denuncia o abismo existente nas divisões sociais entre homens e mulheres, principalmente ao analisar os espaços privados (família). O novo tratamento de direitos fundamentais com expressão taxativa da igualdade entre homens e mulheres, sozinha, não rompe a legislação androcêntrica já constituída no país, demonstrando a necessidade da “revisão do “entulho machista””<sup>29</sup>.

Ao mesmo tempo em que o direito pode contribuir à normatização das relações desiguais de poder entre homens e mulheres<sup>30</sup>, a irradiação do conteúdo constitucional direciona ao aspecto da igualdade sob a faceta do direito à diferença. Portanto, compreender os mecanismos que acolhem as vozes femininas para uma participação amplificada na sociedade é fator imprescindível de propagação da ruptura estrutura machista que a Carta Cidadã promoveu.

## O CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER COMO MECANISMO DE FORTALECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO ATIVA DAS MULHERES

A Constituição Federal de 1988 produz novos arranjos democráticos (re)desenhando o modelo de sociedade e Estado. A definição de um amplo rol de direitos fundamentais recebeu novos contornos com o movimento ativo de mulheres e lideranças femininas na busca de uma agenda para o exercício do direito à igualdade entre homens e mulheres.

Desse modo, esta parte propõe-se a dialogar sobre o envolvimento das mulheres na construção da dinâmica democrática constitucional aprimora a substantivação do direito à participação social (2.1), por sua vez, torna-se relevante compreender um dos mais importantes mecanismos de reconhecimento do protagonismo das mulheres nessa luta, o Conselho Nacional de Direitos da Mulher – CNDM (2.2).

## O FORTALECIMENTO DA DINÂMICA DEMOCRÁTICA BRASILEIRA PELA PARTICIPAÇÃO ATIVA DAS MULHERES

A institucionalização e expansão de mecanismos de participação social, em especial para a proteção das mulheres, demonstra-se relevante para o exercício da igualdade como diretriz constitucional. Sob esse aspec-

27 SILVA, Salette Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. As mulheres e o novo constitucionalismo: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. *Revista Brasileira de História do Direito*, v. 1, n. 1, 2015. p. 180. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-009X/2015.v1i1.666>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/666>. Acesso em: 25 out. 2020

28 TEIXEIRA, Daniel Viana. Desigualdade de gênero: sobre garantias e responsabilidades sociais de homens e mulheres. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 253-274, jan./jun. 2010. p. 259-259. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/cfxjZqpdBnmLG7w4vJr9rJr/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 24 ago. 2021.

29 SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 134.

30 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 3, 2019. p. 4. DOI: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201930> Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322019000300204&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000300204&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 25 out. 2020.

to, percebe-se que, a partir da promulgação da Constituição de 1988, um novo projeto de Estado e sociedade é consolidado, refletindo-se o direito à participação na estrutura normativa<sup>31</sup> da Carta desde o Preâmbulo.

A participação da sociedade é um dos valores da democracia. Assim, a Constituição Cidadã torna-se uma das responsáveis pela amplificação de instrumentos de substantivação do Estado Democrático de Direito por meio da adoção de um modelo híbrido complexo, a democracia semidireta<sup>32</sup>.

A circunscrição do parágrafo único do artigo 1º da Constituição de 1988 por meio do texto “[t]odo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição” centraliza a titularidade do poder no *povo*. O citado dispositivo constitucional descreve que o sujeito da democracia é formado por um coletivo que realiza a dinâmica democrática por meio da participação.

Figura-se, portanto, esse sistema híbrido de protagonismo popular em que tanto a concepção da democracia representativa (outorga de poder) quanto a concepção da participação ativa (protagonismo autônomo) coexistem. A instituição de mecanismos de incentivo à direta participação da sociedade contribui para o funcionamento dessa dinâmica democrática.

Nesse ensejo, o reconhecimento da ocupação de mulheres em espaços de amplificação de direitos aprimora a concepção de participação. Há a possibilidade de garantir nova arquitetura à gestão da coisa pública, alterando agendas, implementando políticas públicas e mobilizando temáticas direcionadas à equidade de gênero<sup>33</sup>.

A intensificação pela busca de mecanismos públicos de maior incentivo à participação das mulheres é percebida não apenas no ambiente nacional, mas também no internacional. O reconhecimento da tutela dos direitos das mulheres, bem como a qualificação dos espaços à participação<sup>34</sup> é notado em documentos internacionais como: (i) Convenção Interamericana Sobre a Concessão dos Direitos Cíveis à Mulher (1948)<sup>35</sup>; (ii) Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1953)<sup>36</sup>; (iii) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW (1979)<sup>37</sup>; (iv) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1994)<sup>38</sup>, além dos produzidos mediante diálogos e decisões das Conferências Mundiais sobre a Mulher.

31 BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Preâmbulo da CR: função e normatividade. In CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 105-107. p. 105-106.

32 MARTINS, Naiara Ferreira. **Direito humano à participação: uma análise à luz do Conselho Nacional de Saúde**. 2016. 84 f. Monografia (Graduação em Direito). Orientadora: prof.ª Dr.ª Aline Albuquerque. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS, Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, Brasília, 2016. p. 22. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11739/1/21134695.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

33 PRÁ, Jussara Reis; EPPING, Léa. Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 33-51, abr. 2012. p. 33. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2012000100003> Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2012000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2012000100003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 25 out. 2020.

34 PRÁ, Jussara Reis; EPPING, Léa. Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 33-51, abr. 2012. p. 34. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2012000100003> Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2012000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2012000100003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 25 out. 2020.

35 BRASIL. **Decreto n. 31.643, de 23 de outubro de 1952**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos/decretos/1952/D31643.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D31643.html). Acesso em: 25 out. 2020.

36 MARCÍLIO, Maria Luiza. Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher – 1953. São Paulo, USP, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-da-Mulher/convencao-sobre-os-direitos-politicos-da-mulher.html>. Acesso em: 25 out. 2020.

37 BRASIL. **Decreto n. 4.377, de 13 de setembro 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm). Acesso em:

38 BRASIL. **Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm). Acesso em: 25 out. 2020.

Sob esse contexto, importante articular que a participação da sociedade, sobretudo das mulheres, não pode servir apenas como processo de ratificação da cultura hegemônica que se localiza no poder<sup>39</sup>. Configurações de pseudoparticipação são falsos modelos que envolvem baixo grau de participação, destinando-se apenas ao processo de consulta sem efetivo poder decisório<sup>40</sup>.

A desarticulação de movimentos sociais ou mesmo o corrompimento de instituições que visam o estímulo à participação colocam em risco não apenas esse direito, mas a própria dinâmica democrática descrita sob o viés de uma soberania popular forte<sup>41</sup>. O engajamento dos movimentos de mulheres, conforme exposto na primeira parte, demonstra uma expressão da importância da participação para o exercício democrático, que impulsiona agendas de maior inclusão das mulheres na luta pela igualdade e por ações de repressão às violações.

O movimento de mulheres foi responsável pela institucionalização de conselhos nacionais e estaduais, pela implementação de delegacias para mulheres<sup>42</sup> como instrumentos de participação ativa. Nota-se ainda não apenas a importância das mulheres na mobilização da agenda (concepção da democracia direta), como também na representação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (concepção da democracia indireta).

Ante o exposto, a análise da conjuntura de organização do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher apresenta-se como importante instrumento de compreensão da trajetória de participação ativa das mulheres, que auxiliou na aprovação de emendas que alteraram o teor do texto constitucional.

## O CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER COMO MECANISMO INSTITUCIONALIZADO DE FORTALECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES EM ESPAÇOS PÚBLICOS

A concepção indireta de democracia, por meio da representação, embora garanta que parte do povo fará parte do processo decisório, por si só, não tutela, integralmente, a expressão de identidades minoritárias, principalmente no Parlamento<sup>43</sup>. Desse modo, a ocupação dos espaços públicos por mulheres sob um conceito decolonial, dentro de um “movimento de luta contra o racismo estrutural e imperialismo”<sup>44</sup> reforça uma maior inclusão e implementação da diversidade no âmbito dos espaços públicos de discussão.

39 ARNSTEIN, Sherry R. A Ladder of Citizen Participation, *JAIP*, v. 35, n. 4, p. 1-13, Jul., 1969. p. 4. DOI: <https://doi.org/10.1080/01944366908977225>. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/01944366908977225>

40 PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Tradução: Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 87-88.

41 SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. p. 39-84. In SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 3. ed. 2005. p. 45-46.

42 COSTA, Ana Maria. Participação social na conquista das políticas de saúde para mulheres no Brasil. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 4, p. 1073-1083, ago. 2009. p. 1077. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232009000400014> Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232009000400014&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000400014&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 25 out. 2020.

43 SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 3. ed. 2005. p. 39-84. p. 49.

44 Tradução livre de: “[...] lucha contra el racismo estructural y el imperialismo”. BOUTELDJA, Houria. ¿Feministas o no? Pensar la Posibilidad de un «Feminismo decolonial» con James Baldwin y Audre Lorde. *Tabula Rasa*, Bogotá, n. 21, p. 77-89, jul. 2014. p. 80. Disponível em: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1794-24892014000200004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-24892014000200004&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 29 out. 2020.

Como dito anteriormente, essa participação deve ser real e qualificada a fim de possibilitar oportunidades iguais e efetivas para o exercício dos direitos. Para isso, os instrumentos de participação devem fornecer espaços de interlocução com transparência nos processos decisórios a fim de contribuir para um incremento da autonomia popular na escolha de ações<sup>45</sup>.

Sob esse eixo, os movimentos feministas florescem como mecanismos de incentivo e ampliação à participação de mulheres nos espaços públicos, qualificando os ambientes e a experiência participativa<sup>46</sup>. O próprio Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM estrutura-se como ambiente promoção de políticas para a eliminação da discriminação da mulher (art. 1º), fundado pela Lei n. 7.353, de 29 de agosto de 1985<sup>47</sup>.

A criação do CNDM por meio de lei é um dos critérios que colocam o conselho nacional como pertencente ao grupo dos mais institucionalizados<sup>48</sup>, são aqueles, em geral, criados por lei, com aspecto deliberativo e vinculados a uma política ou política pública<sup>49</sup>. A organização do CNDM juntamente a outros movimentos sociais e aos partidos políticos consagrados ganhadores nas eleições de 1985 constituiu um ambiente favorável à institucionalização<sup>50</sup>.

O CNDM, inicialmente, vinculava-se ao Ministério da Justiça com autonomia administrativa e financeira (revogado art. 2º). Ademais, com o advento da mesma lei, institui-se o Fundo Especial dos Direitos da Mulher – F.E.D.M. (art. 8º) como instrumento de gerenciamento dos recursos e financiamento do CNDM.

Tais características, portanto, fortalecem o desenho institucional do Conselho de modo a gerar uma autonomia tanto em recursos humanos quanto financeiros, desvinculando a sua atuação das delegações estatais<sup>51</sup>. Todavia, a arquitetura do CNDM passa a sofrer alterações, sendo desvinculada do Ministério da Justiça por meio da Lei n. 8.028/1990, e composta por uma estrutura permeada por um Conselho Deliberativo, uma Assessoria Técnica e uma Secretaria Executiva (art. 3º).

A atuação ativa e de impacto na agenda dos direitos da mulher passa a ser substituída por um papel mais consultivo e menos protagonista. Tanto as funções quanto as atribuições sofreram alterações ao longo da histó-

45 DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 49-51.

46 PRÁ, Jussara Reis; EPPING, Léa. Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 33-51, abr. 2012. p. 34. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2012000100003> Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2012000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2012000100003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 29 out. 2020.

47 BRASIL. **Lei n. 7.353, de 29 de agosto de 1985**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1980-1988/L7353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7353.htm). Acesso em: 29 out. 2020.

48 O CNDM é considerado, pelos estudos no âmbito do IPEA do ano de 2014, o quarto conselho com maior grau de institucionalização, critério 8,50, atrás dos Conselho Nacional de Saúde, Conselho Nacional de Assistência Social e Conselho Nacional do Meio Ambiente.

49 LIMA, Paula Pompeu Fiuza *et al.* **Conselhos nacionais**: elementos constitutivos para sua institucionalização. Texto para discussão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Brasília, Rio de Janeiro: IPEA, 2014. p. 20-21. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/td\\_1951.pdf](https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/td_1951.pdf). Acesso em: 30 out. 2020.

50 CAVALCANTE, Jordhanna; AVELINO, Daniel Pitangueira de. **Conselho Nacional dos Direitos da Mulher**: agenda política e atividades executadas. p. 215-236. AVELINO, Daniel Pitangueira de; FONSECA, Igor Ferraz da Fonseca; POMPEU, João Cláudio Basso Pompeu (org.). **Conselhos nacionais de direitos humanos**: uma análise da agenda política. Brasília: IPEA, 2020. p. 217. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=35565&Itemid=448](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35565&Itemid=448). Acesso em: 30 out. 2020.

51 CAVALCANTE, Jordhanna; AVELINO, Daniel Pitangueira de. **Conselho Nacional dos Direitos da Mulher**: agenda política e atividades executadas. p. 215-236. AVELINO, Daniel Pitangueira de; FONSECA, Igor Ferraz da Fonseca; POMPEU, João Cláudio Basso Pompeu (org.). **Conselhos nacionais de direitos humanos**: uma análise da agenda política. Brasília: IPEA, 2020. p. 218. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=35565&Itemid=448](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35565&Itemid=448). Acesso em: 30 out. 2020.

ria política<sup>52</sup> e das pressões dos novos governos mais conservadores<sup>53</sup>. Pitanguy<sup>54</sup> menciona o esvaziamento da composição do Conselho por meio da renúncia da presidente e do Conselho Deliberativo nos anos de 1989 como método de não corromper e deslegitimar o papel do Conselho Nacional. Similarmente, no ano de 2016, após o pedido de *impeachment* e a desarticulação das atividades do CNDM, houve uma renúncia coletiva<sup>55</sup>.

A partir das alterações no seu regulamento, o CNDM adquire a função de organizar as conferências nacionais<sup>56</sup>. Uma das principais pautas de articulação da Conferência passa a ser a elaboração de políticas para mulheres, tendo grau de importância a discussão sobre o Plano Nacional de Políticas para as

O CNDM, portanto, é marcado por expressões de poder que alteram a sua conjuntura tornando-o mais ou menos eficiente aos seus fins<sup>57</sup>. A diminuição da autonomia do Conselho invoca também discussões quanto à autonomia dos movimentos das mulheres na eliminação da discriminação e na promoção de ações de fortalecimento das suas vozes e da presença dos seus corpos nos espaços públicos.

Fato, porém, é que o esvaziamento do Conselho por meio da renúncia coletiva desestruturou o andamento das atividades, reverberando em uma memória institucional<sup>58</sup> mais frágil quanto à legitimidade, mesmo que em um aspecto simbólico. Uma agenda participativa e autônoma faz-se necessária para preservar espaços participativos, sobretudo para que as vozes das mulheres ecoem como força propulsora de mudanças e não sejam reprimidas devido aos cenários inférteis de desvalorização dos preceitos democráticos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O marco promovido com a Constituição Federal de 1988 pelo reconhecimento da igualdade de direitos entre homens e mulheres (art. 5º, I) por vezes não contempla a história de lutas e reconhecimento do movimento de mulheres que deram voz e corpo ao dispositivo constitucional. A Constituição quebra um paradigma, de-

52 RIBAS, Maria Fernanda. **Mecanismos institucionais para o avanço da mulher**. Brasília: IPEA, 2020. p. 6. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215\\_tema\\_h\\_mecanismos\\_institucionais\\_para\\_o\\_avanco\\_da\\_mulher.pdf](https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215_tema_h_mecanismos_institucionais_para_o_avanco_da_mulher.pdf). Acesso em: 30 out. 2020.

53 CAVALCANTE, Jordhanna; AVELINO, Daniel Pitanguieira de. **Conselho Nacional dos Direitos da Mulher**: agenda política e atividades executadas. p. 215-236. AVELINO, Daniel Pitanguieira de; FONSECA, Igor Ferraz da Fonseca; POMPEU, João Cláudio Basso Pompeu (org.). **Conselhos nacionais de direitos humanos**: uma análise da agenda política. Brasília: IPEA, 2020. p. 218. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=35565&Itemid=448](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35565&Itemid=448). Acesso em: 30 out. 2020.

54 PITANGUY, J. Celebrando os 30 anos da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes. In MELLO, A. R. (org.). **30 anos da Carta das Mulheres aos Constituintes**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2018 apud AVELINO, Daniel Pitanguieira de; FONSECA, Igor Ferraz da Fonseca; POMPEU, João Cláudio Basso Pompeu (org.). **Conselhos nacionais de direitos humanos**: uma análise da agenda política. Brasília: IPEA, 2020. p. 219. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=35565&Itemid=448](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35565&Itemid=448). Acesso em: 30 out. 2020.

55 CAVALCANTE, Jordhanna; AVELINO, Daniel Pitanguieira de. **Conselho Nacional dos Direitos da Mulher**: agenda política e atividades executadas. p. 215-236. AVELINO, Daniel Pitanguieira de; FONSECA, Igor Ferraz da Fonseca; POMPEU, João Cláudio Basso Pompeu (org.). **Conselhos nacionais de direitos humanos**: uma análise da agenda política. Brasília: IPEA, 2020. p. 222. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=35565&Itemid=448](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35565&Itemid=448). Acesso em: 30 out. 2020.

56 CAVALCANTE, Jordhanna; AVELINO, Daniel Pitanguieira de. **Conselho Nacional dos Direitos da Mulher**: agenda política e atividades executadas. p. 215-236. AVELINO, Daniel Pitanguieira de; FONSECA, Igor Ferraz da Fonseca; POMPEU, João Cláudio Basso Pompeu (org.). **Conselhos nacionais de direitos humanos**: uma análise da agenda política. Brasília: IPEA, 2020. p. 220. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=35565&Itemid=448](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35565&Itemid=448). Acesso em: 30 out. 2020.

57 RIBAS, Maria Fernanda. **Mecanismos institucionais para o avanço da mulher**. Brasília: IPEA, 2020. p. 6. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215\\_tema\\_h\\_mecanismos\\_institucionais\\_para\\_o\\_avanco\\_da\\_mulher.pdf](https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215_tema_h_mecanismos_institucionais_para_o_avanco_da_mulher.pdf). Acesso em: 30 out. 2020.

58 CAVALCANTE, Jordhanna; AVELINO, Daniel Pitanguieira de. **Conselho Nacional dos Direitos da Mulher**: agenda política e atividades executadas. p. 215-236. AVELINO, Daniel Pitanguieira de; FONSECA, Igor Ferraz da Fonseca; POMPEU, João Cláudio Basso Pompeu (org.). **Conselhos nacionais de direitos humanos**: uma análise da agenda política. Brasília: IPEA, 2020. p. 234. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=35565&Itemid=448](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35565&Itemid=448). Acesso em: 30 out. 2020.



monstrando um processo de desvinculação de uma sociedade patriarcal, porém, não está findo em si mesmo, esse novo projeto de Estado e sociedade é contínuo.

A passagem de narrativa a direito é revestida por um intenso envolvimento e articulação das mulheres em coletivos e espaços públicos. Assim, a continuidade demonstra-se na paulatina luta pela formulação de agendas prioritárias às mulheres, bem como na ocupação de mulheres em ambientes de poder.

Desse modo, o direito à participação social apresenta-se como essencial na manutenção da dinâmica democrática, afinal “não há democracia sem participação”<sup>59</sup>. Em igual caminhada, a participação autônoma e legítima das mulheres contribui também para a substantivação da democracia. Portanto, a ampliação e qualificação dos mecanismos participativos auxilia na produção de arranjos democráticos e efetiva participação para a construção e modificação de agendas.

O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher constitui-se em um importante espaço de mobilização e articulação das vozes para a promoção de políticas que assegurem a liberdade e igualdade, além de visar a eliminação da discriminação da mulher (art. 1º, CF/1988). Esse órgão colegiado, com surgimento antes da Constituição de 1988, sofreu inúmeras transformações em seu desenho que trazem riscos à trajetória de força do movimento das mulheres brasileiras<sup>60</sup>.

Conforme demonstrado pelo histórico de pressões que marcaram renúncias no Conselho, o risco substantiva-se na falta de ocupação do espaço participativo que pode perder o seu papel precípua de mobilizar temáticas em valorização aos direitos das mulheres. Todavia, nota-se que “[...] há suficiente acúmulo de experiências e força no movimento de mulheres no Brasil para reagir a essa redução de agenda, quando os interlocutores forem órgãos governamentais adeptos de um projeto político do qual as mulheres discordem”<sup>61</sup>.

## REFERÊNCIAS

ARNSTEIN, Sherry R. A Ladder of Citizen Participation, *JAIP*, v. 35, n. 4, p. 1-13, jul., 1969.

AVELINO, Daniel Pitangueira de; FONSECA, Igor Ferraz da Fonseca; POMPEU, João Cláudio Basso Pompeu (org.). **Conselhos nacionais de direitos humanos: uma análise da agenda política**. Brasília: IPEA, 2020. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=35565&Itemid=448](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35565&Itemid=448). Acesso em: 30 out. 2020.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 3, 2019. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/quando-genero-bate-porta-stf-busca-por-constitucionalismo-feminista>. Acesso em: 06 nov. 2021.

59 BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 51.

60 CAVALCANTE, Jordhanna; AVELINO, Daniel Pitangueira de. **Conselho Nacional dos Direitos da Mulher**: agenda política e atividades executadas. p. 215-236. AVELINO, Daniel Pitangueira de; FONSECA, Igor Ferraz da Fonseca; POMPEU, João Cláudio Basso Pompeu (org.). **Conselhos nacionais de direitos humanos: uma análise da agenda política**. Brasília: IPEA, 2020. p. 235. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=35565&Itemid=448](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35565&Itemid=448). Acesso em: 30 out. 2020.

61 CAVALCANTE, Jordhanna; AVELINO, Daniel Pitangueira de. **Conselho Nacional dos Direitos da Mulher**: agenda política e atividades executadas. p. 215-236. AVELINO, Daniel Pitangueira de; FONSECA, Igor Ferraz da Fonseca; POMPEU, João Cláudio Basso Pompeu (org.). **Conselhos nacionais de direitos humanos: uma análise da agenda política**. Brasília: IPEA, 2020. p. 235. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=35565&Itemid=448](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35565&Itemid=448). Acesso em: 30 out. 2020.

- BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Preâmbulo da CR: função e normatividade. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- BOUTELDJA, Houria. ¿Feministas o no? Pensar la Posibilidad de un «Feminismo decolonial» con James Baldwin y Audre Lorde. **Tabula Rasa**, Bogotá, n. 21, p. 77-89, jul. 2014. Disponível em: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1794-24892014000200004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-24892014000200004&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 29 out. 2020.
- BRANDAO, Juliana Mendanha; MAHFOUD, Miguel; GIANORDOLI-NASCIMENTO, Ingrid Faria. A construção do conceito de resiliência em psicologia: discutindo as origens. **Paidéia**, Ribeirão Preto, v. 21, n. 49, p. 263-271, ago., 2011. p. 265. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-863X2011000200014&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X2011000200014&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 out. 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 23 out. 2020.
- BRASIL. **Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm). Acesso em: 25 out. 2020.
- BRASIL. **Decreto n. 31.643, de 23 de outubro de 1952**. Promulga a Convenção Internamericana sobre a concessão dos direitos civis da mulher, assinado em Bogotá, a 2 de maio de 1948. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos/decretos/1952/D31643.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D31643.html). Acesso em: 25 out. 2020.
- BRASIL. **Decreto n. 4.377, de 13 de setembro 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm). Acesso em: 25 out. 2020.
- BRASIL. **Lei n. 7.353, de 29 de agosto de 1985**. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1980-1988/L7353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7353.htm). Acesso em: 29 out. 2020.
- BUTLER, Judith. **Gender trouble**. Feminism and the subversion of identity. New York: Routledge, 1990.
- CALIL, Mário Lúcio Garcez; MARKMAN, Debora. Direito, raça e gênero: elementos para a construção de uma teoria feminista do direito adequada ao feminismo negro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 2 p. 165-187, 2020. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6797>. Acesso em: 25 out. 2020.
- CNDM. **Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes**. Brasília: Arquivo CNDM, 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/a-Constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-Constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf). Acesso em: 20 out. 2020.
- CORDONA, Omar D. The need for rethinking the concepts of vulnerability and risk from a holistic perspective: a necessary review and criticism for effective risk management. **Red de Estudios Sociales em Prevencion de Desastres em América Latina (LA RED)**, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2003, p. 1. Disponível em: [http://www.la-red.org/public/articulos/2003/nrcvrfhp/nrcvrfhp\\_ago-04-2003.pdf](http://www.la-red.org/public/articulos/2003/nrcvrfhp/nrcvrfhp_ago-04-2003.pdf). Acesso em: 20 out. 2020.
- COSTA, Ana Maria. Participação social na conquista das políticas de saúde para mulheres no Brasil. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 4, p. 1073-1083, ago. 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232009000400014>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232009000400014&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000400014&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 25 out. 2020.
- DAGNINO, Evelina. ¿Sociedad civil, participación e ciudadanía: de que estamos falando? In: MATO, Daniel (coord.). **Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización**. Caracas: FACES, Universidad Central de Venezuela, 2004. p. 95-110.
- DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 1997.
- LIMA, Paula Pompeu Fiuza; et al. **Conselhos nacionais**: elementos constitutivos para sua institucionalização. Texto para discussão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Brasília, Rio de Janeiro: IPEA, 2014. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/td\\_1951.pdf](https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/td_1951.pdf). Acesso em: 30 out. 2020.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher – 1953**. São Paulo, USP, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-da-Mulher/convencao-sobre-os-direitos-politicos-da-mulher.html>. Acesso em: 25 out. 2020.

MARTINS, Naiara Ferreira. **Direito humano à participação**: uma análise à luz do Conselho Nacional de Saúde. 2016. 84 f. Monografia (Graduação em Direito). Orientadora: prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Aline Albuquerque. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11739/1/21134695.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

MELO, Rita Carolina Tomaz de. **O Lobby do Batom e a representação substantiva de mulheres no Brasil**. 2017. 46f. Monografia (Graduação em Direito). Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Daniela Leandro Rezende. Universidade Federal de Viçosa, Viçosa-MG, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 305-332, ago. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2008000200002>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X200800020002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X200800020002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 out. 2020.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução: Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782010000200003>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782010000200003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782010000200003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 out. 2020.

PITANGUY, J. Celebrando os 30 anos da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes. In: MELLO, A. R. (org.). **30 anos da Carta das Mulheres aos Constituintes**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2018.

PRÁ, Jussara Reis; EPPING, Léa. Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 33-51, abr. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2012000100003>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-026X2012000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2012000100003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 29 out. 2020.

RIBEIRO, Djamila. **Quem tem medo do feminismo negro?** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ROCHA, Enid. A Constituição Cidadã e a institucionalização dos espaços de participação social: avanços e desafios. In: VAZ, Flavio Tonelli; MUSSE, Juliano Sander; SANTOS, Rodolfo Fonseca dos (coord.). **20 anos da Constituição Cidadã: avaliação e desafios da Seguridade Social**. Brasília: ANFIP, 2008. p. 131-148.

SANTOS, Boaventura de Sousa e AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 39-84.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Salette Maria da. **A Carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988**. 2011. 321f. Tese (Doutorado). Orientadora Dr.<sup>a</sup> Ana Alice Ancântara Costa. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Salvador-BA, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/7298>. Acesso em: 20 out. 2020.

SILVA, Salette Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. As mulheres e o novo constitucionalismo: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. **Revista Brasileira de História do Direito**, v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/666>. Acesso em: 25 out. 2020.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; APOSTOLOVA, Bistra Stefanova; FONSECA, Livia Gimenes Dias da. **O direito achado na rua – introdução crítica ao direito das mulheres**. v. 5. Brasília: CEAD, UnB, 2011.

TEIXEIRA, Daniel Viana. Desigualdade de gênero: sobre garantias e responsabilidades sociais de homens e mulheres. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 253-274, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/cfxjZqpdBnmLG7w4vJr9rJr/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 06 nov. 2021.

VICENTE, Laila Maria Domith. Judicialização e sujeição social: uma análise dos direitos das mulheres no marco constitucional de 1988 e seus retrocessos. **Arq. bras. psicol.**, Rio de Janeiro, v. 70, n. spe, p. 176-189, 2018. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1809-52672018000400015&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672018000400015&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 20 out. 2020.

# CAPÍTULO 6

## DEMOCRACIA – SUBSTANTIVO FEMININO

Carmen Silvia Válio de Araujo Martins

*“A democracia não é algo que aconteça uma só vez na vida. Precisa ser aprendida a cada dia.”*  
(Nadine Gordimer)<sup>1</sup>

O Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 enuncia expressamente os valores supremos que conduzem o nosso ordenamento jurídico e social e que surgem como a linha condutora, não só dos mandamentos constitucionais nela estabelecidos, mas também como orientadores dos objetivos que o povo brasileiro procura alcançar como nação.

Sem estabelecer qualquer relação de prioridade entre os valores supremos enumerados, posto que inexistente essa valoração, encontramos eleita a Democracia na definição do tipo de governo (Estado Democrático de Direito), e fundamentos de direitos individuais e coletivos, como a Liberdade e a Igualdade, que, “a priori”, conduzirão a presente narrativa.

Resta saber se, embora alçados à condição de fundamentos da nossa estrutura política e social, eles têm sido respeitados e observados, especialmente se observarmos atentamente o momento político, jurídico e social pelo qual passamos.

A prudência recomenda que antes de qualquer consideração sobre o tema, tragamos a necessária definição e conceituação dos vocábulos e expressões sobre o qual repousa a análise pretendida, especialmente se esses são suscetíveis de interpretações dúbias e comportam mais de um tipo de definição ou que seu conceito não seja claro o suficiente para bastar a si próprio.

### DEMOCRACIA

*Democracia – substantivo feminino – sistema de governo comprometido com a preservação de direitos políticos semelhantes para todos os cidadãos, tais como a liberdade de expressão e opinião, de organização política ou de eleição dos governantes.*

O Estado Democrático de Direito é entendido como aquele em que se aplica a garantia e o respeito às liberdades civis, aos direitos humanos e às garantias fundamentais através do estabelecimento de proteção jurídica, onde o Poder é tripartido entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. Mais do que isso, na Constituição de

<sup>1</sup> Nadine Gordimer (1923-2014) – escritora sul-africana, Prêmio Nobel de Literatura em 1.991, foi uma das mais importantes vozes contra o *apartheid* na África do Sul.

1988, como observa o Prof. José Afonso da Silva<sup>2</sup>, “Vê-se que a Assembleia Nacional Constituinte se propôs *instituir* (criar) não “o” Estado Democrático, mas “um” Estado Democrático”, onde o artigo indefinido “um” traduz função diretiva que não é a simples soma dos princípios do estado democrático tradicional, mas conduz a que sejam assegurados os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

O conceito de democracia remete, de imediato, à forma de governo que traz como elementos intrínsecos de sua definição a ideia de liberdade e igualdade e, também, o princípio da maioria, resguardados os direitos da minoria.

Para Hans Kelsen, a democracia pressupõe “compromisso” como elemento de sua própria natureza. Este compromisso deve estar presente nas relações entre a maioria e a minoria de forma que a solução de conflitos e a garantia de direitos não beneficie apenas a um destes grupos, mas que a condução do governo estabelecido seja resultado de um acordo estabelecido entre ambos.

A discussão livre entre a maioria e a minoria é essencial à democracia porque esse é o modo de criar uma atmosfera favorável a um compromisso entre a maioria e a minoria, e o compromisso é parte da natureza da própria democracia.<sup>3</sup>

Rompido o compromisso, irremediavelmente falida está a democracia. O respeito à pluralidade de ideias e pensamentos deve, através do compromisso a que Kelsen se refere, conduzir à possibilidade de convivência entre os diferentes interesses da sociedade.

## DEMOCRACIA E CIDADANIA

Com origem na Grécia Antiga, a Democracia é descrita como o governo dos cidadãos, ou seja, do indivíduo que vivia na cidade e ali participava ativamente dos negócios e das decisões políticas. Aqui o conceito era limitado a determinada categoria de indivíduos – homens livres, maiores de 25 anos, nascidos na Grécia e filhos de pais gregos. Estrangeiros não participavam da vida política da pólis, e escravos e mulheres eram considerados “coisas”. Ao longo da história, o conceito de cidadania foi ampliado, passando a englobar um conjunto de valores sociais que determinam um conjunto de deveres e direitos.

Em seu livro “Direito Constitucional Comparado”<sup>4</sup>, Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, ao cuidar do tema indivíduo e cidadão, esclarece que na Teoria Geral do Estado ou no Direito Constitucional Geral o termo “povo” tem sentido rígido – é o conjunto de cidadãos do Estado e, citando Dalmo de Abreu Dallari, afirma que é o conjunto dos que podem votar e ser votados, em certas condições pré-estabelecidas. Os cidadãos são, por definição, os detentores de direitos políticos.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 25.

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 282

<sup>4</sup> FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiro. *Direito constitucional comparado*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013. p. 265.

Até aqui temos, em apertada síntese, que o Estado Democrático de Direito traduz um processo de convivência social em uma sociedade livre, justa e solidária, onde haja compromisso entre a maioria e a minoria e onde o poder emane do povo, formado pelo conjunto de cidadãos, que, por sua vez, são os detentores da cidadania como expressão de sua condição de ser autônomo.

Cidadania pressupõe todas as implicações e responsabilidades decorrentes da vida em sociedade.

A atuação política do cidadão, protagonista do processo democrático, visa salvaguardar os direitos inerentes à vida que, como já vimos na definição de Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, é formada pela totalidade dos indivíduos que vivem sob uma determinada ordem jurídica. Caso assim não o seja, restam maculados os princípios democráticos que contém em seu cerne liberdade, igualdade e justiça, conceitos que são jurídica e politicamente interdependentes.

As duas primeiras constituições brasileiras, de 1824 – Constituição do Império, e 1891 – Constituição da Primeira República, trouxeram em seu bojo conceito de cidadão muito próximo à definição ateniense, conforme se denota da leitura dos dispositivos abaixo transcritos.

## CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRAZIL<sup>5</sup> (1824)

....

### ***“TÍTULO 2o***

*Dos Cidadãos Brasileiros.*

#### ***Art. 6. São Cidadãos Brasileiros***

*I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda*

*que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação.*

*II. Os filhos de pai Brasileiro, e os illegitimos de mãe Brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio.*

*III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em serviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil.*

*IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes*

*no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia.*

*V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalisação.*

#### ***Art. 7. Perde os Direitos de Cidadão Brasileiro***

*I. O que se naturalisar em paiz estrangeiro.*

*II. O que sem licença do Imperador aceitar Emprego, Pensão, ou Condecoração de qualquer Governo Estrangeiro.*

*III. O que fôr banido por Sentença.*

#### ***Art. 8. Suspende-se o exercicio dos Direitos Politicos***

*I. Por incapacidade physica, ou moral.*

*II. Por Sentença condemnatoria a prisão, ou degredo, enquanto durarem os seus effeitos ”*

....

<sup>5</sup> NOGUEIRA, Octaciano. *Coleção “Constituições Brasileiras”, volume I*. 3. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1891)<sup>6</sup>**

*Art. 26. São condições de elegibilidade para o Congresso Nacional:*

1o Estar na posse dos direitos de cidadão brasileiro e ser alistavel como eleitor; 2o Para a Camara, ter mais de quatro annos de cidadão brasileiro, e para o Senado mais de seis.

Esta disposição não comprehende os cidadãos a que refere-se o n. 4 do art. 69

.....

**TITULO IV**

*Dos cidadãos brasileiros*

**SECÇÃO I**

*Das qualidades do Cidadão Brasileiro*

*Art. 69. São cidadãos brasileiros*

1o Os nascidos no Brasil, ainda que de pae estrangeiro, não residindo este a serviço de sua nação;

2o Os filhos de pae brasileiro e os illegitimos de mãe brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, si estabelecerem domicilio na Republica;

3o Os filhos de pae brasileiro, que estiver noutro paiz ao serviço da Republica, embora nella não venham domiciliar-se;

4o O s estrangeiros, que, achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis mezes depois de entrar em vigor a Constituição, o animo de conservar a nacionalidade de origem;

5o O s estrangeiros, que possuirem bens immoveis no Brasil, e forem casados com brasileiras ou tiverem filhos brasileiros, comtanto que residam no Brasil, salvo si manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade;

6o O s estrangeiros por outro modo naturalizados.

*Art. 70. São eleitores os cidadãos maiores de 21 annos, que se alistarem na fôrma da lei.*

§ 1o Não podem alistar-se eleitores para as eleições federaes, ou para as dos Estados: 1o Os mendigos; Os analphabetos;

3o As praças de pret, exceptuados os alumnos das escolas militares de ensino superior;

4o O s religiosos de ordens monasticas, companhias, congregações, ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediencia, regra, ou estatuto, que importe a renuncia da liberdade individual.

§ 2o São inelegiveis os cidadãos não alistaveis.

*Art. 71. Os direitos de cidadão brasileiro só se suspendem, ou perdem nos casos aqui particularisados.*

§ 1o Suspendem-se:

a) por incapacidade physica, ou moral;

b) por condemnação criminal, emquanto durarem os seus effeitos.

§ 2o Perdem-se:

a) por naturalisação em paiz estrangeiro;

b) por aceitação de emprego ou pensão de governo estrangeiro, sem licença do Poder Executivo Federal.

§ 3o Uma lei federal determinará as condições de reacquisição dos direitos de cidadão brasileiro.”

No século XIX, o conceito de cidadão era tão restrito que em 1881, embora contasse com mais de 12 milhões de habitantes, o Brasil tinha somente 150 mil eleitores.

O fato é que, nos regimes democráticos, o reconhecimento da mulher na condição de cidadã e a sua participação na política foi precedida de muitas lutas, que começou a se consolidar somente nas primeiras décadas do Século XX. Ainda hoje, em pleno Século XXI, ainda há um longo caminho a ser percorrido.

<sup>6</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Coleção “Constituições Brasileiras”, volume II.** 3. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

## A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA

Curioso notar que a mulher não esteve completamente ausente da política e muito menos das relações de poder do Estado no decorrer dos séculos, embora em número significativamente menor do que os homens. Nos regimes autocráticos, especialmente nas monarquias, a mulher sempre foi personagem presente, mesmo que em proporção significativamente inferior ao número de homens. Para exemplificar basta que citeamos algumas poucas personagens históricas que assim o comprovam, como Cleópatra, Elizabeth II, Diane de Poitiers, Izabel de Castela, e tantas outras, sem falarmos na intensa atividade das mães e esposas dos monarcas nas Cortes Absolutistas, como foi o caso de Catarina de Médici. No Brasil, a influência da Princesa Isabel, a primeira Senadora do País por determinação expressa da Constituição de 1824, foi quem promulgou a [Lei Imperial 3.353, de 13 de maio de 1.888](#) – a “Lei Áurea”. (<https://www.infoescola.com/historia-do-brasil/lei-aurea/>)

A hereditariedade era fator determinante de acesso ao poder nas monarquias, e nelas identificamos com maior frequência a figura feminina na atividade política e nas coisas de Estado.

Com o advento da Revolução Francesa e o resgate dos regimes democráticos, iniciou-se a luta pela participação da mulher na política. Este movimento de emancipação feminina foi liderado inicialmente por mulheres aristocratas.

A primeira tentativa de conceder à mulher o direito ao voto no Brasil foi em 1831. À época, José Bonifácio de Andrada e Silva e Manuel Alves Branco, o Visconde de Caravelas, propuseram conceder às viúvas, mães de família, e apenas a elas, o direito ao voto. A proposta, como sabemos, não logrou êxito.

Foram necessárias mais de cinco décadas para que este cenário começasse a apresentar alguma alteração. Foram mulheres das classes média e alta, algumas filhas de políticos e intelectuais da sociedade brasileira que inicialmente lideraram a luta pelos direitos políticos da mulher.

O voto feminino no Brasil foi implantado apenas em 1932, por ocasião da edição do decreto de Getúlio Vargas que instituiu o Código Eleitoral Provisório, prevendo o direito às mulheres de votarem e serem votadas. Este diploma, porém, trazia restrições ao voto feminino. Poderiam votar as mulheres casadas, desde que autorizadas pelos maridos, e as viúvas e solteiras, desde que tivessem renda própria.

As Constituições brasileiras promulgadas após 1932, diferentemente das duas primeiras Cartas Magnas nacionais, que não faziam nenhuma menção à mulher, traziam o vocábulo “mulher” em seu texto, sendo que a Constituição de 1934 ratificou o direito ao voto feminino, avançando no sentido de eliminar algumas das restrições originalmente previstas no Código Eleitoral Provisório.

A [Constituição de 1934](#) refere-se à mulher em 4 dispositivos (Art. 109; Art. 121, §1º, “d”; Art. 121. §3º e Art. 163), para cuidar do direito ao voto feminino, da proibição do trabalho feminino em indústria insalubre, do amparo à maternidade e da dispensa do serviço militar obrigatório, nesta ordem.



A [Constituição de 1937](#) faz menção expressa à mulher apenas em seu Art. 137 para proibir o trabalho feminino em indústria insalubre.

A [Constituição de 1946](#) refere-se à mulher em dois dispositivos – no Art. 157 e no Art. 181. Em ambos os casos, para reiterar vedações anteriores – proibir seu trabalho em indústria insalubre e dispensá-la do serviço militar obrigatório, respectivamente.

Em 1967, a Carta Federal repete a isenção ao serviço militar (Art. 92) e a proibição do trabalho em indústria insalubre (Art. 158, X), trazendo mais duas referências à mulher para cuidar do seu tempo de contribuição e de trabalho para a aposentadoria (Art. 100 e Art. 158, XX).

Embora as Constituições precedentes trouxessem o vocábulo “mulher” em alguns dispositivos, foi somente em 1988 que houve a efetiva equiparação entre homens e mulheres, explicitada no inciso I de seu Art. 5º que **homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações**.

Outras tantas referências à mulher são encontradas na [Constituição Federal](#) vigente, que, aliás, é a que mais vezes refere-se à mulher, num total de 11 dispositivos, em sua grande maioria destinados à equiparação de direitos e deveres entre homens e mulheres, eliminado qualquer distinção de gênero ao tratar da cidadania.

A igualdade de direitos e deveres independente de gênero está, portanto, constitucionalmente assegurada através de normas de natureza propositiva e eficácia imediata. Resta-nos vê-las impregnadas no dia a dia da sociedade brasileira.

## A PRESENÇA FEMININA NO PARLAMENTO

Como vimos, a [Constituição de 1934](#) trouxe avanços significativos no que tange ao reconhecimento da mulher cidadã. Além de alçar o voto feminino ao “status” de direito constitucional, eliminou as restrições previstas pelo Código Eleitoral, consagrando à mulher novas prerrogativas na participação política nacional.

Naquele mesmo ano foi eleita Carlota Pereira de Queiroz, a primeira deputada federal do Brasil, que exerceu seu mandato até 1937, quando Getúlio Vargas fechou o Parlamento, instituindo o Estado Novo, situação que perdurou até 1946.

Médica e escritora, Carlota dedicou seu mandato à defesa das mulheres e das crianças. Em 13 de março de 1934 proferiu discurso que muito revelou sobre sua atuação política. Transcrevemos abaixo breves trechos de seu pronunciamento:

*“Além de representante feminina, única nesta Assembleia, sou, como todos os que aqui se encontram, uma brasileira, integrada nos destinos do seu país e identificada para sempre com os seus problemas. [...] Quem observar a evolução da mulher na vida, não deixará por certo de compreender esta conquista, resultante da grande evolução industrial que se operou no mundo e que já repercutiu no nosso país. Não há muitos anos, o lar era a unidade produtora da sociedade. Tudo se fabricava ali: o açúcar, o azeite, a farinha, o pão, o tecido. E, como única*

*operária, a mulher nele imperava, empregando todas as suas atividades. Mas, as condições de vida mudaram. As máquinas, a eletricidade, substituindo o trabalho do homem, deram novo aspecto à vida. As condições financeiras da família exigiram da mulher nova adaptação. Através do funcionalismo e da indústria, ela passou a colaborar na esfera econômica. E, o resultado dessa mudança, foi a necessidade que ela sentiu de uma educação mais completa. As moças passaram a estudar nas mesmas escolas que os rapazes, para obter as mesmas oportunidades na vida. E assim foi que ingressaram nas carreiras liberais. Essa nova situação despertou-lhes o interesse pelas questões políticas e administrativas, pelas questões sociais. O lugar que ocupo neste momento nada mais significa, portanto, do que o fruto dessa evolução.”*<sup>7</sup>

Apresentamos abaixo um desenho da presença feminina na Câmara Federal:

Tabela 1 – Presença feminina na Câmara Federal

PERÍODO	LEGISLATURA	Nº DE DEPUTADAS
1951/1955	39 <sup>a</sup>	01
1955/1959	40 <sup>a</sup>	02
1954/1963	41 <sup>a</sup>	01
1963/1967	42 <sup>a</sup>	02
1967/1971	43 <sup>a</sup>	06
1971/1975	44 <sup>a</sup>	01
1975/1979	45 <sup>a</sup>	01
1979/1983	46 <sup>a</sup>	04
1983/1987	47 <sup>a</sup>	08
1987/1991*	48 <sup>a</sup>	28
1991/1995	49 <sup>a</sup>	29
1995/1999	50 <sup>a</sup>	40
1999/2003	51 <sup>a</sup>	37
2003/2007	52 <sup>a</sup>	49
2007/2011	53 <sup>a</sup>	50
2011/2015	54 <sup>a</sup>	54
2015/2019	55 <sup>a</sup>	55
2019 (atual)	56 <sup>a</sup>	56

Fonte: Assembleia Nacional Constituinte

Uma análise superficial do número de deputadas mostra o significativo aumento da presença feminina na Câmara dos Deputados a partir da Assembleia Nacional Constituinte, eleita em 1986.

<sup>7</sup> Fonte – <https://www.tre-rs.jus.br/o-tre/memorial-da-justica-eleitoral-gaucha/biografias/carlotapereira-dequeiroz>

Também se nota que não houve crescimento, ao contrário, houve diminuição da representação feminina na 51ª legislatura, cujo sufrágio se deu em 1998 já sob a vigência da Lei 9.504/1997, que indicou a reserva (não exatamente seu *preenchimento*) de 30% das candidaturas dos partidos ou coligações para cada sexo em eleições proporcionais.

A presença feminina no Senado Federal no regime democrático foi muito mais tardia. Eunice Michiles foi a primeira senadora da República. Professora amazonense, eleita assumiu a vaga de senadora em 1979, tendo sido recebida por seus pares com chocolates e flores, o que não significou que não encontraria uma resistência velada de seus pares. Eunice tinha, no entanto, plena consciência da luta que se iniciava, conforme se denota de trecho do discurso que proferiu em sua posse:

*“...Como primeira senadora, sinto os olhares de milhões de mulheres na expectativa de que lhes saiba interpretar as reivindicações. O Código Civil nos coloca ao nível do índio, da criança e do débil mental. Somos fruto de uma cultura patriarcal e machista, onde a mulher vive à sombra do homem e rende obediência ao pai, ao marido ou, na falta deste, ao filho mais velho. Em 1979, temos muito a melhorar...”<sup>8</sup>*

Entre 1979 e 1991 outras cinco mulheres assumiram a cadeira de Senador, mas em substituição aos mandatários efetivos, ou seja, por períodos inferiores ao mandato completo, que é de 8 anos. A única que assumiu a vaga em caráter efetivo foi Eunice Michiles, que cumpriu seu mandato durante as 46ª e 47ª legislaturas (1979/1987). Nas legislaturas que se seguiram a presença feminina cresceu, conforme quadro abaixo, onde apontamos somente as Senadoras com mandato efetivo, lembrando que o mandato no Senado compreende duas legislaturas e a renovação se dá em todas as legislaturas na proporção 2/1, posto que cada Estado da Federação conta com 3 representantes:

Tabela 2 – Crescimento da presença feminina na Câmara Federal

PERÍODO	LEGISLATURA	Nº DE DEPUTADAS
1979/1983	46ª	1
1983/1987	47ª	1
1987/1991*	48ª	-
1991/1995	49ª	03
1995/1999	50ª	16
1999/2003	51ª	19
2003/2007	52ª	24
2007/2011	53ª	32
2011/2015	54ª	35
2015/2019	55ª	27
2019 (atual)	56ª	15

Fonte: Assembleia Nacional Constituinte

No Senado chama a atenção a significativa redução da representação feminina a partir de 2015. Também causa estranheza a completa ausência feminina no Senado durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte 1987/1988.

## AS COTAS PARTIDÁRIAS

A busca pela igualdade faz com que o Direito busque formas de minimizar as desigualdades através da instituição de políticas compensatórias destinadas a estabelecer um equilíbrio social justo onde todos os indivíduos tenham assegurados os mesmos direitos. Uma das maneiras pelas quais se busca atingir tal desiderato é através das leis de *ações afirmativas*, dentre as quais se destacam aquelas que cuidam das chamadas políticas de cotas.

Em julgado de 2012, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Brito, ao analisar tema diverso, exarou voto cuja justificativa se adequa perfeitamente aos fundamentos da instituição da reserva de cotas de candidaturas femininas para as eleições proporcionais. Disse o eminente Ministro:

*“Não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade – O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para combater renitentes desigualações. A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente conturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória.”<sup>9</sup>*

Em 1995, ao participar da [IV Conferência Mundial da Mulher em Pequim](#), o Brasil foi signatário da Resolução da Organização das Nações Unidas (ONU) que recomendou ações afirmativas para acelerar a diminuição das defasagens de gênero na participação do poder político.

No mesmo ano foi aprovada a [Lei 9.100/1995](#), cujo projeto foi de iniciativa de Marta Suplicy, então Deputada Federal, e onde se previu que 20% das vagas destinadas aos candidatos a vereador deveriam ser reservadas às candidaturas femininas.

A lei eleitoral ([Lei 9.504/1997](#)) editada em 1997, ainda em vigor, determinou a reserva de 30% das vagas às mulheres para as eleições proporcionais dos legislativos federal, estaduais e municipais. A reserva, porém, não implicava obrigatoriamente no seu preenchimento e o resultado é que houve um decréscimo do número de deputadas federais eleitas no pleito de 1998. De 40 deputadas federais eleitas para 50ª legislatura, foram eleitas 37 para a legislatura subsequente, conforme se vê no quadro acima.

O que aconteceu neste período inicial foi que os partidos políticos, ao invés de preencherem todas as vagas de candidatas a que tinham direito, indicavam somente candidatos que preenchessem parcialmente tais vagas, chegando em diversas situações a sequer indicar candidatas mulheres, sem ferir a lei, que previa apenas a reserva percentual das vagas, e não obrigatoriamente o seu preenchimento. O entendimento era de que se um partido podia indicar 100 candidatos e indicasse apenas 70, e estes fossem todos homens, não estaria ferido o dispositivo de reserva das vagas.

Em 2002 o Brasil ratificou através do [Decreto 4.377/2002](#) os termos a que aderiu na Conferência de Pequim, garantindo, em seu artigo 7º, providências destinadas a assegurar a igualdade de condições de participação política entre homens e mulheres.

Embora não se tenha detectado um resultado imediato, nas legislaturas que se seguiram notou-se um aumento, mesmo que modesto, das mulheres eleitas para a Câmara Federal. Passou-se de 37 mulheres entre 2003 e 2007, para 49 deputadas federais no quadriênio seguinte.

A efetiva correção legal para as distorções verificadas na implementação das cotas se deu através da [Lei 12.034/2009](#), que finalmente tornou obrigatório o preenchimento de 30% das candidaturas por mulheres. Mesmo com a determinação legal em vigor, a letra da lei não foi suficiente para evitar desvios e fraudes no que tange às candidaturas femininas, tendo surgido as candidaturas “laranjas”, nas quais mulheres eram registradas como candidatas apenas para garantir o preenchimento das vagas, inclusive com relatos de distribuição irregular de verbas partidas destinadas às campanhas eleitorais.

Na Reforma Política de 2015, consolidada pela [Lei 13.165](#), tornou-se obrigatória a destinação de recursos partidários para candidaturas femininas, bem como foram criados incentivos para o investimento em suas campanhas.

Para garantir o acesso aos recursos de campanha às mulheres o TSE – Tribunal Superior Eleitoral – obrigou que 5% dos recursos partidários sejam obrigatoriamente destinados às candidatas.

Hoje as mulheres representam cerca de 52% da população brasileira e sua participação política nas Casas do Congresso Nacional é inferior a 15%.

Já que aqui cuidamos especialmente da participação da mulher no Legislativo Federal, a título de curiosidade gostaríamos de registrar que nas eleições municipais de 2016 apenas 11,6% das Prefeituras do País são comandadas por mulheres.

Com o fim das coligações partidárias a partir de 2020, determinado pela Emenda Constitucional nº 97/2017, há a perspectiva de que seja efetivamente lançado um maior número de candidatas.

## CONCLUSÃO

Concluo este breve relato com as seguintes considerações:

- 1 O estabelecimento de políticas compensatórias destinadas a ampliar a participação feminina na política, especialmente a partir da última década do Século XX, não trouxe os resultados esperados;
- 2 O voto feminino não recai, obrigatoriamente, sobre candidaturas femininas, nem vice-versa;
- 3 Nas três últimas legislaturas, ou seja, desde o pleito de 2010, o aumento no número de deputadas federais foi inexpressivo, e houve uma significativa diminuição no número de senadoras;
- 4 A participação feminina, especialmente nos órgãos diretivos dos partidos políticos, é numericamente inexpressiva;
- 5 Embora a igualdade entre gêneros seja preceito constitucionalmente estabelecido, a condição social e política da mulher brasileira ainda é muito desigual em análise comparativa com a situação masculina.

Fica, assim, evidenciado que há um longo caminho a percorrer para alçar a mulher à condição de igualdade pretendida pela Carta Magna de 1988, especialmente naquilo que tange à sua atuação política.

E jamais nos esqueçamos: democracia é substantivo feminino!

## REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Coleção “Constituições Brasileiras”, volume II**. 3. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiro. **Direito constitucional comparado**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

NOGUEIRA, Octaciano. **Coleção “Constituições Brasileiras”, volume I**. 3. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, [199-?].

# CAPÍTULO 7

## A MULHER E OS TEXTOS HISTÓRICOS – A GÊNESE DO SEXISMO

Tathiana Laiz Guzella

Objeto! Isso era a mulher perante a sociedade terráquea até pouco tempo, considerando a história milenar da humanidade. No mesmo sentido, eram também – objetos – os escravos, os vencidos em batalhas e os animais.

Não foram simples, nem poucas, as batalhas travadas, e ainda lutadas, pela espécie Mulher, do gênero Homem<sup>1</sup>, cujo substantivo comum reproduz carga misógina e antipática, lastreada pela falaciosa inferioridade mental e física construída pelas sociedades machistas do passado, dominadas pela força física masculina.

As religiões, seitas ou mesmo doutrinas reconhecidas mundialmente, salvo raríssimas exceções, sempre registraram, em sua gênese filosófica, o sexismo em desfavor da mulher, revelado pela ostensiva discriminação baseada em critérios de sexo, sendo, o superior, o masculino, imposto ‘goela a baixo’ sob o manto da superioridade mental-espiritual por um deus que teria moldado os ‘homens’ à sua imagem e semelhança.

No mesmo viés, também visualiza-se a mesma estrutura de poder replicada diante das pessoas negras, historicamente consideradas propriedades, cuja coisificação igualmente foi imposta via bruta, sob o manto da ‘superioridade’ do chicote.

Papéis sociais imputados a homens e mulheres tem como base códigos de condutas interiorizados por normas que fornecem ao homem o controle das situações, as quais a realiza com a colaboração feminina, gerando total desequilíbrio de poder entre os sexos<sup>2</sup>.

Diante destes contextos, assim como das conhecidas ‘obrigações’ domésticas e sociais da mulher no contexto da comunidade, busca-se levantar as raízes desta problemática, para que se possa compreender o contexto do passado e concretizar a ressignificação das diferenças entre homens e mulheres, ambos portadores de dignidade humana.

1 Segundo Guilherme Ribeiro Colaço Mäder, em sua dissertação de Mestrado, salienta o uso linguístico masculino genético (Homem), o que chamou de sexismo gramatical, onde o masculino genérico é o uso do gênero gramatical para denotar o gênero humano, ou seja, espécie humana, incluindo homens e/ou mulheres. MÄDER, Guilherme Ribeiro Colaço. **Masculino Genérico e Sexismo Gramatical**. Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Linguística da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do grau de Mestre em Linguística. Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/158447/336814.pdf;sequence=1>. Acesso em: 18 out. 2020.

2 BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: aspectos criminais e políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero. São Paulo: Tirant to Blanch, 2020. p. 20.

## A MULHER NO CÓDIGO DE HAMURÁBI<sup>3</sup>

Filho do rei Sin-Muballit, Hamurábi foi o sétimo rei da Babilônia, cujo reinado deu-se entre os anos de 1728 a 1686 a.C., sendo considerado “rei do mundo” por ter conquistado as quatro regiões, reunindo toda a Mesopotâmia sob seu cetro. Em seu reinado, com base na legislação existente e nas regras firmadas pelos tribunais babilônicos, registrou os preceitos de conduta mais comuns em seu código, mandando-o esculpir em pedra, sendo, em seu tempo, considerado moderno e justo<sup>4</sup>.

Naquela época, haviam definidas três classes sociais. Os ‘awillum’ (termo que significa ‘homem’), referindo-se ao homem livre, que usufruía dos direitos de cidadão. Os “muskênum”, que eram as pessoas que, em geral, prestavam trabalho para os primeiros. A terceira classe eram os escravos. A família era a base da sociedade e o sistema patriarcal a regia<sup>5</sup>.

Muitas das regras de conduta ali elencadas foram a origem de legislações espalhadas pelo mundo, demonstrando a evolução de raciocínio e justiça daquele povo, em que pese tenham considerado como ‘justo’ a lei de talião<sup>6</sup> e o direito ordálio<sup>7</sup>, ambos distantes do princípio da razoabilidade. Penas similares ou iguais às perdas das vítimas eram comuns, assim como a pena capital (morte) e as penas divinas.

Ao visitar as normas de condutas descritas no códex analisado, constata-se claramente que o mesmo era voltado para a figura masculina, da espécie Homem. Quando esta legislação refere-se à mulher, o faz morfológicamente, ou seja, descrevendo-a como “esposa”, “mulher” ou “sacerdotisa”. Assim, as regras, em geral, eram para os homens, e não para a humanidade, materializando-se o patriarcado naquela sociedade.

Exemplo disso é que as mulheres compunham a classe social conforme seu pai ou seu marido, ou seja, “a esposa de awillum” ou “a filha de awillum”. Assim, “seu status social parecia estar ligado a figura da autoridade masculina que vivia com ela”<sup>8</sup>.

O papel da mulher naquele contexto social daquela região, naquela época, cristalinamente era de assessoriedade a seu pai ou a seu marido, embora tenha sido um ser de direitos, muito diferentes daqueles que os homens possuíam. Nitidamente vislumbra-se o preconceito à mulher, única que sempre teria reais punições em caso de infidelidade conjugal, tendo regras diferenciadas para herdar, podendo, inclusive, ser entregue como pagamento de dívida.

3 O Código de Hamurábi é um conjunto de leis criadas pelo sexto rei da Suméria Hamurábi, baseado na lei do Talião, que representa uma dura retaliação do crime praticado e de sua pena. A lei do Talião se baseia no “Olho por olho, dente por dente”. As 282 leis referentes ao código de Hamurábi foram talhadas em uma rocha de diorito, escritas em letras cuneiformes e continham normas e penalidades para os fatos que costumam ocorrer diariamente na vida dos cidadãos. Esta rocha tachada, que descrevia a legislação sobre situações cotidianas, ficava exposta em local central, para que todos a conhecessem.

4 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). **Código de Hamurábi; O manual dos inquisidores; A Lei das XII Tábuas; A Lei do Talião**. São Paulo: Rideel, 2006. p. 7-8.

5 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). **Código de Hamurábi; O manual dos inquisidores; A Lei das XII Tábuas; A Lei do Talião**. São Paulo: Rideel, 2006. p. 10-11.

6 Estricto cumprimento da proporcionalidade da pena, tal como “olho por olho, dente por dente”.

7 Juízo de Deus – sentença divina.

8 FÜRH, Moacir. **O Código de Hamurábi – as mulheres, os funcionários do palácio e as sacerdotisas**. Disponível em: <https://apaixonadosporhistoria.com.br/artigo/57/o-codigo-de-hamurabi-as-mulheres-os-funcionarios-do-palacio-e-as-sacerdotisas>. Acesso em: 26 set. 2020.



Todo o código é nesta entoação machista, com a noiva sendo escolhida pelo genitor do noivo, que deveria pagar certo valor ao pai da noiva. Além deste pagamento, ela também traria um dote da casa do pai, que pertenceria a ela e faria parte da herança dos seus futuros filhos. Para o caso de um homem ter escolhido esposas aos seus filhos, mas nenhuma ao filho mais novo, este teria direito, além de sua cota na herança do pai, à “prata correspondente ao dote para o irmão menor”, possibilitando que o mesmo “tomasse uma esposa”<sup>9</sup>.

A mulher, embora possuísse direitos no seio matrimonial, estava sujeita a uma série de punições, em especial, quanto ao adultério, fator recorrente em diversos trechos da legislação estudada.

Especificamente quanto ao casamento, se a esposa de um homem fosse surpreendida em flagrante com outro, ambos deveriam ser amarrados e lançados à água. Todavia, caso o marido a perdoasse, perdoaria automaticamente o homem flagranteado, deduzindo-se que a vida da esposa estava nas mãos do marido, porém, a do homem não estaria, jamais, nas mãos da esposa dele e, no máximo, nas mãos do perdão real, vinculado ao perdão do marido ofendido<sup>10</sup>.

Na situação da esposa ser acusada de adultério pelo marido, mas não houvesse provas deste crime, deveria fazer juramento perante as divindades para poder voltar para casa. Porém, se houvesse boatos quanto à possível infidelidade da mesma, ela deveria, “por seu esposo mergulhar no rio”. Se sobrevivesse, seria inocente, materializando julgamento ordálio<sup>11</sup>.

Outra regra que chama a atenção consta do artigo 133, afirmando-se que, caso o marido se “afastasse secretamente” do lar, mas, ainda assim, provesse o sustento da esposa, ela deveria “guardar a casa e cuidar de si”, não podendo “entrar na casa de outro homem”, sob pena de ser lançada à água. Ela só estaria isenta de culpa caso “não houvesse o que comer em sua casa”. Agora, o pior – se o marido que abandonou-a retornasse, mas a esposa já estivesse vivendo maritalmente com outro homem e tivesse filhos deste, ela teria de retornar à casa do primeiro marido e deixar os filhos na casa do pai deles<sup>12</sup>.

O homem poderia repudiar sua esposa que lhe gerou filhos, devendo dar à mesma metade do pomar e bens móveis, para que ela pudesse criar a prole. Esta só poderia ser tomada por esposa pelo “homem de seu coração” após a criação dos filhos<sup>13</sup>. No caso da esposa não ter gerado filhos do esposo, este poderia devolvê-la, devendo pagar uma multa correspondente ao valor pago pelo pai dele, mais a devolução do dote que ela trouxera da casa paterna<sup>14</sup>. O marido só não poderia devolver esta esposa caso ela tivesse contraído moléstia

9 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). **Código de Hamurábi; O manual dos inquisidores; A Lei das XII Tábuas; A Lei do Talião**. São Paulo: Rideel, 2006. Artigo 166, p.

10 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). **Código de Hamurábi; O manual dos inquisidores; A Lei das XII Tábuas; A Lei do Talião**. São Paulo: Rideel, 2006. Artigo 129, p. 35.

11 O termo “ordálio” significa ‘*Sentença Divina*’ em linguagem derivada do anglo-saxônico *ordal* = juízo. Este foi um processo usado na era medieval, em que se submetia os litigantes a provas duras e a testes de resistência terríveis, que hoje seriam considerados tortura. VALLA, Cleide. **Principiologia do direito**. 2007. Disponível em: <https://principiologia.blogs.sapo.pt/1852.html>. Acesso em: 26 set. 2020.

12 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). **Código de Hamurábi; O manual dos inquisidores; A Lei das XII Tábuas; A Lei do Talião**. São Paulo: Rideel, 2006. Artigo 133, p. 35-36.

13 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). **Código de Hamurábi; O manual dos inquisidores; A Lei das XII Tábuas; A Lei do Talião**. São Paulo: Rideel, 2006. Artigo 137, p. 36.

14 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). **Código de Hamurábi; O manual dos inquisidores; A Lei das XII Tábuas; A Lei do Talião**. São Paulo: Rideel, 2006. Artigo 138, p. 36.

contagiosa, devendo sustentá-la em casa apartada, podendo se casar com outra mulher<sup>15</sup>. Veja-se que este direito, primitivo do divórcio, estava disponível tão somente para o homem.

Ilustra-se o mesmo tema pelo artigo 159<sup>16</sup>, que reafirma o desprezo à esposa como sendo um direito do marido, quando determina que um homem que tenha mandado o presente nupcial a seu sogro, bem como já tenha pago o dote, apaixonar-se por outra mulher, dizendo àquele: “não quero mais a sua filha”, o genitor teria direito a ficar com estes bens, como forma de indenização à expectativa do genitor da noiva.

Constata-se ter havido preocupação de que a mulher rejeitada injustamente fosse, de certa forma e a depender da classe em que se encontrava, indenizada, em especial pela figura de seu genitor, que seria o verdadeiro ofendido. Claramente mulheres não possuíam os mesmos ‘direitos de repúdio’, haja vista serem consideradas espécies de propriedade de alguma das figuras masculinas.

A esposa que “criou para si um pecúlio, dilapidou sua casa, negligenciou seu marido” decidisse deixar o cônjuge, daria a ele o direito de repudiá-la sem nada lhe dar, “nem para sua viagem”. Caso o homem não a repudiasse, poderia tomar outra esposa, e a primeira “permanecerá como criada na casa de seu marido”. Esta passagem confirma não só a submissão da esposa perante seu marido, mas também materializa-se a coisificação da mulher que, de esposa que negligenciou o esposo, à criada dele e da nova esposa<sup>17</sup>.

Esta conclusão dedutiva pode ser verificada também noutras passagens, tal como quando a esposa tomar “aversão a seu marido e disser: ‘não terás relações comigo’”. Para esta situação, as cortes analisariam a causa concreta. Se ela fosse irrepreensível em suas condutas, somado ao seu marido ser um “saidor”, ou seja, frequentemente sair à procura de outras mulheres, bem como a tivesse “humilhado muito”, a cônjuge não seria julgada culpada, podendo retornar à casa do pai levando seu dote<sup>18</sup>. Mas, caso ela fosse julgada “saidora”, ela deveria ser “lançada na água”<sup>19</sup>. Tais normas confirmam o estratagema masculino para a manutenção do papel de submissão da mulher perante o homem, normalmente anulando reações femininas devido ao cumprimento das penas dantescas, o que geravam elevado temor às mulheres, num ciclo que as permitia participar das decisões de poder diretamente, bem como resultavam em relações de poder desiguais entre os sexos.

Para a situação da esposa sacerdotisa, elite social feminina, que desse a seu marido uma escrava, e esta tivesse filhos dele, ele poderia tomar outra esposa, mas não a escrava. Todavia, a escrava não deveria ser revendida pela esposa que a presenteou. Porém, se a sacerdotisa não lhe tivesse dado filhos, o marido poderia tomar outra esposa (não a escrava) e levá-la para casa, mas esta “não seria igualada à primeira”. Caso a esca-

15 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Código de Hamurábi; O manual dos inquisidores; A Lei das XII Tábuas; A Lei do Talião*. São Paulo: Rideel, 2006. Artigo 148, p. 38.

16 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Código de Hamurábi; O manual dos inquisidores; A Lei das XII Tábuas; A Lei do Talião*. São Paulo: Rideel, 2006. Artigo 159, p. 39.

17 Artigo 141. pg. 36-37.

18 Artigo 142. pg. 37.

19 Artigo 143. pg. 37.

va do marido não gerasse filhos deste, poderia ser vendida<sup>20</sup>. Veja-se que o homem era verdadeiramente livre, repleto de direitos, podendo comprar esposas e divorciar-se delas quando lhe aprouvesse, tendo sua existencialidade plena, em especial, quando abastado financeiramente. Ademais, a lei era clara quanto a se tratar de uma sacerdotisa, ou seja, uma classe de mulheres especialmente consideradas naquela sociedade, não se tratando de uma mulher comum.

Para a situação do homem que, embora tivesse esposa que tenha lhe gerado filhos, também tivesse-os com a criada, ele poderia reconhecer estes filhos da escrava apenas com as palavras: “vós sois meus filhos”, sendo este ato suficiente para a divisão da herança do pai<sup>21</sup> igualmente perante seus descendentes diretos. Registre-se que sequer se cogitava hipótese igual ou similar para a esposa, confirmando a objetificação feminina e a vi-  
leza masculina.

A pena de empalamento<sup>22</sup> era prevista à esposa que tivesse mandado matar seu marido por causa de outro homem<sup>23</sup>, todavia, nada se referia ao homem que cometesse a mesma conduta.

Diversas outras passagens demonstram os padecimentos anímicos vivenciados pelas mulheres advindo das discrepâncias legais e, essencialmente, quanto às penalizações, por exemplo, no incesto de pai para filha, onde ele seria banido da cidade, enquanto a filha era considerada vítima<sup>24</sup>. No caso feminino, tanto genitora quanto o filho seriam condenados à morte pelo fogo<sup>25</sup>.

Pelo texto do códex verificado, considerado avançado para sua época, constata-se que a Antiguidade<sup>26</sup> foi palco de poucas nuances nos direitos das mulheres, sempre vinculados à obediência e agrados masculinos, cujo papel político-social era fustigado devido à soberania da força bruta, dominada pelo machismo refletido pelo patriarcado.

No decorrer temporal, com os textos bíblicos e os profetas do Pentateuco, o papel da fêmea humana continuou mitigado, verificando-se, inclusive, elevação nesta subjugação, em especial sob o viés sexual, calcificando a proposta já existente da mulher como objeto, ligada à figura masculina como seu Senhor.

## A MULHER NA BÍBLIA

“O véu das mulheres. Eu vos louvo porque em tudo vos lembrais de mim e guardais as tradições como eu as transmiti. Pois bem: quero que saibas que a cabeça de todo homem é Cristo e a cabeça da mulher é o homem, e a cabeça de Cristo é Deus. Todo homem que reza ou profetiza de cabeça coberta desonra a

20 Artigos 144 – 146. pg. 37.

21 Artigo 170. pg. 41.

22 Método de tortura antigo que consistia em espetar o condenado com uma estaca pelo ânus, deixando-o desta forma para morrer. Fonte: Dicio – Dicionário Online de Português. <https://www.dicio.com.br/empalamento/> Acesso em: 27 set. 2020.

23 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Código de Hamurábi; O manual dos inquisidores; A Lei das XII Tábuas; A Lei do Talião*. São Paulo: Rideel, 2006. Artigo 153, p. 38.

24 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Código de Hamurábi; O manual dos inquisidores; A Lei das XII Tábuas; A Lei do Talião*. São Paulo: Rideel, 2006. Artigo 154, p. 38-39.

25 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). *Código de Hamurábi; O manual dos inquisidores; A Lei das XII Tábuas; A Lei do Talião*. São Paulo: Rideel, 2006. Artigo 158, p. 38-39.

26 Período que se estende desde a invenção da escrita (de 4.000 a.C. a 3.500 a.C.) até a queda do Império Romano do Ocidente, no ano de 476 d.C.

sua cabeça. E toda mulher que reza ou profetiza de cabeça descoberta, desonra a sua cabeça; é como se a raspasse. Se uma mulher não se cobre, que se raspe. E, se é indecoroso para uma mulher cortar o cabelo ou raspar-se, que se cubra. O homem não deve cobrir a cabeça, porque é imagem e glória de Deus, mas a mulher é glória do homem, pois o homem não procede da mulher, e sim a mulher do homem, nem o homem foi criado para a mulher, senão a mulher para o homem. Deve, pois, a mulher trazer o sinal da sujeição, em respeito aos anjos”.<sup>27</sup>

A Bíblia é o livro mais vendido de todos os tempos. Escrita ao longo de 1600 anos, dos quais, os Livros do Antigo Testamento, estimando-se tenham sido escritos entre os anos de 1500 a.C. e 450 a.C. Os Livros do Novo Testamento que, em especial, fala da vida de Jesus, acredita-se tenham sido subscritos entre os anos de 45 d.C. e 90 d.C. Foi traduzida e debatida por diversos povos e religiões ao longo dos séculos seguintes.

Na sequência da pesquisa veremos passagens dantescas de exclusão feminina e misoginia, confirmando que a superioridade física fazia, do homem, o sexo forte e, logo, à imagem do Criador. Tal afirmação apenas comprova a característica primária da vaidade humana, na época, do homem em especial, fazendo-se acreditar ser a criatura perfeita, a melhor delas, cujo poder de administração foi-lhe transferido através de Adão, o grande macho-alfa.

Logo em Gênesis, primeiro Livro do Antigo Testamento, a mulher, feita a partir de Adão, é descrita como um assessorio, que deve seguir o principal. Segundo os escritos bíblicos, foi concebida a partir de uma necessidade, com a finalidade de auxiliá-lo, pois “não é bom que o homem esteja só. Vou-lhe fazer uma auxiliar que o corresponda”<sup>28</sup>.

A própria procriação humana, a partir do primeiro casal, passa a não ser mais algo divino e, sim, fruto de pecado<sup>29</sup>, ignorando regras naturais ocorridas com todos os demais seres vivos, que é a proliferação da própria espécie.

A figura humana feminina foi colocada estrategicamente como a grande e única culpada pelo pecado original, aquele que levaria toda a humanidade ao sofrimento eterno, em face de não ter sido forte o suficiente para resistir à tentação da serpente. Interessante notar a resposta de Adão a Deus quando foi questionado se comera o fruto proibido, teria respondido: “a mulher que me deste como companheira, foi ela que me fez provar do fruto da árvore, e eu comi!”<sup>30</sup>. Em seguida, Deus castiga a fêmea no sentido de que a mesma sofrerá durante a gravidez, “entre dores dará à luz” e “a paixão arrastar-se-á para o marido e ele te dominará”<sup>31</sup>.

A submissão da mulher diante do homem encontra pousada ao longo dos ditos escritos divinos, subscritos por homens, tal como se confirma em Efésios, quanto à família cristã, determinando que “as mulheres

27 Coríntios 11: 2-10. BÍBLIA, Português. Bíblia Sagrada. 38. ed. Petrópolis: Editora Vozes e Editora Santuário, 1982. 1563 p.

28 Gênesis 2:18

29 Salmos 51:5

30 Gênesis, 3:12.

31 Gênesis 3:16.

casadas sejam submissas aos maridos como ao Senhor”, “o marido é a cabeça da mulher”, devendo ela reverenciá-lo incondicionalmente<sup>32</sup>.

Confirmado categoricamente em Coríntios, a ‘voluntas legis’ sagrada tão somente ratifica hábitos e direitos existenciais naturais do homem, este tido como a ‘glória de Deus’. Na passagem mencionada alhures, a mulher não tem cabeça, pois a sua seria a do homem, no caso, seu proprietário e deus. No entanto, a fêmea o desonraria quando não se cobrisse com o véu, visto que deixaria “sua cabeça” (logo, a do homem) desprotegida. Salienta o texto bíblico que o inverso não seria uma ofensa, afinal, a mulher foi criada “para o homem”, e não o contrário.

No versículo 14 do mesmo Livro, há mandamento direto para que “as mulheres se calem nas assembleias porque não lhes compete falar mas viver sujeitas, como diz a Lei. Se quiserem aprender alguma coisa, perguntem em casa a seus maridos porque não é conveniente a mulher falar em assembleia”<sup>33</sup>. A citação remete à legislação daquele tempo, cuja obediência marital já era comando consuetudinário, sob o pretexto da inaniidade feminina. Em viés similar, embora de maneira mais suave, os mesmos predicados já estavam inseridos no Código de Hamurábi, reflexo do conteúdo legislativo-político de seu tempo, assim como continuou a perdurar por quase dois mil anos após Cristo, bem como o precedeu.

Em tantas passagens, tal como no Êxodo, livro que ditava regras de convivência e aplicabilidade das punições, claramente percebe-se a legitimação do genocídio de mulheres sob o pretexto de “não deixarás com vida uma feiticeira”<sup>34</sup>, comandos legislativos do “povo de deus” que foi responsável direto pela morte violenta de milhares de mulheres, independentemente da realização de verdadeiras magias, cujos julgamentos eram materializados por ‘seres divinos’, criados à imagem do Criador – o homem.

Em Levítico, que nitidamente descreve regras de saneamento básico de saúde devido às experiências daquele tempo, considerava que a mulher, em seus ciclos menstruais, era pecadora e imunda, devendo ficar afastada da convivência comunitária por sete dias, bem como que tudo ao redor dela deveria ser esterilizado<sup>35</sup>. No mesmo diapasão, prostitutas deveriam ser queimadas<sup>36</sup>, como se pudessem concretizar os atos sexuais advindo de programas de forma solitária. Homens valiam mais para o criador que as mulheres<sup>37</sup>, e a mulher que tivesse irmãos não poderia herdar, devendo, os bens do genitor, serem repassados a estes<sup>38</sup>.

O próprio “Poema Sobre a Mulher Virtuosa”<sup>39</sup>, confirmatório de que os deveres domésticos eram obrigações das mulheres, determinava: “levanta-se, quando ainda é noite, e prepara a refeição para sua família e a

32 Efésios 5:21-33.

33 Coríntios 14: 34-35.

34 Êxodo 22:17.

35 Levítico 15:19 e 20.

36 Levítico 21:9

37 Levítico 27:4, 5, 6 e 7.

38 Numeros 27:7, 8 e 9.

39 Provérbios, 31:10-31.

ração para as criadas [...], estende as mãos para a roça [...], confecciona coberta [...], seu marido tem renome no tribunal, quando se senta com os anciãos do país [...], vigia o andamento de sua casa e não come o pão da ociosidade”. Dignas recomendações à rainha do lar...

Em Oseias<sup>40</sup>, a normalidade da coisificação da mulher, expressada na precificação da esposa, com recomendação de sua compra pelo próprio Deus. Em Naum<sup>41</sup>, o repúdio às mulheres, comparando-as a um mal presságio. Igualmente, às prostitutas e feiticeiras, culpadas pelos problemas das nações.

Outra passagem infernal está no Livro de Pedro, cujo mandamento divino sacramenta a submissão da fêmea ao macho humano, com tema que exalta “o amor conjugal”, justificando o porquê da obediência, que nada mais seria senão por serem “um sexo mais fraco”. Na mesma passagem, justifica no sentido de que o homem que não obedecesse a Palavra, seriam “conquistados mesmo sem palavra, pela conduta de suas mulheres, em consideração à vossa vida íntegra e reverente”<sup>42</sup>. Tal trecho cristalinamente responsabiliza a mulher pelas falhas do marido, tatuando na mesma o dever de virtude e orações, em nata devoção ao ‘santo’ de sua casa. Na mesma seara misógina, Colossenses, determinando: “mulheres, sedes submissas a vossos maridos porque assim convém ao Senhor”, reafirmando regra similar à válida ao direito escravocata<sup>43</sup>, comprovando-se a ausência de qualquer gênese de cidadania feminina.

Em Deuteronômio, que procura repetir as leis proclamadas no Sinai e a reafirmação da obediência feminina, somado às experiências de gerações passadas, enfatizam-se os crimes contra o matrimônio, tais como para o caso de um homem, após desposado uma mulher, vir a odiá-la, imputando à mesma falsamente delitos e a difamando-a, dizendo: “casei-me com esta mulher mas, ao conhecê-la, descobri que não era virgem”. Nesta situação, caberia aos genitores dela provar a inocência diante do tribunal dos anciãos. Se positiva e comprovada a castidade, o homem a devolveria aos pais, pagando uma multa. Se não validada, a moça ‘indigna’ seria levada à frente da casa dos pais, “e os homens da cidade a apedrejarão até a morte, por haver cometido uma infâmia em Israel, prostituindo-se na casa paterna. Assim extirparás o mal de teu seio”<sup>44</sup>.

Refletido no texto bíblico a materialização da ‘culpa’ sexual, exclusivamente imputada à mulher, como se pudesse, sozinha e frágil, manter relações sexuais forçadas com homens, afinal “foi pela mulher que o pecado começou, e é por causa dela que todos nós morreremos”<sup>45</sup>.

40 Oseias 3:1 e 2

41 Naum 3: 4 e 13.

42 Pedro 3: 1-7 – “O amor conjugal. Vós também mulheres, sede submissas a vossos maridos. Se alguns não obedecem à palavra, serão conquistados mesmo sem palavra, pela conduta de suas mulheres, em consideração à vossa vida íntegra e reverente. Não sejam vossos enfeites o que aparece externamente: cabelos frisados, joias de ouro, vestidos elegantes. Mas tende os enfeites interiores e ocultos no coração, a pureza incorruptível de um espírito manso e tranquilo. Isto é que é precioso diante de Deus. Assim outrora se adornavam as santas mulheres que esperavam em Deus, obedientes a seus maridos. Deste modo Sara obedecia a Abraão, chamando-o “senhor”. Dela vos tornais filhas, pela prática do bem sem medo de ameaça alguma. Também vós marido, sede compreensivos no convívio com vossas mulheres, pois são de um sexo mais fraco. Tratai-as com respeito como co-herdeiras da graça da vida para que nada impeça vossas orações”.

43 Colossenses 3: 18-22.

44 Deuteronômio 22:13-21.

45 Eclesiástico 25:24.

Para circunstância diversa da suso revelada, ou seja, quando um homem adquirisse matrimônio com uma mulher e consumasse o ato sexual, mas posteriormente não a quisesse mais por ter visto nela algo inconveniente, “escreverá uma certidão de divórcio e assim despedirá a mulher”, deixando-a sair de casa em liberdade<sup>46</sup>. Nas passagens citadas constata-se que, caso o marido, por um conceito aberto, ‘não se agradasse da esposa’, aplicaria o divórcio, e tudo se resolveria, por benevolência dele. Como pode-se ver, esta instituição jurídico-social do divórcio é muito antiga, todavia, servia tão somente aos cidadãos, grupo que não faziam parte as mulheres.

Interessante os comandos para punição e disciplinamento à ‘mulher má’, descrito no Livro deuterocanônico de Eclesiástico<sup>47</sup>, que seria aquela que não agrada aos olhos de seu marido, “não faz o marido feliz”, assim como as “faladeiras”, as quais merecem “a liberdade de falar, senão andar conforme teus acenos, então corta-a de tua carne”. No versículo 26, capítulo 7, continua a tentar explicar o que seria “a esposa má”, como aquela “canga-de-boi mal ajeitada; querer dominá-la é como pegar um escorpião”. Vicissitudes como estas normas eram a regra humana na quadratura mundial.

E neste pano de fundo sexista, diversas outras manifestações exemplificativas de como seria uma boa mulher, tais como aquela “amiga do silêncio”, sendo “dom do Senhor”; “mulher pudica é graça primorosa, e não há medida que determine o valor de alma casta”.

Em que pese a bíblia, através de seus escritores, buscarem a diminuição, submissão, obediência e a própria disciplina da mulher na sociedade, não importando o quanto ela fosse ‘boa’ aos olhos dos homens, considerando este adjetivo para os padrões patriarcais daquela Era, ainda assim, seria “preferível a maldade do homem à bondade da mulher”<sup>48</sup>, comprovando-se que não importava a atitude feminina em si, mas, sim, o que pensava e falava seu dono, que seria a figura masculina a que a mesma estivesse vinculada.

Entende-se, pelo texto estudado, o porquê a filha mulher gerava eterna preocupação ao seu genitor, pois, quando jovem, “para que não passasse da flor da idade”. Após contraída em matrimônio, “para não ser repudiada”. Quando virgem, “para não ser seduzida e ficar grávida na casa paterna”. Estando casada, “para que não caia em falta”. Convivendo com o marido, “para que não fique estéril”.

Na famosa parábola da mulher adúltera, consubstanciada em João<sup>49</sup>, o livro sagrado narra o flagrante delito de uma mulher em adultério, crime para o qual era prevista a pena de apedrejamento apenas da mulher, o qual foi evitado por Jesus quando afirmou: “aquele de vós que estiver sem pecado, atire-lhe a primeira pedra”. A atitude sugere àquele povo um novo pensar à lei de Moisés, que ordenava “apedrejar as adúlteras”.

Retornando ao Velho Testamento, em Números<sup>50</sup>, na ‘Lei do Ciúmes’, para a mulher casada que tenha “transviado” e se “contaminado e para o marido ciumento que suspeite que sua mulher cometeu adultério, esta

46 Deuteronomio 24: 1-2.

47 Eclesiástico 25: 13-26.

48 Eclesiástico 42:14.

49 João 8:1-7

50 Números 5:20-31.

deve jurar a maldição”, que vem acompanhada de nada menos que “descair seus quadris e inchar o ventre”, e que a água amaldiçoada, portadora da maldição, ser-lhe-á amarga e deverá trazer a ela amarguras. Novamente constata-se que tão só o homem poderia questionar a fidelidade da esposa, sua propriedade. Lembrando que o mesmo teria o direito ao divórcio “se não achar graça em seus olhos, por nela encontrar coisa indecente, far-lhe-á uma carta de repúdio, e lhe dará na sua mão, e a despedirá da sua casa”<sup>51</sup>.

Em Provérbios<sup>52</sup>, falando sobre o que é oportuno, consta a recomendação de que “melhor é morar num canto do terraço do que na casa espaçosa de uma mulher briguenta”. Na mesma esteira, em Eclesiastes<sup>53</sup>, informando que o criador teria feito o homem ‘equilibrado’, todavia, ele busca complicações, e que “mais trágica do que a morte é a mulher, porque ela é uma armadilha; seu coração, uma rede; seus braços, cadeias; Quem agrada a Deus, dela se livrará; quem lhe desagrade, por ela será colhido”. Outras vezes mais, o texto estudado remonta à filosofia misógina pela qual enfrentaram as mulheres, sendo consideradas seres inferiores, assim como eram os demais animais, talvez até piores, como se verifica em alguns trechos bíblicos, onde as mesmas foram consideradas pragas da sociedade, e tudo subscrito sob o manto do divino.

Para a mulher que desse à luz a um menino, ficaria “impura” tão somente por uma semana, devendo se purificar nos trinta e três dias seguintes. Todavia, caso nascesse uma menina, ficaria impura por duas semanas, cujo tempo de purificação se estenderia por sessenta e seis dias<sup>54</sup>.

Reafirma-se a culpa da mulher pelo pecado original, somado ao pavor masculino de sequer imaginar similitude de direitos entre ambos os sexos, nem sequer os menores. Na Primeira Epístola a Timóteo<sup>55</sup>, no tocante ao comportamento das mulheres, estas deveriam estar “vestidas decentemente com recato e modéstia”, podendo se enfeitarem, mas sem estar o cabelo exposto. Deveria ouvir as orações e instruções comunitárias “em silêncio com espírito de submissão”, não sendo tolerado que uma mulher ensinasse ou “se arrogue autoridade sobre o marido, mas permaneça em silêncio. Pois o primeiro a ser criado foi Adão, depois Eva. E não foi Adão que se deixou iludir e sim a mulher que, enganada, incorreu em transgressão”.

Cena tétrica que não deve ser olvidada de críticas está consubstanciada em Juízes (por completa ironia no nome), cuja passagem relata a hospedagem de um ancião a um homem viajante desconhecido e sua concubina na cidade de Gibeá, que estariam de passagem para a urbe de moradia dele. Após recebê-los em sua casa, à noite, para a pernoite, homens locais bateram à porta e exigiram do anfitrião que entregasse o viajante para ser abusado. Em resposta, o dono da morada exclamou: “Não, irmãos! Não façais essa maldade! Depois que esse homem entrou em minha casa não cometais tal infâmia. Vou trazer-vos minha filha moça e a concubina dele; podereis abusar delas e fazer-lhes o que melhor vos parecer. Mas a esse homem não façais tamanha infâ-

---

51 Deuteronômio 24:1

52 Provérbios 25:24

53 Eclesiastes 7:26 e 29.

54 Levítico 12: 1-5.

55 Timóteo 2:9-15



mia”. No excerto bíblico, tal oferta da concubina foi confirmada pelo viajante, que até aquele dia era um estranho ao ancião. Na passagem, a mulher teria sido abusada “a noite inteira, até de madrugada. Abandonaram-na ao amanhecer”. Por fim, a multiplamente estuprada foi liberada ao clarear da aurora, momento em que retornou à casa onde estava seu marido, tendo à porta permanecido. Ao se levantar, o viajante a encontrou, ordenando que a mesma se levantasse, pois seguiriam viagem. Sem resposta da mesma, a colocou sobre o burro, porém, ela entrou em óbito. Ao chegar em casa, o viajante repartiu-a em doze pedaços, espalhando seus membros no território de Israel<sup>56</sup>.

Esta passagem reflete, mais que qualquer outra, a natureza de utensílio que as mulheres representavam, tanto na época da vida de Cristo, quanto muito antes dele. Igualmente, espelha ‘o que era’ a mulher no tempo em que a bíblia foi pensada e confeccionada (séculos!), depreendendo-se a objetificação da mulher, cujo uso resta claramente demonstrado, não sendo possuidora, aos olhos das tradições e regulamentos, dignidade de pessoa humana.

Igualmente repugnante, num viés atual, o trecho que retrata o julgamento de um estupro de “uma moça sem compromisso”, ao que o mesmo, além de uma multa, tinha de se casar com a mesma, jamais podendo se divorciar dela<sup>57</sup>. A mesma base de extinção de punibilidade pelo casamento do estupro com a estuprada vigorou até o século XXI no ordenamento jurídico pátrio, sendo apenas revogada oficialmente no ano de 2005, pela Lei 11.106, publicada em 28 de março<sup>58</sup>.

Às mulheres mais velhas, na Epístola a Tito<sup>59</sup>, no ensino à sã doutrina, o mandamento para que levem uma conduta santa, ensinando as mais jovens “a amarem seus maridos, a cuidarem dos filhos, a serem prudentes, castas, boas donas-de-casa, dóceis para o marido, bondosas”. Tais comandos confirmam determinações impostas ao seio feminino desde as primeiras notícias de humanidade, cujas responsabilidades domésticas e de prudência familiar perduram até a hodiernidade.

Equidade e igualdade, segundo a hermenêutica de seus escritores, bem como seus antecessores e sucessores, não parecem terem sido vislumbradas pelo ‘criador’, haja vista as passagens relatadas, bebidas na própria fonte. Violências de gênero, atualmente combatidas por movimentos feministas e, a princípio, pelo ordenamento jurídico, foram registradas e seguidas ao longo da história humana, fazendo-se crer, ao olhos dos filtros atuais, que o Todo-Poderoso não vislumbrava a isonomia entre os sexos.

Das passagens citadas, assim como de muitas outras não mencionadas, não se vislumbra a mulher como ser de direitos, mas somente de obrigações, subjugada em seus direitos naturais mínimos. Embora cediço que

56 Juízes 19: 18-28.

57 Deuteronômio 22: 28-29.

58 Incisos revogados pela Lei 11.106/2005: Código Penal, artigo 107 – “Extingue-se a punibilidade: (...) VII – pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código e VIII – pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração”.

59 Tito 2: 3-5.

“como direito natural, a dignidade passa a ter caráter intrínseco à vida, à pessoa humana, não podendo ser outorgada pelo sistema jurídico, pois já nasce com o indivíduo independentemente da vontade estatal”<sup>60</sup>, à mulher não se vislumbrava tal característica de humanidade.

Para Tito Livio Barichello<sup>61</sup>, do ser humano não se pode retirar algo que lhe é inerente à sua condição, todavia, reconhecendo que, na Antiguidade, os direitos de dignidade humana variavam conforme o ‘status quo’ do grupo a que pertencia o indivíduo, havendo pessoas com mais ou menos dignidade, esta significando o diferenciador entre humanos e as demais criaturas.

Merece destaque publicação pela Revista Veja, intitulada “O machismo e a ‘Bíblia’”, da qual levanta a problemática atual quanto ao uso de textos sagrados para reforçar comportamentos misóginos, mencionando “os equívocos hermenêuticos da visão bíblica e teológica a respeito da mulher”, e que estes foram e estão sendo realimentados nos dias atuais neste país, cuja interpretação remete à submissão da mulher ao homem e, mais profundamente, da esposa ao marido<sup>62</sup>.

Neste enfoque, em exegese diversa da recomendada pelos escritores e intérpretes bíblicos, tem-se que Deus não teria qualquer culpa quanto aos escritos ora apontados, dentre muitos outros sequer mencionados, cujos temas abrangem assuntos relacionados a diversos grupos vulneráveis da História. Consta-se que alguns Livros referem-se a conceitos de higiene, dos quais depreendem-se problemas vivenciados por aquele povo, em especial, a dificuldade de delimitar doenças ou mesmo saneamento básico, justificando alguns dos cuidados relacionados à saúde.

Moisés, Davi, Salomão, os profetas Isaías, Jeremias, Ezequiel, Daniel, Oseias, Joel, Amós, Obadias, Miqueias, Habacuque, Sofonias, Ageu, Zacarias e Malaquias. Mateus, João Marcos, Lucas, João, Paulo de Tarso, Pedro, Tiago e Esdras, dentre outros, eram os nomes dos possíveis escritores dos textos bíblicos, não se tendo conhecimento de que alguma mulher tenha participado, sequer minimamente, ou mesmo em sua interpretação, o que, por si só, reafirma sua condição de sub-humana e não possuidora de desenvolvimento cognitivo-espiritual para a grande missão.

Vale a lembrança de que o Antigo Testamento representou a legislação cristã, sendo, o Pentateuco, composto pelos cinco Livros escritos, em especial, por Moisés, sendo eles: Gêneses, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio, também reconhecidos como a legislação do povo judeu, conhecida por Torá. Estes livros foram apreciados e seguidos pelos povos que vieram após o profeta Maomé, hoje chamados de muçulmanos<sup>63</sup>.

60 BARICHELLO, Tito Livio. **Medidas cautelares pessoais nos crimes contra a ordem econômica**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 137.

61 BARICHELLO, Tito Livio. **Medidas cautelares pessoais nos crimes contra a ordem econômica**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 137.

62 <https://veja.abril.com.br/mundo/o-machismo-e-a-biblia/>, Ed René Kivitz, Publicado em VEJA de 3 de abril de 2019, edição nº 2628.

63 MROKOWSKI, Fernando Rodrigo. **Do Código de Hamurabi ao patriarcado de Adão, juridicamente as mulheres seguem “valendo” menos**. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/09/10/do-codigo-de-hamurabi-ao-patriarcado-de-adao-juridicamente-mulheres-seguem-valendo-menos/>. Publicação: 10 de setembro de 2018. Acesso em: 08 set. 2020.

Logo, é possível compreender que as raízes da inferiorização da mulher na sociedade possuem a mesma origem comum às três maiores religiões monoteístas – os cristãos, os judeus e os muçulmanos, haja vista suas primeiras doutrinas terem evoluído a partir da reflexão ao Antigo Testamento que, por sua vez, é repleto de machismo, misoginia e sexismo.

Pela constatação da influência da bíblia na história da humanidade, chega-se à conclusão de que ela está entre as coisas mais inteligentes já feitas, pois alcançou lastro, dominação e movimentos em diversas camadas sociais, por muitos séculos e, conseqüentemente, nutrindo a submissão do sexo feminino ao masculino, sempre numa exegese patriarcal e opressora.

Desta forma, o exegeta consciente não deve olvidar que Deus nada tem a ver com os mandamentos machistas ali proscritos, não se recomendando confundir Deus e igreja. A escrita, por si só, é algo humano e, em regra, registrados por homens que dominaram pela força. Em análise diagonal, pode-se acreditar que a fé não deva ser cega e, sim, analisada pelos fenômenos e possibilidades de desprendimento verdadeiro, e não necessariamente por imposição de um criador egoísta, que deseja ser venerado o tempo todo, e que teria colocado, na cabeça da mulher, a do homem.

Somos todos seres plurais, heterogêneos por nascimento. Cada um escolhe no que deseja acreditar, bem como se posicionar perante seus saberes, tirando suas próprias conclusões, levando-se sob conceito de que a bíblia é um livro histórico, que conta a trajetória, sofrimentos e crenças de um povo, o povo de Israel.

É crível que tenha ocorrido a manipulação dos verdadeiros ensinamentos Dele em prol da filosofia católica, dominada pelo preconceito, ignorância, machismo, homofobia e racismo, do mesmo modo que muitas outras doutrinas religiosas também o fizeram, sob o manto do discurso do mandamento divino, sustentado pelo ‘castigo’, terreno e ‘post mortem’.

Embora a compilação dos trechos bíblicos transcritos e citados tenham sido materializados para demonstrar que quem dominava a força física ditava as regras de poder e de vida, não serve a presente pesquisa para fomentar a descrença em Deus, tão só abrir o campo de visão do intérprete para que concretize um olhar historicista dos escritos tidos como sagrados, a fim de construir suas próprias ideias e críticas, ou, permanecer na concepção maniqueísta<sup>64</sup> da filosofia cristã.

## OS CONTOS DE FADA

Perpassando os tradicionais contos de fadas replicados de geração a geração, pode ser percebido, no ocidente, nas estórias como Branca de Nove e os Sete Anões, Bela Adormecida, Rapunzel ou Cinderela, assim como diversos outros conhecidos, a perfeição das protagonistas, sendo sempre uma moça jovem, “bela, ingê-

<sup>64</sup> Maniqueísmo: é uma filosofia religiosa fundada e propagada por Manes ou Maniqueu, filósofo cristão do século III, que divide o mundo simplesmente entre *Bom*, ou Deus, e *Mau*, ou o Diabo. Doutrina que se funda em princípios opostos: o bem e o mal. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Coordenação de Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos .4. ed. São Paulo: Editora Positivo, 2009.

nua, casta, desprotegida e a espera de um homem que a salve, proteja ou liberte”. Partindo-se desta premissa, a existência plena da mulher estaria diretamente vinculada e intrinsecamente relacionada às ações do homem, seu salvador<sup>65</sup>.

A maioria deles materializam classificação social, lugares diferenciados entre os seres humanos, condições de raça e classe, dentre outros padrões de comportamento e pensamento condizentes com a realidade capitalista e ocidental, fortalecendo a naturalização das desigualdades, tanto sociais, quanto daquilo que é tido como ‘belo’, enaltecendo a exploração, subalternidade e humilhação de minorias sociais, a exemplo da mulher<sup>66</sup>.

No oriente, por sua vez, a coleção de histórias e contos populares que compõem As Mil e Uma Noites remontam raízes no domínio árabe, em especial, a antiga Pérsia (hoje a região do Irã), a Índia e o Egito. Posteriormente, o ocidente as recebeu de forma esplendorosa<sup>67</sup>. Depreende-se desta coletânea que a personagem principal é a jovem Sherazade, esposa do Califa de Bagdá, Xariar, que, traído por sua primeira esposa com um escravo e, após matá-los, passa a desposar uma noiva diferente por noite, determinando a morte delas na manhã seguinte. Após três anos nesta rotina, Sherazade consegue escapar da morte descrevendo histórias espetaculares de assuntos variados, que captam o subjetivo do rei. Assim, quando amanhecia, a esposa interrompia cada conto, a fim de continuar a narrativa na noite seguinte, bem como emendava-os, para que um se ligasse ao outro. O estratagema da jovem a mantém viva ao longo de várias noites, em tese, as mil e uma do título. Ao final das mesmas, Xariar já teria se arrependido e desistido de executá-la, proclamando Sherazade sua rainha, tendo com ela três filhos.

Edna Raquel Hogemann<sup>68</sup>, esmiuçando especificamente este conto, afirma ser certo que “a sociedade da qual Sherazade fazia parte estava norteadada por valores que traduziam uma relação de poder em que o homem se revelava como o predominante: leis masculinas, uma religião masculina, uma política masculina, impondo a submissão da mulher total ao homem”. Salienta a autora que a heroína do conto As Mil e Uma Noites, que remonta ao século IX, revela estar impregnado, naquele povo, anseios mitigados com relação às liberdades em geral, inclusive as referentes à mulher, diversamente do conteúdo materializado no Alcorão<sup>69</sup>, lei maior dos muçulmanos.

Acrescenta a doutrinadora que, diversamente das “mocinhas dos contos de fadas ocidentais, usa de sua inteligência para promover a cura do rei louco que por ter sido traído pela primeira esposa, resolve se vingar

65 HOGEMANN, Edna Raquel. **Afinal, quem é você, Sherazade?** Um feminismo Real. Feminismos, artes e direitos das humanas. org: Aline Gostinski, Ezilda Melo, Gisela Maria Bestes, coord. Andrea Ferreira Bispo, Inês Virgínia Prado Soares, Soraia da Rosa Mendes. Florianópolis: Tirant to Blanch, 2018. p. 137.

66 DIAS, Marly de Jesus Sá; PEREIRA, Charliane Martins; DINIZ, Neudilene Viana; BEZERRA, Thaisa Regina Freire. A representação feminina nos contos de fadas: uma análise a partir do conto Cinderela. **Revista Interdisciplinar em Cultura e Sociedade**, 2019. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/ricultsociedade/article/view/10535>. Acesso em: 23 out. 2020.

67 Deste os contos e histórias, as mais famosas seriam: Ali Babá e os Quarenta Ladrões, Aladim e a Lâmpada Mágica e Simbad, o Marujo.

68 HOGEMANN, Edna Raquel. **Afinal, quem é você, Sherazade?** Um feminismo Real. Feminismos, artes e direitos das humanas. org: Aline Gostinski, Ezilda Melo, Gisela Maria Bestes, coord. Andrea Ferreira Bispo, Inês Virgínia Prado Soares, Soraia da Rosa Mendes. Florianópolis: Tirant to Blanch, 2018. p. 137-138.

69 “Livro sagrado dos muçulmanos que contém a doutrina de Maomé”. Fonte: Dicionário Online de Língua Portuguesa. <https://www.dicio.com.br/establishment/>. Acesso em: 13 set. 2020.

em todas as demais mulheres”. Todavia, ao fim da obra, como seria de se esperar, Sherazade retorna “à condição de mulher árabe, cuidando tão somente da família, dos filhos e da felicidade do esposo”<sup>70</sup>.

Conclui Hogemann<sup>71</sup> no sentido de que, nos dias atuais, as mulheres, incluindo-se as árabes, estão à busca de formas de encontrar “uma saída para a decapitação social”, fruto da “estupidez humana”, esclarecendo que o referido conto “deve ser lido como uma promessa”, haja vista tocar a gênese da memória árabe, em especial, Egito, Iêmen, Irã, Tunísia e outros países islâmicos. Estas nações possuiriam o “feminismo real das primeiras mulheres”, seguidos por muitas outras até o atual milênio, como exemplo Shirin Ebadi<sup>72</sup>, iraniana e muçulmana que no ano de 2009 foi laureada com o Prêmio Nobel da Paz por sua luta aos direitos humanos, em especial, os direitos das mulheres, no ano 2003, embora especule-se que o teve confiscado no mesmo ano por represálias.

Considerando que o establishment<sup>73</sup> das Eras passadas, cujos membros vivenciaram naturalmente de uma visão machista enraizada à própria religião, materializando-se uma violência feminina transgeracional, somado à debelação masculina, cujo apanágio maior era a força física, não teria como se imaginar que as produções épocas seriam diversas, ainda que em contos romanceados, podendo ser vislumbrado a rotinização da opressão feminina, assim como o desejo de mudança, não obnubilado nas lendas épicas.

Analisando as nuances e panos de fundo que os contos populares, em geral, na história mundial, estão envoltos, percebe-se a consonância com os conceitos sexista e misógino impregnado no berço, arraigados nos povos originários, deixando mossas patriarcais profundas. Neste diapasão, merece a lembrança de que no Pentateuco, como suso narrado, foi a base para os cristãos, os muçulmanos e os judeus, logo, os contos que se decorreram não poderiam ter outro contexto, senão os da submissão da mulher ao homem, costumeiramente vinculando a existência feminina a este, fundamentalmente, no medievo oriental.

## CONCLUSÃO

Na atualidade, já se provou cientificamente que o coeficiente de inteligência de homens e mulheres possuem os mesmos padrões de resultado. Já o livre arbítrio, não exatamente presente para as mulheres durante o período em que a bíblia reinou como santa lei maior, ou mesmo anteriormente, com os ensinamentos de Moisés ou Hamurábi, extremamente sexistas, este foi alcançado com a perda de muitas vidas, muito sangue derramado, muita humilhação, com danos irreparáveis na história humana, cujas cicatrizes não devem ser deslembra-

70 HOGEMANN, Edna Raquel. **Afinal, quem é você, Sherazade?** Um feminismo Real. Feminismos, artes e direitos das humanas. org: Aline Gostinski, Ezilda Melo, Gisela Maria Bestes, coord. Andrea Ferreira Bispo, Inês Virgínia Prado Soares, Soraia da Rosa Mendes. Florianópolis: Tirant to Blanch, 2018. p. 138.

71 HOGEMANN, Edna Raquel. **Afinal, quem é você, Sherazade?** Um feminismo Real. Feminismos, artes e direitos das humanas. org: Aline Gostinski, Ezilda Melo, Gisela Maria Bestes, coord. Andrea Ferreira Bispo, Inês Virgínia Prado Soares, Soraia da Rosa Mendes. Florianópolis: Tirant to Blanch, 2018. p. 138-139.

72 Shirin Ebadi é uma advogada e escritora do Irã. Ela é conhecida por sua luta em favor dos direitos humanos, especialmente os direitos das mulheres e das crianças iranianas. Por esse trabalho, ganhou o Prêmio Nobel da Paz em 2003. Ela foi a primeira mulher muçulmana e a primeira pessoa do Irã a receber esse prêmio. Fonte: Escola Britânica. <https://escola.britannica.com.br/artigo/Shirin-Ebadi/631863>. Acesso em: 13 set. 2020.

73 Palavra inglesa que significa “grupo sociopolítico que exerce sua autoridade, controle ou influência, defendendo seus privilégios; ordem estabelecida, sistema”. Fonte: Dicionário Online de Língua Portuguesa. <https://www.dicio.com.br/establishment/>. Acesso em: 13 set. 2020.

das pelas mulheres da atualidade, não somente para a conquista de espaços e direitos de igualdade, mas, em especial, para que não sejam em vão as lutas já travadas.

No passado, a mulher conviveu com sua discriminação, humilhação, coisificação, objetificação, monetarização e desprezo, seja no âmbito público, seja no âmbito doméstico, sejam pelas ideias de sacralização da família<sup>74</sup>, sejam em nome dos ‘bons costumes’.

Como constatado, a ancestralidade do preconceito à capacidade e figura femininas remontam tempos muito antigos, época em que as minorias não possuíam palavra. Rastros de direitos femininos foram percebidos com longo do tempo, em especial, no perpassar pelo século XX, apenas se materializando jurídica e efetivamente com a Constituição Federal de 1988, a qual inseriu expressamente o Princípio da Igualdade entre homens e mulheres<sup>75</sup>, inclusive no seio doméstico<sup>76</sup>. Posteriormente, com a Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006 e suas alterações corporificadas no decorrer dos anos seguintes, enfim está-se diante da real possibilidade de se incitar verdadeira igualdade entre os sexos.

Em que pese todas as passagens mencionadas alhures possuírem fidelidade, caracterizando situações hoje não toleradas na maior parte do planeta, cabe registrar que as mesmas devem ter sua exegese voltada para a época em que foram pensadas e confeccionadas, possivelmente refletindo, nelas, os motivos pelos quais, na atualidade, podemos concluir que o machismo está inserido no gene da sociedade, devendo ser, gradativa e prontamente expurgado, buscando-se salvar as futuras gerações do preconceito e coisificação da mulher.

## REFERÊNCIAS

- BARICHELLO, Tito Livio. **Medidas cautelares pessoais nos crimes contra a ordem econômica**. Curitiba: Juruá, 2010.
- BEZERRA, Thaisa Regina Freire. A representação feminina nos contos de fadas: uma análise a partir do conto Cinderela. **Revista Interdisciplinar em Cultura e Sociedade**, 2019. Disponível em: <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/ricultsociedade/article/view/10535>. Acesso em: 23 out. 2020.
- BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: aspectos criminais e políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero**. São Paulo: Tirant to Blanch, 2020.
- BÍBLIA, Português. **Bíblia Sagrada**. 38. ed. Petrópolis: Editora Vozes; Editora Santuário, 1982.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 set. 2021.
- DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.
- DIAS, Marly de Jesus Sá; PEREIRA, Charliane Martins; DINIZ, Neudilene Viana; BEZERRA, Thaisa Regina Freire. A representação feminina nos contos de fadas: uma análise a partir do conto Cinderela. **Revista Interdisciplinar em Cultura e Sociedade**, 2019. Disponível em: <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/ricultsociedade/article/view/10535>. Acesso em: 23 out. 2020.
- DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUES. **Empalamento**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/empalamento/>. Acesso em: 27 set. 2020.
- DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUES. **Establishment**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/establishment/>. Acesso em: 13 set. 2020.

74 DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 29.

75 Artigo 5º, I. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

76 Artigo 226, § 5. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Coordenação de Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos .4. ed. São Paulo: Editora Positivo, 2009.

FÜRH, Moacir. **O Código de Hamurábi** – as mulheres, os funcionários do palácio e as sacerdotisas. Disponível em: <https://apaixonadosporhistoria.com.br/artigo/57/o-codigo-de-hamurabi-as-mulheres-os-funcionarios-do-palacio-e-as-sacerdotisas>. Acesso em: 26 set. 2020.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org.). **Código de Hamurábi; O manual dos inquisidores; A Lei das XII Tábuas; A Lei do Talião**. São Paulo: Rideel, 2006.

HOGEMANN, Edna Raquel. **Afinal, quem é você, Sherazade?** Um feminismo Real. Feminismos, artes e direitos das humanas. org: Aline Gostinski, Ezilda Melo, Gisela Maria Bestes, coord. Andrea Ferreira Bispo, Inês Virgínia Prado Soares, Soraia da Rosa Mendes. Florianópolis: Tirant to Blanch, 2018.

KIVITZ, René (ed.). O machismo e a ‘Bíblia’: O uso de textos sagrados para reforçar comportamentos misóginos deve ser rechaçado a partir de uma leitura que considere o contexto histórico das Escrituras. **Revista Veja**, 29 mar. 2019, edição nº 2628. Mundo. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/o-machismo-e-a-biblia/>. Acesso em: 22 set. 2021.

MÄDER, Guilherme Ribeiro Colaço. **Masculino genérico e sexismo gramatical**. Dissertação – Programa de Pós-Graduação em Linguística da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/158447/336814.pdf;sequence=1>. Acesso em: 18 out. 2020.

MROKOWSKI, Fernando Rodrigo. **Do Código de Hamurabi ao patriarcado de Adão, juridicamente as mulheres seguem “valendo” menos**. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/09/10/do-codigo-de-hamurabi-ao-patriarcado-de-adao-juridicamente-mulheres-se-guem-valendo-menos/>. Publicação: 10 de setembro de 2018. Acesso em: 08 set. 2020.

VALLA, Cleide. **Principiologia do direito**. 2007. Disponível em: <https://principiologia.blogs.sapo.pt/1852.html>. Acesso em: 26 set. 2020.

# CAPÍTULO 8

## A CONQUISTA DE DIREITOS PELAS MULHERES, COM OU SEM A CONSTITUIÇÃO

Neide Teresinha Malard

O papel da mulher ao longo da história da civilização sempre foi desempenhado no âmbito de sistemas patriarcais, que jamais deixaram de colocá-la em posição submissa em relação ao homem. A religião, importante engrenagem de tal sistema, nunca deixou de impor à mulher tal submissão, cultuando o eterno feminino, mito que a representa como mãe e companheira, originada do homem, atribuindo-se-lhe o objetivo primordial de dar prazer e fazer companhia àquele que lhe deu vida, procriando e cuidando de sua descendência.

Em Simone de Beauvoir, na inesquecível obra *O Segundo Sexo*, bem se encontra denunciado esse papel secundário da mulher, como objeto de posse do homem e instrumento do qual se utiliza para dominar a natureza.<sup>1</sup>

Incutiu-se -se na mulher, ao longo da história da civilização, a ideia de poder natural da criação, que deveria ser exercido nos termos e na exata medida que lhe fossem determinados pelo homem, retirando-lhe todo e qualquer atributo que lhe servisse para criar sua própria identidade e construir o mundo em que escolhesse viver. Da mulher se exigiam amor, capacidade procriadora, sentimentos maternais e filiais, resignação, beleza e candura, construindo-se em relação a ela, com tais exigências, um ideário de afastamento e alienação em torno de eventos extra-familiares, além de lhe inculcar a ideia de que o mundo fora da família só pertencia aos homens. Mesmo nesse mundo familiar, seu papel foi sempre limitado e secundário, apenas uma peça pouco importante do implacável sistema patriarcal.

Apesar de toda sorte de discriminação a que era submetida, não apenas pela força do poder instituído, mas também pela força física autorizada, que compreendia maus tratos e humilhações, a mulher foi construindo aos poucos e arduamente seu espaço na sociedade, o qual até hoje é contestado por correntes que se dizem conservadoras de tradições, bons hábitos e costumes. É nesse cruel contexto que ainda emergem as mais diversas tentativas de se discriminar a mulher e lhe conferir papéis de pouca importância na sociedade contemporânea.

Muito se tem discutido sobre o conteúdo e as formas de discriminação da mulher, tornando-se necessário, em um trabalho jurídico, determinar o significado de discriminação. Assim, com propósitos didáticos, lança-se mão aqui da definição contida no artigo 1º da “[Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher](#)”, adotada pela Resolução 34/180 da [Assembleia Geral das Nações Unidas](#), em

<sup>1</sup> Cf. Simone de Beauvoir. *O Segundo Sexo*. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970. p. 96.



18.12.1979, a qual foi ratificada pelo Brasil cinco anos mais tarde, em 01.02.1984, mas que só entrou em vigor em 28 de setembro de 2002, ou seja, quase quatro anos depois de promulgada a Constituição de 1988.

Leia-se no referido artigo:

Discriminação contra a mulher” significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.<sup>2</sup>

Percebe-se a amplitude do conceito de discriminação, o que traduz, por certo, a vontade expressa na Convenção de promover uma abrangente e completa proteção da mulher, em face do já vetusto princípio da igualdade entre os sexos, tão tardiamente reconhecido em 1948 pela Declaração Universal dos Direitos do Homem,<sup>3</sup> que preconizou o direito universal da igualdade de direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos, do homem e da mulher, e o princípio da não-discriminação, segundo o qual todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sem distinção de sexo.

No entanto, sabe-se que direitos declarados nem sempre se equivalem a direitos conquistados. Enquanto os primeiros podem resultar de meras simpatias por certas bandeiras, sem que se exija dos simpatizantes um engajamento quanto aos compromissos proclamados, as conquistas decorrem de lutas travadas para que sejam efetivados tais direitos, e requerem um compromisso longo e persistente com a sua concretização, e mais: a confiança em que a vitória um dia será alcançada. A crença e a esperança no melhor porvir justificam a insistência na luta.

De fato, não obstante as inúmeras declarações legais de direitos protetivos da mulher, continua ela a ser discriminada, tendo a sua participação tolhida ou limitada nos ambientes social e político em que está inserida. Tal discriminação afeta substancialmente, de forma negativa, não só a dignidade da mulher, como também o seu desenvolvimento pessoal e o bem estar de toda a sua família, que, em geral, encontra-se sob seus cuidados. Pode-se, dimensionar, assim, as consequências sociais nefastas de uma tal discriminação.

Se inúmeras são as formas de discriminação que atingem negativamente a mulher, não é difícil estimar os efeitos sobre aquelas que se encontram em situação de pobreza, desprovidas de assistência alimentar, de acesso aos serviços de saúde e educação, de cuidados médicos durante a gestação, e de oportunidades de trabalho, entregues, com sua prole, à própria sorte, neste Brasil.

Por outro lado, a discriminação ainda se mostra mais nefasta naquele campo de onde se espraia a força da criação do eterno feminino, a maternidade, porquanto atinge profundamente as mulheres em fase de repro-

2 CONVENÇÃO sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher = Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination. 18 de dezembro de 1979. <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>

3 DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos da ONU. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 30 de outubro de 2020.

dução. Países que seguem os dogmas de um sistema capitalista retrógrado, fundado no conceito de lucro-benefício da empresa, e não da sociedade, adotam regimes previdenciários superados pela lógica dos direitos sociais, que impõem ao empregador, e não à sociedade, a assunção de obrigações que emergem do estado de gravidez e da maternidade, erguendo, com isso, obstáculos à contratação de jovens em fase reprodutiva. Uma das formas de se lutar contra essa odiosa forma de discriminação seria o compartilhamento das responsabilidades entre pai e mãe acerca do recém-nascido, abrindo-se às mulheres jovens maior empregabilidade e oportunidades de progressão em suas carreiras.

A luta contra a discriminação da mulher, convocada mundialmente pela “Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher”, de 1979, ratificada pelo Brasil em 1984, requereu alguns compromissos dos países signatários, e talvez o principal deles tenha sido o de consagrar em seus ordenamentos jurídicos o princípio da igualdade entre o homem e a mulher, bem como assegurar a não discriminação, proibindo atos discriminatórios e efetivando direitos, seja pelos poderes executivos, mediante políticas públicas, seja pelos poderes judiciários, reconhecendo e conferindo aqueles.

Expôs a Convenção outros importantíssimos compromissos assumidos pelos países signatários, dentre eles o Brasil, como a promoção do pleno progresso da mulher, a aceleração da igualdade de fato entre o homem e a mulher e a proteção da maternidade, em caráter não discriminatório. Talvez o mais desafiador dos compromissos assumidos tenha sido o de modificação dos padrões sócio culturais de condutas masculina e feminina, de sorte a eliminar preconceitos e práticas que transmitam a ideia de inferioridade ou superioridade de sexos ou de estereótipos funcionais.

Importante, igualmente, foi o compromisso de se promover a educação familiar que incute na sociedade a ideia da função social da maternidade, a partir do reconhecimento de que há uma responsabilidade comum de homens e mulheres em relação à educação e ao desenvolvimento de seus filhos. Para tanto, devem ser providos serviços sociais de cuidado das crianças e de apoio aos pais, para que possam compatibilizar suas obrigações familiares com aquelas do trabalho e da participação na vida pública.

No tocante aos direitos políticos, a discriminação contra a mulher tem como alvo o exercício da política e da atividade pública, como supressão do direito ao voto; vedação a se candidatar a cargos eletivos; ocupação de funções e cargos públicos; participação em organizações de interesse social, sejam domésticas ou internacionais. Discriminações são também desfechadas no que diz respeito à nacionalidade, impondo-se, muitas vezes, às mulheres a mudança de nacionalidade quando se casa com um estrangeiro ou a declarando apátrida.

Em relação aos direitos civis, por outro lado, deve-se atentar pela discriminação da mulher em relação aos seus filhos, o que ocorreu no Brasil até bem pouco tempo com o instituto jurídico do pátrio poder, que era exercido apenas pelo pai de família. Veja-se que, na citada Convenção, já se impunha aos países assinantes que assegurassem às mulheres os mesmos direitos dos homens em questões relativas ao casamento, como a livre

escolha de se manter solteira ou de se casar com cônjuge de sua livre escolha. Da mesma forma, as responsabilidades familiares durante o casamento e depois de sua dissolução deveriam ser as mesmas para homens e mulheres em relação aos seus filhos.

No campo dos direitos sociais, econômicos e culturais, inúmeras são as discriminações desfechadas contra as mulheres, às quais ainda se nega o acesso à educação e capacitação profissional, em igualdade de condições com os homens. De certa forma, foi bem sucedida, na tentativa de eliminar distinções discriminatórias no ensino, que muitas vezes atribuía às mulheres papéis de importância secundária na sociedade, a adoção do ensino misto, que propiciou às mulheres o acesso aos mesmos conteúdos transmitidos aos homens e à prática dos mais variados esportes nas escolas, antes limitada àqueles considerados femininos.

Discriminada no âmbito familiar, político e social, não seria surpreendente que se desfechasse contra a mulher as mais variadas restrições nas relações de produção, vedando-lhe acesso a oportunidades de emprego e escolha da própria profissão, ou lhe pagando salários menores do que aqueles pagos aos homens, prática desprezível até então adotada, além de vários outros benefícios que alcançavam apenas os homens.

Como se não bastassem as discriminações contra a mulher, passou-se a discriminar aquela que era casada e a que se engravidava, como se a vida surgisse espontaneamente da natureza, povoada de seres autogerados. Muito demorou até que sobreviessem a proteção específica da saúde e da segurança das condições de trabalho, a proibição contra demissão por motivo de gravidez e a concessão da licença-maternidade remunerada, com a garantia do emprego e de benefícios sociais e a proibição do trabalho prejudicial. Embora seja certo que a [Constituição de 1988](#) consagrou a igualdade de gênero, pela primeira vez na história constitucional brasileira, em seu artigo 5º, inciso I, não foi ela a grande propulsora das conquistas femininas no País. Muito antes, vinham as mulheres brasileiras alcançando paulatinas vitórias em suas incansáveis batalhas, não sendo demais afirmar que, se não fora a sua incansável dedicação e luta à [Constituinte de 1987](#), boa parte da proteção social e da valorização da família não teriam sido constitucionalizadas. Foi certamente, em virtude da luta feminina que a igualdade de gênero veio densificada no âmbito familiar, ao dispor o § 5º do art. 226 da CF que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente por homens e mulheres.

Antes, porém, da Constituição de 1988, a primeira e grande vitória feminina, a mais significativa em termos políticos e que impulsionou as demais, foi o direito ao voto, assegurado pelo Código Eleitoral de 1932, [Decreto nº 21.076](#), de 24 de fevereiro, assinado por Getúlio Vargas, antes mesmo de países como a França, Itália e Japão, entre outros.<sup>4</sup> O voto feminino, no entanto, era facultativo às mulheres casadas, desde que autorizadas pelos maridos, e somente solteiras e viúvas que tivessem renda própria, restrições estas a que pôs fim a Constituição de 1934. O direito ao voto, porém, não resultou, como poderia se esperar, em um bom desempenho das mulheres na eleição de 1933 para a Assembleia Constituinte; ao contrário, dentre os 214 depu-

<sup>4</sup> Antes do Decreto 21.076, o estado do Rio Grande Norte já regulamentara o seu sistema eleitoral, admitindo o sufrágio sem qualquer distinção de sexo.

tados eleitos, havia uma única mulher, a paulista Carlota Pereira de Queiroz, apesar de terem se apresentado como candidatas 191 mulheres.<sup>5</sup> Essa baixa representatividade talvez tenha sido um incentivo para se continuar a discriminar a mulher, pois ao ser normatizada a prática desportiva em 1941, pelo [Decreto 3.199](#), de 14 de abril, às mulheres foi proibido praticar esportes que as autoridades entendessem incompatíveis com as condições femininas, tais como lutas de qualquer natureza, futebol de salão, futebol de praia, polo, halterofilismo, polo aquático e beisebol. Chegou-se ao absurdo de se registrar a equipe feminina de judô que disputou o campeonato sul-americano na Argentina com nomes masculinos, para que pudessem obter subsídios para passagens aéreas, hospedagem e alimentação.<sup>6</sup>

O futebol, esporte que encanta os brasileiros e toca profundamente a alma do povo, só foi permitido oficialmente às mulheres em 1983, muito embora sua prática fosse tolerada, porém sob as mais variadas críticas machistas dos comentaristas desportivos.<sup>7</sup>

Já no âmbito do trabalho, as mulheres obtiveram algumas conquistas com a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, no dia 1º de maio, diploma este que garantiu direitos iguais a todos os trabalhadores e, à mulher, proteção especial em função de suas “condições físicas, psíquicas e morais”. O emprego da mulher casada, porém, não constituía, na verdade, um direito seu, mas uma faculdade que se concedia ao marido de autorizá-lo. Assim, a mulher casada só poderia trabalhar com autorização marital, que, negada, poderia ser requerida judicialmente, substituindo-se, assim, o marido pelo Estado juiz.

No plano internacional uma grande conquista feminina foi obtida com a aprovação pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, em 19 de junho de 1951, da “[Convenção de Igualdade de Remuneração de homens e mulheres por trabalho de igual valor](#)”, que entrou em vigor no plano internacional dois anos depois, mas só foi ratificada pelo Brasil em 1957, ano em que também foi aqui promulgada, para vigorar no ano seguinte.

Quase uma década depois, em 1962, uma pequena conquista foi obtida pelas mulheres brasileiras com a promulgação da [Lei nº 4.121](#), de 27 de agosto, que dispunha sobre a situação jurídica da mulher casada, ficando conhecida como Estatuto da Mulher Casada, que era até então tida como relativamente incapaz. Considerado um avanço para a época, percebe-se, todavia, de vários dispositivos do aludido estatuto, flagrante discriminação contra a mulher casada, pois era atribuída ao marido a chefia da sociedade conjugal, apontando a mulher como sua mera companheira, consorte e colaboradora. Continuava, no entanto, atribuição do marido representar a família, administrar os bens comuns do casal e fixar o domicílio familiar (art.233), cabendo-lhe, ainda, o

5 Tribunal Superior Eleitoral. [A Construção da Voz Feminina na Cidadania Realização](#). Disponível em <https://www.justicaeleitoral.jus.br/participa-mulher/arquivos/portfolio-exposicao-a-construcao-da-voz-feminina-na-cidadania-TSE.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2020.

6 MOURÃO, Ludmila; SOUZA, Gabriela C. de. [Narrativas sobre o sul americano de judô de 1979](#). [online].

7 A história da proibição do futebol feminino no Brasil é narrada com maestria na dissertação de mestrado de Giovana Capucim e Silva. SILVA, Giovana Capusim e. [Narrativas sobre o futebol feminino na imprensa paulista: entre a proibição e a regulamentação \(1965-1983\)](#). Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de História. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-10092015-161946/publico/2015\\_GiovanaCapucimESilva\\_VCorr.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-10092015-161946/publico/2015_GiovanaCapucimESilva_VCorr.pdf). Acesso em: : 12 de outubro de 2020.

exercício do pátrio poder com a colaboração da mulher. Contudo, se houvesse divergência entre os progenitores, a decisão final seria a do pai (art. 380 e parágrafo único).

As lutas femininas em defesa dos direitos da mulher no plano internacional obtiveram expressivo apoio da Organização das Nações Unidas, que proclamou o ano de 1975 como o Ano Internacional da Mulher, declarando, ademais, o período compreendido entre os anos de 1976 a 1985, como a Década da Mulher. A partir de então, as mulheres se dedicaram ao trabalho de intensa luta pelo reconhecimento de seus direitos mundo afora, resultando, sobretudo, desse esforço a aprovação, em 1979, da Convenção contra todas as formas de discriminação contra a mulher, que entrou em vigor somente em 03 de setembro de 1981, depois que foi obtido o número mínimo de 20 ratificações. No Brasil, a Convenção só foi promulgada em 1984, por meio do [Decreto nº 89.460, de 20 de março](#), ou seja, três anos após sua entrada em vigor.<sup>8</sup> A proteção pugnada Convenção tem como objetivo eliminar qualquer forma de discriminação contra as mulheres, a elas assegurando o exercício pleno de todos os direitos civis, políticos e econômicos, em condições de igualdade com os homens na totalidade das esferas da vida social.

A Convenção faz algumas exortações aos países membros, como, por exemplo, consagrar em suas Constituições ou legislação o princípio da igualdade entre homens e mulheres, bem como assegurar os meios apropriados à concretização desse princípio; adotar legislação proibitiva, com as necessárias sanções, para coibir toda discriminação contra a mulher, praticada por quem quer que seja; e adotar medidas para eliminar qualquer lei, ato ou ação de discriminação, propiciando, inclusive, mecanismos judiciais para uma efetiva proteção, além de assegurar-lhes seu pleno desenvolvimento e progresso, para que possa desfrutar dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de condições com os homens.

Sabe-se que a discriminação contra a mulher decorre, muitas vezes, de preconceitos enraizados em costumes e padrões culturais, que conotam a inferioridade da mulher, o que levou a Convenção a determinar que os Estados-partes adotem medidas para modificar tais padrões e práticas consuetudinárias, que, na verdade, funcionam como elementos propulsores da discriminação.

As medidas de proteção à mulher abrangem não só a sua saúde, incluindo planejamento familiar e assistência à maternidade, como também a sua segurança contra o tráfico e a exploração de prostituição. Em relação à maternidade, os Estados-partes são exortados a eliminar toda e qualquer forma de discriminação contra esse estado, sobretudo no âmbito laboral.

Nessa linha, a Convenção reconhece expressamente a função social da reprodução e esclarece, com todas as tintas, que medidas especiais adotadas para a proteção da maternidade não serão consideradas discriminatórias. Deverão, então, os Estados-partes garantir às mulheres adequada assistência na gravidez, antes e depois do parto, bem como nutrição apropriada durante os períodos gestacional e de lactância, além de proibir

<sup>8</sup> Coincidentemente, no ano de aprovação pela ONU da aludida Convenção, chegava ao Senado, pela primeira vez, uma mulher, Eunice Michilles, então representante do PSD do Amazonas, que assumiu a vaga em decorrência do falecimento do titular.

demissão em razão de gravidez ou de licença-maternidade, a qual deverá ser concedida com salário pago ou recebimento de benefícios sociais a este equivalentes, sem prejuízo da manutenção do emprego, da contagem de tempo de serviço e de outros benefícios sociais.

Uma das grandes anseios femininos é a eliminação da discriminação contra a mulher nas esferas política, pública e educacional, algo que recebeu especial tratamento da Convenção, ao determinar que fossem eliminados papéis masculinos e femininos estereotipados, mediante o estímulo à educação mista e o livre acesso a todos os instrumentos educacionais disponíveis e informações necessárias ao desenvolvimento e saúde das mulheres, além de lhes assegurar oportunidades e recursos para a sua educação, sem qualquer discriminação, buscando-se, inclusive reduzir a taxa de abandono prematuro dos estudos.

No âmbito do trabalho e da previdência social, determina a Convenção que seja assegurado às mulheres o direito de escolher suas profissões, abrindo-se-lhes as mesmas oportunidades de emprego disponíveis para os homens e a elas se aplicando os mesmos critérios de seleção, remuneração, promoção, estabilidade, avaliação, aprendizado e formação profissional, bem como direitos a seguridade social, segurança das condições do trabalho e proteção à saúde, a fim de salvaguardar sua função reprodutiva, atentando-se sempre para os avanços científicos e tecnológicos.

A Convenção estabelece uma importante obrigação para os Estado-partes no tocante à responsabilidade familiar, ao prever o apoio de serviços sociais para permitir aos pais assumir suas obrigações com a família, de forma compatível com aquelas laborais e com a sua participação na vida pública, sem prejuízo de seus filhos, que deveriam ser atendidos por serviços públicos especiais de cuidado infantil.

Especial atenção da Convenção recebe a trabalhadora rural, cujo papel relevante na subsistência econômica de sua família é reconhecido, razão pela qual os Estados-partes devem aplicar as regras convencionais nas zonas rurais, a fim de lhes assegurar a participação no desenvolvimento rural e o auferimento dos benefícios dele decorrentes.

O aspecto institucional da Convenção se reveste da maior importância, na medida em que foi criado o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, cuja função é acompanhar a efetivação aplicação das regras convencionais nos diversos Estados-partes.

A entrada em vigor da Convenção propulsionou várias conquistas femininas, pois além de determinar que os Estados-partes reconhecessem inúmeros direitos e tratassem as mulheres de forma igualitária em relação aos homens, pugnava pela participação não discriminatória da mulher na gestão e organizações públicas e não-governamentais, nacionais e internacionais, pela atuação na política e pela fruição dos direitos relativos à nacionalidade, que poderiam transmitir a seus filhos.

Pode-se afirmar que a consequência imediata mais importante da Convenção no Brasil foi a criação, em 1985, do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), pela [Lei nº 7.353](#), de 29 de agosto, a partir do

que se começou a dar relevância às demandas femininas, sobretudo aquelas alinhadas ao texto convencional. Talvez não se tenha dado conta até hoje do importante papel desempenhado por esse Conselho e de sua efetiva responsabilidade política e social na constitucionalização dos direitos sociais na Carta de 1988.

A primeira presidente do Conselho foi a atriz e produtora teatral Ruth Escobar, que já detinha vasta experiência na defesa das reivindicações femininas, eis que fora indicada anteriormente para representar o Brasil no Comitê pela Emancipação e pela Eliminação da Discriminação Contra a Mulher da ONU tendo cumprido seu mandato de 1986 a 1990.

Logo depois de sua criação, em novembro de 1985, o CNDM lançou uma campanha denominada “Mulher e Constituinte”, com o objetivo de ouvir as mulheres brasileiras acerca de suas demandas. O documento apresentado na campanha chegou até a mencionar texto de Abigail Adams, expressiva figura do feminismo norte-americano, escrito em 1776, que ameaça o fomento de rebelião se obrigadas fossem as mulheres a cumprir leis de cuja elaboração não tivessem participado.

Com esse objetivo transformador da realidade feminina no Brasil, as mulheres se reuniram em inesquecível Encontro Nacional, em 26 agosto de 1986, e, sob o lema “Constituinte para valer tem de ter palavra de mulher. Constituinte para valer tem de ter direitos da mulher”, apresentaram a sua pauta de reivindicações, cuja parte preambular continha os princípios gerais pelos quais se orientavam seus postulados: igualdade, não discriminação, submissão aos tratados e convenções internacionais relativas à eliminação de todas as formas de discriminação; e o reconhecimento da titularidade de ação aos movimentos sociais organizados, sindicatos, associações e entidades da sociedade civil, na defesa dos interesses coletivos.

A pauta feminina derivava daquela constante da Convenção contra todas as formas de Discriminação contra a Mulher, com reivindicações específicas atinentes à família, saúde, trabalho, educação, cultura, violência e várias questões nacionais e internacionais. Na esfera da família as reivindicações femininas conduziram a importantíssimas transformações constitucionais no ambiente familiar, tendo a Carta de 1988 reconhecido a absoluta igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges, no âmbito da sociedade conjugal, na administração do bens do casal, no tocante às responsabilidades familiares, a igualdade entre os filhos, a proteção da família, natural ou civil, a coibição da violência familiar e do abandono dos filhos menores, e o acesso da mulher rural à titularidade de terras em planos de reforma agrária, qualquer que fosse o estado civil.

No tocante ao trabalho, reivindicava-se salário igual para trabalho igual; igualdade de acesso ao mercado de trabalho e na ascensão profissional; extensão dos direitos trabalhistas e previdenciários plenos às empregadas domésticas e às trabalhadoras rurais; igualdade de tratamento previdenciário entre homens e mulheres; adoção, como princípio orientador da legislação trabalhista, a proteção à maternidade e ao aleitamento, para tanto garantidos o emprego da mulher gestante, o direito à creche no local de trabalho para crianças de 0 a 6, dentre outros direitos.

Na esfera da saúde, dentre as muitas reivindicações devem ser destacadas a imposição ao Estado do dever de cuidar da saúde de todos, a criação de um Sistema Único de Saúde gerido e fiscalizado pela população, através de Conselhos Comunitários, o direito da mulher de conhecer e decidir sobre seu próprio corpo e decidir livremente pela maternidade.

Já no campo socioeducativo, reivindicavam as mulheres a educação universal, pública e gratuita em todos os níveis, o combate ao analfabetismo, a assistência aos alunos portadores de deficiências físicas e mentais, bem como a garantia pelo Estado da imagem social da mulher, como trabalhadora, mãe e cidadã responsável pelos destinos da nação, em igualdade de condições com o homem, independentemente da origem étnico-racial

Uma das mais importantes reivindicações constantes da pauta feminina era a coibição da violência contra as mulheres, perpetrada pelas mais diversas formas de agressão física, psicológica e sexual, fora e dentro do lar, garantindo-se assistência médica, jurídica, social e psicológica a todas as vítimas. Ainda nessa linha de combate à violência, postulavam que crimes sexuais não fossem considerados mais como crimes contra os costumes, mas sim contra a pessoa, independentemente de sexo, orientação sexual, raça, idade, credo religioso, ocupação, condição física ou mental ou convicção política, bem como fosse considerado estupro qualquer ato ou relação sexual forçada, independente do relacionamento do agressor com a vítima, de ser esta última virgem ou não e do local de ocorrência.

No entanto, a proteção à integridade física e moral da mulher não seria eficiente se não lhe fossem garantidas autonomia e segurança para externar a opressão a que era submetida, razão pela qual postulavam que suas queixas independeriam de autorização do marido, e que pudessem ser ouvidas em delegacias especializadas no atendimento do público feminino, postos estes que deveriam ser criados em todos os municípios do país.<sup>9</sup> Aquelas que fossem ameaçadas de morte deveriam ser alojadas em albergues e fariam jus a um auxílio de subsistência para si e seus filhos.

Não se trata, como se percebe, de um documento voltado apenas aos direitos da mulher; não era apenas uma luta por reconhecimento do feminino. Ao contrário, preocupava-se o movimento constitucional das mulheres com os direitos fundamentais em geral, a independência dos poderes, a democratização das instituições, a repressão política, os problemas financeiros do país, o bem estar da família e da coletividade, os direitos dos trabalhadores e dos povos indígenas, o meio ambiente, o desenvolvimento tecnológico, a soberania nacional e a paz mundial. Essa extensa pauta do movimento feminino tinha como objetivo uma profunda transformação da sociedade brasileira, com a qual certamente se abriria um maior espaço para que as mulheres continuassem sua incansável luta por conquistas de direitos e fim da discriminação que a ao longo de séculos a submetera a maus tratos e humilhações. Pugnavam, assim, pela construção de uma sociedade livre e mais justa, na qual de-

<sup>9</sup> A reivindicação se baseava na experiência do estado de São Paulo, cujo governo criou, em 06 de agosto de 1985, a primeira Delegacia de Atendimento Especializado à Mulher – DEAM.



veria a mulher exercer um papel de centralidade, não mais periférico, podendo tomar suas próprias decisões e traçar as diretrizes de suas próprias vidas.<sup>10</sup>

Aspirações de autonomia e liberdade levaram as mulheres a se organizarem para assegurar suas conquistas na nova Constituição, sobretudo porque cientes da fragilidade política da ordem infraconstitucional do País, dominado por oligarquias políticas e religiosas, cultuadoras do atraso nas relações econômicas e sociais, que sempre se refletiram na representação política. Foi, assim, nesse contexto de luta política que o movimento feminino redigiu a Carta das Mulheres, entregue ao Presidente da Assembleia Constituinte em cerimônia realizada no dia 26 de março de 1987, na presença das 26 deputadas,<sup>11</sup> tendo cada um dos representantes Constituintes recebido posteriormente a sua cópia.

O movimento das mulheres daquela época, que ficou conhecido como *Lobby do Batom*,<sup>12</sup> liderado pela notável feminista Jacqueline Pitanguy, que substituíra Ruth Escobar na presidência do CNDM, resultou, efetivamente, na consolidação das várias conquistas femininas ao longo dos anos na Constituição de 1988, que incorporou disposições de inegável importância para a proteção de direitos políticos e direitos sociais, do meio ambiente e do fortalecimento institucional. A incorporação na Carta de 1988 desse conjunto de proteções sociais foi, no entanto, objeto de crítica daqueles que defendem uma constituição reducionista, para se deixar à legislação infraconstitucional o acompanhamento dos avanços que normalmente ocorrem na marcha social.

No entanto, o que não se poderia esperar dos movimentos feministas eram exatamente atitudes ingênuas e descompromissadas com seus objetivos. Assim, plenamente conscientes de seu passado de lutas e de frustrações anteriores, além de conhecedoras dos rápidos atalhos que conduzem ao retrocesso e da lentidão do processo legislativo de reconhecimento dos direitos pelos quais lutavam, perceberam que chegaram a vez e a hora das mulheres na Constituinte: ou lutavam para incorporar no texto da Constituição as conquistas já obtidas e as reformas que queriam ver implantadas na sociedade brasileira, ou teriam de correr os riscos de retrocesso social, inclusive em relação aos direitos já consolidados.

Há de se reconhecer, porém, que ainda que a *Constituição de 1988* não tivesse incorporado as propostas das mulheres, certamente isso não seria um revés na dinâmica do movimento feminino, que, na verdade, continuou lutando para a concretização em leis ordinárias dos direitos constitucionalmente reconhecidos, como sói acontecer com os movimentos sociais ao longo da história. Na verdade, o que fez a Constituição de 1988 foi assegurar a igualdade entre homens e mulheres, nos âmbitos familiar e laboral, além de declarar como direito social a proteção à maternidade. Especificava-se, assim, que aquele princípio genérico da igualdade perante a lei, consagrado no ordenamento pátrio desde a Constituição de 1937, significava a igualdade plena em direitos e obrigações entre homens e mulheres, o que repercutiu de forma impactante nos âmbitos familiar e laboral.

10 Para uma melhor compreensão do reconhecimento feminino associado à justiça social, leia FRASER, Nancy. Reconhecimento sem Ética? *Lua Nova*, n. 70, 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452007000100006>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>. Acesso em: 05 de maio 2020.

11 <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/mulher-Constituente/carta-das-mulheres-1>

12 PITANGY, Jacqueline. *As mulheres e a Constituição de 1988*. Disponível em: <http://cepia.org.br/wp-content/uploads/2017/11/nov089.pdf>. Acesso em: 12 de out. 2020.

Não obstante, o Brasil ainda caminha a passos lentos na concretização da igualdade de gênero consagrada na Constituição de 1988, sendo o ingresso das mulheres na política pouco encorajado na preconceituosa sociedade brasileira. Todavia, o Brasil assinara a Plataforma de Ação Mundial de IV Conferência Mundial da Mulher, em Pequim, o que levou o Congresso Nacional, em 1995, a incluir o sistema de cotas na legislação eleitoral, obrigando os partidos políticos a inscreverem, no mínimo, 20% de mulheres em suas chapas proporcionais, nos termos da [Lei nº 9.100](#), de 29 de setembro (§ 3º, art. 11).

No ano seguinte, em 1996, dia 01 de agosto, mediante o [Decreto nº 1.973](#), foi promulgada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que fora concluída em 09 de junho de 1994, em Belém do Pará, e aprovada pelo Congresso em 31 de agosto de 1995, sem qualquer pressa, portanto.<sup>13</sup> E pressa também não houve para efetivar a proteção da mulher, vítima cruel de atos de violência, em todas as camadas sociais, tendo sido necessária uma intervenção internacional para que apenas, em 2006, 10 anos após a entrada em vigor da Convenção Interamericana, fosse promulgada a [Lei nº 11.340](#), de 07 de agosto, a famigerada Lei Maria da Penha, que criou alguns mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

A história da referida lei demonstra o descaso em relação à violência contra a mulher no Brasil, independentemente da classe social, pois até mesmo uma farmacêutica e professora universitária Maria da Penha Maia Fernandes, que sofreu de duas tentativas de homicídio por seu marido, sendo que na primeira delas sofreu lesões que a fizeram dependente de uma cadeira de rodas para se locomover, tornou-se vítima da impunidade do machismo prevalente na sociedade brasileira.

A justa irrisignação de Maria da Penha contra a inércia do Estado repressor a fez revelar em sua biografia todas as agressões perpetradas pelo marido, algo que impressionou militantes e entidades de direitos humanos, que a aconselharam a denunciar o Brasil perante o Conselho Interamericano de Direito Humanos, o que ela fez, juntamente com algumas entidades, em agosto de 1998. Em 04 de abril de 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos emitiu o Relatório nº 54, no qual aponta as falhas do sistema repressivo contra a violência doméstica no Brasil e faz recomendações no sentido de coibir situações como aquela trazida a seu conhecimento.<sup>14</sup> O posicionamento da Comissão foi determinante para que providências judiciais fossem tomadas para punir o marido de Maria da Penha, cujo crime já estava à beira da prescrição, como também para a iniciativa de se proporem medidas legislativas para coibir a violência doméstica.

Todavia, tal iniciativa decorreu de forte pressão de entidades feministas, que resultou, em dezembro de 2004, no encaminhamento pelo Poder Executivo ao Congresso de projeto de lei elaborado por um grupo de

13 CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. Belém do Pará, 09 de julho de 1994. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm> Acesso em : 05 de nov. 2020.

14 Cf. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 20 de out. 2020.

trabalho especialmente constituído para tal fim. Dois anos e pouco se passaram até que o Congresso votasse a Lei Maria da Penha, em 2006, longos cinco anos depois de repreendido o Brasil pela CIDH.

Trata-se, sem dúvida, de mais uma conquista feminina que tem mais a ver com a luta política das mulheres, com o apoio de entidades feministas, do que com a Constituição de 1988, em clara demonstração de que não há direitos sem força política. Com efeito, a memória histórica não permite que se esqueça de que [Constituição de 1934](#), em seu art. 113, 1, proclamara pela primeira vez que: “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas”. No entanto, as duas constituições que se seguiram, a de 1937 e a de 1946, limitaram-se a declarar que “Todos são iguais perante a lei”, o que foi entendido por muitos como não sendo uma garantia de absoluta igualdade entre os sexos. O resgate da expressão “sem distinção de sexo” ocorreu na Carta de 1967, cujos termos foram reiterados na Carta de 1969, a chamada [Emenda Constitucional nº 1](#).

Muitas outras conquistas foram sendo acopladas ao patrimônio feminino de direitos, resultado de batalhas incansáveis lutadas por grandes guerreiras, muitas desconhecidas e esquecidas em seu anonimato. Frutos dessas vitórias são o Estatuto da Criança e do Adolescente, que concretizou o princípio constitucional da igualdade no meio familiar, ao estabelecer que o pátrio poder será exercido “em igualdade de condições pelo pai e pela mãe” e que são de ambos as obrigações de sustento, guarda e educação dos filhos; o poder familiar instituído pelo Código Civil de 2003, [Lei nº 10.406](#), de 11 de janeiro, que pôs termo final ao vetusto instituto do pátrio poder, que concedia ao homem, chefe de família, o direito de decidir sobre os desígnios familiares; a notificação compulsória dos casos de violência contra a mulher atendidos em serviço de saúde pública ou privada, prevista na [Lei nº 10.778](#), de 2003; o [Decreto nº 5.017](#), de 12 de março de 2004, que promulgou o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, que tonou efetiva a repressão contra o tráfico de mulheres; as novas disposições sobre crimes sexuais constantes da [Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009](#), que alterou substancialmente o Código Penal, ao dispor sobre os crimes contra a dignidade sexual, contra a liberdade sexual, contra vulnerável, e o lenocínio e tráfico de pessoa para fim de prostituição ou qualquer outra forma de exploração sexual; o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual, previsto na [Lei nº 12.845](#), de 01 de agosto de 2013; o feminicídio, que passou a ser circunstância qualificadora do crime de homicídio e incluído entre os crimes hediondos; e a [Lei nº 13.363](#), de 25 de novembro de 2016, que leva o nome de uma mulher batalhadora em prol dos direitos femininos, “Lei Júlia Matos, que estabelece uma série de garantias para a advogada gestante, lactante, adotante ou que der à luz.

É certo que houve um avanço na [Constituição de 1988](#) (art. 5º), ao destacar que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. É certo, ainda, que a Constituição de 1988 densificou ao longo de seu texto o princípio da igualdade entre homens e mulheres, em relação ao direito de

propriedade (arts. 183 e 189); em relação à pensão por morte (art.201,V); e no tocante aos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (art. 226, § 5º). No entanto, o que se deve aferir, por um lado, é a diferença no grau de concretização de um princípio genérico e de um específico e, de outro lado, a rapidez ou lentidão do processo de concretização da norma constitucional. Pelo que se pode perceber do processo histórico das conquistas femininas, em termos materiais e temporais, o que realmente importou não foi a especificidade de princípio algum, mas a mobilização das mulheres voltada à afirmação de seus direitos, constitucionalizados ou não.

## REFERÊNCIAS

- BEAUVOIR, SIMONE. **O segundo sexo**. Difusão Europeia do Livro. 4. ed. São Paulo, 1970. p. 96.
- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara os Deputados. **Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes**. Disponível em: [https://www2.camaraleg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/a-Constituinte-e-as-mulheres](https://www2.camaraleg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-Constituinte-e-as-mulheres). Acesso em: 06 nov. 2021.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **A Construção da Voz Feminina na Cidadania Realização**. Disponível em <https://www.justicaeleitoral.jus.br/participa-mulher/arquivos/portfolio-exposicao-a-construcao-da-voz-feminina-na-cidadania-TSE.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2021.
- CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. Belém do Pará, 09 de julho de 1994. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm> . Acesso em: 05 nov. 2020.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DA ONU. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 30 out. 2020.
- FRASER, Nancy. Reconhecimento sem Ética? **Lua Nova**, n. 70, 2007.DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452007000100006>. Disponível em : <http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>. Acesso em 06 nov. 2021.
- MOURÃO, Ludmila; SOUZA, Gabriela C. de. Narrativas sobre o sul americano de judô de 1979. [online].
- PITANGY, Jacqueline. **As mulheres e a Constituição de 1988**. Disponível em <http://cepia.org.br/wp-content/uploads/2017/11/nov089.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.
- SILVA, Giovana Capusim e. **Narrativas sobre o futebol feminino na imprensa paulista: entre a proibição e a regulamentação (1965-1983)**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de História. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-10092015-161946/publico/2015\\_GiovanaCapucimESilva\\_VCorr.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-10092015-161946/publico/2015_GiovanaCapucimESilva_VCorr.pdf). Acesso em : 12 out. 2020.

# CAPÍTULO 9

## AS ONDAS DO MOVIMENTO FEMINISTA E OS DIREITOS DAS MULHERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Silvia Maria da Silveira Loureiro

Jaíse Marien Fraxe Tavares

### INTRODUÇÃO

As normas que tratam das temáticas do direito de igualdade entre homens e mulheres positivadas na Constituição Federal Brasileira de 1988 demonstram o resultado de anos de lutas das mulheres, resultando em um grande avanço no que se refere à igualdade de gênero e à condição da mulher no ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

No entanto, ainda há uma dificuldade de incorporação destas disposições constitucionais na realidade de muitas mulheres, visto que a sociedade reproduz as práticas patriarcais e, por isso, dentre outros fatores, não cumpre com plenitude as condutas previstas nas normas constitucionais no cotidiano, com destaque para a pauta de reivindicações das mulheres e suas interseccionalidades referentes às negras, indígenas, homoafetivas, integrantes de comunidades tradicionais e portadoras de deficiência, que clamam por visibilidade e efetivação de seus direitos fundamentais.

Destacamos, à primeira vista, a incongruência da metáfora geracional (primeira, segunda e terceira gerações de direitos humanos), no plano internacional, com a adoção, como parâmetro, do cenário europeu ocidental o que, por consequência, desconsidera horizontes constitucionais em que nem mesmo os direitos de primeira geração foram garantidos.

Para determinados grupos sociais minoritários, tais como as mulheres, principalmente quando analisados no contexto da América Latina, nem mesmo alguns direitos de primeira geração foram garantidos, enquanto se convivem com os direitos das gerações seguintes, igualmente inefetivos. Com isso, ressaltamos a possibilidade de que a sequência geracional de direitos humanos pode diferir em contextos geográficos distintos e, principalmente, para grupos minoritários em um mesmo contexto geográfico, como é o caso dos direitos das mulheres.

Não obstante às críticas que podem ser tecidas à metáfora geracional dos direitos humanos (com as quais estamos de acordo), propomos, neste estudo, sua associação com as ondas do movimento feminista, sob a denominação de dimensões de direitos humanos. Esta associação terá um caráter instrumental, para demonstrarmos que os direitos fundamentais conquistados ao longo da história não ocorreram de forma igualitária para

homens e mulheres. Ademais, paralelamente a associação entre as ondas do movimento feminista e as dimensões de direitos humanos, que possui um inegável viés didático, enfatizamos as características da historicidade, não taxatividade, cumulatividade, complementaridade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos em geral e, particularmente, das mulheres.

Desta forma, o questionamento trazido nesta pesquisa é: “Como se deu o reconhecimento paulatino dos direitos das mulheres comparando-o com a metáfora geracional e qual é o reflexo desta luta na [Constituição Federal de 1988](#)”?

A temática abordada neste trabalho se justifica pois, no século XXI, após anos de reivindicações dos direitos das mulheres, estas, muitas vezes, ainda se encontram em situações de desigualdade em relação aos homens.

A metodologia utilizada nesta pesquisa quanto aos meios foi desenvolvida através do método dedutivo, descritivo e qualitativo, por meio da análise bibliográfica e documental. Sobre o método dedutivo, este parte de argumentos gerais para argumentos particulares. Neste sentido, primeiramente, são apresentados os argumentos que se consideram verdadeiros e para, em seguida, chegar a conclusões formais, já que as conclusões ficam restritas à lógica das premissas estabelecidas, com uma menor margem de erro<sup>1</sup>.

## **A PRIMEIRA ONDA DO MOVIMENTO FEMINISTA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO**

Os direitos de primeira dimensão são relacionados às liberdades, aos direitos civis e políticos, que representam uma prestação negativa do Estado em relação à esfera privada do indivíduo, ou seja, temos entre os direitos de primeira dimensão o direito à voto, propriedade privada, devido processo legal e tendo como marco histórico o início do século XVII<sup>2</sup>.

A primeira onda do movimento feminista tem como marco o final do século XIX, relacionada também com liberdades individuais das mulheres, mas lutando por direitos que já eram há muito tempo garantidos aos homens.

A sua principal pauta foi o direito ao voto e, subsidiariamente, o direito da mulher de estudar, de trabalhar sem a autorização do marido, de ter a posse e propriedade de bens e o direito ao divórcio<sup>3</sup>.

A primeira onda do feminismo surgiu através de um conjunto de movimentações protagonizado por mulheres buscando igualdade política e jurídica entre os sexos. Este período foi marcado pelas reivindicações

1 MEZZARROBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 91.

2 LOUREIRO, Silvia Maria da Silveira. **A Reconstrução da Subjetividade Coletiva dos Povos Indígenas no Direito Internacional dos Direitos Humanos: o resgate do Pensamento da Escola Ibérica da Paz (Séculos XVI e XVII) em Prol de um novo Jus Gentium para o século XXI**. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015. p. 67.

3 SILVA, Christine Oliveira Peter da; GUINDANI, Talita Ferreira. Os direitos fundamentais das mulheres na Constituição de 1988. In NOWAK, Bruna (org.); SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; Fachin Melina Girardi (coord.). **Constitucionalismo feminista**. Salvador: Editora Juspodium, 2018. p. 31.

por direitos iguais referentes à cidadania, tais como o direito à educação, propriedades, posse de bens, divórcio e, principalmente, o voto, de forma que se relacionam com os direitos fundamentais de primeira dimensão<sup>4</sup>.

Destaca-se, portanto, como início da primeira onda do feminismo no mundo as últimas décadas do século XIX, a partir do momento em que as mulheres, à época chamadas de sufragistas, a partir do contexto histórico da Inglaterra, se organizaram para reivindicação do seu direito ao voto, o qual foi alcançado apenas em 1918.

Os movimentos sufragistas surgiram a partir da Revolução Industrial, visto que as mudanças nas relações sociais e a introdução das mulheres nos trabalhos das fábricas despertou a vontade, em algumas mulheres, de opinar nas decisões políticas e nas escolhas dos governantes<sup>5</sup>.

O que motivou a união de mulheres burguesas, trabalhadoras dos centros industriais, intelectuais na primeira onda do movimento feminista foi que “muitas estavam sendo submetidas a rigorosas jornadas extensivas de trabalho, submetidas a condições insalubres e, pior, recebendo salários piores que os homens”<sup>6</sup>.

Um fator que provocou forte influência para o fortalecimento deste grupo de mulheres em suas reivindicações foi justamente a classe trabalhadora, concentrada em grandes centros fabris, que se tornou ao longo do tempo numerosa e homogênea, não tardando em manifestar-se contra as péssimas condições de vida em que estava submetida.

Além de péssimas condições de trabalho, as mulheres ainda tinham o compromisso social, cultural e moral de serem submissas aos seus maridos, e, conforme ensina Marcelino<sup>7</sup>, esta “seria uma das formas mais antigas de exploração: a dependência econômica e a ilegalidade social do sexo feminino, em que o homem era proprietário e a mulher era propriedade”.

Assim, para obter o direito à cidadania que daria início à luta pela igualdade de gênero, as mulheres almejavam o direito de votar, sendo este o marco inicial da primeira onda do movimento feminista.

A participação feminina na política é indispensável para a efetiva transformação das estruturas sociais, ou seja, para que houvesse uma mudança efetiva nas estruturas sociais patriarcais, seria fundamental que houvesse participação das mulheres na política, tanto através do voto feminino, como se buscou em um primeiro momento, como na possibilidade de se votar em mulheres, de forma que tivessem de fato uma representação feminina na elaboração das leis e na tomada de decisões relevantes para o país<sup>8</sup>.

4 MARCELINO, Giovanna. **As sufragistas e a primeira onda do feminismo**. 2016. Disponível em: <https://movimentorevista.com.br/2018/02/3801/>. Acesso em: 14 de out. 2020. p. 01.

5 SILVA, Christine Oliveira Peter da; GUINDANI, Talita Ferreira. Os direitos fundamentais das mulheres na Constituição de 1988. In NOWAK, Bruna (org.); SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; Fachin Melina Girardi (coord.). **Constitucionalismo feminista**. Salvador: Editora Juspodium, 2018. p. 315.

6 SILVA, Christine Oliveira Peter da; GUINDANI, Talita Ferreira. Os direitos fundamentais das mulheres na Constituição de 1988. In NOWAK, Bruna (org.); SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; Fachin Melina Girardi (coord.). **Constitucionalismo feminista**. Salvador: Editora Juspodium, 2018. p. 316.

7 MARCELINO, Giovanna. **As sufragistas e a primeira onda do feminismo**. 2016. Disponível em: <https://movimentorevista.com.br/2018/02/3801/>. p. 04. Acesso em: 14 de out. 2020.

8 DUPRAT, Deborah. Igualdade de gênero, cidadania e direitos humanos. In FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 171.

No contexto histórico brasileiro, a primeira onda do movimento feminista também teve destaque na luta pelo direito ao voto, tendo sido conquistado apenas em 1932, no ato da promulgação do [Novo Código Eleitoral Brasileiro](#), 400 anos após o primeiro registro de voto masculino no Brasil (ano de 1532).

No contexto da primeira onda do feminismo no Brasil, também teve destaque o movimento das operárias de ideologia anarquista que se reuniram em um movimento chamado “União das Costureiras, Chapeleiras e Classes Anexas” e, no ano de 1917.

Em 1919, foi publicado o livro “O segundo sexo”, de Simone de Beauvoir, que representou um grande marco no movimento feminista no mundo e que também teve sua repercussão no Brasil. Na sua obra, Simone de Beauvoir estabeleceu uma das frases mais significativas do feminismo: “não se nasce mulher, se torna mulher”, como uma crítica a uma série de padrões e estereótipos que são atribuídos à pessoa que nasce no sexo feminino, limitando inclusive a sua liberdade nas mais diversas formas, quais sejam: de ir e vir, de trabalhar, de escolher como deve se vestir e se portar, de estudar, de lazer, entre outras formas de opressão.

No ano de 1946, houve outro grande marco histórico do movimento feminista: a constituição da *Commission on the Status of Women* (Comissão sobre a condição da mulher – tradução livre), por meio da Resolução 11 de 21 de junho de 1946.

Conforme Silva e Guindani, a primeira onda do feminismo é associada aos direitos fundamentais de primeira dimensão pois “a luta das mulheres sempre acompanhou a história da luta da própria humanidade pela conquista de seus direitos”<sup>9</sup>.

Apesar da primeira onda do movimento feminista ter conquistado o direito ao voto, ainda havia muito o que reivindicar. Com isso, passa-se à análise da segunda onda do movimento feminista em comparação com a segunda dimensão de direitos fundamentais.

## **A SEGUNDA ONDA DO MOVIMENTO FEMINISTA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO**

Através da primeira onda do movimento feminista, foi possível a conquista do direito ao voto feminino, entretanto, as mulheres ainda continuavam recebendo salário inferior aos homens que desempenhavam idêntica função, ainda permanecia a submissão feminina em detrimento do homem e a dupla jornada de trabalho, pois todas as tarefas domésticas “eram” culturalmente desempenhadas pela mulher, ou seja, ainda havia (e ainda há) muitos direitos a serem consolidados para que fosse garantida a igualdade de gênero.

<sup>9</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da; GUINDANI, Talita Ferreira. Os direitos fundamentais das mulheres na Constituição de 1988. In NOWAK, Bruna (org.); SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (coords.). *Constitucionalismo feminista*. Salvador: Editora Juspodium, 2018. p. 317.



Com relação à segunda dimensão de direitos, estes se relacionam aos direitos sociais, por exemplo os trabalhistas e previdenciários, decorrentes das chamadas prestações estatais positivas, ou seja, uma ação por parte do Estado<sup>10</sup>.

Neste sentido, enquanto os direitos de primeira dimensão eram relacionados à liberdades, os de segunda dimensão são relacionados à igualdade, o principal objetivo da segunda onda do movimento feminista, onde as mulheres buscavam muitos direitos que ainda não tinham sido alcançados, relacionados à igualdade de gênero, tais como o direito ao trabalho sem precisar de autorização do marido, à vida pública, à autonomia. Na França, por exemplo, apenas em 1965 é que as mulheres tiveram o direito de trabalhar sem autorização do marido<sup>11</sup>.

Nesta linha, em 1962, no Brasil, foi criado o Estatuto da Mulher Casada, que extinguiu a incapacidade relativa da mulher casada e, em 1977 foi editada a Lei do Divórcio, permitindo que o casamento fosse dissolvido e desobrigando a mulher a acrescentar o sobrenome do marido.

Além de reivindicar a não discriminação de gênero, as principais bandeiras da segunda onda do movimento feminista eram a busca por uma política de respeito às diferenças e de igualdade de direitos, fundada na equivalência entre os sexos, não em superioridade feminina.

Nesta década, no contexto europeu e norte americano, o movimento apareceu com ainda mais força, com um viés libertário, que abrangia o trabalho, a vida pública e, ainda, contemplava a liberdade e autonomia das mulheres na vida privada, empoderando-as para que pudessem decidir sobre o próprio destino.

Também fez parte das reivindicações feministas da época a abolição da “isenção conjugal” nas leis de estupro, que, conforme critica Consolim<sup>12</sup> impede “a penalização dos maridos que estupravam as suas próprias esposas – o que ainda não foi conquistado em muitas partes do mundo”.

No que se refere à década de 60, destacou-se o *slogan* da segunda onda do movimento feminista, chamado “o pessoal é político”, que surgiu nos Estados Unidos no ano de 1969.

A década de 60 também foi marcada pelo colapso do colonialismo europeu na África, no Caribe, em partes da América Latina e do Sudeste Asiático.

Passou-se a questionar o feminismo ocidental tradicional, sob o entendimento de que este é etnocêntrico, com a propositura de feminismos decoloniais, que contemplassem a reivindicação de direitos de mulheres negras, indígenas, integrantes de comunidades tradicionais.<sup>13</sup>

10 LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **A Reconstrução da Subjetividade Coletiva dos Povos Indígenas no Direito Internacional dos Direitos Humanos**: o resgate do Pensamento da Escola Ibérica da Paz (Séculos XVI e XVII) em Prol de um novo Jus Gentium para o século XXI. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015, p. 67-68.

11 SILVA, Christine Oliveira Peter da; GUINDANI, Talita Ferreira. Os direitos fundamentais das mulheres na Constituição de 1988. In NOWAK, Bruna (org.); SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (coords.). **Constitucionalismo feminista**. Salvador: Editora Juspodium, 2018. p. 318.

12 CONSOLIM, Veronica Homs. **O que pede a terceira onda feminista?** 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/09/15/o-que-pede-terceira-onda-feminista/>. Acesso em: 14 de out. 2020.

13 CONSOLIM, Veronica Homs. **O que pede a terceira onda feminista?** 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/09/15/o-que-pede-terceira-onda-feminista/>. Acesso em: 14 de out. 2020.

A colonialidade, também questionada na segunda onda do movimento feminista com estudos que se expandem até os dias atuais, de modo geral, é o resultado do colonialismo e diz respeito a padrões de comportamento, de crenças, formas de relacionar o trabalho e a intersubjetividade que existem decorrentes de uma situação colonial pré-existente, que repercute até os dias atuais em preconceitos e desigualdades sociais.

Já no que se refere a década de 70, destaca-se que o ano de 1975 foi declarado o Ano da Mulher pela Organização das Nações Unidas e a década que se seguiu, até 1985, como década da mulher em todo o mundo.

No contexto histórico brasileiro, diversas mulheres participaram ativamente da luta contra a ditadura militar, mesmo diante do temor de represálias. O primeiro grupo de mulheres feministas a partir de Simone de Beauvoir surgiu em São Paulo em 1972, com eventos e fóruns nacionais relacionados com o tema no ano de 1975<sup>14</sup>.

No ano de 1979 foi aprovado outro instrumento normativo que representou um grande marco na luta pelos direitos das mulheres: A Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e seu Protocolo Facultativo, que apenas teve validade no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação do [Decreto nº 4.377 de 2002](#), e que contempla, em seu primeiro artigo, desde o direito à igualdade até o direito à liberdade.

Além de promover a não discriminação baseada no sexo, o texto da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher também preceitua ações afirmativas a serem concretizadas pelos Estados membros signatários, como por exemplo a previsão do artigo 3º da referida Convenção.

As medidas previstas na Convenção têm como objetivo a garantia dos direitos humanos e das liberdades fundamentais das mulheres em igualdade de condições com os homens, bem como buscar alterar os padrões socioculturais de opressão feminina e violações de direitos já estabelecidos.

Desta forma, a segunda onda do movimento feminista foi marcada não apenas pela luta por igualdade, como também por reivindicações pela liberdade de ser mulher, liberdade sexual, ampliação de direitos trabalhistas, entre outros, ou seja, teve como objetivo buscar a igualdade substancial entre os gêneros na sociedade.

Apesar de toda a luta durante o período compreendido como a segunda onda do movimento feminista, ainda havia muitos direitos a serem conquistados no que se refere à igualdade de gênero.

Com isso, passa-se à análise da terceira onda do movimento feminista.

14 ALVES, Ana Carla Farias; ALVES, Ana Karina da Silva. *As trajetórias e lutas do movimento feminista no Brasil e o protagonismo social das mulheres*. IV Seminário CETROS – Neodesenvolvimentismo, Trabalho e Questão Social, Fortaleza, CE, UECE, Itaperi, 2013. p. 115.

## A TERCEIRA ONDA DO MOVIMENTO FEMINISTA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO

A terceira dimensão de direitos fundamentais surgiu na transição para o século XXI, diante de uma realidade que criou novas demandas de direitos humanos, os direitos transindividuais, de caráter difuso e coletivo, como por exemplo o direito à paz, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à diversidade cultural.

E, nesta linha, a terceira onda do movimento feminista que nasce no limiar do século XXI com uma perspectiva transindividual, ou seja, direitos que atingem as mulheres na sociedade como um todo, na esfera pública e privada, para enfatizar toda a coletividade, trazendo para a discussão do movimento contemporâneo o papel e a função da mulher na sociedade, os retratos da mulher na mídia e a linguagem usada para definir as mulheres e o abandono da ideologia do feminismo como “vítima”<sup>15</sup>, unindo-se aos demais movimentos sociais.

Assim, a terceira onda do movimento feminista iniciou-se nos anos 80 e está em vigor nos dias atuais, buscando a consolidação de direitos formalmente consolidados (igualdade e liberdade), assim como direitos que abrangem a sociedade como um todo, tais como direitos transindividuais, ou seja, direitos que atingem as mulheres em todos os lugares, tanto na esfera pública como privada.

No contexto histórico brasileiro, a partir de 1983, foram criados os Conselhos Estaduais da Condição Feminina, e em 1984 foi instituído o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), que buscava a inclusão dos direitos da mulher na Carta Constitucional.

No contexto normativo brasileiro, a [Constituição Federal de 1988](#) trouxe outro marco significativo na luta pelos direitos das mulheres pois, em seu artigo 5º, *caput* e inciso I, previu a igualdade entre homens e mulheres no que tange aos seus direitos e obrigações.

A previsão de direitos das mulheres na [Constituição Federal de 1988](#) é resultado de uma Assembleia Nacional Constituinte formada por deputados e senadores com 559 membros na época, sendo que havia 26 deputadas mulheres e nenhuma representante no Senado, o que já foi um fato inédito para o país.

O novo constitucionalismo que se inaugurou a partir da [Constituição Federal de 1988](#) revelou-se potencialmente favorável à igualdade de gênero no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que o seu texto se inclinou para a incorporação de regras e princípios que definem a igualdade de gênero como uma das prioridades dos Constituintes, na busca de uma sociedade livre, justa e solidária<sup>16</sup>.

15 SILVA, Christine Oliveira Peter da; GUINDANI, Talita Ferreira. Os direitos fundamentais das mulheres na Constituição de 1988. In NOWAK, Bruna (org.); SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (coords.). *Constitucionalismo feminista*. Salvador: Editora Juspodium, 2018. p. 321.

16 SILVA, Christine Oliveira Peter da; GUINDANI, Talita Ferreira. Os direitos fundamentais das mulheres na Constituição de 1988. In NOWAK, Bruna (org.); SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (coords.). *Constitucionalismo feminista*. Salvador: Editora Juspodium, 2018. p. 332.

Duprat<sup>17</sup> também destaca dois princípios nucleares da Constituição Federal (art. 1º) que endossam as reivindicações das mulheres, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo.

Nesta esteira, Duprat<sup>18</sup> também ressalta o §8º do art. 226 da Constituição Federal que trata da proteção da família como um meio de proteção dos direitos das mulheres, ao estabelecer como dever do Estado a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares, mas, ao mesmo tempo, critica a demora do Poder Público para elaborar uma legislação expressa que tratasse da violência doméstica contra a mulher.

Ainda no contexto da Constituição Federal, no capítulo relativo aos “direitos sociais”, foram previstas medidas que buscam assegurar o acesso e permanência das mulheres no emprego, quais sejam: o amparo à maternidade e ao aleitamento (arts. 6º e 7º, XVIII), ações afirmativas na proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX) e a proibição da diferença salarial, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo, dentre outros, de sexo ou estado civil (art. 7º, XXX). Esses mesmos direitos são assegurados às servidoras ocupantes de cargos públicos (art. 39, §3º).

Vale salientar que a Constituição Federal de 1988 não ficou indiferente ao processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos que já vinha sendo desenvolvido desde o final da Segunda Guerra Mundial. A partir de proposta levada à Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais pelo jurista Antônio Augusto Cançado Trindade, os Constituintes de 1987/1988 incluíram no texto constitucional nascente a cláusula final do parágrafo 2º. do artigo 5º., que incorpora ao rol dos direitos e garantias fundamentais aqueles direitos humanos decorrentes de tratados internacionais em que a república Federativa do Brasil seja parte<sup>19</sup>.

Independentemente da corrente que se adote quanto à posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, se materialmente constitucional (como é a nossa posição), ou supralegal (posicionamento do Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do [RE 466.343-SP](#)), o certo é que a Constituição Federal de 1988 adotou um modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais capaz de incorporar normas de origem internacional que vão somar-se ao catálogo de origem nacional.

Exemplo contundente da importância da abertura e interação entre o direito interno e o direito internacional, particularmente no campo do direito das mulheres, é o processo que deu origem à [Lei Maria da Penha](#). Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima de violência doméstica durante trinta e dois anos pelo seu ex-marido, tendo sofrido duas tentativas de violência doméstica e se tornado paraplégica.

Maria da Penha denunciou o Estado Brasileiro à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, pela demora excessiva no processo e por não dispor o país de mecanismos suficientes e eficientes para coibir a prática de violência doméstica contra a mulher. O Estado brasileiro

17 DUPRAT, Deborah. Igualdade de gênero, cidadania e direitos humanos. In FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 168.

18 DUPRAT, Deborah. Igualdade de gênero, cidadania e direitos humanos. In FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 168.

19 LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 43 e ss.

foi então responsabilizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres, tendo o relatório final enviado ao Estado brasileiro descrito a necessidade de uma reforma que evitasse a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil<sup>20</sup>.

Graças aos esforços de Maria da Penha e da coalisão de organizações de ativistas, foi criada a [Lei Federal nº 11.340 de 7 de agosto de 2006](#), conhecida como Lei Maria da Penha e tipificou a violência doméstica contra a mulher como uma das formas de violação dos direitos humanos e elencou, dentre outras formas de violência doméstica e familiar contra a mulher a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Além disso, a [Lei nº 11.340/2006](#) também alterou o Código Penal, incluindo como circunstância agravante genérica da pena o cometimento do crime com violência contra a mulher na forma da lei específica, e o Código de Processo Penal a fim de possibilitar que agressores também tenham sua prisão preventiva decretada quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher e para garantir as medidas protetivas de urgência.

A Lei Maria da Penha ainda trouxe a previsão, até então inédita no ordenamento jurídico brasileiro, de medidas de proteção para a mulher que corre risco de vida, como o afastamento do agressor do domicílio conjunto e a proibição de sua aproximação física junto à mulher agredida e aos filhos.

No âmbito normativo brasileiro, também se destacam dois outros marcos normativos da terceira onda do movimento feminista, quais sejam: a [Lei nº 13.104/2015](#) que tipificou o homicídio doloso contra a mulher por razão de gênero (feminicídio), como um crime qualificado e a [Lei nº 13.142/2015](#) que alterou a taxatividade do dispositivo da lei de crimes hediondos ([Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990](#)) para incluir em seu rol o feminicídio e assim torná-lo um crime hediondo<sup>21</sup>.

Voltando à década de 1990, no âmbito internacional ocorreram quatro conferências onde foram pautadas e debatidas temáticas feministas: Na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (conhecida como Rio 92 ou ECO 92) realizada no Rio de Janeiro, as mulheres participaram do Fórum das ONGs com o Planeta Fêmea, que resultou na [Agenda 21 das Mulheres](#). Destacam-se ainda a [Conferência Sobre Direitos Humanos](#), em Viena (1993) e a Conferência sobre População e Desenvolvimento, no Cairo, em 1994, a qual dedicou um capítulo inteiro para tratar da igualdade dos sexos, equidade e empoderamento da mulher (Capítulo IV). Por fim, em 1995, foi realizada a Conferência de Beijing, que foi fundamental pois introduziu o conceito de gênero como tema central na agenda das Nações Unidas, ao lado do objetivo do empoderamento

20 CONSOLIM, Verônica Homsi. **O que pede a terceira onda feminista?** 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/09/15/o-que-pede-terceira-onda-feminista/>. Acesso em: 14 de out. 2020.

21 SILVA, Christine Oliveira Peter da; GUINDANI, Talita Ferreira. Os direitos fundamentais das mulheres na Constituição de 1988. In NOWAK, Bruna (org.); SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (coords.). **Constitucionalismo feminista**. Salvador: Editora Juspodium, 2018. p. 323.

da mulher e introduziu a noção de transversalidade para assegurar que a perspectiva de gênero integre as políticas públicas em todos os níveis de governo.

No ano de 1996, através da promulgação do [Decreto nº 1.973/1996](#), incorpora-se outro marco da terceira onda do movimento feminista no Brasil, com origem no direito internacional, qual seja, a adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também conhecida por “Convenção de Belém do Pará” por lá ter sido concluída, que, em seu art. 1º, conceitua a violência contra a mulher como “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como privado” e, em seu art. 3º, determina que “toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto na esfera pública quanto privada”.

Este tratado internacional, por reconhecer que os fatores de vulnerabilidade muitas vezes se interligam, trouxe a previsão, em seu artigo 9º de que os Estados deverão levar especialmente em conta a situação da mulher vulnerável à violência por sua raça, origem étnica ou condição de migrante, de refugiada ou de deslocada, entre outros motivos.

O dispositivo também destaca as mulheres gestantes, deficientes, menores, idosas ou em condição socioeconômica desfavorável, afetada por situações de conflito armado ou de privação da liberdade.

Apesar da conquista de alguns direitos para as mulheres após anos de reivindicações e lutas, ainda há muito a se alcançar para concretizar a igualdade entre homens e mulheres prevista no artigo 5º da Constituição Federal.

## **BALANÇO DAS TRÊS ONDAS DO MOVIMENTO FEMINISTA: VIOLÊNCIA E DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO COMO FATORES PERSISTENTES DA DESIGUALDADE MATERIAL ENTRE HOMENS E MULHERES NO SÉCULO XXI**

A atual onda do movimento feminista, no século XXI, ainda tem muito o que enfrentar, como o machismo enraizado na cultura, que persiste em discriminar, matar, violentar, oprimir e ridicularizar o gênero feminino, além da invisibilização das mulheres negras, indígenas, integrantes de comunidades tradicionais, homossexuais, trans, entre tantas outras.

Segundo Duprat (2015, p. 166), “a luta das mulheres vem sendo não só uma luta por identidade, mas de reconstrução e transformação das identidades históricas que herdaram”. Mesmo após dois séculos de lutas, ainda há problemas de desigualdade, submissão e discriminação das mulheres no Brasil e no mundo. Consolim<sup>22</sup> traz alguns dados alarmantes que demonstram a opressão sofrida pelas mulheres ao redor do mundo ainda no século XXI:

22 CONSOLIM, Veronica Homs. **O que pede a terceira onda feminista?** 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/09/15/o-que-pede-terceira-onda-feminista/>, Acesso em: 14 de out. 2020.

Apesar das reivindicações, luta e discurso, da conquista da igualdade formal no mundo ocidental e do avanço da igualdade material entre homens e mulheres, o patriarcalismo e o machismo continuam enraizados na estrutura social em todo o planeta. **A mulher ainda sofre de falta de valorização social, econômica, política e identitária.**

Exemplo disso são as mutilações realizadas nas mulheres em alguns países da África, com a supressão do clitóris; a censura às mulheres em países islâmicos, onde elas são proibidas, dentre outras opressões, de exibir o rosto; a subjugação das mulheres como escravas e prostitutas em regiões da Ásia; a lástima das mulheres como filhas únicas por familiares chineses. (grifo nosso).

Entretanto, esta discriminação não ocorre somente nestes países. O machismo está impregnado no Brasil em todas as esferas da sociedade, inclusive, o índice de feminicídio no Brasil é considerado o mais alto do mundo<sup>23</sup>.

No Brasil, ainda há muita desigualdade de gênero nos dias atuais, principalmente no que se refere à participação da mulher nos espaços públicos decisórios. Por exemplo, no Tribunal Regional Federal da 5ª Região não há nenhuma mulher desembargadora (segundo informações oficiais do site do TRF5 atualizadas em outubro de 2020).

Consolim<sup>24</sup> destaca fatos que mostram que, nos dias atuais, persiste a desigualdade de gênero, não obstante a norma prevista no artigo 5º da Constituição Federal que foi promulgada em 1988, há mais de 30 anos:

O Brasil, cujo eleitorado é formado por 52% (cinquenta e dois por cento) de mulheres, ocupa a 141ª colocação do ranking da ONU que avalia a participação de mulheres na política, num universo de 188 países. Contabiliza-se que uma mulher morre a cada hora no Brasil. Quase metade desses homicídios são dolosos praticados em violência doméstica ou familiar por meio do uso de armas de fogo, números que coloca o país em 5º lugar no ranking mundial nesse tipo de crime.

Além disso, as meninas de classes menos favorecidas têm menos chances de um futuro digno em comparação aos homens, pois costumam abandonar os estudos pela necessidade de se dedicar às tarefas domésticas, muitas vezes são expostas a gravidezes precoces, principalmente por serem as principais vítimas de abusos e violência sexual.<sup>25</sup>

Atualmente, no Brasil, temos que as tarefas domésticas e o cuidado de pessoas dependentes realizados de forma não remunerada recaem amplamente sobre as mulheres brasileiras: em 2016 as mulheres de 14 anos ou mais despendiam nessas atividades em média 20,1 horas semanais – contra 11,1 horas semanais por parte dos homens<sup>26</sup>.

23 SILVA, Christine Oliveira Peter da; GUINDANI, Talita Ferreira. Os direitos fundamentais das mulheres na Constituição de 1988. In NOWAK, Bruna (org.); SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (coords.). *Constitucionalismo feminista*. Salvador: Editora Juspodium, 2018. p. 323-324.

24 CONSOLIM, Veronica Homsí. *O que pede a terceira onda feminista?* 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/09/15/o-que-pede-terceira-onda-feminista/>. Acesso em: 14 de out. 2020.

25 CONSOLIM, Veronica Homsí. *O que pede a terceira onda feminista?* 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/09/15/o-que-pede-terceira-onda-feminista/>. Acesso em: 14 de out. 2020.

26 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Estatísticas de Gênero – Indicadores sociais das mulheres no Brasil*. 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticasnovportal/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-dasmulheres-no-brasil.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 14 de out. 2020.

Em uma intersecção de gênero e raça, as desigualdades são ainda maiores no mercado de trabalho. As mulheres negras constituíram a maior parcela da população desocupada e foram as mais atingidas pelo aumento da taxa de desemprego<sup>27</sup>.

A baixa representatividade de gênero nos espaços de cúpula dos três poderes da República (Judiciário, Legislativo e Executivo), representam um *déficit* de legitimidade democrática e isso reflete na vida privada dos cidadãos, que tomam o exemplo do Estado como regra de imposição de comportamento.

A terceira onda do movimento feminista, assim como a terceira dimensão de direitos fundamentais, não possui uma pauta homogênea e consolidada, pois busca proteger as mulheres das mais diversas formas de violações de seus direitos. Desta forma, observa-se que o movimento feminista, na concepção difusa, ainda está em construção em sua terceira onda, engloba e relaciona-se com outros movimentos sociais, tais como o movimento negro, o movimento “LGBTI”, o movimento indígena, o movimento feminista decolonial e o movimento ambientalista, o que desvela o caráter interseccional das diversas formas de discriminação sofridas pelas mulheres até os dias atuais.

## CONCLUSÃO

A temática que envolveu esta pesquisa foi a de verificar como se deu o reconhecimento paulatino dos direitos das mulheres comparando-o com a metáfora geracional e qual é o reflexo desta luta na [Constituição Federal de 1988](#).

Analisando as condições das mulheres desde antes do início das suas primeiras reivindicações na primeira onda do movimento feminista, é possível perceber que muito se avançou na conquista de direitos formalmente previstos na Constituição e nas leis, mas que ainda há desigualdade substancial de gênero nos dias atuais: dupla jornada, salários inferiores, o que gerava (e ainda gera) dependência econômica da mulher em relação ao homem, além da ausência de participação da mulher na política e de representatividade.

As normas previstas na [Constituição Federal de 1988](#), quais sejam, o artigo 5º inciso I, que diz respeito à igualdade de gênero de forma geral, os artigos 6º e 7º, XVIII, que tratam do amparo à maternidade e ao aleitamento, no artigo 7º, XX, que trata das ações afirmativas na proteção do mercado de trabalho da mulher, no artigo 7º, XXX, que trata da proibição da diferença salarial, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo, dentre outros, de sexo ou estado civil, que tratam na igualdade de gênero são resultado de anos de lutas e reivindicações dos direitos das mulheres.

Apesar dos direitos já alcançados, a partir desta pesquisa, conclui-se que há ainda muito a ser conquistado no que se refere à igualdade de gênero, sendo que um dos principais obstáculos no direito brasileiro é dar visibilidade à desigualdade, demonstrando através de dados objetivos e pesquisas que revelam de forma clara onde a desigualdade se manifesta, tudo de forma a buscar políticas públicas capazes de enfrentá-la.

27 NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Direitos humanos das mulheres*. Brasília, 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/08/Position-Paper-Direitos-Humanos-das-Mulheres.pdf>. Acesso em: 14 de out. 2020.



## REFERÊNCIAS

- ALVES, Ana Carla Farias; ALVES, Ana Karina da Silva. **As trajetórias e lutas do movimento feminista no Brasil e o protagonismo social das mulheres**. Seminário CETROS – Neodesenvolvimentismo, Trabalho e Questão Social, 4., 2013. Fortaleza, CE, UECE, Itaperi, 2013.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Congresso Nacional, Brasília, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 06 nov. 2021.
- BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5. REGIAO (TRF5). Disponível em: [https://www.trf5.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=661&Itemid=241](https://www.trf5.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=661&Itemid=241), Acesso em: 14 out. 2020.
- CONSOLIM, Veronica Homs. **O que pede a terceira onda feminista?** 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/09/15/o-que-pe-de-terceira-onda-feminista/>. Acesso em: 14 de out. 2020.
- DUPRAT, Deborah. Igualdade de gênero, cidadania e direitos humanos. In FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatísticas de Gênero** – Indicadores sociais das mulheres no Brasil. 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticasnovportal/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-dasmulheres-no-brasil.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 14 de out. 2020.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça – 1995 a 2015**. Brasília: IPEA, 2017. Disponível em [http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores\\_uso\\_tempo.html](http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_uso_tempo.html). Acesso em: 14 out. 2020.
- LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **A Reconstrução da Subjetividade Coletiva dos Povos Indígenas no Direito Internacional dos Direitos Humanos**: o resgate do Pensamento da Escola Ibérica da Paz (Séculos XVI e XVII) em Prol de um novo Jus Gentium para o século XXI. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.
- LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- MARCELINO, Giovanna. **As sufragistas e a primeira onda do feminismo**. 2016. Disponível em: <https://movimentorevista.com.br/2018/02/3801/>. Acesso em: 14 de out. 2020.
- MEZZAROBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Direitos humanos das mulheres**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/08/Position-Paper-Direitos-Humanos-das-Mulheres.pdf>. Acesso em: 14 de out. 2020
- NOWAK, Bruna (org.); SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (coords.). **Constitucionalismo feminista**. Salvador: Editora Juspodium, 2018.
- ONUBR. **Direitos Humanos das Mulheres**. ONUBR– Nações Unidas no Brasil, Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/noticias/onu-brasil-lanca-documento-de-posicao-sobre-os-direitos-humanos-das-mulheres-no-pais/>. Acesso em: 14 out. 2020.
- PINTO, Céli. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. e ampl. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- SILVA, Christine Oliveira Peter da; GUINDANI, Talita Ferreira. Os direitos fundamentais das mulheres na Constituição de 1988. In NOWAK, Bruna (org.); SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; Fachin Melina Girardi (coord.). **Constitucionalismo feminista**. Salvador: Editora Juspodium, 2018.

# CAPÍTULO 10

## A CONSTITUIÇÃO PÓS-BALZAQUIANA: DAS REFERÊNCIAS FEMININAS NA NORMA À CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA GRAMÁTICA INCLUDENTE DA MULHER

Ana Carla Pinheiro Freitas  
Gina Vidal Marcilio Pompeu

### INTRODUÇÃO

A Constituição Pós-balzaquiana: das referências femininas na norma à construção de uma nova gramática inclusiva da mulher é o título para o discurso a ser desenvolvido. A Constituição de 1988 foi, sem dúvida, um marco da redemocratização do país em um período pós-ditadura militar e que trouxe uma abertura aos direitos das mulheres, ou pelo menos nomeou a igualdade entre homens e mulheres perante a lei. Pós-balzaquiana é a Constituição vigente, com seus mais de trinta anos, apontada a idade de 30 anos por Balzac (2015) como o auge poético da vida das mulheres. Designa igualmente as contradições da vida feminina no século XIX e as contradições da vida moderna que as engloba. Essas contradições se reverberam nos séculos XX e XXI, o que torna Balzac tão atual e digno de ser lembrado no presente estudo.

A Constituição pós-balzaquiana, ou seja, a referência ao que vai além dos trinta, não se circunscreve aos 2 anos que ultrapassam os trinta anos da vida da mulher, mas ao futuro mesmo delas na nossa Constituição, nas normas infraconstitucionais, nas políticas públicas e nos desafios sociais e jurídicos, enfim. Assim sendo, o futuro referido engloba não somente as normas constitucionais e as políticas públicas, mas também suas interpretações e mutações, ou seja, todo o arsenal – utiliza-se esse termo bélico propositalmente, porque a mulher vive em constante guerra para ter reconhecidos seus direitos de igualdade, assim como vive sendo agredida fisicamente – normativo em prol da igualdade para uma maioria, se não for por outro motivo, é pelo fato de que as mulheres são maioria em termos numéricos na população brasileira. Isso porque a nossa população é composta por 48,4% de homens e 51,6% de mulheres.

O texto mais questiona do que afirma, quer uma perspectiva normativa e social positiva no que diz respeito ao futuro das mulheres no correr dos anos que se seguirão aos 32 da Constituição. A Constituição Pós-balzaquiana fez e continua fazendo importantes referências e alterações relativamente às mulheres, conforme dito, ampliou as benesses direcionadas ao sexo feminino, seja por meio de normas, políticas públicas, emendas e propostas de emendas constitucionais, interpretações ou mutações na Carta Magna vigente. Trabalhou

no sentido da igualdade política para o acesso das mulheres a posições de comando no que diz respeito às diretrizes da vida da cidadã e do cidadão brasileiros com a obrigatoriedade do número específico de mulheres nos partidos políticos. Mais ainda, utilizando-se das mídias sociais e dos momentos televisivos no sentido de designar às mulheres espaço diferenciado para compartilhar com suas iguais a importância de ocupar cargos decisivos para a administração presente e futura do Brasil. Reitera-se que o objetivo do presente texto não é esclarecer a situação política das mulheres na atualidade, mas apenas mostrar uma visão panorâmica que possa conduzir o leitor à visão do descompasso entre homens e mulheres no que diz respeito ao papel de mando na organização política do país.

O questionamento do presente texto, diz respeito ao porquê de essas tantas boas intenções e até boas ações normativas em sentido amplo (Constituição, Leis, Decretos e Políticas Públicas) não gerarem os efeitos esperados. Pelo menos os efeitos desejados pela maioria das mulheres, que por sua vez são maioria concreta no âmbito da população brasileira. Para além do âmbito político, não se pode esquecer as famosas e importantes leis a favor da incolumidade física das mulheres, como a popularmente chamada Lei Maria da Penha ([Lei 11.340 de 2006](#)), que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher e suas recentes no sentido de atualizá-la. Também a Lei do Feminicídio ([Lei 13.104 de 2015](#)), que considera crime o homicídio contra mulheres por razões da condição de sexo feminino quando o crime envolve violência doméstica e familiar e menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Não se pode deixar de mencionar que em pleno século XXI, o século de tantas evoluções na informática, como ciência que se dedica ao tratamento da informação mediante o uso de computadores e demais dispositivos de processamento de dados e do desenvolvimento da *internet*, como sistema global de redes de computadores interligados com o propósito de servir progressivamente a usuários no mundo inteiro, ou seja, em um período milhares de anos distante da Idade da Pedra, acontecimentos que povoavam esse período pré-histórico, ainda sejam discutidos em momento em que, desde que Pico della Mirandola – que viveu no século XV – disse que o homem pode ser arquiteto de si mesmo a contemporaneidade comprova essa máxima, de violência contra as mulheres e, portanto de desigualdade extrema entre homens e mulheres.

Assim sendo, diante de altos índices de injustiça, exclusão, tortura e morte de que é vítima a mulher na contemporaneidade e mesmo com algumas conquistas que também veio obtendo nesse percurso de muitas lutas e algumas vitórias, necessário se faz olhar para a humanidade como um todo a partir de uma nova gramática, com pressupostos, normas e códigos mais igualitários. Por gramática, quer-se dizer, no presente contexto, o conjunto de prescrições e regras que determinam o uso correto da linguagem que conduz a vida das pessoas. Wittgenstein já afirmava em suas *Investigações Filosóficas* (1975), que a palavra assume seu sentido na linguagem, no contexto em que está inserida. Quando se muda o contexto, em termos de valores e sentidos, a palavra, em sentido amplo, porque estamos falando de normas, também adquire nova força de sentido.

Na primeira parte do texto trataremos da Constituição Pós-balzaquiana e das referências que faz quanto à mulher. Quando se fala aqui em referências constitucionais quanto à mulher, não se quer circunscrever à estrita letra da Lei Maior, ao mencionar a mulher, mas também às repercussões normativas decorrentes do texto da Constituição. Também para além das repercussões normativas, far-se-á uma avaliação mesmo que superficial, porque não é cabível no presente contexto um aprofundamento do tema – que daria tema e conteúdo para uma tese – da repercussão dos instrumentos, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, no cotidiano da mulher brasileira.

Na segunda parte do texto abordaremos a temática da construção de uma gramática que trace contornos onde caiba a justiça, especialmente o Princípio da Igualdade entre homens e mulheres. A gramática como texto descritivo-normativo da morfologia e da sintaxe de uma língua, tendo também a tradução de um conjunto de códigos por meio dos quais navega o barco das relações entre homens e mulheres será usado como paradigma para se pensar as relações jurídicas, que por sua vez repercutem no âmbito social e vice-versa, o papel do âmbito da formação da norma e de sua concretização, assim como o poder que emana da forma de concretização sobre as formas das novas normas (MÜLLER, 2011).

## **A CONSTITUIÇÃO PÓS-BALZAQUIANA E AS REFERÊNCIAS FEMININAS NA NORMA**

Honoré de Balzac (2017) foi um romancista francês de extensa obra que, de certa forma, descreveu a burguesia ascendente da França e, como não podia deixar de ser, descreveu o papel das mulheres da época em todas as classes sociais. Vivenciou o século XIX, mais especificamente, a vida parisiense após a queda de Napoleão Bonaparte, em 1815. É considerado o fundador da literatura moderna. Sua extensa obra é nomeada em sua coletividade de “Comédia Humana”. Dentre seus romances mais famosos, muito embora não seja dos mais importantes no contexto de toda sua obra, destaca-se “a mulher de trinta anos”. Essa idade, os trinta anos, seria, segundo o autor, um dos valores da modernidade no viés de sua época, o ápice da vida das mulheres. Mas o que acontece com ela depois dos trinta anos ou, parafraseando Balzac, como a mulher de mais de trinta anos se ajusta, é vista em sua época e, trazendo para o nosso contexto, a mulher de todas as idades se enquadra da perspectiva social e legal após mais de 30 anos de Constituição.

O presente trabalho cuida tanto da presença da mulher na Constituição após seus 30 anos de vida, daí a expressão Pós-balzaquiana, como do papel ou da presença das mulheres na Constituição de 1988, considerada longe do romantismo da obra balzaquiana, como o momento de emancipação das mulheres. é destacado, especialmente, o princípio da igualdade e das normas que a partir dela surgiram para a concretização desse princípio. O artigo 5, mesmo que esteja decorado seus cinco princípios: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, como referência na cabeça de qualquer jurista que se apresente como tal, importa ser rememo-

rado, e atualizado na forma de desafio, para que, a partir dele, possam florescer as reflexões necessárias ao andamento do presente estudo.

Assim sendo, reza a Constituição de 1988, em seu artigo quinto, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Vê-se que logo em seguida ao direito à vida, desponta o direito à liberdade. A vida sem liberdade leva o homem àquilo que Agamben (2004) chama de “vida nua” do homo sacer, que passa a não mais pertencer ao espaço político, sua vida perde a característica atribuída à vida de todo ser humano, ele é jogado em um espaço de anomia. Esse foi o lugar ocupado por muitas mulheres no correr da história mundial. Ela era e é tratada em muitos contextos como a “sagrada mãe”, sem saber que o adjetivo era muitas vezes um lugar que apontava para várias das características da “vida nua” divulgada por Agamben (BARBOSA, 2014).

O princípio da igualdade, mais precisamente o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art.5, I), objeto de nosso estudo não pode ser desvinculado dos demais princípios que o antecedem, ou seja, da vida e da liberdade, conforme referimos acima ao falar da vida nua, que é a vida sem liberdade. A vida e a liberdade são atributos do homem inserido no rol dos Direitos Humanos tornados em Direitos Fundamentais pela Constituição de 1988 em oposição ao “homo sacer”, do já referido Agamben.

Também não pode ser desvinculado do princípio que lhe segue na ordem dos princípios do artigo quinto, que é a segurança. Segurança para exercer os Direitos Humanos. Que é o sentido tomado no contexto do presente texto. A propriedade, ao nosso ver, é um princípio deslocado e destituído da relação dos demais princípios que o artigo quinto entrelaça como princípios fundamentais.

No inciso primeiro do artigo 5 já se explicita que a igualdade de gênero na forma de que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. O inciso trata da chamada “igualdade de gênero”, muito embora se refira a homens e mulheres e não às demais formas de gênero. Na verdade, hodiernamente a discussão entre sexo e gênero tratada pelo direito com afincamento em um horizonte de lutas para ocupar um lugar de aceitação aparece como obsoleta nas discussões sociais, mostrando mais uma vez que o Direito, quase como algumas Religiões, caminha a passos lentos na corrente do desenvolvimento social.

Na nomenclatura usual, sexo é o nome que o médico dá ao nascer de acordo com uma série de fatores fisiológicos com o a genitália, os hormônios e os cromossomos que cada ser humano carrega em seu corpo. Assim sendo, cada pessoa recebe a denominação de feminino ou masculino nas suas certidões de nascimento, de acordo com a constatação médica em consonância com a genitália: caso presente um pênis é nomeado como pessoa do sexo masculino e caso uma vagina seja apresentada no momento do nascimento, tratar-se-á de uma pessoa do sexo feminino.

Normalmente, as combinações cromossômicas são XX para feminino e XY para masculino. No entanto, essas combinações não são as únicas, não excluindo outras combinações cromossômicas, de hormônios e órgãos que podem ser levadas a algumas pessoas a se considerar ou ser considerada intersexual. Enquanto sexo se refere às categorias inatas do ser humano, em sua perspectiva biológica, daí sua relação direta com o feminino e o masculino, o gênero diz respeito a papéis sociais relacionados à mulher e ao homem.

O papel de gênero está constantemente se modificando no espaço e no tempo, especialmente no que tange às distinções que são construídas socialmente. Essas construções sociais podem levar ao surgimento de várias modalidades de sexo. Por exemplo, pessoas que apresentam uma genitália masculina mas que se veem como mulher ou vice-versa. Ou ainda, pessoas que mesmo se identificando com sua genitália preferem se relacionar sexualmente com pessoas do mesmo sexo, como as chamadas lésbicas, os gays ou homossexuais, como nomenclatura geral. Existem muitas outras formas de identificação e de relação sexual. No entanto vamos nos ater aos anteriormente nomeados, no presente estudo, já que nosso discurso não visa se aprofundar no assunto, mas apenas apontar como uma modificação no entendimento social sobre a sexualidade pode gerar efeitos jurídicos.

Por exemplo, quando a Constituição estabelece em seu art. 226, parágrafo terceiro, reconhecendo a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Está elegendo uma forma de casamento em que estão incluídos como partícipes da norma, apenas o homem e a mulher. Também no parágrafo quinto reconhece que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Está-se então confirmando que a possibilidade do casamento cabe somente em um contexto heterossexual. Também no art. 1.517 do Código Civil de 2002, encontra-se estabelecido que o homem e a mulher com dezesseis anos podem casar exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais.

Nesse contexto, o CNJ, Conselho Nacional de Justiça, pela Resolução número 175 de 2013, se posicionou no sentido de que o casamento civil e a união estável poderia ser realizada entre pessoas do mesmo sexo. A esse tipo de entendimento, chama-se de “mutação constitucional”, que no caso serve à preservação da igualdade social e jurídica entre pessoas, independentemente de seu sexo.

Por mutação constitucional se entende o processo segundo o qual o sentido de determinada norma constitucional é modificado: ampliado ou restringido ou mesmo adquire sentido diferente do original, no entanto o seu texto original não se modifica. Em outras palavras, tem-se que o significante permanece, enquanto que o significado é alterado. Como afirma Wittgenstein (1975), a palavra assume seu sentido na linguagem e esta é dinâmica.

A mutação constitucional é considerada, no entanto, alteração informal porque não passa por requisitos formais necessários à modificação de seu conteúdo textual, ou seja, pelo processo legiferante de construção de uma nova norma constitucional. Está-se aqui falando do poder Constituinte reformador. Nesse sentido

é interessante notar que, a nossa Constituição classificada como rígida, é exigido procedimento próprio para sua modificação, tendo em vista a estabilidade da Constituição. Assim sendo, a mutação constitucional já serviu de fundamento para decisões do Supremo Tribunal Federal, como nos casos relativos ao Habeas Corpus n. 82.959 de São Paulo, referente ao princípio da individualização da pena, o Mandado de Segurança número 26. 602 de origem no Distrito Federal sobre a regra da fidelidade partidária e a Arguição de Descumprimento fundamental, ADPF 132 do Rio de Janeiro, que diz respeito à união homoafetiva.

A coerência entre o texto e o contexto vigente torna possível a mutação constitucional. Ela configura uma superação da interpretação anteriormente atribuída à norma, passando a vigorar uma verdadeira nova norma decorrente de novo entendimento a partir da hermenêutica constitucional. No entanto, a mutação constitucional não pode ferir o princípio da força normativa da Constituição, existindo limites decorrentes do próprio texto constitucional como um todo (SARLET, 1998).

A ADPF 132 do Rio de Janeiro revogou o entendimento do inciso do art. 226, referindo-se à família como base da sociedade e que tem especial proteção do Estado, referindo-se por sua vez, estritamente ao casamento entre homens e mulheres. Assim sendo, de acordo com a ADPF 132, quando no parágrafo terceiro do referido artigo se reconhece a união estável entre homens e mulheres deve-se entender que a mesma pode realizar-se entre pessoas do mesmo sexo, com todas as consequências jurídicas decorrentes do ato reconhecido.

A jurisprudência amplia o dispositivo constitucional do art. 226 ao estabelecer, que todas as pessoas, independentemente de seu gênero, são iguais para a Constituição. No entanto, tal igualdade de gênero se limita a homens e mulheres, não incluindo outras espécies de gênero que surgem no cotidiano e são socialmente aceitas. O presente trabalho estaciona na vertente da igualdade de gênero entre homens e mulheres, por isso não adentra outras modalidades importantes de assunção de gênero. Como dito, reconhece sua importância, mas estabelece um limite quanto à abordagem do tema que diz respeito somente à igualdade entre homens e mulheres.

Importante salientar, nesse contexto, que a igualdade aqui apontada é de ordem formal, ou seja, a garantia de que todos os cidadãos e residentes no país devem receber tratamento idêntico perante a lei, e material, no sentido de que os indivíduos são diferentes e que essas particularidades devem ser levadas em conta em busca de um equilíbrio e da concretização desse direito. Dessa forma, cabe ao Estado promover o combate às desigualdades, determinando políticas públicas que levem em consideração as especificidades de grupos sociais diferentes.

A igualdade de gênero é uma luta constante das três funções legislativa, executiva e judiciária. Quando se fala em questionamento da norma não se trata de falar em sua destruição, mas na busca por normas que melhor nos sirvam. É o que, ao nosso ver, pode ser juridicamente traduzido pela mutação constitucional.

Ainda não alcançamos um conceito do universal que realmente inclua todas as populações que por direito desejem ser representadas. Conforme dito acima, as mutações constitucionais encontram limites na for-

ça normativa semântica da Constituição e na unidade da Constituição. Para Butler, essa conquista do universal talvez seja impossível, mas é uma ideia em direção à qual lutamos. E essa luta é histórica.

Costas Douzinas (2009) acrescenta que muito embora os direitos representam uma das mais nobres instituições liberais, a política liberal e a filosofia do direito parecem incapazes de compreender a sua ação. Parte do problema deriva de um senso histórico e de uma consciência política dos liberais deploravelmente inadequada. No entanto, o próprio Douzinas (2009) defende mais adiante que o racional e o real coincidem e identifica a razão com a história mundial assim como estabeleceu uma forte ligação entre filosofia, história e política. E porque não dizer que essa ligação se estendeu para o campo do Direito, exigindo a construção de uma nova gramática jurídica.

## **POR UMA NOVA GRAMÁTICA INCLUDENTE DA MULHER**

Descartes (2020), que é considerado por haver inaugurado a filosofia moderna, escreveu em Francês, uma língua tida por vulgar na época em que os textos científicos eram todos escritos em latim, a língua culta, em 1637, o famoso livro “O discurso do método”. Na referida obra defende o “uso público da razão”, defende igualmente que à mulher é permitido uma mente e um corpo, mas não os dois simultaneamente. Assim, ela jamais poderia produzir a razão pois já possui a beleza. O ato de pensar, segundo Descartes, configura a própria existência corporal, de modo que o corpo vem a ser uma extensão do pensamento. Exclui dessa forma, ao nosso ver, confusamente dita racional, a mulher como ser pensante e, portanto, apartada de todos os atos os quais levavam o pensamento e a razão em consideração.

Sendo a ética hodierna ainda ligada ao pensamento filosófico moderno cartesiano (DESCARTES, 2020), poder-se-ia afirmar que a mulher continua sendo um corpo sem mente. Muito embora essa afirmação possa parecer absurda, já que a mulher é, na contemporaneidade, reconhecidamente considerada não somente um ser pensante, mas um ser que se encontra formalmente em igualdade de posição relativamente ao homem, pelos desígnios sociais e, no que diz respeito à perspectiva normativa, também constitucional, bem antes da Constituição de 1988.

Pode-se dizer que desde a Revolução Francesa de 1789, com a exaltação dos Princípios da Liberdade, Igualdade e Fraternidade a mulher alcança esse lugar de igualdade formal com o homem. Assim sendo, pode-se afirmar a Revolução Francesa como motivadora do princípio da igualdade entre ricos e pobres, nobres, clero e plebeus, assim como entre homens e mulheres.

Em seu livro “Justiça entre saberes: epistemologias do sul contra o epistemicídio”, Boaventura Souza Santos (2018) aponta o dever de superar a tradição crítica eurocêntrica, portanto especialmente aquela proposta por Descartes. Com uma argumentação convincente, como é de seu feitio, apresenta três ideias básicas: a compreensão do mundo excede em muito a compreensão ocidental; não há justiça social global sem justiça



cognitiva global; as transformações emancipatórias do mundo podem seguir gramáticas distintas às desenvolvidas pela teoria crítica ocidental. Nesse discurso destacam-se dois termos, um implícito e outro explícito da ideia que este texto quer passar ao leitor, a ideia da construção de uma nova gramática: novas justiças cognitivas e novas gramáticas para a compreender e modificar, no que diz respeito ao nosso tema, o *status quo* da mulher no mundo.

O livro de Boaventura (2018) é um livro desconcertante, que mexe com as certezas mais arraigadas, como a de que a gramática que seguimos é a única possível. Sabe-se que não o é, e o autor bem desenvolve essa ideia no correr de sua obra. A mulher, quando injustiçada pelo que o autor chama de justiça cognitiva ou gramatical global, acrescentamos nós, aponta o fato da insuficiência além da injustiça da epistemologia vigente. Mais do que isso, aponta o erro, o equívoco – mesmo que proposital – em não incluir a mulher na gramática que deveria se expressar pelo viés da igualdade.

Walter Benjamin (2018) também ajuda na luta pela construção de uma gramática em que a mulher tenha lugar de igualdade com o homem ao evidenciar em seu discurso em que o que chamamos de gramática contemporânea não inclui a mulher no seu conteúdo, pelo menos não da forma que deveria fazê-lo, seguindo o princípio da igualdade. Quando afirma que a essência da linguagem do ser humano está no fato de ele nomear as coisas, quando este escreve uma gramática que nomeia excluindo as mulheres, no caso, desvia-se da essência de uma linguagem para uma outra excludente e injusta. Como exemplo, quando o discurso jurídico determina a igualdade entre homens e mulheres perante a lei e a violência doméstica, assim como os homicídios em decorrência do fato de ser mulher se impõem como uma verdade cotidiana têm-se uma exclusão da mulher e, pelo menos, um paradoxo linguístico.

Apontou-se acima exemplos de desvio da Gramática vigente. Cabe-nos, no entanto, apontar antes de mais nada, o que vem a ser a Gramática propriamente dita, em seu sentido literal e o caminho por onde a gramática vigente se equivoca, ou é tornada um equívoco proposital, no sentido de esclarecer o leitor da nossa ideia da melhor forma possível.

A Gramática é o conjunto de prescrições e regras que determinam o uso correto da língua escrita e falada. Na gramática tradicional tem-se um tratado descritivo-normativo da morfologia e da sintaxe, ficando de fora, portanto, a fonética e a semântica. A morfologia configura o estudo da estrutura, da formação e da classificação das palavras. Está agrupada em dez classes gramaticais: substantivo, adjetivo, numeral, pronome, verbo, advérbio, preposição, conjunção e interjeição.

A sintaxe constitui a parte da gramática que estuda a disposição das palavras na frase e das frases no discurso, bem como a relação lógica das frases entre si. Ao emitir uma mensagem verbal, o emissor procura transmitir um significado completo e compreensível. Para isso, as palavras são relacionadas e combinadas entre

si. A fonética trata de aspectos fônicos, físicos ou fisiológicos. A semântica está intimamente ligada à sintaxe. Qualquer alteração relativamente a ela modifica o sentido da palavra.

Modificar a gramática é modificar a forma de pensar e de agir, é criar novos códigos de comunicação. Quando se diz que a ética hoje ainda é ligada ao pensamento filosófico moderno, ou seja, ao pensamento cartesiano, quer-se dizer que a máxima “penso, logo existo” é o estabelecimento de uma gramática que tem como consequências todo um modo de pensar e de agir que resiste até a contemporaneidade como sendo essencialmente masculino. O homem é o ser pensante que decide, realizando decisões políticas significativas. Isso se comprova materialmente pelo número de mulheres nos cargos de mando em todos os setores da vida política brasileira.

Mas o que nos compele, nós mulheres, a mudar esse *status quo*. Esse ímpeto de mudar a situação em que nos encontramos. Em Hegel (2021) temos uma significativa menção a esse momento, mesmo que não diga respeito, não seja no contexto da nossa causa. Diz ele que há um momento em que a consciência “tem de se angustiar” ela quer desatar dessa imagem de mundo. Para redimensionar essa imagem de mundo é necessário que “o mundo desabe”. Trazendo para o nosso contexto, é necessário que a nossa gramática vigente desabe e seja criada uma nova gramática da igualdade.

Paulo Freire (2019) já salienta a importância ideológica do exemplo no discurso dos livros didáticos, que já direcionam uma posição de inferioridade quando se diz como exemplo “Ivo comeu a uva” e não “Maria comeu o caju”. Ao escrever uma gramática universal e escolher sujeito e predicado com significação local específica – no caso um nome masculino específico do sul do Brasil e uma fruta que só é produzida em abundância nessa região, ele privilegia uma gramática local ao invés de produzir várias gramáticas que atendam aos significados que seus significantes (palavras) devem pronunciar e produzir gerando imagens cognitivas específicas didáticas.

Importante notar que as palavras do referido autor (2019) bem embasam o que se quer aqui compor como uma nova gramática para a igualdade material entre homens e mulheres. Diz Paulo Freire, em outros termos, que na verdade o opressor só é solidário com o oprimido quando o seu gesto deixa de ser vago, piegas e sentimental, com uma visão individualista e passa a ser um verdadeiro ato de amor ao outro que se encontra em condição de desigualdade. Quando para o opressor, o oprimido deixa de ser uma designação abstrata e passa a ser uma pessoa concreta, injustiçada e roubada. Em uma análise marxista, ao afirmar que esta pessoa é roubada em sua palavra, o seu trabalho comprado significa que essa pessoa, na verdade, é vendida. Parafraseando Paulo Freire (2019): “Dizer que homens e mulheres são iguais e nada fazer concretamente para que essa afirmação se objetive, tudo não passa de uma farsa”.

Essa farsa leva a pessoa à “angústia”, que tem grande importância para o pensamento da Psicanálise, iniciada por Freud (*apud* SAFATLE, 2016), que é o “desamparo”.

Mulheres são agredidas fisicamente e necessitam de leis como as nomeadas Maria da Penha ( nome dado a muitas mulheres, principalmente das classes menos favorecidas em nossa sociedade) e também nomeadas lei do Feminicídio, bem claro na composição de seu significante: homicídio da mulher. A gramática que rege o cotidiano da nossa contemporaneidade é uma gramática do desamparo. Desamparo no presente contexto porque não podemos nos amparar em nossos iguais, as decisões são tomadas com base em um outro imaginário, em um imaginário masculino. É preciso a inserção do feminino na gramática vigente ou mesmo a criação de uma outra gramática em que o feminino esteja em posição de igualdade, de “amparo”.

Esse lugar de amparo, no circuito dos afetos de Safatle (2016) quer fornecer uma filosofia necessária para uma teoria política da transformação. No nosso caso, na transformação de uma gramática machista em uma gramática igualitária. Continua Safatle (2016) ao afirmar que transformações políticas efetivas não são apenas modificações nos modelos de circulação de bens e de distribuição de riquezas. São modificações na estrutura dos sujeitos, em seus modos de determinação, no regime de suas economias psíquicas e nas dinâmicas dos seus vínculos sociais. Para ele, uma modificação política não modifica apenas o circuito dos bens, modifica também o circuito de afetos que produzem corpos políticos, individuais e coletivos. Por isso, se quisermos ver a força da transformação de acontecimentos que começam novamente a se fazer sentir é necessário que nos deixemos afetar pelo que pode instaurar novas corporeidades e formas de ser.

Nesse sentido não se pode deixar de apontar o biopoder, tema desenvolvido por Foucault (2012) em muitos de suas obras, especialmente naquela chamada “as palavras e as coisas”, já que estamos falando de gramática. Nesse livro o autor foca na possibilidade do desaparecimento do homem, que assim dá acesso ao aparecimento de uma nova forma de pensar. A nova gramática que se propõe no presente texto é aquela em que o homem, no sentido masculino do termo, realmente desaparece para dar lugar à pessoa no sentido igualitário do termo.

Foucault e suas obras foram inspiradoras de tantas outras construções intelectuais, inclusive essa apontada acima por Safatle e de muitos autores de onde se destaca também por conta da construção de uma nova gramática. Roberto Esposito em seu livro “Bios, biopolítica e filosofia” (2010) destaca-se sua leitura de Foucault acerca do poder sobre o corpo, sobre a vida (bios) que habita o corpo uma frase importante de Foucault relativamente ao velho direito de fazer morrer ou de deixar viver, que foi substituído pelo poder de fazer viver ou “relançar na morte”. Foucault fala em fazer viver e deixar morrer. Esposito vai mais além e aponta mesmo um direito de relançar na morte. Quando nossa gramática vigente ainda trata a mulher como um ser que deve ser protegido da morte – Lei Maria da Penha e Lei do Feminicídio – ela aponta a vulnerabilidade desta, assim como o direito do homem, senhor da gramática, o poder de fazer viver e de relançar na morte.

Neste âmbito, destaca-se Simone Weil (2012), que ao abordar a temática da igualdade nos aponta uma reflexão importante na construção de uma nova gramática inclusiva da mulher. Afirma a autora que, outra maneira de tornar a igualdade compatível com a diferença é retirar às diferenças todo o caráter quantitativo tanto

quanto possível. Isso porque, onde há somente diferença de natureza e não de grau, não há nenhuma desigualdade. É exatamente a esse ponto que a nova gramática proposta a ser construída quer chegar.

Vinculado ao princípio da igualdade está aquele da liberdade, apontada acima a interdependência entre os princípios. Poder-se-ia não apontar essa temática no presente estudo, que já trata da complexa questão da igualdade entre homens e mulheres. Mas, como bem lembra Étienne de La Boétie (2017), já na primeira metade do século XVI, a liberdade é um fantasma que precisa ser enfrentado. Para o autor, somente existe uma prisão possível, aquela que a pessoa mesma construiu, e cuja porta, por estranho que pareça, ela mesma fechou. Para ele toda servidão é voluntária. A liberdade de cada um pertence a si mesmo e se pode entregá-la a quem se desejar. Pode-se entregar a uma forma de organização política, a uma gramática perversa, a uma racionalidade que perceba o mundo como dividido entre aqueles que “podem mais” e aqueles que podem menos.

Assim, mesmo sob o desígnio de uma pretensa e amplamente divulgada liberdade como se pode verificar no *caput* do artigo 5 da Constituição vigente, pode se esconder uma servidão na forma da desigualdade que molda a gramática vigente na sociedade. Todos são iguais perante a lei, mas uma mulher pode ser morta em circunstância específica, pelo fato de ser mulher – daí a necessidade da Lei do Femicídio. Assim sendo, à centralidade do tema da igualdade encontra-se vinculada a liberdade de não ser morta pelo simples fato de ser mulher. O discurso da “Servidão voluntária” não tem de reger o imaginário, nem muito menos o simbólico feminino. Assim sendo, retire-se o termo “servidão” e deixe-se que permaneça a voluntariedade que comporta tanto a liberdade quanto a igualdade!

Como bem afirma Vladimir Safatle em muitos de seus vídeos no *you tube*, o direito tem uma função especular. Ele fornece à sociedade a imagem da sua própria evidência. Ele tem também a função de divulgar suas evidências. Por isso, quando uma lei como a Lei Maria da Penha surge, em 2006, assim como quando a lei do feminicídio surge em 2015 o que deve ocorrer e o que historicamente ocorreu foi a expressão do direito em sua função especular e divulgadora. O direito espelha o que a sociedade necessita, no caso, a proteção da incolumidade física da mulher, assim como deve divulgar que a lei existe não somente para que as vítimas possam se defender utilizando a lei, mas para que, aos poucos, a mentalidade no sentido de que se pode “bater em mulher” sem ser penalizado não faz mais parte da gramática vigente.

Para Walter Benjamin (2012), toda civilização é fruto da barbárie. E essa afirmação faz todo sentido quando se tem a Constituição como marco normativo civilizatório e se verifica que foi necessária uma bárbara ditadura militar para que ela pudesse se construir, da forma como o foi. Os princípios da liberdade e da igualdade, de eficácia imediata – juntamente aos demais direitos fundamentais apontam a possibilidade de que, cada vez que esses princípios sejam violados, cada vez que a barbárie se instale, como no caso de violência contra as mulheres, a civilização, na forma da Constituição e das Normas Infraconstitucionais sejam construídas em uma luta dialética.

Falando em dialética, não se pode furtar a apontar Hegel, criador do sistema dialético, que é um processo espiral sobre o conhecimento, partindo de uma ideia base, chamada tese – no nosso contexto o princípio da igualdade – contrariada por outra ideia chamada antítese – falta de uma norma que proteja a mulher contra a violência, portanto da igualdade entre homens e mulheres –, chegando-se a uma conclusão chamada síntese – no nosso caso a criação da norma protetiva contra a violência. Podemos citar a Lei Maria da Penha como síntese protetiva. Ocorre que novas teses e antíteses surgem diante da insuficiência da proteção da lei supracitada, o que torna necessária uma nova síntese, no caso, a Lei do Femicídio.

A construção de tantas normas protetivas da violência contra a mulher se deu, obviamente, pela necessidade de se frear a referida violência que, ao invés de diminuir, cresce a cada ano em gráficos e percentuais alarmantes. De acordo com a Organização Mundial de Saúde, 35% das mulheres já sofreram violência física ou sexual. Interessante e alarmante notar que as estatísticas não alcançam a violência chamada moral. O violador é, em sua maioria, parceiro íntimo da vítima. No Brasil, a violência doméstica é legalmente definida no art. 5 da [Lei 11.340](#), como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

O feminicídio é definido como um crime de ódio baseado no gênero, amplamente definido como o assassinato de mulheres em contexto de violência doméstica, seria uma espécie de exacerbação da violência doméstica já apontada na Lei Maria da Penha. Pode ser apontado como uma aversão ao gênero da vítima, como misoginia. O feminicídio é previsto no Código Penal, inciso VI, parágrafo primeiro, do art. 121, quando cometido contra mulher por razões da condição de sexo feminino. O parágrafo 2 – A do art. 121, do Código Penal acrescenta que o supracitado inciso ao preceituar que há razões de condições de sexo feminino quando o crime envolve: I – violência doméstica ou familiar (o art.5 da Lei n. 11.340 de 2006 enumera o que é considerado pela lei violência doméstica e familiar; no inciso III acrescenta o menosprezo ou discriminação pela condição de mulher. O feminicídio foi incluído na legislação brasileira através da Lei n. 13.104 de 2015, conforme citado acima.

A distância entre a Lei do Femicídio e a Lei Maria da Penha conta 9 anos. Para Adorno, o sistema psíquico é um “sistema de cicatrizes”. Parafraseando o autor, pode-se afirmar que as cicatrizes deixadas no sistema psíquico ou no imaginário social pela insuficiência da Lei Maria da Penha para coibir a violência contra a mulher, que se dava em grande parte no âmbito doméstico, trouxe a necessidade de uma nova lei para coibir uma outra parte da violência perpetrada contra a mulher, essa pela condição de gênero, mais ampla que a Lei Maria da Penha, porque extrapola o ambiente doméstico para proteger a mulher nos demais ambientes que frequenta.

Sabe-se que a relação do sujeito com a lei é ambígua. Desde o texto de Freud (*apud* HEIDENREICH, 2012), “O mal-estar na civilização” e os antecedentes clássicos das teorias contratualistas de formação do Estado, com expoentes como Hobbes (2014), Rousseau (2013) e Locke (2018), tem-se uma vasta literatura que

olha para o ser humano como sendo aquele que, ao mesmo tempo, rejeita e deseja a lei. A relação de respeito e transgressão com a lei é uma constante. O ser humano precisa da lei para constituir a sociedade, para conseguir viver em comunidade mas, ao mesmo tempo, a rejeita, porque ela cerceia sua liberdade de fazer o que deseja.

O Direito entra nesse enquadramento de visibilidade humana do que pode e não pode ser feito, do dever-ser, da ideia de que a liberdade de um termina quando começa a do outro. No que diz respeito às Leis Maria da Penha e do Feminicídio, poder-se-ia argumentar que já existe norma que pune os maus-tratos, a lesão corporal, assim como o homicídio. Cerca de 80% das mortes por ano no mundo, segundo a OMS, é de homens. Qual seria, então, o sentido dessas duas leis, qual seria a utilidade das mesmas? Ocorre que o Direito serve igualmente para nomear, para tornar explícito, tem a função de fazer ver o que a sociedade muitas vezes não o quer.

No que diz respeito à Lei Contra a Violência doméstica e contra o Feminicídio, importante ressaltar o alerta de Lacan (1985), no sentido de que o que não é discutido no âmbito simbólico, volta no real de maneira mais violenta. Sendo o simbólico, para Lacan, a instância em que ocorrem as escolhas dos indivíduos, e o real o âmbito do que não pode ser simbolizado, o que é pertencente ao meio não humano. Assim sendo, quando não se discute na lei acerca de um tema como a violência no sentido simbólico, ela aparece em seu viés real, animalesco, mostrando ao ser humano que deve haver uma simbolização, uma inserção na lei daquilo que incomoda no real. A violência que é perpetrada contra mulheres é uma clara demonstração da invasão do real no simbólico e da necessidade de resgate dessa violência pela ordem simbólica.

Para Wittgenstein, os limites da linguagem são os limites do meu mundo. Assim sendo uma gramática do mundo vigente que estabelece limites perversos deve ser alterada, novos códigos devem surgir, nova racionalidade, nova compreensão do que seja o eu e do que seja o outro e que a outridade ou alteridade (LEVINAS *apud* LEFF, 2006) reine como fio condutor do comportamento humano, na estética das relações entre tempo e espaço, ou seja, no horizonte político.

A gramática já define: para cada sujeito tem um objeto, para cada causa tem um efeito. A gramática tradicional é um tratado descritivo normativo da morfologia e da sintaxe de uma língua, ficando de fora portanto a fonética e a semântica, conforme apontamos acima. As sociedades são marcadas por circuitos de violência que se reiteram “ahistoricamente”.

O direito precisa ter a plasticidade de indicar a violência, no caso, a violência contra a mulher e construir uma lei contra essa violência. Quando a violência é “nomeada” pela lei ela adquire um novo *status*. Esse novo status, com outros que a ele se juntem no mosaico normativo é o que pode constituir a nova gramática.

Segundo Vladimir Safatle (2019) o Estado suicidário não é um gestor de morte mas autor contínuo da própria catástrofe, em seu livro o uso da violência contra o Estado ilegal, pode-se visualizar que existem circuitos de violência que se naturalizam no interior da nossa sociedade. Mas, em sentido contrário, há uma pressão e uma luta para que uma situação igualitária se constitua. Essa situação igualitária pode ter como um de

seus principais vetores, senão a única solução possível, a construção de um novo circuito de códigos, de uma nova gramática em que a igualdade seja efetivamente a diretriz.

Continua Safatle, afirmando que as lutas não são identitárias. Existem leituras identitárias das lutas. Na verdade, elas são universalistas, desejam um *status* de igualdade universal, que nunca se firmou na sociedade e que deve nela se firmar. Assim é a luta pela igualdade feminina, dita aqui de diversas formas e filosofias, como uma nova gramática includente da mulher, tem o intuito de chegar ao ouvido, ao coração, e à lei como uma mensagem que deve ser escutada, sentida e tornada norma cotidiana, um dever-ser no agir diário de homens e mulheres.

Vale acrescentar que o grupo de pesquisa cadastrado no CNPQ: Relações Econômicas, Políticas, Jurídicas e Ambientais na América Latina (REPJAAL), do qual fazem parte as autoras, discute o direito de antidiscriminação endereçado às mulheres, meninas e adolescentes no Sistema Global e Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Existe uma integração do discurso conceitual-acadêmico da teoria da discriminação interseccional, e os instrumentos internacionais produzidos com objetivo de coibir ou eliminar a discriminação múltipla a que determinados grupos minoritários estão submetidos.

Os membros do REPJAAL propõem uma categorização das mulheres (nas diversas faixas etárias) na esfera dos grupos vulneráveis para que se possa descrever a intersecção entre gênero e raça diante das múltiplas discriminações a que estão submetidas. Visam desmistificar a caracterização monolítica do termo *mulher* e sua estigmatização ou homogeneização. Assim, ofertam um estudo empírico-analítico das situações de discriminação múltipla, tanto pelos elementos externos ao grupo em que as mulheres gravitam como no seu interior.

É possível descrever as consequências das diferentes formas de discriminação, a exemplo do racismo, saúde, desvantagens econômicas, que provocam camadas de desigualdade que estruturam as posições relativas aos homens e mulheres, raças e outras minorias. Faz-se essencial ofertar recomendações para reforçar a criação de um acervo teórico, empírico e jurídico que, além de propiciar a percepção da discriminação interseccional, possa produzir e orientar políticas de proteção às pessoas e grupos vulneráveis, incluídas as mulheres, meninas e adolescentes a partir das organizações internacionais, da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, dirigidas às Cortes Supremas dos Estados-Membros. (PLA COELHO, POMPEU, 2020, p. 1551-1578).

## CONCLUSÃO

A Constituição Pós-balzaquiana: das referências femininas na norma à construção de uma nova gramática includente da mulher foi o discurso acima desenvolvido, com o intuito de evidenciar que, apesar de o Princípio da Igualdade e da liberdade também, estarem expressos no texto da Constituição de 1988, tanto no espaço destinado aos Direitos Fundamentais, ou seja, no artigo 5º da Constituição Federal brasileira, assim como em

outros muitos artigos e incisos que a compõem, o mesmo está longe de ser efetivado no cotidiano de muitas mulheres. Efetivamente muitas mulheres, porque constituem a maioria quantitativa da República Federativa do Brasil continuam a sofrer discriminação interseccional em razão das múltiplas tarefas que ocupam, do racismo, da exclusão econômica, da ausência de decisão cultural, política e jurídica.

A referência ao tempo é pós-balzaquiano, no sentido de que se fala dos direitos das mulheres em um espaço normativo constitucional e infraconstitucional de mais de trinta anos, momento em que, para Balzac, escritor francês que aponta os trinta anos como o auge do momento feminino no mundo, pós-balzaquiano refere-se na verdade a um atraso nos acontecimentos que já deveriam ter ocorrido, ou seja, na construção normativa que já devia ter construído seu espaço, seja na forma de emendas constitucionais, normas infraconstitucionais ou políticas públicas que pontuassem o lugar de igualdade entre homens e mulheres.

Não tem nenhum processo de socialização do desejo que não tenha a marca da violência, seja o discurso em prol da natureza que é violentada pela prática econômica, que por sua vez entra em contradição o tempo todo, seja o discurso de socialização da igualdade entre homens e mulheres, que também sofre constante violência, pelo domínio do discurso masculino sobre o feminino. As sociedades, na verdade, não são violentas por si mesmas, elas apresentam marcadores de violência. Repetição de violência como aquela marcada pela violência de gênero.

O que existe na verdade, não é uma luta identitária das mulheres, mas uma luta universalista, já que elas pertencem à universalidade dos seres humanos. A luta é por uma igualdade real, que se dá via universalização. Até a gramática da nossa revolta é produzida por aqueles contra quem nós nos debatemos.

Assim, todo enunciado de luta é um enunciado em uma situação específica, em situações históricas distintas. É a demonstração de um estado de alienação que deve ser superado. A chamada revolução é uma mudança na gramática do poder. Uma espécie de confiança em uma deriva. O que se quer com a construção de uma nova gramática é a internalização de uma causalidade externa.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **A potência do pensamento**. São Paulo: Editora Autêntica, 2015.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Editorial Boitempo, 2004.
- BALZAC, Honoré. **A mulher de trinta anos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- BALZAC, Honoré. **Ouvres Complet**. Paris: 2017.
- BARBOSA, Jonnefer. **Política e tempo em Giorgio Agamben**. São Paulo: Editora Educ, 2014.
- BENJAMIN, Walter. **Linguagem, tradução, literatura: filosofia, teoria e crítica**. São Paulo: Editora Autêntica, 2018.
- BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. São Paulo: Editora Autêntica, 2012.
- DE LA BOÉTIE, Étienne. **Discurso sobre a servidão voluntária**. Campinas: Vide Editorial, 2021.
- ESPOSITO, Roberto. **Bios. Biopolítica e Filosofia**. Lisboa: Edições 70, 2010.



- FOUCAULT, Michel. **Le mots et le choses**. Paris: Galimard, 2012.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Editora Paz & Terra, 2019.
- HEGEL, Georg. **Fenomenologia do Espírito**. Petrópolis: Ed. Vozes, 2021.
- HEIDENREICH, Mieke. **Die Repressionshypothese am Beispiel von Freuds “Unbehagen in der Kultur” und ihre Kritik durch Michel Foucault**. München: Grin Verlag, 2012.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- LACAN, Jacques. **Seminário, livro 11: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise**. Segunda Edição. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.
- LEFF, Enrique. **Racionalidade Ambiental**. A Reapropriação Social da Natureza. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Lebooks Editora, 2018.
- MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 3a Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- OLIVEIRA, Roseane. (agosto de 2010) **“Estatísticas de violência doméstica no Brasil: Possibilidades de análise.”** Fazendo gênero. UFSC. Consultado em 24 de outubro de 2020.
- PINHEIRO, Carla. **Direito Internacional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001.
- PLA COELHO, Rosa Julia; POMPEU, Gina V. Vulnerabilidade das mulheres, meninas e adolescentes sob o enfoque da discriminação interseccional. *In*: NORONHA, Otávio; PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo. **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos**. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2020.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2013.
- SAFATLE, Vladimir. **O circuito dos afetos**. Corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo. 2. ed. São Paulo: Editora Autêntica, 2016.
- SAFATLE, Vladimir. **O uso da violência contra o Estado ilegal**. São Paulo: Boitempo, 2019.
- SANTOS, Boaventura Souza de. **Justicia entre saberes: epistemologias del sur contra el epistemicidio**. Madrid: Ediciones Morata, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Livraria do Advogado, 1998.
- WEIL, Simone. **O Enraizamento**. Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração 2012.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Coleção os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

# CAPÍTULO 11

## A RESILIÊNCIA DA MULHER NO ENCALCE DE SEUS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Priscila Bianchini de Assunção Alferes

### INTRODUÇÃO

O presente artigo ~~capítulo~~ revela a resiliência (capacidade de se recobrar ou se adaptar à má sorte ou às mudanças) da mulher frente a suas lutas e conquistas na busca da igualdade de gênero e de direitos. A mulher, desde os primórdios da história, foi submissa aos homens e seus parceiros devido ao império do machismo. Por muito tempo foi tratada em condições análogas às de escrava, e suas funções se resumiam a reprodução, criação de filhos e cuidados com a casa.

O fato é que as ideologias escritas por homens influenciadores de opinião, no passar dos séculos e na história, os quais colocaram a mulher como seres inferiores aos homens contribuíram para o império da desigualdade dos gêneros e da cultura da submissão da mulher em relação ao homem.

Aristóteles (384-322 a.C.), que teria influenciado enormemente diversas civilizações, afirmava que o ser feminino é incompleto. Para ele, todas as características herdadas pela criança estariam presentes no sêmen do pai, sendo a mulher somente um instrumento, um meio físico que possibilita a transmissão da descendência do homem. Dizia, ainda, que a mulher era imperfeita e que por isso o homem deveria guiá-la e comandá-la. Segundo ele, *"a natureza só faz mulheres quando não pode fazer homens. A mulher é, portanto, um homem inferior"*.

Platão (428-347 a.C.) também comungava de pensamentos similares aos de Aristóteles no que concerne à mulher, tendo dito que *"a natureza da mulher é inferior à do homem na sua capacidade para a virtude"*. Como podemos perceber, a lógica grega e a razão masculina contribuíram para afirmar a inferioridade da mulher em relação ao homem. Entretanto, o modelo de posse do corpo feminino se torna ainda pior, já que as religiões acabaram por atribuir a todas as mulheres um pesado fardo, capaz de questionar a sua moral, o que, de alguma maneira, ainda está presente nas sociedades contemporâneas.<sup>1</sup>

Diante de tantas discriminações, as mulheres, que até o século XIX não frequentavam universidades começaram, principalmente na Europa, alguns movimentos pela igualdade de gênero com a [“Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã”](#), da francesa [Olympe de Gouges](#), que foi guilhotinada após ser condenada por querer ser um “homem” de Estado, um marco na conquista de direitos. Aos poucos foram surgindo códigos e legislações que favoreciam as mulheres, com restrições e evidente inferiorização em relação aos homens; porém, aquelas adeptas, que fugiam da tradição, eram desvalorizadas, discriminadas e julgadas; pois grande parte

<sup>1</sup> <https://cronicasfeministas.wordpress.com/tag/aristoteles/>

da sociedade mantinha a ideia de que a mulher devia ser destinada apenas a trabalhos domésticos, para educação dos filhos e cuidado da família.

Sabemos na história de marcos revolucionários na busca dessa igualdade de direitos entre homens e mulheres muitas vezes regados a massacres.

O que se constata, no entanto, é a predominância, ainda, da ideologia que põe em foro de natureza a desigualdade sexual e oculta às próprias mulheres o caráter político das relações entre os sexos, tornando-as cúmplices de sua desvalorização. Tal assimetria, todavia, tem comportado resistência. Mulheres e homens vêm denunciando-a, demonstrando a incoerência e a falta de fundamentação, seja lógica, seja jurídica, seja econômica, seja afetiva, seja relacional, da exclusão feminina do espaço público, reivindicando e obtendo o alargamento do lugar que as mulheres ocupam no interior das relações sociopolíticas.<sup>2</sup>

Frente a tantas adversidades, no Brasil, foi promulgada a [Constituição Federal de 1988](#); após muitas batalhas feministas e com um trabalho incessante do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) e da bancada conhecida como “[Lobby do Batom](#)”, conseguiu inserir ao texto constitucional pela primeira vez a frase: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, texto inserido em seu art. 5º; fruto dessa resiliência obtida pela mulher com o passar dos anos, após muita discriminação social e cultural.

Para aprovação de diversas reivindicações das mulheres na Constituição Federal foram escolhidas 26 mulheres, o que representava 5,3% dos Constituintes, e embora fossem de ideologias e partidos diferentes elas trabalharam de maneira harmônica e em conjunto, fato que foi fundamental para suas conquistas.

## A RESILIÊNCIA E O DIREITO

Muito se fala no empoderamento da mulher nos dias atuais, acreditamos que um dos caminhos para esse acontecimento está ligado a resiliência, a ressignificar as experiências com padrões distintos de comportamentos que conduzem à liberdade e ao crescimento.

Ser resiliente significa ter capacidade de superar os contratemplos, se fortalecendo e se sobrepondo às dificuldades, reestruturando a vida após ter passado por dificuldades. Na psicologia, a resiliência desata ao retorno do que era antes, a partir da superação diante da ameaça sofrida. O termo resiliência surgiu no campo da física e diz respeito à capacidade de um corpo físico recuperar sua forma original após absorver algum tipo de impacto/deformação; em se tratando de comportamento humano estamos diante da capacidade e da habilidade do ser humano em lidar com as adversidades.

Muitas mulheres possuem uma atitude ativa diante das adversidades impostas por uma sociedade machista e embarcam em desafios, buscando uma igualdade entre os gêneros; essa força de vontade, essa luta por ideais, essa vontade de conquista e mudança, essa proatividade coadunam-se com a resiliência. A história

<sup>2</sup> BIANCHINI, Alice. [Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340/2006](#): aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de Gênero. São Paulo: Saraiva, 2013.

da mulher frente às batalhas para o reconhecimento de seus direitos, principalmente constitucionais, demonstra na história o quanto engajada socialmente e politicamente ela se encontra, lotada de capacidade e competência em prol de seus pares.

Joan Vaello Orts<sup>3</sup> salienta algumas competências utilizadas pelo ser humano em diversas situações tangíveis no dia a dia; são elas nominadas como ilhas de competência: autoestima, criatividade, realizações, enfrentamento de problemas, capacidade de introspecção, capacidade de relacionar-se harmonicamente com os demais, iniciativa ou capacidade de desenvolver ações criativas que favoreçam as metas estabelecidas, humor, otimismo e equilíbrio emocional.

Na história das conquistas das mulheres, pelos seus direitos, essas ilhas de competência estiveram presentes em um grupo delas, as quais não aceitando mais serem tratadas como seres inferiores em relação aos homens se uniram em um só propósito com o fito de igualarem seus direitos e deveres, buscando equilíbrio entre os gêneros, ressignificando situações adversas para o bem-estar individual e coletivo.

A busca dessa igualdade, não só formal, mas material, se estende hodiernamente com formação de movimentos sociais através de comitês, conselhos e organizações político-sociais em várias esferas do governo, compostos de mulheres com o objetivo de manter direitos adquiridos e ampliar direitos ainda não reconhecidos perante a legislação pátria.

As mulheres vêm demonstrando cada vez mais o engajamento na política e em cargos públicos importantes na condução e decisão do país, embora ainda passem por muitas situações de constrangimento e discriminação, demonstram resilientes e quebram pudores e barreiras nessa árdua luta de conquistas.

Quanto mais resiliente for o ser humano, mais sucesso pode alcançar, o que geralmente acontece após muitas quedas e derrotas, o importante é ser confiante para lidar com desafios surgidos ao longo do processo, acreditando em si mesmo, produzindo melhores resultados e chegando ao objetivo maior. Assim, sempre foi a busca da mulher no contexto “minorias”, minorias estas não referentes a números, mas aos direitos e sua amplitude. Para Bresciani e Naxara:

As primeiras pesquisas feitas sobre os fenômenos minoritários permitiram revelar critérios objetivos para fundamentar juridicamente a noção de minoria. Fixaram-se as variáveis de uma relação de dominação-subordinação. Na verdade, não existem minorias em si, existem apenas situações de minoria. O constrangimento caracteriza a situação de minoria. A situação de minoria pressupõe a submissão, a interiorização, a desvalorização do grupo considerado.<sup>4</sup>

É sob essa ótica que entendemos a inserção dos direitos das mulheres ampliados e inseridos no texto constitucional. A mulher quando limitada em sua autonomia por meio de coação, violência física, psicológi-

3 ORTS, Joan Vaello. *El professor emocionalmente competente um presente sobre “aulas” turbulentas*. Barcelona: Graó, 2009.

4 BRESCIANI, Stella; NAXARA, Márcia. *Memória e (Res)Sentimento, indagações sobre uma questão sensível*. Campinas:

Unicamp, 2009. p. 527.

ca e sexual, cerceamento no trabalho, caracterizado por trabalhos hierarquicamente inferiores ao dos homens, salários menores, com ofícios de baixa capacidade técnica, expostas muitas vezes a informalidade trabalhista, ligada à falta de autonomia financeira, se submete a relações conflitantes e abusivas em prol da família e, principalmente, do sustento de seus filhos. Diante desse cenário as mulheres se unem e buscam força para a igualdade dos gêneros.

A autovalorização e a autoconfiança são fundamentais na conquista desses direitos, identificando o valor da mulher nesse contexto social assimilando a ideia de que os seres humanos são iguais e assim devem ser tratados, aceitando as diferenciações estabelecidas constitucionalmente por estudos e parâmetros técnicos com o fito de buscar essa igualdade. Aliado ao fato de a mulher ter a capacidade de desenvolver qualquer ofício assim como os homens, havendo diferenciações pelas características individuais de cada ser humano e não baseadas no gênero.

A [Constituição de 1988](#) foi a primeira a implementar uma igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres no Brasil e conquistas em áreas diversas do Direito em especial no Direito Penal com a inserção do dever do Estado em coibir a violência intrafamiliar; o que corroborou para o advento da [Lei Maria da Penha em 2006](#), ao meu ver tardiamente, por ter se passado 18 anos da promulgação da Constituição Federal.

O comando positivado no art. 226 da CF impôs ao legislador infraconstitucional o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra mulher, advindo a lume a Lei Maria da Penha, fruto de um mandado de criminalização estabelecido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e possuindo como finalidade precípua o fortalecimento da proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.<sup>5</sup>

As mulheres seguem resilientes alcançando conquistas que nada mais são que reconhecimentos de sua essência como ser humano, as legislações especificamente voltadas para a mulher coadunam-se com as ações afirmativas visando a equidade dos gêneros. Segundo Locke, “*o papel do Estado é preservar as leis naturais dos homens*”.

## AS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS EM PROL DA MULHER

Diversas legislações surgiram advindas do movimento social da igualdade de gêneros baseadas nas Convenções, Declarações e Protocolos internacionais e nacionais como:

- Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e de Crianças, assinada em Genebra a 30 de setembro de 1921 e emendada pelo protocolo assinado em Lake Success (NY) a 12 de novembro de 1947 ([promulgada em 1955](#));

<sup>5</sup> ALFERES, Priscila Bianchini de Assunção; GIMENES, Eron Veríssimo. *Lei Maria da Penha Explicada*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2020. p. 28.

- Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores, assinada em Genebra a 11 de outubro de 1933 e emendada pelo protocolo assinado em Lake Success (NY) a 12 de novembro de 1947 (promulgada em 1955);
- Convenção Interamericana sobre a Nacionalidade da Mulher, assinada na 7ª Conferência Internacional Americana da OEA em Montevideu a 26 de dezembro de 1933 (promulgada em 1938);
- Convenção nº 45, Emprego de Mulheres nos Trabalhos Subterrâneos das Minas, assinada na 19ª sessão da Conferência Geral da OIT a 18 de julho de 1935 (promulgada em 1938);
- Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Políticos à Mulher, assinada na 9ª Conferência Internacional Americana da OEA em Bogotá a 2 de maio de 1948 (promulgada em 1950).; Protocolo de Emenda da Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, concluído em Genebra a 30 de setembro de 1921, e da
- Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores, concluída em Genebra a 11 de outubro de 1933, assinado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Lake Success (NY) a 12 de novembro de 1947 (promulgado em 1955);
- Convenção nº 89, Convenção sobre Trabalho Noturno das Mulheres na Indústria, assinada na 31ª sessão da Conferência Geral da OIT a 17 de junho de 1948 (promulgada em 1957);
- Convenção nº 100, Convenção Concernente à Igualdade de Remuneração para a Mão de Obra Masculina e a Mão de Obra Feminina por um Trabalho de Igual Valor, assinada na 34ª sessão da Conferência Geral da OIT a 6 de junho de 1951 (promulgada em 1957);
- Convenção Internacional sobre os Direitos Políticos da Mulher, assinada na 7ª sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em Nova York a 31 de março de 1953 (promulgada em 1963);
- Convenção nº 103, Convenção Relativa ao Amparo à Maternidade, assinada na 35ª sessão da Conferência Geral da OIT a 4 de junho de 1952 (promulgada em 1966);
- Convenção nº 111, Convenção Concernente à Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão, assinada na 42ª sessão da Conferência Geral da OIT a 4 de junho de 1958 (promulgada em 1968);
- Convenção Internacional sobre a Nacionalidade da Mulher Casada, assinada na 11ª sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em Nova York a 20 de fevereiro de 1957 (promulgada em 1969); Declaração de Pequim, assinada na 4ª Conferência Mundial sobre as Mulheres: Ação para Igualdade, Desenvolvimento e Paz (15 de setembro de 1995).
- Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), assinada na 34ª sessão da Assembleia Geral da OEA a 6 de setembro de 1994 (promulgada em 1996);

- **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, assinada na 34ª sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em Nova York a 18 de dezembro de 1979 (promulgada em 2002); Protocolo Facultativo à Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, assinado em Nova York a 6 de outubro de 1999 (promulgado em 2002);
- **Convenção nº 171, Convenção Relativa ao Trabalho Noturno**, assinada na 77ª sessão da Conferência Geral da OIT a 6 de junho de 1990 (promulgada em 2004); Protocolo Adicional à Convenção Internacional contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças, assinado na 55ª sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em Nova York a 15 de novembro de 2000 (promulgado em 2004).

A partir dessas normas de importante valor na mudança de paradigmas no mundo jurídico nacional e internacional, surgem legislações no Brasil voltadas para as mulheres, inovações estas que nos últimos anos se ampliaram, principalmente na esfera criminal, já que o Brasil detém o 5º lugar no ranking mundial de feminicídio, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH).

Essas legislações muitas vezes, tratando-se de ações afirmativas, demonstram-se necessárias para alcançar a igualdade material entre os gêneros.

Na Constituição Federal alemã está inserido dois princípios: o da Igualdade Jurídica e o da Igualdade Fática, quando houver desigualdade conforme um princípio, o outro considerará tratamento igual.

Neste contexto, tem sido amplamente aceita a distinção entre uma modalidade direta de discriminação e os casos da assim chamada discriminação indireta, no sentido de que ambas as formas de discriminação são, quando não justificáveis do ponto de vista constitucional, ofensivas ao princípio da igualdade. No caso da discriminação indireta, o que se verifica é que medidas aparentemente neutras sob o ponto de vista discriminatório, quando de sua aplicação resultam efeitos nocivos e particularmente desproporcionais para determinadas categorias de pessoas.<sup>6</sup>

Deve haver uma proporcionalidade na medida ou legislação adotada, que não coloque outras pessoas ou segmentos sociais em desvantagem, sob pena de ferir o princípio da igualdade.

A Constituição Federal impõe ao Poder Público medidas visando a redução das desigualdades, o que percebemos claramente na busca da igualdade de gêneros. Os dispositivos constitucionais foram complementados por legislações infraconstitucionais e por Constituições Estaduais.

O art. 5º da CF adota o princípio da igualdade de gêneros, fruto da exitosa conquista do movimento feminista. No seu *caput* diz o seguinte: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade,*

<sup>6</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”; e, no inciso I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”.

Essa igualdade de gênero é uma das reivindicações sociais aplicada em todo o mundo, onde o embrião surgiu no século XVIII, quando muitas mulheres se mobilizaram na busca da equidade de direitos civis, políticos, sociais, eleitorais, trabalhistas, à educação, sexuais e maior participação política.

Entre outras conquistas, a proibição pela Constituição Federal de discriminação no mercado de trabalho por motivo do gênero: “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.”.

O art. 7º da CF evita que as diferenças biológicas entre homens e mulheres gerem diferenciação no pagamento de salários, fato ocorrido durante a Revolução Industrial, com a exploração do trabalho da mulher, pagando-se menos por um trabalho eficiente; daí surgiram movimentos internacionais exigindo a necessidade de proteção ao trabalho da mulher.

Mais uma vez a mulher se colocava numa posição de inferioridade em relação ao homem, pois o mesmo trabalho exercido pelo sexo masculino era mais valorizado e melhor remunerado, novamente há necessidade de o Estado intervir, inserindo em sua legislação mecanismos de proteção.

Ainda no campo trabalhista foi inserido o direito à paternidade, evidenciando que a obrigação dos cuidados com os filhos não é de exclusividade da mulher, devendo o homem participar.

A [Lei nº 9.029/1995](#) proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização para efeitos admissionais.

Na esfera cível mudanças importantes ocorrem no [Código Civil](#): O Novo Código Civil substituiu a palavra “homem” por “pessoa” seguindo o princípio constitucional da isonomia; estabeleceu igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges; suprimiu das causas de nulidade do casamento o defloramento da mulher; a sociedade conjugal passou a ser chefiada pelo homem e pela mulher; liberdade na fixação do domicílio conjugal; guarda dos filhos, extinção da prevalência da mãe; substituição do “pátrio poder” pelo “poder familiar”; pensão alimentícia podendo ser requerida pelo homem e pela mulher. Inovações legislativas de suma importância para desmistificar o machismo e a dominação do homem em relação aos filhos e a esposa/companheira.

Os avanços são significativos também na esfera criminal, onde temos:

- [Lei nº 7.210/1984](#) determina o direito das presas de amamentarem seus filhos;
- [Lei nº 8.930/1994](#), que incluiu o estupro no rol dos crimes hediondos;
- [Lei nº 9.318/1996](#), que agravou a pena dos crimes cometidos contra a mulher grávida;
- [Lei nº 11.340/2006](#), que penaliza com efetividade os casos de violência doméstica;
- [Lei nº 13.104/2015](#), Lei do Feminicídio;



- [Lei nº 13.505/2017](#), atendimento policial e pericial especializado à mulher;
- [Lei nº 13.641/2018](#), crime de descumprimento de medida protetiva de urgência;
- [Lei nº 13.771/2018](#), causas do aumento de pena para o crime de feminicídio;
- [Lei nº 13.772/2018](#), registro não autorizado da intimidade sexual;
- [Lei nº 13.827/2019](#), concessão de medida protetiva de urgência pela autoridade policial;
- [Lei nº 13.836/2019](#), obrigatoriedade de informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica e familiar;
- [Lei nº 13.894/2019](#), competência dos juizados de violência doméstica e familiar contra mulher para ação de divórcio, separação, anulação de casamento ou dissolução da união estável nos casos de violência.

Na esfera eleitoral a [Lei nº 9.504/1997](#) dispõe sobre a cota de 30% no mínimo para cada sexo de candidatos ao pleito eleitoral. Inegavelmente a participação das mulheres na esfera política é uma questão de avanço, crescimento e enriquecimento para a cidadania, dada a importância do ponto de vista feminino na condução da democracia do país.

Robusta se mostra a legislação no que tange aos direitos das mulheres nos últimos anos; não mais importante que isso é a concreta aplicação dessas normas, ficando evidente a necessidade da positivação desses direitos em prol das mulheres, fundamental se mostra a intervenção do Estado na busca dessa igualdade.

## CONCLUSÃO

Percebe-se que medidas jurídicas estão sendo adotadas pelo Brasil com importantes conquistas na busca da equidade entre os gêneros. A [Constituição Federal de 1988](#) foi um marco importante para essa igualdade, após muitos avanços em nível internacional.

Apesar dessas mudanças significativas muitas mulheres ainda sofrem discriminações e são violentadas sexualmente e fisicamente, possuem salários diferenciados em relação aos homens e possuem uma baixa representatividade em alguns segmentos, como, por exemplo, na política. O que se busca é a igualdade de oportunidades. A violência de gênero é difícil desenraizar e compromete todo um ideal de sociedade que restaure a dignidade da mulher, a qual teve seus direitos violados, reafirmando o respeito às diferenças entre as pessoas e reconstruindo elos e representações em todos os segmentos sociais.

Infelizmente para o reconhecimento de um direito natural, muitas mulheres foram mortas, violentadas e discriminadas, e isso ainda ocorre nos dias atuais; essa resiliência da mulher, já explanada, se faz útil e necessária na busca da isonomia entre os sexos, para a ampliação da participação da mulher em cargos públicos e de comando, razão pela qual o Estado deve ser proativo em seu posicionamento para estabelecer essa igualdade de oportunidades.

A mudança de postura e de paradigmas deve surgir não apenas do Estado, mas de toda a sociedade e segmentos sociais, com incentivos das empresas públicas e privadas e de organizações nacionais e internacionais, envolvendo ações afirmativas dignas de combater todo o preconceito contra o sexo feminino, arraigado culturalmente ao ser humano.

No Brasil entendemos que muita coisa ainda há de se fazer para alcançar a igualdade ideal entre os gêneros, porém entendemos que esse caminho percorrido vai muito além da elaboração de normas constitucionais e infraconstitucionais, deve haver uma mudança de paradigmas e de comportamento sociocultural, a problemática envolve as áreas de educação, cultura e família como gérmen de programas voltados à desmistificação do machismo, mudança de papéis predefinidos entre os gêneros, divisão de trabalhos domésticos, engajamento da sociedade na repressão à violência doméstica, envolvimento do pai na educação e cuidados com os filhos, extermínio de frases que alimentam o machismo, apoio de mulheres na política, campanhas contra o assédio moral e sexual, promoção de cursos com temas sobre a diversidade e combate à discriminação e preconceitos. Esse é o caminho que buscamos para uma sociedade livre, justa e solidária.

Por fim, queridas mulheres, que juntas alcancemos nossos objetivos e que tenhamos a sabedoria de Minerva, a liderança de Cleópatra e Dandara, sejamos destemidas como Leila Diniz, militantes como Maria Quitéria e Joana D'Arc, revolucionárias como Anita Garibaldi, missionárias como Madre Teresa de Calcutá, loucas como Carlota Joaquina, poeta como Cora Carolina, belas como Marilyn Monroe, feministas como Jaqueline Pitanguy e mães como Maria.

## REFERÊNCIAS

- ALFERES, Priscila Bianchini de Assunção; GIMENES, Eron Veríssimo. **Lei Maria da Penha Explicada**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2020.
- BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340/2006**: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de Gênero. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRESCIANI, Stella; NAXARA, Márcia. **Memória e (Res)Sentimento, indagações sobre uma questão sensível**. Campinas:
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- ORTS, Joan Vaello. **El professor emocionalmente competente um presente sobre “aulas” turbulentas**. Barcelona: Graó, 2009. Unicamp, 2009.

# CAPÍTULO 12

## A RESILIÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Adriana Cecílio Marcos dos Santos

*“A massa do povo é suficientemente lúcida para reclamar um mínimo de justiça social e de segurança econômica. Porém, nem a mais perfeita constituição está em situação de satisfazer essas aspirações, por mais pretensioso que possa ser o catálogo dos direitos fundamentais, econômicos e sociais. A Constituição não pode solver o abismo entre a pobreza e a riqueza; não pode trazer comida, nem descanso, ou seja, as necessidades essenciais da vida”*

Karl Loewenstein

A [Constituição Brasileira de 1988](#) pode ser resumida em uma palavra, resiliência. A Constituição resiste e persiste as incansáveis investidas que almejam sua revogação. Nesta pesquisa, analisar-se-á, por amostragem, as propostas formuladas com o intento de convocar uma nova assembleia nacional Constituinte e suas motivações; ato contínuo, passa-se a analisar os principais fundamentos que embasaram os pedidos; as razões que apontam para a desnecessidade de uma nova constituição e, por fim, o que é o poder Constituinte e quando uma nova assembleia pode ou deve ser convocada.

Ao longo de seus trinta e dois anos de vigência, a Constituição Cidadã já foi alvo de cento e oito emendas constitucionais. A Constituição cresceu, modificou-se, mas não se perdeu de sua essência. Não é objeto deste artigo perscrutar a real necessidade de cada uma das alterações já realizadas, se foram indispensáveis ou não está fora do escopo da presente investigação. O que se pode afirmar com segurança é que nenhuma emenda alterou o cerne do texto, os objetivos delineados pelos Constituintes originários, os princípios, direitos e deveres fundamentais protegidos em cláusula pétrea<sup>1</sup> se encontram preservados.

Ao conservar a higidez de seu espírito, a Constituição demonstra a sua resiliência frente aos ataques que vêm sofrendo diuturnamente. Segundo o dicionário, resiliência é um termo que, em sentido figurado e coloquial, significa a “*capacidade de quem se adapta às intempéries, às alterações ou aos infortúnios. Tendência natural para se recuperar ou superar com facilidade os problemas que aparecem*”<sup>2</sup>.

Não se pode dizer que a Constituição tem facilidade para superar problemas que aparecem, os obstáculos são sempre grandiosos e desafiadores, mas a Carta Cidadã tem conseguido dar respostas satisfatórias à nação e cumprir o seu papel. A democracia tem sido defendida com base nos princípios e valores guarneidos

<sup>1</sup> Alguns doutrinadores defendem que os princípios e direitos assegurados no artigo 60 da Constituição são as cláusulas pétreas, outros entendem que o artigo 60 é a cláusula pétrea do texto constitucional brasileiro, por marcar os conteúdos que não podem ser modificados pelo Constituinte derivado. Manoel Gonçalves Ferreira Filho faz esse debate em seu Curso de Direito Constitucional.

<sup>2</sup> Dicionário online de português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/resiliente/>. Acesso em: 07 jan. 2021.

pela **CF88**. É graças ao espírito antiditatorial, tão presente ao longo do texto, que o Brasil está conseguindo fazer frente às investidas autoritárias que estão rondando as nações mundiais em especial no último quinquênio.

## DAS PROPOSTAS DE CONVOCAÇÃO DE UMA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

O marco temporal foi escolhido considerando a primeira vez que um Chefe do Poder Executivo Federal, em exercício, mencionou a possibilidade de convocação de uma assembleia Constituinte. Posteriormente, as propostas mais significativas formuladas por parlamentares. Não se faz necessário esclarecer que as propostas não lograram êxito, posto que, a CF/88 segue vigente.

Em 2006 o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva dialogou com a Ordem dos Advogados do Brasil a respeito da possibilidade de encaminhar ao Congresso uma proposta visando uma reforma política no texto constitucional desde que a OAB encampasse a ideia e capitaneasse o projeto.<sup>3</sup>

Em meados de 2013 a Presidente Dilma Rousseff propôs a realização de um plebiscito para autorizar ou não a convocação de uma assembleia Constituinte que teria como objeto apenas a reforma política, como já fora aventado por Lula. Juristas e parlamentares defenderam a possibilidade de reforma via emenda constitucional<sup>4</sup>.

Em 2015 o líder do Partido dos Trabalhadores, Sibá Machado, propôs novamente a convocação de uma assembleia Constituinte que buscaria realizar modificações importantes, como incluir a possibilidade de “*recall*”, dentre outras alterações que configurariam a reforma política já citada nos anos anteriores.<sup>5</sup>

Em 2016 o Deputado Federal Rogério Rosso, Partido Social Democrático, apresentou uma proposta de emenda constitucional, **PEC 298/2016**, que tinha por objeto incluir no Ato das Disposições Transitórias da Constituição a previsão de convocação de uma assembleia Constituinte que deveria ser convocada em 1º de fevereiro de 2017.<sup>6</sup>

Em 2017 o Deputado Federal Ronaldo Lessa, Partido Democrático Trabalhista, apresentou uma nova proposta de emenda constitucional, **PEC 312/2017**, com idêntico teor à apresentada em 2016, considerando a data inicial dos trabalhos no início da sessão legislativa de 2018.<sup>7</sup>

Em 2018 os dois principais candidatos à presidência da República, Fernando Haddad (PT) e Jair Bolsonaro (PSL), ao longo da campanha trataram sobre a possibilidade de convocação de uma nova assembleia nacio-

3 CONJUR: Consultor Jurídico. **Presidente Lula fala em convocar Assembléia Constituinte**. 2 ago. 2006. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2006-ago-02/lula\\_convocar\\_assembleia\\_Constituente](https://www.conjur.com.br/2006-ago-02/lula_convocar_assembleia_Constituente). Acesso em: 06 jan. de 2021.

4 CONJUR: Consultor Jurídico. **Dilma Rousseff propõe Constituinte exclusiva para reforma política**. 4 jun. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-24/dilma-rousseff-propoe-Constituente-exclusiva-reforma-politica>. Acesso em: 6 jan. 2021.

5 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Líder do PT defende assembleia Constituinte exclusiva sobre reforma política**. 28 abr. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/456940-lider-do-pt-defende-assembleia-Constituente-exclusiva-sobre-reforma-politica/>. Acesso em: 06 jan. 2021.

6 BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição 298/2016. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1517596&filename=Tramitacao-PEC+298/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1517596&filename=Tramitacao-PEC+298/2016). Acesso em: 06 jan. 2021.

7 BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição 312/2017. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544707&filename=PEC+312/2017](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544707&filename=PEC+312/2017). Acesso em: 06 jan. 2021.

nal Constituinte.<sup>8</sup> O candidato do Partido do Trabalhadores mencionava a proposta em seu plano de governo, mas posteriormente, abandonou a ideia. O então candidato à vice-presidência pela chapa adversária, Hamilton Mourão, foi mais longe e defendeu a criação de um texto constitucional por um grupo de “notáveis”, não pelo povo, mas o intento não foi corroborado por Bolsonaro. Por fim, os dois candidatos à presidência firmaram um termo de compromisso no sentido de não levar a ideia adiante.<sup>9</sup>

Em 2019 em razão do debate acerca da possibilidade de prisão em segunda instância e a inviabilidade de alteração do texto por ser tratar de uma cláusula pétrea, o tema foi novamente levantado e amplamente debatido no Congresso Nacional e nas redes sociais. O Deputado Federal Capitão Augusto, apoiado por outros parlamentares, dentre eles o Presidente da Mesa do Senado Federal Davi Alcolumbre.<sup>10</sup>

Em 2020 o líder do governo na Câmara dos Deputados, Ricardo Barros, retomou a defesa da necessidade de uma nova constituição:

Eu pessoalmente defendo nova assembleia nacional Constituinte, acho que devemos fazer um plebiscito, como fez o Chile, para que possamos refazer a Carta Magna e escrever muitas vezes nela a palavra deveres, porque a nossa carta só tem direitos e é preciso que o cidadão tenha deveres com a Nação.<sup>11</sup>

A Ordem dos Advogados do Brasil rapidamente emitiu parecer em sentido contrário, apontando o viés inconstitucional da proposta e declarando que se trataria de uma “*sentença de morte da ordem constitucional*”.<sup>12</sup>

Em janeiro de 2021 o mesmo Deputado Federal publicou no jornal Folha de São Paulo um artigo com o título “Por uma nova Constituição”<sup>13</sup>, defendendo novamente a falência do texto constitucional de 1988 e pugnando por uma nova Carta Magna.

A Constituição não tem paz. Há uma preocupação maior em revogá-la do que em cumpri-la. Algumas intenções podem até ser boas e louváveis, mas carecem de respeito à lógica constitucional de uma nação. Não se modifica um texto que atende aos anseios do povo. O que se percebe é que os esforços em desprestigiar a Constituição são muito superiores aos envidados para atender seus nobres desígnios. Existem mais críticas aos direitos que ela busca tutelar, que aos algozes que a violam diuturnamente inviabilizando o cumprimento desses direitos. Apesar disso, ela resiste.

8 PASSARINHO, Nathalia. Eleições 2018: ministro do STF Marco Aurélio Mello diz que Brasil precisa de políticos que cumpram a constituição, não que queiram trocá-la. **BBC News Brasil, Londres**, 1 out. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45710971>. Acesso em: 06 jan. 2021.

9 **O GLOBO. Compromisso firmado**. n. 31109, 09/10/2018. País, p. 4. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/551986/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 06 jan. 2021.

10 KADANUS, Kelli. O que querem os parlamentares que defendem uma nova Constituinte no Brasil. **Gazeta do Povo**, 19 nov. 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/nova-Constituinte-parlamentares-escrever-constituicao/>. Acesso em: 06 jan. 2021.

11 CONJUR: Consultor Jurídico. **Comunidade jurídica rechaça proposta de deputado para convocar nova Constituinte**. 26 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-26/comunidade-juridica-rechaca-proposta-convocacao-Constituinte>. Acesso em: 06 jan. 2021.

12 CONJUR: Consultor Jurídico. **Parecer do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – Procuradoria Constitucional**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oab-plebiscito-Constituinte.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2021.

13 BARROS, Ricardo. **Por uma nova Constituição**. Folha de São Paulo, 3 jan. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2021/01/por-uma-nova-constituicao.shtml>. Acesso em: 06 jan. 2021.

É certo que essas investidas reiteradas contra a Constituição, se colocam como um óbice à construção do que Machado Horta bem definiu como “sentimento constitucional”:

É a consciência solidarizante da comunidade que integra os detentores e os destinatários do poder na Constituição. O sentimento constitucional, que envolve a valorização sentimental da Constituição, é incompatível com a indiferença popular em relação à Constituição.<sup>14</sup>

O sentimento constitucional sustém a força normativa do texto constitucional. Não há como fortalecer a Constituição e fazê-la cumprir, se os agentes públicos persistentemente incitam o povo contra a Carta política da nação.

## DOS MOTIVOS FREQUENTES QUE EMBASAM AS PROPOSTAS

Os três argumentos mais frequentes são: a necessidade de realizar uma profunda reforma política; a suposta ineficiência dada quantidade de alterações já sofrida; e o derradeiro e mais acintoso, oferecer “direitos em demasia”, mas não deveres.

Sobre a necessidade de produzir uma reforma política profunda. A intenção é interessante, os objetivos se demonstram nobres, visam a melhoria da estrutura política e o aumento da participação popular nos espaços de poder. Incluir o “*recall*”, um autêntico mecanismo de democracia direta, seria de fato muito importante e deveras necessário. Contudo, nada impede que essa modificação seja realizada via proposta de emenda constitucional.

Ademais, seja sob o pretexto de convocar uma nova assembleia nacional Constituinte aberta com a finalidade de reescrever totalmente a carta política do país, ou como foi aventado em relação à proposta de reforma política, algo pontual e limitada à essa temática; a verdade é que a Constituição não permite tal intento. O poder Constituinte derivado não pode se alçar à Constituinte originário. A CF/88 trouxe no [Ato das Disposições Transitórias](#) a previsão de um momento específico para ser exercido o amplo poder reformador, que a seu tempo foi efetivado<sup>15</sup>.

Transcender o que a Carta permite se configura, no dizer de Georges Burdeau, uma “fraude à Constituição”:

[...] o silêncio ou a imprecisão do texto constitucional sobre a revisão total, deve ser interpretado como proibição dessa modalidade de revisão. O desconhecimento da natureza limitada do poder Constituinte derivado, seja ele denominado poder de revisão, poder de emenda ou poder de reforma, ou a prática da revisão total, quando ela não for expressamente prevista na Constituição, conduzirá ao que se denominou de “fraude à Constituição”.<sup>16</sup>

14 HORTA, Raul Machado. Permanência e Mudança na Constituição. *Revista Inf. Legis*, Brasília, ano 29, n. 115, jul./set. 1992. p. 5. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176002>. Acesso em: 07 nov. 2021.

15 Art. 3º A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Constituição da República Federativa do Brasil, Ato das Disposições Transitórias.

16 BOURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. 2e édition revue et augmentée. t. 1. *Le pouvoir politique*. t. 2. *L'État* – v. IV. 1968. p. 261.

Tudo que há de se modificar a bem da democracia pode ser ancorado pelo texto atual sem necessidade de uma nova constituição. O espírito da Constituição Cidadã possui afinidade com a participação popular. Só se faz necessário produzir um novo texto para incluir alterações benéficas ao povo, se o *animus* da Carta vigente não se alinhasse com tal intento. Não é o caso da CF/88. A Carta da Primavera possui uma plêiade de princípios que sustentam e fomentam o fortalecimento do regime democrático.

Em relação às alterações, é necessário mencionar o óbvio, as modificações são legítimas e inevitáveis, visto que, o Brasil adota o sistema *civil law*. O direito brasileiro se guia pelo princípio da legalidade, logo, é preciso que todos os direitos estejam positivados no ordenamento jurídico pátrio. Sendo a Constituição a lei máxima do país, as alterações mais profundas precisam estar registradas no texto constitucional.

Se trata de algo óbvio e ululante, contudo, com tantas acusações que visam mitigar a validade do texto constitucional fundadas nesse argumento, é relevante dizer o óbvio. A Constituição é viva, ela cresce, ela precisa se modificar para acompanhar a evolução da vida em sociedade. As transformações no texto não são sinais de baixa eficácia, pelo contrário, denotam sua atualidade e eficiência. A moldura do Estado Democrático de Direito precisa responder aos desafios impostos pelas metamorfoses sociais.

É certo que esse processo por ser pouco compreendido pela população acaba por se tornar objeto de manipulação por aqueles que possuem interesse em atacar a Constituição. A forma como essas informações chegam à população acaba por gerar um senso de descrédito, pois, ao invés de destacar a ampliação do texto como algo necessário e natural, as alterações são noticiadas como uma tentativa de atualizar uma Constituição falta e ineficiente. O que no caso da [Constituição de 1988](#), não é verdade.

Karl Loweinstein já advertia em relação ao excesso de emendas como um fator de desvalorização do sentimento constitucional<sup>17</sup>, mas é importante lembrar que ele escreveu a respeito desse tema no início da década de sessenta. Atualmente, com o advento das redes sociais e a possibilidade informação instantânea, o povo só não é esclarecido de forma acertada por falta de interesse político.

No tocante ao dito “excesso de direitos” é importante transcrever um excerto da declaração do Deputado Federal Ricardo Barros, pois seu pensamento reflete um entendimento próprio do senso comum, que está sendo construído no inconsciente coletivo à custa de muita desinformação: “*A atual Constituição Federal tem 103 vezes a palavra ‘direitos’ e 9 vezes a palavra ‘deveres’*. Trata-se, claro, de uma conta que não fecha”.<sup>18</sup>

A [Constituição Brasileira](#) de fato é profícua em sua carta de direitos. No “Título II – dos Direitos Fundamentais” se encontra elencado um amplo rol de direitos individuais e coletivos; sociais e políticos. A Constituição ainda encarta princípios que protegem a ordem financeira, a família, o meio ambiente e outros;

<sup>17</sup> “A utilização frequente do processo de emenda constitucional é outro elemento da desvalorização da Constituição. O volume pletórico das Emendas gera a indiferença e produz uma espécie de embotamento da consciência coletiva. O complexo mecanismo da Emenda não desperta maior interesse na opinião pública e o tema fica entregue aos especialistas e às lideranças políticas que o conduzem nas Comissões e no plenário das Câmaras.” LOEWEINSTEIN, Karl. **Political Power and the Governmental Process** – The University of Chicago Press, 1962. p. 153.

<sup>18</sup> CONGRESSO EM FOCO. **Líder de Bolsonaro promete plebiscito por nova Constituinte em breve**. 4 jan. 2021. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/lider-de-bolsonaro-promete-plebiscito-por-nova-Constituinte-em-breve/>. Acesso em: 06 jan. 2021.

ou seja, praticamente todos os aspectos relevantes à manutenção das relações sociais estão valorosamente tutelados no texto constitucional.

Mas, é acertado afirmar que a Constituição traz mais direitos que deveres? Não. José Afonso da Silva explica que todos os direitos fundamentais possuem um caráter dúplice, ou seja, são direitos que encerram deveres. Ao se erigir um direito, automaticamente nasce o dever para os demais membros da sociedade, para o Estado, para as entidades privadas e todos os demais entes no sentido de observar e respeitar esse direito.

Conta o constitucionalista a respeito dos debates havidos na assembleia nacional Constituinte de 1987 e já vaticina a resposta aos ataques sofridos pela Constituição hodiernamente:

Os conservadores da Constituinte clamaram mais pelos deveres que pelos direitos. Sempre reclamaram que a Constituição só estava outorgando direitos e perguntavam onde estariam os deveres? Postulavam, até que se introduzissem aí deveres individuais e coletivos. Não era isso que queriam, mas uma declaração constitucional de deveres, que impusessem ao povo. Ora, uma Constituição não tem que fazer declaração de deveres paralela à declaração de direitos. **Os deveres decorrem destes na medida em que cada titular de direitos individuais tem o dever de reconhecer e respeitar igual direito do outro, bem como dever de comportar-se, nas relações inter-humanas, com postura democrática, compreendendo que a dignidade da pessoa humana do próximo deve ser exaltada como a sua própria.**<sup>19</sup> [grifo nosso].

Logo, não é razoável argumentar que o simples cômputo do número de vezes que o texto menciona a palavra “direito” sirva para comprovar um hipotético desequilíbrio na divisão entre prestações e obrigações. Uma coisa está contida na outra. Para todos os direitos há um dever implícito.

Ademais, importante repisar que os direitos não são privilégios. Todos, sem exceção, são fruto de uma longa luta histórica por reparação de diferenças sociais que inviabilizam a vida em sociedade de forma equilibrada, respeitosa e justa. Não existem direitos que podem ser simplesmente descartados, como se fossem algo de somenos importância, sem prejuízo à marcha evolutiva da própria condição humana.

## DO PORQUÊ NÃO PRECISAMOS DE UMA NOVA CONSTITUIÇÃO

Primeiro, a ideia não deve prosperar porque a Constituição atende aos desígnios da nação. Como acreditar que o povo não deseja mais que se cumpram os objetivos expressos no texto constitucional?<sup>20</sup>

O texto é sistemático, todos os preceitos trazidos ao longo da Constituição visam constituir meios para que os objetivos da nação prosperem. É de interesse de todos, sobremaneira, da maioria da população a concretização da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a busca por mecanismos que proporcionem

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 196.

<sup>20</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.



o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, extirpando-se os preconceitos. Tais propósitos contemplam a solução das principais mazelas do povo brasileiro.

É um fato que o povo desconhece essas intenções. Em razão disso se torna tão fácil atacá-la e desmerecê-la. Não há como, nem porque, defender e valorizar o que não se conhece. A fim de corrigir o déficit democrático forjado pelo distanciamento entre o povo e a constituição cabe investir na construção do sentimento constitucional, como bem explicita Machado Horta:

O acatamento à Constituição ultrapassa a imperatividade jurídico de seu comando supremo. Decorre, também, da adesão à Constituição, que se espraia na alma coletiva da Nação, gerando formas difusas de obediências constitucional. É o domínio do sentimento constitucional.<sup>21</sup>

Segundo, porque sempre há um grave risco que perpassa a proposta de alteração do texto constitucional que é propiciar a instalação de um regime autocrático ou mesmo fortalecer um líder autoritário, viabilizando instrumentos constitucionais para que esse projeto se realize. Ou seja, modificar a Constituição pode se revelar um meio escuso para a concretização de uma intenção sub-reptícia de solapar a democracia.

Georges Abboud alerta sobre a tentativa de modificar as regras do jogo visando colocar a oposição em desvantagem se trata de uma característica própria dos autocratas: “*No Brasil, o drama é ainda maior, visto que, não raras vezes, o pensamento autocrata das ideologias mais exageradas do espectro político propõe, num acesso de confiança messiânica, a realização pura e simples de uma nova Assembleia Constituinte*”.<sup>22</sup>

Terceiro, porque a constituição ainda não se revela plenamente efetiva em nosso país, mas ela será quando a sociedade amadurecer e conseguir colocar em prática os ideais nela estatuídos. Nesse sentido, vale recordar a lição de Karl Loewenstein ao classificar ontologicamente as constituições, “*en lugar de analizar la esencia Y el contenido de las constituciones, el critério del análisis ontológico radica en la concordância de las normas constitucionales con la realidad del processo del poder*.”<sup>23</sup>

O autor explica que as constituições possuem três tipos de caráter: normativo, semântico e nominal. Nas constituições com característica normativa suas normas dominam o processo de poder. É o processo que se adapta à Constituição, ela rege as relações sociais; as constituições semânticas existem apenas no plano teórico, mas quem governa são os detentores do poder ao arrepio do que diz o texto constitucional; e, por fim, as constituições nominais são educativas, seu objetivo é se converter em uma constituição normativa, para tanto ela precisa ser acolhida e suas normas compreendidas pela população para que assim ela não se submeta aos processos de poder, mas sim ao contrário, tal como se dá com as constituições normativas.

21 HORTA, Raul Machado. Permanência e Mudança na Constituição. *Revista Inf. Legis*, Brasília, ano 29, n. 115, jul./set. 1992. p. 5. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176002>. Acesso em: 07 nov. 2021.

22 ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 1.320.

23 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*. Tradução Alfredo Gallego Anabita. Reimpresão. Barcelona: Ed. Ariel, 1979. p. 217.

Loewenstein apresenta uma metáfora utilizando uma expressão da vida cotidiana, ele se vale de um paralelo com um traje, uma roupa, explicando que: as constituições normativas são como uma roupa que assenta bem ao corpo e que as pessoas a utilizam em seu dia a dia; a constituição semântica se trata de um disfarce, uma fantasia, um faz-de-conta, não são reais; já as constituições normativas, como é o caso da Constituição brasileira, se trata de um traje que precisa ficar por um tempo no armário esperando até que o corpo social tenha crescido para poder utilizá-lo.

A sociedade brasileira está crescendo. Situações que há poucos anos eram aceitáveis, por mais execráveis que fossem, atualmente não são mais toleradas. Os preconceitos estão sendo desvelados e combatidos. Houve algum avanço em relação à diminuição das desigualdades sociais durante um período, mas que, infelizmente, se revelaram frágeis e nos últimos anos essas conquistas se perderam completamente<sup>24</sup>. Mas agora já se sabe que é possível alcançar um status que prestigie o progresso de todas as camadas da sociedade.

Para desenvolver o corpo social é preciso buscar o consenso entre os membros da sociedade em relação aos seus valores e princípios. Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica a ideia de cosmovisão:

Toda sociedade tem uma cosmovisão, ou seja, toda sociedade tem uma determinada concepção da vida e do mundo, tem uma hierarquia de valores, uma determinada colocação, dentro desses valores, do direito. Essa cosmovisão repousa então no que os sociólogos – chamam ‘consensus’, termo latino que significa assentimento, concordância. Dentro dessa cosmovisão, apoiada no “consensus”, há um elemento que nos interessa de perto e que devemos destacar. É a concepção do justo que essa comunidade faz, e particularmente, a concepção do justo em relação à política.<sup>25</sup>

O que se vê na sociedade brasileira é uma constante insatisfação em relação ao desempenho dos representantes eleitos. As denúncias de corrupção, a distância entre os discursos em período de campanha e o exercício do mandato, trazem frustrações que minam a ideia de “justo em relação à política”, mencionada por Ferreira Filho. A mídia possui um papel extremamente importante denunciando os atos ilícitos, que deve ser reconhecido e preservado, no entanto seria de bom alvitre que também fossem divulgadas as boas práticas no âmbito político.

A incessante campanha contra as instituições políticas afasta o interesse da população em participar dos espaços de poder e se revela nociva à democracia. Se faz necessário fortalecer o senso de pertencimento do povo aos ambientes de decisão. A participação popular precisa ser quista, estimulada, ensinada em escolas desde tenra idade. Só assim será possível aspirar uma constituição eficiente, vez que o êxito da Carta depende do comprometimento comunitário de colocá-la como regra máxima em sua prática cotidiana.

24 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Dados de Indicadores Sociais Mínimos (ISM)**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/condicoes-de-vida-desigualdade-e-pobreza/17374-indicadores-sociais-minimos.html?=&t=resultados>. Acesso em: 06 jan. 2021.

25 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional comparado – I poder Constituinte**. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo: 1974. p. 56.

Em face todos os fundamentos aqui apresentados, é possível afirmar com segurança que o Brasil não precisa de uma nova Constituição. Precisa sim, fazer valer o texto Constitucional de 1988, que carrega em si o gérmen de uma nação soberana, livre, justa e fraterna, com certeza, almejada por todo o povo brasileiro.

## O QUE É O PODER CONSTITUINTE? QUEM É LEGITIMADO PARA INVOCÁ-LO? E QUANDO SE FAZ NECESSÁRIO CONVOCAR UMA NOVA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

Quem cunhou o a ideia de poder Constituinte foi Emmanuel Joseph Sieyés, em seu opúsculo “*Qu’est-ce que le Tiers État?*”<sup>26</sup>, obra publicada em 1788, na França. O abade de Sieyés explica o que é o “terceiro estado”, a casta da sociedade composta pelos membros da população que não fazem parte do corpo de “privilegiados”<sup>27</sup>. Ele estrutura sua obra iniciando por três importantes perguntas e respostas: “*O que é o Terceiro Estado? – Tudo; O que tem sido ele, até agora, na ordem política? – Nada; O que é que ele pede? – Ser alguma coisa.*”<sup>28</sup>

A partir do conceito de que todos os membros do corpo social compõem a nação, ele explica que todos devem participar de forma igualitária do processo de criação das normas constitucionais. Somente a nação é legítima e soberana para ditar os fundamentos que irão reger as demais regras às quais todos deverão se submeter.

Em toda a nação livre – e toda nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças, que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à nação. Se precisamos de Constituição, devemos fazê-la. Só a nação tem o direito de fazê-la.<sup>29</sup>

O autor explica a origem do poder Constituinte esclarecendo que ele nasce da nação e que esta possui sua fonte de legitimidade no direito natural. A nação não possui o poder porque alguém delegou à ela, como o Estado que só tem o poder porque as leis o concedem. A nação, a união das vontades individuais que se transformam em coletivas, essa é a origem de todo o poder, não se trata de um poder constituído, mas sim Constituinte.

A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o poder natural. [...]

Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder Constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais.<sup>30</sup> (grifo do autor).

A clareza com que Sieyés posiciona a importância e independência da nação em um processo Constituinte, fundamenta a noção de poder Constituinte originário, ilimitado, autônomo e incondicionado, que ainda é adotado pela doutrina atualmente.

26 SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *Qu’est-ce que le tiers état?*. Organização Aurélio Wander Bastos. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

27 “*A espada, a Toga, a Igreja e a administração*”, as pessoas que ocupavam essas funções estatais se revelavam um grupo de privilegiados que ocupavam todos os espaços de poder.

28 SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *Qu’est-ce que le tiers état?*. Organização Aurélio Wander Bastos. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 51.

29 SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *Qu’est-ce que le tiers état?*. Organização Aurélio Wander Bastos. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 91.

30 SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *Qu’est-ce que le tiers état?*. Organização Aurélio Wander Bastos. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 94.

A nação se forma unicamente pelo direito natural. O governo, ao contrário, só se regula pelo direito positivo. A nação é tudo o que ela pode ser somente pelo que ela é. Não depende de sua vontade atribuir-se mais ou menos direitos que ela tem. [...]

O poder só exerce um poder real enquanto é constitucional. Só é legal enquanto é fiel às leis que foram impostas. A vontade nacional, ao contrário, só precisa de sua realidade para ser sempre legal: ela é a origem de toda legalidade.

Não só a nação não está submetida a uma Constituição, como ela não pode estar, ela não deve estar, o que equivale a dizer que ela não está.<sup>31</sup> (grifo do autor).

Portanto, apenas a nação é legitimada para redigir um texto constitucional. Considerando-se o termo nação como todos os membros da sociedade. No caso do Brasil, é de se destacar que os Poderes, em sua massiva maioria, são compostos por membros de velhas oligarquias. Não podem ser essas pessoas, a sombra de seus próprios interesses, os que devem decidir o futuro do povo brasileiro.

Por consequência lógica tão-somente a nação, incluindo de forma inafastável o povo, é legitimada para convocar uma nova assembleia Constituinte. Cabe essa decisão à nação brasileira. Para que existam condições para invocar uma nova Constituinte, é preciso que haja um real sentimento de “desestima constitucional”, utilizando o termo também cunhado por Machado Horta. Segundo Raimundo Faoro “*é a legitimidade em decomposição, agravada pela ineficiência, que desperta o poder Constituinte de um povo*”<sup>32</sup>.

O fator que justifica a convocação de uma assembleia nacional Constituinte é a quebra do paradigma que nor-teia a nação. Ou seja, se os princípios e valores fundados no texto constitucional não encontrarem mais respaldo na ordem política e social. É preciso que o povo anseie por outros rumos. Se faz necessário haver um sentimento profundo de ilegitimidade, de desencontro entre o que a constituição prescreve e os caminhos que a nação deseja trilhar.

Não é uma realidade presente em relação à [Constituição de 1988](#). A Carta funciona bem no sentido de cumprir os desígnios almejados pelo povo brasileiro. É de se lembrar que a assembleia nacional Constituinte de 1987/88 foi a mais democrática da história brasileira. Os números dão conta da expressiva participação popular: mais de 72.000 cartas recebidas com sugestões por parte de cidadãos de todo o Brasil; foram apresentadas 122 emendas populares, cada emenda para ser aceita precisava contar com 30.000 assinaturas, 83 emendas cumpriram esse requisito.<sup>33</sup>

Todo esse trabalho realizado com tamanho cuidado e responsabilidade, após um longo período de ditadura militar, não pode ser desprestigiado levemente. A Constituição brasileira é legítima e encontra supedâneo no clamor popular em relação ao que ela pretende e promete. Não existe nenhum fator real que dê azo à convocação de uma nova assembleia nacional Constituinte.

Que a Constituição brasileira de 1988 siga resistindo!

31 Op. cit., p. 95.

32 FAORO, Raimundo. **Assembleia Constituinte, a legitimidade recuperada**. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 55.

33 EXPOSIÇÃO “A PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ”. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/noticias/especiais/constituicao25anos/exposicao-senado-galeria/Jornal-Constituinte.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2021.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.
- BARROS, Ricardo. **Por uma nova Constituição**. Folha de São Paulo, 3 jan. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opinia/2021/01/por-uma-nova-constituicao.shtml>. Acesso em: 06 jan. 2021.
- BOURDEAU, Georges. **Traité de science politique**. 2e édition revue et augmentée. t. 1. *Le pouvoir politique*. t. 2. *L'État* – v. IV. 1968. p. 261.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição 298/2016. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1517596&filename=Tramitacao-PEC+298/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1517596&filename=Tramitacao-PEC+298/2016). Acesso em: 06 jan. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição 312/2017. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544707&filename=PEC+312/2017](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544707&filename=PEC+312/2017). Acesso em: 06 jan. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Líder do PT defende assembleia Constituinte exclusiva sobre reforma política**. 28 abr. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/456940-lider-do-pt-defende-assembleia-Constituente-exclusiva-sobre-reforma-politica/>. Acesso em: 06 jan. 2021.
- CONGRESSO EM FOCO. **Líder de Bolsonaro promete plebiscito por nova Constituinte em breve**. 4 jan. 2021. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/lider-de-bolsonaro-promete-plebiscito-por-nova-Constituente-em-breve/>. Acesso em: 06 jan. 2021.
- CONJUR: Consultor Jurídico. **Comunidade jurídica rechaça proposta de deputado para convocar nova Constituinte**. 26 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-26/comunidade-juridica-rechaca-proposta-convocacao-Constituente>. Acesso em: 06 jan. 2021.
- CONJUR: Consultor Jurídico. **Dilma Rousseff propõe Constituinte exclusiva para reforma política**. 4 jun. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-24/dilma-rousseff-propoe-Constituente-exclusiva-reforma-politica>. Acesso em: 6 jan. 2021.
- CONJUR: Consultor Jurídico. **Parecer do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – Procuradoria Constitucional**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oab-plebiscito-Constituente.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2021.
- CONJUR: Consultor Jurídico. **Presidente Lula fala em convocar Assembléia Constituinte**. 2 ago. 2006. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2006-ago-02/lula\\_convocar\\_assembleia\\_Constituente](https://www.conjur.com.br/2006-ago-02/lula_convocar_assembleia_Constituente). Acesso em: 06 jan. de 2021.
- DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. **Significado de resiliente**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/resiliente/>. Acesso em: 07 jan. 2021.
- EXPOSIÇÃO “A PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ”. Jornal da Constituinte, Brasília, Distrito Federal; Senado Federal e Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/noticias/especiais/constituicao25anos/exposicao-senado-galeria/Jornal-Constituente.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2021.
- FAORO, Raymundo. **Assembleia Constituinte, a legitimidade recuperada**. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional comparado – I poder Constituinte**. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo: 1974.
- HORTA, Raul Machado. Permanência e Mudança na Constituição. **Revista Inf. Legis**, Brasília. ano 29, n. 115, jul./set. 1992. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176002>. Acesso em: 07 nov. 2021.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Dados de Indicadores Sociais Mínimos (ISM)**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/condicoes-de-vida-desigualdade-e-pobreza/17374-indicadores-sociais-minimos.html?=&t=resultados>. Acesso em: 06 jan. 2021.
- KADANUS, Kelli. O que querem os parlamentares que defendem uma nova Constituinte no Brasil. **Gazeta do Povo**, 19 nov. 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/nova-Constituente-parlamentares-escrever-constituicao/>. Acesso em: 06 jan. 2021.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Political Power and the governmental process**. Chicago: The University of Chicago Press, 1962.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. Tradução Alfredo Gallego Anabita. Reimpressão. Barcelona: Ed. Ariel, 1979.
- O GLOBO**. **Compromisso firmado**. n. 31109, 09/10/2018. País, p. 4. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/551986/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 06 jan. 2021.
- PASSARINHO, Nathalia. Eleições 2018: ministro do STF Marco Aurélio Mello diz que Brasil precisa de políticos que cumpram a constituição, não que queiram trocá-la. **BBC News Brasil, Londres**, 1 out. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45710971>. Acesso em: 06 jan. 2021.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le tiers état?**. Organização Aurélio Wander Bastos. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

# CAPÍTULO 13

## OS “COCHILOS” DA CONSTITUIÇÃO NOS DEIXAM “ACORDADAS”

Mariangela Nascimento

### APRESENTAÇÃO

A [Constituição de 1988](#) é democrática e inovadora, quanto a isso não temos dúvida. As novidades normativas e valorativas promoveram mudanças estruturais, expandiram e fortaleceram os direitos, as instituições políticas e trouxeram outras mudanças para o cenário político, visando à remoção do entulho autoritário do passado. A Constituição de 1988 pode ser considerada democrática por diversos motivos: universalizou e ampliou as políticas públicas na área da saúde e educação, transformou a assistência social em direitos e criou espaços institucionais para a democratização das políticas urbanas, como o direito à moradia. Além disso, aumentou as prerrogativas do Ministério Público e do Poder Judiciário, o que permitiu a ampliação das estruturas institucionais de direitos no país por meio de decisões importantes, entre elas a aprovação das ações afirmativas.

A Constituição de 1988 inovou em quase todos os campos, mas não podemos deixar de reconhecer que “cochilou” no que se refere à estrutura das instituições representativas, às regras do sistema eleitoral, à estrutura dos partidos políticos, por exemplo. Esse fato tem colocado em xeque o próprio modelo de representatividade política, da organização e estrutura dos partidos políticos, bem como do conjunto de regras jurídicas que atribui ética ao exercício de cargos públicos. Mudar essa realidade exige ajustes normativos e inovações legais do atual sistema político.

A reforma do sistema político foi transferida para o futuro e as soluções foram deixadas, em muitas situações, nas mãos do Judiciário. Foi o Supremo Tribunal Federal (STF), e não o Poder Legislativo, por exemplo, que promoveu alterações substantivas no sistema partidário e eleitoral. A atuação presente do STF, com o propósito de buscar um novo modelo político brasileiro, alterou a cláusula de barreira, a fidelidade partidária, a verticalização das coligações partidárias, a inelegibilidade de candidaturas, entre outros pontos. Isso direcionou a atuação do Judiciário, especialmente na figura do STF, que assumiu a responsabilidade por algumas reformas importantes no nosso sistema político. Os atores tradicionais no debate sobre a reforma política, como os Poderes Legislativo e Executivo, ficaram de lado, deixando a notoriedade pelas conquistas ao Poder Judiciário.

Portanto, a Constituição de 1988, embora seja a mais democrática da história política do país, não foi o bastante para promover todas as mudanças estruturais do sistema político e não garantiu que as novas regras

funcionassem na prática. Por isso, não foi suficiente para a promoção de uma cultura cívica formadora de uma nova mentalidade política.

A consequência desse estado de coisas foi a manutenção da sub-representação dos vários segmentos sociais, é o caso da população negra, indígena, LGBTT, de mulheres, de povos ciganos, entre outras. A estrutura de representação, na prática, continuou a manter a hegemonia do homem branco, negando a inclusão política desses grupos sociais em luta.

As tentativas e movimentações da sociedade no sentido de ampliar as conquistas democráticas sinalizaram a urgência de uma reforma política que expandisse a participação popular, o que colocou em movimento vários setores da sociedade reivindicando as mudanças que consolidassem a democracia participativa.

A lacuna institucional do sistema político deixada pela Constituição de 1988 possibilitou a convivência “consentida” da democracia com a cultura autoritária do passado. Mesmo as instituições da democracia participativa, presentes na Constituição de 1988, que garantem a soberania popular, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, praticamente não foram usadas nas decisões da vida política do país. O poder de decidir os rumos políticos do país continua nas mãos da maioria dos parlamentares homens brancos, diminuindo as chances de ampliar a participação dos segmentos sociais na arena decisória. São muitas as dificuldades para que essas instituições da democracia participativa se tornem uma prática usual, para isso é necessária uma nova regulamentação que remova os entraves burocráticos, crie novos mecanismos que ampliem e assegurem, de fato, a participação direta da população e viabilize a representação de setores da sociedade sub-representados no Parlamento.

É por causa dessas limitações que a democracia representativa, para garantir o seu bom funcionamento, requer a democracia participativa como forma de remediar as falhas do sistema de representação.

## A SUB-REPRESENTAÇÃO É EXCLUSÃO SOCIAL

Todas e todos devem ter direitos iguais, estabelece, em seu artigo 5º, a Constituição Federal, promulgada no dia 5 de outubro de 1988, há mais de 30 anos: “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. Sendo assim, o inciso primeiro do artigo 5º da Constituição de 1988 faz referência ao que denominamos de “igualdade de gênero”. Diz o *caput* do artigo 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Disponível em: [https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_15.12.2016/art\\_5\\_.asp](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/art_5_.asp). Acesso em: 10 nov. 2020



O princípio de isonomia garante a igualdade de homens e mulheres em todas as dimensões da vida. Portanto todas e todos devem ser tratados/as como iguais perante a lei. Esse inciso é fundamental na definição e no exercício da cidadania. Como diz Hannah Arendt, a cidadania deve ser concebida como o “direito a ter direitos”<sup>2</sup>, condição prévia para que a igualdade signifique o acesso ao espaço público e plural, onde os indivíduos, movidos por suas singularidades e diferenças, participem, de fato, dos processos decisórios da vida pública política.

Entretanto, a igualdade mencionada no *caput* do artigo 5º se refere a uma igualdade formal, em que cidadãos e cidadãos do país sejam tratados, constitucionalmente, como iguais perante a lei. Como princípio básico, a igualdade se funda no reconhecimento do Estado de que os indivíduos são diferentes e de que as suas singularidades devem impulsionar a implementação de direitos específicos, dos chamados novos direitos. Cabe ao Estado, portanto, a responsabilidade de promover políticas de combate às desigualdades e garantir os direitos demandados pelas diferenças de grupos sociais.

Com o processo de redemocratização no país, com o fim do governo militar em 1985, o movimento feminista ganhou fôlego e abriu novos caminhos na luta política. A participação das mulheres e feministas na agenda dos Poderes Executivo e Legislativo ganhou espaço político quando grupos de mulheres pressionaram os Constituintes, em 1987, com a “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes”. A luta das mulheres significou a criação de condições reais na luta emancipatória frente à herança patriarcal de subordinação e à desigualdade do lugar da mulher na política. A partir daí, foi aberto o caminho para a institucionalização efetiva das demandas feministas.

Apesar dos “cochilos institucionais” da Constituição de 1988, muitos avanços foram obtidos na questão dos direitos das mulheres. Uma das conquistas foi referente à participação da mulher, que passa a ter igualdade política em relação aos homens, com o direito de participar da disputa eleitoral e dos espaços decisórios da política. De fato, o texto constitucional resultou em mudanças de paradigmas no campo jurídico, reafirma os Direitos Humanos como matriz jurídica, e isso possibilitou mudanças que trouxeram para o cenário político as reivindicações e articulações de vários segmentos organizados da sociedade civil, que lutavam pela defesa dos direitos específicos.

Desde o processo Constituinte, as mulheres atuaram de forma ativa para ter vez e voz na nova Constituição, visando mudar a realidade de baixa representação, entre outros interesses, como os direitos trabalhistas, a vida familiar, a representação política, o combate à violência, todas essas reivindicações foram levadas à assembleia Constituinte.

Na época, essa atuação por direitos políticos teve o nome de “Lobby do Batom”, e, graças a essa atuação, o movimento feminino conseguiu pressionar os Constituintes. Como diz Celi Pinto apud Modelli (2018), “O “Lobby do Batom” era uma forma irônica de as mulheres se identificarem fora da Câmara dos Deputados.

2 ARENDT, Hannah. *Crises da república*. São Paulo: Perspectiva, 1973.

Dentro da Câmara, a pauta das mulheres era representada pelas deputadas, que compunham a “Bancada Feminina”. A historiadora analisa: “É muito significativo que mulheres de vários partidos e ideologias tenham se unido e buscado, num ambiente tão masculino e machista como a Câmara dos Deputados, uma representação a partir da própria condição de ser mulher”.<sup>3</sup> As conquistas se estenderam por anos depois, e a maior delas foi a [Lei Maria da Penha](#):

No âmbito da violência, afirmamos que era dever do Estado coibir a violência intrafamiliar, o que forneceu a base para que se formulasse a Lei Maria da Penha. Aprovada em 2006, a Lei Maria da Penha é considerada pelo Banco Mundial referência global no combate à violência contra a mulher no ambiente familiar e doméstico.<sup>4</sup>

Essa lei teve por base um conjunto normativo que aborda especificamente os crimes contra a mulher, tipificando como crime e com penalidade máxima, a prisão. Apagando o passado de impunidade, em que era comum que os agressores às mulheres fossem punidos com penas alternativas, como o pagamento de cestas básicas, e não eram julgados como criminosos e presos. Com essa lei, penas alternativas à prisão foram proibidas, e uma série de medidas de proteção à vítima e seus filhos foram criadas.<sup>5</sup>

Outras conquistas foram alcançadas com a Constituição de 1988, como a proibição de diferença de salários, admissão e função por motivo de sexo. Na área trabalhista, foi estendida a licença-maternidade de 84 dias para quatro meses e instituída a licença– paternidade. Deu-se a regulamentação do trabalho doméstico, com direitos consolidados com a [PEC das Domésticas de 2012](#), a garantia do salário mínimo, proibição da redução do salário, 13º salário, folga semanal, férias anuais remuneradas, aposentadoria, integração à Previdência Social. A trabalhadora rural passou a ter direito à titularidade da terra.

Entretanto, reafirmamos que essas conquistas não foram suficientes para a promoção de uma nova mentalidade. Por exemplo, infelizmente, o Brasil continua sendo um dos países em que mais se matam mulheres no mundo. Possui uma taxa de 4,8 assassinatos por 100 mil mulheres e ocupa a quinta posição em um *ranking* de 83 nações. Pesquisa sobre violência, o Mapa da Violência – Homicídio de Mulheres no Brasil/2017<sup>6</sup>, revela que, em 2017, o número absoluto de homicídios femininos no Brasil foi de 4.936/ano, o que corresponderia a 13 mulheres por dia. “Verificamos crescimento expressivo de 30,7% no número de homicídios de mulheres no país durante a década em análise (2007-2017), assim como no último ano da série, que registrou aumento de 6,3% em relação ao anterior.”<sup>7</sup> É uma realidade assustadora.

3 MODELLI, Laís. Constituição de 1998 foi avanço nos direitos das mulheres. *Carta Capital*, São Paulo, 05 out. 2018. Seção Sociedade. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/constituicao-de-1988-foi-avanco-nos-direitos-das-mulheres/>, Acesso: 10 dez. 2019.

4 PITANGUY, [2018?] apud MODELLI, 2018.

5 PITANGUY, [2018?] apud MODELLI, 2018.

6 FACULDADE LATINO-AMERICANA DE CIÊNCIAS SOCIAIS (FLACSO). *Mapa da Violência 2015*: homicídio de mulheres no Brasil. 09 nov. 20105. Disponível em: <http://flacso.org.br/?p=13485>. Acesso: 09 jul. 2020.

7 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA) (org.). *Atlas da violência 2019*. São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, [2019]. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf). Acesso em: 25 ago. 2021.

Mesmo com a Lei do Feminicídio e a Lei Maria da Penha, ainda convivemos com essa realidade brutal. A efetividade da legislação não tem sido capaz de inibir a violência doméstica da qual as mulheres são as maiores vítimas. Pesquisas têm revelado que, apesar da Lei do Feminicídio, nos anos de 2015 a 2017, 70% dos casos de assassinatos de mulheres foram tratados como “crime de paixão” e da “honra”. É o que aconteceu recentemente, neste ano de 2020, quando o tribunal do júri absorveu um assassino confesso, que esfaqueou a mulher motivado por “lavar a honra”. O Supremo Tribunal Federal (STF) sustentou o princípio da soberania do tribunal do júri e manteve o veredito. Mas nem todos no STF concordaram com essa decisão. É o caso do Ministro Alexandre de Moraes, que, ao contrariar a decisão da soberania do tribunal do júri, mesmo que os vereditos tenham garantia constitucional, chamou a atenção para o fato de que se tratava de um crime contra a mulher, um crime hediondo: “Até décadas atrás no Brasil, a legítima defesa da honra era o argumento que mais absolvía os homens violentos que mataram suas namoradas e esposas, o que fez o país campeão de feminicídio”, afirmou o ministro Alexandre de Moraes.<sup>8</sup>

O ministro destacou que o feminicídio é um dos crimes mais graves que o Código Penal prevê e, lamentavelmente, o Brasil é um dos campeões mundiais em ocorrência desse tipo de crime, em virtude de uma cultura extremamente machista e de desrespeito à mulher. Justificando a sua posição contrária à decisão do STF de manter a soberania do tribunal do júri, garantindo a inocência de um autor de feminicídio.<sup>9</sup>

Esse fato, entre outros, mostra que as leis, por si só, não são suficientes para mudar uma cultura. Na verdade, não cabe à lei mudar a cultura, seu objetivo é punir uma atitude ilícita e/ou criminoso, e a punição tem o efeito de promover possíveis mudanças de atitudes e comportamentos. As leis, quando cumpridas com rigor, não possibilitando a cultura da impunidade, contribuem para o processo de reeducação cívica, o que não tem acontecido, como exemplifica o caso citado.

Em relação à representação política nos espaços parlamentares, as mulheres continuam sendo sub-representadas, apesar de a Constituição de 1988 tratar de isonomia e paridade entre homens e mulheres. A existência das cotas eleitorais (lei que assegura uma porcentagem mínima de 30% e máxima de 70% para a participação de determinado gênero em qualquer processo eleitoral vigente) é, na verdade, uma iniciativa normativa que tem contribuído muito pouco, na prática, para melhorar a ocupação de cargos políticos por mulheres.

Na atualidade, 11 países dos 18 da região latino-americana, inclusive o Brasil, adotaram o sistema de cotas, reservando vagas para as mulheres no meio parlamentar. A crítica central a essa norma, no caso do Brasil, prende-se à falta de penalidade para os partidos políticos que não observam a exigência das cotas por sexo nas candidaturas proporcionais. Logo, a lei não tem eficácia prática, ficando as mulheres excluídas do jogo político. Essa iniciativa não tem alterado o percentual de mulheres no poder, permanecendo quase o mesmo quadro

8 CONJUR: Consultor Jurídico. **1ª Turma muda entendimento e mantém absolvição decidida por Tribunal do Júri.** A voz do povo., 29 de setembro de 2020, 21h15. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-29/stf-mantem-decisao-juri-absolveu-acusado-tentativa-feminicidio>. Acesso em: 03 out. 2020.

9 REDAÇÃO MIGALHAS. STF: Homem absolvido após confessar tentativa de feminicídio não passará por novo Júri. 29 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/334107/stf--homem-absolvido-apos-confessar-tentativa-de-feminicidio-nao-passara-por-novo-juri>. Acesso em: 29 set. 2020.

de décadas atrás. Muitas candidatas que se inscrevem na lista de cotas partidárias têm funcionado como candidatas “laranja”, mulheres que não têm interesse em conquistar um cargo político, mas lançam as suas candidaturas orientadas por partidos políticos para cumprir o coeficiente necessário exigido para a legalidade dos partidos no processo eleitoral. Em vista disso, a aplicação das cotas é questionada em relação a sua eficácia e desvios ocorridos por responsabilidade dos partidos políticos, com poucas exceções.

Um campo de atuação política das mulheres tem se contraposto a essa realidade de sub-representação, a atuação em movimentos sociais. A história social do país mostra que as mulheres são reconhecidas como grandes lideranças sociais, principalmente nas lutas locais, como a luta pela moradia, por políticas públicas e as lutas identitárias. Ana Alice Costa ressalta que

[...] a própria cidadania, conquistada pelas mulheres no marco da sociedade patriarcal, se dá dentro dos limites do seu “roll” materno. São como mães, como reprodutoras, que se lhes concede a cidadania e a maioria dos direitos civis. Essa certamente não foi a cidadania reivindicada pelas mulheres. Nesse sentido, a atuação política das mulheres é um reflexo da sua condição social. Assim, a incorporação das mulheres nos movimentos sociais se realiza a partir de seu papel como mãe de família. É o exercício do seu papel de gênero como mães e donas de casa que as levará a assumir lutas políticas e a ocupar espaços públicos na defesa de suas reivindicações.<sup>10</sup>

Mesmo que as mulheres não tenham conquistado plenamente o espaço público da política, ocupando espaços de representação na esfera do poder constituído, as condições de cuidadora da família, mãe, esposa não têm sido suficientes para mantê-las encerradas no mundo privado, pelo contrário, foi justamente no âmbito do privado, administrando os problemas familiares, que as mulheres se sentiram motivadas a participar da vida política. Através de um processo de conscientização, a partir das lutas domésticas, as mulheres se sentiram motivadas a entrar na luta para exigir os direitos de cidadania, mas não a cidadania propagada pelo mundo masculino, uma cidadania excludente, que não leva em conta a realidade opressiva à qual estão submetidas as mulheres.

Há evidências de que o Brasil é considerado um dos piores países do mundo em representatividade de mulheres na política.<sup>11</sup> Na eleição de 2018, dos 513 deputados, só 77 são mulheres; dos 11 cargos da Mesa Diretora (incluindo os suplentes), as deputadas ocupam apenas dois; e das 25 comissões permanentes, somente quatro são presididas por mulheres<sup>12</sup>, são, majoritariamente, representadas por homens brancos.

As mulheres negras, indígenas e transexuais são as mais afetadas com a sub-representação, e a consequência projetada no sistema eleitoral e político do país é a vulnerabilidade das conquistas obtidas por meio das lutas, que podem ser negadas e canceladas por novos governos que venham a ocupar os poderes Executivo e

10 COSTA, Ana Alice A. *As donas no poder* – mulher e política na Bahia. Salvador: Assembleia Legislativa da Bahia, 1998.

11 FERREIRA, Paula. *Brasil está entre os piores países da América Latina em relação à participação política das mulheres*. 24 set. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/eleicoes-2020/brasil-esta-entre-os-piores-paises-da-america-latina-em-relacao-participacao-politica-das-mulheres-24653921> Acesso em: 10 out. 2020.

12 AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. *Baixa representatividade de brasileiras na política se reflete na Câmara*. 29 mar. 2019. Lara Haje, reportagem, edição: Natalia Doederlein. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/554554-baixa-representatividade-de-brasileiras-na-politica-se-reflete-na-camara/>. Acesso em: 13 set. 2020.

Legislativo. Daí a importância de essas conquistas passarem a se constituir como políticas de Estado e não de governo.

Segundo o relatório da União Interparlamentar<sup>13</sup>, o Brasil ocupa a 140ª posição no *ranking* de representatividade feminina no parlamento, ficando entre 193 países. As mulheres brasileiras são a maioria do eleitorado, entretanto nem chegam a ocupar 15% dos cargos eletivos do país, e essa sub-representação é pior quando se trata de mulher negra, indígena, cigana. A exclusão é perversa ainda mais no tocante à representação da população LGBTT+, principalmente no caso da mulher trans.

No ano de 2007, decisão inédita do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro mudou o ingresso da mulher trans no pleito eleitoral. O TRE-RJ concedeu à candidata transexual Renata Guedes o direito de concorrer com o seu nome de mulher e de participar da lei de cotas de gênero, que estabelece que, no mínimo, 30% das vagas sejam destinadas às mulheres. Em primeira instância, o Ministério Público Eleitoral tentou barrar a sua candidatura, sem êxito. Se a candidata Renata fosse incluída como do gênero masculino, além do fato de que seu partido, o PSB, não conseguiria alcançar o mínimo de 30% estabelecido pela lei de cotas de gênero, a candidata estaria sendo impedida de ser reconhecida como mulher. A decisão do parecer do Ministério Público Eleitoral pediu a desaprovação da candidatura de Renata Guedes, sob a alegação de que o Demonstrativo de Regularidade dos Atos Partidários (DRAP), que incluía Renata como candidata do gênero feminino, estaria errado por não a incluir no masculino. Mas a relatora do processo no TRE, a juíza Ana Tereza Basílio, rejeitou a interpretação que classificava a transexual como homem. A magistrada apontou que a opção de gênero é “um direito da pessoa humana” e que a candidata “obteve uma decisão judicial que reconheceu sua identidade feminina”. O voto da juíza foi acompanhado por unanimidade. Essa decisão passou a encorajar o ingresso de mulheres trans na vida política.

Em 2016, apenas 0,5% dos/as eleitos/as para prefeituras e câmaras de todo o país eram mulheres negras — apesar de elas correspondem a 27% da população brasileira. Essa realidade vai de encontro ao fato de que as mulheres representam mais de 50% do eleitorado brasileiro. Tais dados representativos nos fazem pensar sobre o modelo de democracia representatividade brasileira, que tem raízes no racismo, misoginia e homofobia.

A igualdade, nesse caso, torna-se uma ficção, um argumento sem base real, e está longe de ser resultado do embate paritário entre homens e mulheres na vida política, necessário não apenas para formular e contrair valores e princípios comuns, mas também possibilitar a isonomia nas relações de sociedade e Estado. Isso viabiliza a construção de um mundo plural, onde homens e mulheres possam interagir e revelar as suas singularidades, o que torna possível a efetivação do Estado de direito e a garantia, objetivamente, da universalização dos direitos, estabelecida na Constituição de 1988.

13 PARLAMENTO DEL MERCOSUR. Disponível em: <https://www.parlamentomercosur.org>. Acesso em: 20 set. 2020.

## MUITO ALÉM DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

A democracia é o melhor sistema político, ainda não inventaram nada melhor, capaz de garantir, no seu corpo jurídico-normativo, a soberania popular. Trata-se de uma forma de governo que atribui aos indivíduos a capacidade de realizar os seus desejos e interesses e de promover o exercício ativo e participativo para manter a dignidade das pessoas. O que significa dizer que a Democracia é fonte de vida e deve ser vivida ativamente para se tornar de fato realidade, sob a forma de consensos e acordos mútuos, por meio do conjunto de instituições reguladoras, que são as leis que formam a Constituição.

Mas a democracia, apesar das possibilidades participativas, está sujeita a falhas, principalmente em países de pouca experiência democrática, como é o caso do Brasil. Para funcionar de fato, as democracias precisam enfrentar as diferenças que caracterizam a desigualdade social, necessitam consolidar os canais institucionais de participação e precisam remover os problemas institucionais da representação política para que prevaleça a soberania popular. O abismo entre a participação e a representação política tende a promover instabilidade e comprometer os mecanismos institucionais, principalmente nos momentos eleitorais. Essas falhas têm colocado em xeque a própria ideia e efetivação da cidadania.

A democracia tem como ponto de partida a revitalização da sociedade e atribui aos atores sociais a capacidade de limitar as ações do Estado; ou seja, a questão do funcionamento adequado da democracia não se reduz apenas à legitimidade/legalidade das instituições políticas, mas está relacionada à existência de uma cultura política capaz de transformar as relações entre Estado e sociedade. O que significa afirmar que a democracia não é somente a ausência de constrangimento para que indivíduos possam agir livremente, também não se define simplesmente como ausência do autoritarismo – eleições livres, garantia de direitos pela Constituição etc.<sup>14</sup>

As instituições políticas não são capazes de processar conflitos e promover formas coletivas de solidariedade. Para isso, é preciso que a política seja pensada como forma de autodeterminação de uma comunidade de iguais, capaz de discutir as regras de sua organização. Isso significa dizer que a democracia ocorre no nível societário, quando os atores sociais estão aptos a dar dimensão pública aos seus problemas particulares e o conjunto das ações sociais seja capaz de renovar as relações entre Estado e sociedade, a partir daí, processar acordos e consensos. Isso é o que define o ator social como um agente moral que, ao agir de forma interativa, se pauta numa lógica consensual-solidária.

Isso se contrapõe enfaticamente à ideia de que a democracia se define como o lugar da realização do autointeresse – indivíduos e grupos que agem, exclusivamente, segundo a lógica racional-competitiva – e com a tese de que a democracia, além das instituições políticas, envolve as relações do Estado com os atores sociais na perspectiva da distribuição do poder no sentido vertical, sem nenhuma perspectiva horizontal.

<sup>14</sup> AVRITZER, L. Modelos de Sociedade Civil. Ensaios de Teoria e Filosofia Política. *Revista DCP-UFMG*. 1994.

Países como o Brasil, que não têm uma tradição democrática e onde os direitos sempre foram entendidos como privilégios e concessões do Estado, apresentam um agravamento a mais, que é a insistente presença da cultura autoritária nas relações entre Estado e sociedade, o que tem levado o Estado a se legitimar em bases nada democráticas.

Essa realidade, no entanto, não tem sido suficiente para eliminar a progressão do processo democrático no país, pois os estudos e pesquisas demonstram que as ideias de participação e solidariedade se mantêm no horizonte dos cidadãos e cidadãs. Há, na verdade, um aumento das iniciativas de organizações sociais movidas pelo sentimento solidário, principalmente nesse momento de pandemia da Covid-19. A sociedade tem demonstrado inquietação na busca do estabelecimento das formas de solidariedade associadas ao processo de democratização. Não se pode deixar de reconhecer isso, muito menos perder de vista esses acontecimentos. Esse reconhecimento é que mantém a nossa credibilidade na política, apesar de tempos tão sombrios. O que é preciso, portanto, é inventar novas formas de atuação que sejam capazes de incorporar a natureza pública da política em espaços reivindicados pelos atores sociais em suas ações coletivas. Trata-se de uma atuação que leve em conta a dimensão societária como promotora da democratização, que estabeleça os limites do Estado como condição necessária para consolidar o Estado de Direito, permitindo, assim, conceber adequadamente a transição de um sistema de competição democrático-elitista instável para um sistema democrático mais institucionalizado e participativo, no qual a sociedade e os atores políticos democráticos estejam plenamente integrados.

É importante ressaltar que o sistema democrático é a ordem fundada no consentimento, em que as decisões políticas dependem de algum tipo de anuência da sociedade para sua legitimação. Sendo assim, no debate sobre a democracia, ganha centralidade a questão da formação do espaço público – definido pela capacidade de coordenar e direcionar os interesses do conjunto da sociedade para o centro das decisões políticas. Isso requer a inclusão dos diversos segmentos da sociedade no espaço de representação política, o que requer garantias constitucionais.

A existência de relações sociais assimétricas exige não apenas a presença do Estado, mas também de canais de participação em que o campo de tensões sociais possa estar em controle mútuo. Em vista disso, uma das tarefas do espaço público de participação é se interpor nas relações entre o conjunto da sociedade e o Estado. A esfera pública tem o papel funcional de atuar ao lado dos mecanismos institucionais de representação política, para que os interesses aglutinados nessa esfera e tidos como comuns sejam motivo de iniciativas das políticas públicas e sociais, ou seja, dos direitos previstos na Constituição.

Essas afirmações nos permitem chegar a algumas conclusões. No Brasil, apesar de a sociedade se envolver na construção de um espaço público participativo, ela tem enfrentado, com dificuldades, a cultura autoritária nas relações entre Estado e sociedade. Por isso, as lutas das demandas populares têm tido, na prática,

efeitos lentos. Enquanto não for alterada a realidade da sub-representação política, e os vários segmentos sociais não tiverem assento no Poder, a cultura autoritária dificilmente será removida da nossa história política.

Enfim, resumindo: é preciso reinventar e reforçar os indicadores da construção da democracia participativa para que seja possível assegurar, de fato, a igualdade de representação nos espaços dos poderes Legislativo e Executivo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tão difundida crise de representatividade na política brasileira tem trazido para o debate político a necessidade de efetivação dos mecanismos de participação, não só visando diminuir a tensão entre a democracia representativa e a democracia participativa, mas também acreditando que a participação possa vir a sanar as falhas da representatividade. Mas é importante entender que as “crises” servem de ponto de ruptura, de suspensão de certezas, possibilitando uma nova redefinição e remodelagem das instituições; esses são os momentos de reinvenção de realidade política.

No atual momento da política brasileira, temos um desafio ainda maior para enfrentar, que é o avanço da extrema direita e o conservadorismo radical. Mas a reação tem progredido, é o que verificamos no atual momento eleitoral. Temos um recorde de candidaturas de mulheres, sendo que a maioria delas são mulheres negras.

*Quase 180 mil mulheres são candidatas este ano, mas elas representam apenas 34% do total. [...] a quantidade de candidaturas de mulheres para as prefeituras aumentou apenas 0,1% em relação a 2016, ano das últimas eleições municipais. Em relação às candidaturas para as câmaras municipais, o aumento foi de apenas 1,3%. (grifo do autor).<sup>15</sup>*

*Apesar de não ser um ganho expressivo, esse aumento revela uma tendência à participação dos segmentos sociais na disputa eleitoral. Esse fato pressiona para que as reformas políticas necessárias aconteçam, fazendo valer o inciso primeiro do artigo 5º da Constituição Federal, que institui a igualdade de gênero. Igualdade que não se traduz em declarar o mínimo de 30% de participação de mulheres no pleito eleitoral, as tais cotas. A participação das mulheres nos movimentos sociais mostra sua presença ativa, sua capacidade de resistir para mudar. Essa capacidade tem sido a fonte de muitas conquistas sociais. São essas conquistas que desmentem a velha crença de que mulher não gosta de política.*

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. Baixa representatividade de brasileiras na política se reflete na Câmara. 29 mar. 2019. Lara Haje, reportagem, edição: Natalia Doederlein. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/554554-baixa-representatividade-de-brasileiras-na-politica-se-reflete-na-camara/>. Acesso em: 13 set. 2020.

<sup>15</sup> MARTINS, Flávia Bozza; BRUNO, Maria Martha; FERRARI, Marília. Eleições 2020: número de candidatas tem aumento tímido, mas candidaturas negras são maioria. **Gênero e Número**, 27 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www.generonumero.media/eleicoes-2020-candidaturas-negras-maioria/> Acesso em: 04 out. 2020.



ARENDDT, Hannah. **Crises da república**. São Paulo: Perspectiva, 1973.

AVRITZER, L. Modelos de sociedade civil. Ensaios de teoria e filosofia política. **Revista DCP-UFMG**. 1994.

AVRITZER, Leonardo; COSTA, Sérgio. Teoria Crítica, Democracia e Esfera Pública-concepções e usos na América Latina. In: MAIA, R.; CASTRO, M. C. S. **Mídia, esfera pública e identidades coletivas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

CARVALHO, José M. **Cidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CONJUR: **Consultor Jurídico**. **1ª Turma muda entendimento e mantém absolvição decidida por Tribunal do Júri**. A voz do povo., 29 de setembro de 2020, 21h15. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-29/stf-mantem-decisao-juri-absolveu-acusado-tentativa-feminicidio>. Acesso em: 03 out. 2020.

COSTA, Ana Alice A. **As donas no poder** – mulher e política na Bahia. Salvador: Assembleia Legislativa da Bahia, 1998.

DOIMO, Ana Maria. **A voz e a vez do popular**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.

FACULDADE LATINO-AMERICANA DE CIÊNCIAS SOCIAIS (FLACSO). **Mapa da Violência 2015**: homicídio de mulheres no Brasil. 09 nov. 20105. Disponível em: <http://flacso.org.br/?p=13485>. Acesso: 09 jul. 2020.

FERREIRA, Paula. **Brasil está entre os piores países da América Latina em relação à participação política das mulheres**. 24 set. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/eleicoes-2020/brasil-esta-entre-os-piores-paises-da-america-latina-em-relacao-participacao-politica-das-mulheres-24653921> Acesso em: 10 out. 2020.

GOHN, Maria da Glória. Abordagens teóricas no Estudo dos Movimentos Sociais na América Latina. **Revista do Centro de Recursos Humanos**, v. 21, n. 54, 2008.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA) (org.). **Atlas da violência 2019**. São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, [2019]. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf). Acesso em: 25 ago. 2021.

MARTINS, Flávia Bozza; BRUNO, Maria Martha; FERRARI, Marília. Eleições 2020: número de candidatas tem aumento tímido, mas candidaturas negras são maioria. **Gênero e Número**, 27 de setembro de 2020. Disponível em: <http://www.generonumero.media/eleicoes-2020-candidaturas-negras-maioria/>. Acesso em: 04 out. 2020.

MODELLI, Laís. Constituição de 1998 foi avanço nos direitos das mulheres. **Carta Capital**, São Paulo, 05 out. 2018. Seção Sociedade. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/constituicao-de-1988-foi-avanco-nos-direitos-das-mulheres/>. Acesso: 10 dez. 2019.

NASCIMENTO, Mariangela. A esfera pública na democracia brasileira: uma reflexão arendtiana. NASCIMENTO M.; CORREIA, A. (org.) **Hannah Arendt: entre o Passado e o Futuro**. Juiz de Fora, MG: Editora UFJF, 2008.

NASCIMENTO. M. O que nos autoriza a falar de direitos humanos. **Revista Lugar Comum**, Rio de Janeiro, n. 2018.

PARLAMENTO DEL MERCOSUR. Disponível em: <https://www.parlamentomercosur.org>. Acesso em: 20 set. 2020.

REDAÇÃO MIGALHAS. STF: Homem absolvido após confessar tentativa de feminicídio não passará por novo Júri. 29 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/334107/stf--homem-absolvido-apos-confessar-tentativa-de-feminicidio-nao-passara-por-novo-juri> . Acesso em: 29 set. 2020

# CAPÍTULO 14

## MULHER, PRESENTE: DESAFIOS E DESDOBRAMENTOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Clarice Maria de Jesus D'Urso

“A essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos”

Hannah Arendt

Estamos no século XXI. As expectativas eram extraordinárias para as mulheres. Cidadãs com direitos plenos e igualdade reconhecida pela lei e na vida cotidiana, tornando realidade o sonho do Art. 5º, I, da [Constituição Federal do Brasil](#), pelo qual “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos dessa Constituição”. No entanto, essa projeção não se confirmou. Em meio a revoltas, revoluções, crises econômicas, protestos antirracistas e a crise gerada pela pandemia de Covid-19, os movimentos de mulheres, que lutam por direitos de igualdade de gênero, ficam à espera de tempos mais calmos para ampliar as batalhas. Atualmente, a narrativa não é favorável: os direitos femininos estão sendo questionados por discursos misóginos e radicais.

Mais do que em momentos anteriores, faz-se necessário reforçar as pautas de igualdade de gênero no Judiciário, no Legislativo e no Executivo, em atendimento às demandas de combate ao preconceito e à discriminação contra as mulheres. Indicadores de disparidade salarial, diferenças de oportunidades e violência são fatos incontestes, que precisamos enfrentar.

O feminicídio no Brasil, em 2019, cresceu mais de 7,2% em relação ao ano anterior<sup>1</sup>, na contramão dos demais crimes violentos no país, que diminuíram. Ao todo, 1310 mulheres foram assassinadas, sob causa única de gênero, contra 1222 no ano anterior, o que representa de 3 a 4 mortes, em média, por dia. Neste ano de perplexidades, são elas as vítimas que mais sofrem em decorrência do coronavírus, gerador de isolamento social que fez incrementar a violência doméstica, entendida como abuso físico, psicológico ou emocional dentro do núcleo familiar.

Com o distanciamento, as mulheres passaram a conviver com seus agressores 24 horas por dia. Dois fatores contribuíram para esse estresse: econômicos (demissões) e emocionais (confinamento); a casa, que de-

<sup>1</sup> Dados relativos à compilação dos números estaduais, mais o Distrito Federal. Publicação no portal G1, 05 mar. 2020. VELASCO, Clara; CAESAR, Gabriela; REIS, Thiago. **Mesmo com queda recorde de mortes de mulheres, Brasil tem alta no número de feminicídios em 2019**. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/03/05/mesmo-com-queda-recorde-de-mortes-de-mulheres-brasil-tem-alta-no-numero-de-femicidios-em-2019.ghtml>. Acesso em: 25 ago. 2021.

veria abrigar, passa a ser espaço de insegurança e maior ameaça. Geralmente, as mulheres são dependentes financeiramente dos maridos/companheiros e suportam, por longos períodos, sequências de agressões, antes de reagir e denunciar a violência.

Esse crescimento da violência desafia as barreiras impostas pelo surgimento de leis infraconstitucionais contra a violência à mulher, como a [Lei Maria da Penha](#) (2006), [legislação contra o estupro](#) (2009), [Lei do Femicídio](#) (2015) e [Lei da Importunação Sexual](#) (2018). Sem dúvida, a [Lei Maria da Penha](#) (11.340/2006) é um marco na legislação nacional, por dar uma resposta efetiva ao princípio constitucional da dignidade e da igualdade da mulher frente à violência de gênero, pois previne a violência doméstica e familiar e, também, ajuda a coibi-la, ao diminuir o silêncio em torno desse grave problema e incentivar políticas públicas de amparo e proteção às mulheres vítimas e aos seus filhos.

A igualdade, prevista na Constituição e inexistente na prática, também coloca as mulheres em desvantagem, quando abordamos o mercado de trabalho. Dados divulgados pelo IBGE<sup>2</sup>, referentes ao ano de 2019, mostram que a taxa de desemprego entre as mulheres foi 39,4% maior do que a dos homens no primeiro trimestre; além disso, os homens ganham, em média, 28,7% a mais que as mulheres, ainda que estas trabalhem cerca de 3 horas a mais por semana do que seus cônjuges, se somados atividades remuneradas, domésticas e de cuidados com terceiros. Vale ressaltar que o artigo VII da Carta Magna veta a diferença salarial por questões de gênero; problema que mais se agrava quando verificamos que 40% dos lares nacionais são chefiados por mulheres.

A representação feminina na política também confirma a discriminação. Mesmo com a [Lei 9.504/1997](#), que tornou obrigatório às legendas 30% de candidaturas para mulheres, esse percentual não se traduz em número de eleitas, pois o Brasil está em 134º na lista de participação feminina na política entre 193 países, ainda que mais de 50% de seu eleitorado seja feminino.

Dados divulgados pelo Mapa Mulheres na Política<sup>3</sup> 2019, apontam que dos 513 parlamentares na Câmara dos Deputados, na atual legislatura, apenas 77 são mulheres. No Senado, as mulheres ocupam 12 das 81 cadeiras. Ainda que vigore, desde o fim das coligações, a supracitada cota para mulheres, muitas dessas vagas foram preenchidas apenas por força de obrigatoriedade, com candidatas de fachada, isto é, abastecem dados numéricos, sem as reais possibilidades de concretizar-se em um posto legislativo.

“Mais é preciso ter força  
É preciso ter raça  
É preciso ter gana sempre  
Quem traz no corpo a marca  
Maria, Maria  
Mistura a dor e a alegria”

<sup>2</sup> IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD).

<sup>3</sup> O “[Mapa Mulheres na Política](#)”, divulgado pela Câmara dos Deputados, é um relatório elaborado pela ONU e pela União Interparlamentar.

Apesar dos problemas enfrentados para estudar, as mulheres têm mais chances do que os homens de se formar nas universidades e faculdades. Segundo a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), as brasileiras têm 34% mais chances de concluir o ensino superior do que eles, mas maior escolaridade não significa que conseguirão um posto de trabalho. Na verdade, a chance de conseguir um emprego é de 82%, contra 89% dos homens. No Brasil, a gaúcha Rita Lobato Velho Lopes foi a primeira mulher a terminar o ensino superior e a segunda da América Latina. Ela formou-se na Faculdade de Medicina da Bahia, em 1887.

*“O homem nasce livre e por toda a parte encontra-se a ferro”. Jean-Jacques Rousseau*

A história é feita de idas e vindas. Atualmente, o momento é de perda, de retrocesso. Tanto que o Secretário-geral da ONU, António Guterres, advertiu que ocorre um retrocesso mundial nos direitos das mulheres, depois de décadas em que se promoveu a igualdade de gênero. Para ele, essa erosão vem agravando a desigualdade, a divisão das comunidades e corte de direitos e serviços vitais para as mulheres em todo o mundo.

Como a discriminação e a desigualdade não acontece só no Brasil, a ONU firmou, em 1979, a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, na qual constam determinações como igualdade jurídica e de gênero. Para a Organização,

[...] a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural do país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade <sup>4</sup>.

O Brasil assinou a [Convenção em 1984](#), com ressalvas, pois o Código Civil Brasileiro não reconhecia a igualdade entre marido e mulher, fato que só aconteceu na Constituição Federal de 1988. Contudo, foi apenas a com a Declaração de Viena, firmada após a Conferência Mundial de Direitos Humanos, de 1993, que foram explicitamente reconhecidos os direitos humanos das mulheres.

## AS MULHERES E A CIDADANIA

O conceito de cidadania engloba direitos e deveres e seu desenvolvimento está relacionado à conquista dos direitos civis, no século XVII; dos direitos políticos e sociais, no século XIX, e dos direitos humanos, no século XX. Marshall<sup>5</sup> afirma que a cidadania só é plena com a conquista desses três direitos.

Para não voltarmos ao obscurantismo, é essencial assegurá-los, principalmente os direitos civis, pois traduzem a dignidade humana, ao garantir a vida, a propriedade, a igualdade e a segurança. Além disso, também

4 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). [Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher](#). Adotada pela Resolução 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18 dez. 1979. Documento ratificado pelo Brasil em 1 fev. 1984. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>. Acesso em: 14 out. 2020.

5 MARSHALL, T. H. [Cidadania, classe social e status](#). Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

englobam o respeito à liberdade dos indivíduos, à garantia do ir e vir, de manifestar-se livremente, de poder organizar-se, o respeito à inviolabilidade do lar, e a impossibilidade de ser preso sem o devido processo legal.

Vários movimentos políticos e culturais, surgidos a partir do século XVII, contribuíram para o início de mudanças que tornariam o mundo menos desigual, ao menos no que tange aos direitos civis. Em 1689, na Inglaterra, o Parlamento promulgou a Declaração de Direitos, protegendo a população dos atos arbitrários cometidos pela Coroa Britânica; esta é considerada a precursora dos eventos históricos que marcariam o fim do Absolutismo e colocariam as pessoas como participantes do poder do Estado.

O Iluminismo e a Revolução Francesa (1789) também são marcos para a conquista dos direitos civis, além de políticos e econômicos, pois pregavam maior liberdade nos três campos, ao promover mudanças baseadas nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, além da defesa ao uso das faculdades racionais, em oposição ao Antigo Regime.

No Brasil, tais ideias começaram a desenhar-se com mais força nas duas grandes revoltas independentistas do século XVIII – a Inconfidência Mineira (1789) e a Conjuração Baiana (1798); ambas, contudo, malogradas em seus ideais e suprimidas pelo poder metropolitano. Após a Independência, a libertação dos escravos, em 1888, é considerada um marco para o início da luta pelos direitos civis.

Com esses movimentos, a batalha pela igualdade de direitos tornou-se mais consistente, mas, ainda assim, uma parcela significativa da humanidade – as mulheres – ficou de fora de muitas das conquistas advindas do Iluminismo e mesmo daquelas conseguidas depois desse período. Tratadas como seres de segunda linha, durante séculos, as mulheres não tiveram voz.

*“Todos nós temos talentos diferentes, mas todos nós gostaríamos de ter iguais oportunidades pra desenvolver os nossos talentos” Johnn Kennedy*

Muitos países, ainda hoje, elas sofrem tantas discriminações, tantos abusos, que parece que não deixamos a Idade Média. Impedidas de estudar, de trabalhar, de viajar, de escolher com quem se casarão ou, pior, submetidas a torturas e violações sexuais, as mulheres seguem lutando para ter os mesmos direitos que os homens, isso em pleno século XXI.

A paquistanesa Malala Yousafzai é um exemplo de como as mulheres podem ser tratadas por defender um direito que deveria ser inalienável a qualquer criança, o direito de estudar. Por esse motivo, ela levou três tiros na cabeça quando estava com 15 anos. Apesar da gravidade dos ferimentos, sobreviveu. Malala recebeu o Prêmio Nobel da Paz aos 17 anos e é, até hoje, a pessoa mais jovem a contar com tal honraria. A história de Malala é uma entre milhares. São mulheres e adolescentes comuns, donas de casa, estudantes que acreditam que a luta contra a discriminação feminina deve ser travada sem tréguas e a qualquer custo.

São seres humanos indispensáveis, cuja coragem supera o medo, que fortalecem o movimento feminista, surgido também no chamado Século das Luzes. Entre elas, podemos citar Olympe de Gouges, pseudônimo de Marie Gouze, feminista francesa, autora da Declaração dos Direitos da Mulher, na qual se defendiam o divórcio e a emancipação feminina. Apesar de viver em plena Revolução Francesa, ou seja, supostamente em um momento de maior busca democrática, as críticas ao novo regime a levaram à guilhotina em 3 de novembro de 1793, sem ter direito a qualquer tipo de defesa, acusada de questionar os novos valores da sociedade que despontava.

Mesmo com os reveses, o movimento feminista foi fortalecido com as batalhas do século XIX, principalmente a reivindicação do direito ao voto, que era negado às mulheres. A organização sufragista foi uma das primeiras lutas feministas e aparece dentro do contexto da segunda onda industrialista, na Inglaterra, com a fundação da União Nacional pelo Sufrágio Feminino, criada pela educadora britânica Millicent Fawcett, mas que só seria aprovado, como direito, em 1918. Foi a partir desse momento que o feminismo se fortificou como um aliado do movimento operário, embora o voto, em si, tenha demorado a propalar-se pelos demais países. O primeiro deles, antes mesmo da Inglaterra, foi a Nova Zelândia, em 1893. Nos primeiros 40 anos do século XX, 28 países estenderam o voto às mulheres; entre eles, o Brasil. Curioso é que antes mesmo de as brasileiras poderem votar, em 1946, a professora Celina Guimarães Viana, conseguiu registro como eleitora, na cidade de Mossoró (RN), em 1927.

## MOVIMENTOS FEMININOS ATUAIS

São inúmeros os legados das lutas empreendidas por mulheres durante os últimos séculos: do sufrágio à [Lei Maria da Penha](#), muito se avançou, porém ainda existem demandas a serem atingidas, entre elas os direitos reprodutivos, tema incluído na [Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento](#) – CIPD/1994, realizada no Cairo, Egito.

Os movimentos femininos atuais usam de muita criatividade para evidenciar suas pautas. A Marcha das Vadias é um deles; iniciado no Canadá, ocorreu depois que um oficial de segurança, durante palestra na Universidade de Toronto, disse que as mulheres não deveriam se vestir como vadias para evitar o assédio e os estupros. No Brasil, a Marcha adotou o lema “se ser livre é ser vadia, então somos vadias”, e aconteceu em vários estados. Entre as reivindicações, além do fim da culpabilidade das mulheres pelo estupro, fim da violência doméstica e sexual e promoção da igualdade de gênero.

Entretanto, é consenso que no Brasil os direitos civis ainda não são para todos. A exclusão de parte da população traz uma série de problemas econômicos, sociais e políticos, mas talvez o mais grave seja a falta de cidadania, pois direito à vida, à liberdade e à dignidade humana são a base desse precioso valor social. Um cidadão reconhece seus direitos e luta por eles. Sem essa consciência, da ligação entre direitos civis e a cida-

dania, as pessoas não conseguem discernir quando estão sendo manipuladas, enganadas. Sem direitos civis e cidadania plenas, não existe democracia, pois a participação da população consciente de seus direitos e deveres é primordial para uma sociedade justa. E, nessa sociedade, as mulheres são maioria.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA IBGE. **PNAD Contínua 2019: rendimento do 1% que ganha mais equivale a 33,7 vezes o da metade da população que ganha menos. Estatísticas Sociais**. Brasília: Notícias, 6 maio 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27594-pnad-continua-2019-rendimento-do-1-que-ganha-mais-equivale-a-33-7-vezes-o-da-metade-da-populacao-que-ganha-menos>. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Baixa representatividade de brasileiras na política se reflete na Câmara. **Política e Administração Pública**, Brasília: Agência Câmara de Notícias, 29 mar. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/554554-baixa-representatividade-de-brasileiras-na-politica-se-reflete-na-camara/>. Acesso em: 14 out. 2020.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher**. Adotada pela Resolução 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18 dez. 1979. Documento ratificado pelo Brasil em 1 fev. 1984. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>. Acesso em: 14 out. 2020.

VELASCO, Clara; CAESAR, Gabriela; REIS, Thiago. **Mesmo com queda recorde de mortes de mulheres, Brasil tem alta no número de feminicídios em 2019**. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/03/05/mesmo-com-queda-recorde-de-mortes-de-mulheres-brasil-tem-alta-no-numero-de-femicidios-em-2019.ghtml>. Acesso em: 25 ago. 2021.

# CAPÍTULO 15

## GERAÇÕES E DIREITOS DAS MULHERES NO BRASIL: DESACOPLAMENTOS NAS CONQUISTAS E DESAFIOS

Irene Patrícia Nohara

Giovanna Nony Failache da Silva

### CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Inicialmente, queremos agradecer ao convite e parabenizar Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques e Renata Mota Maciel, pela iniciativa de coordenar, com a organização de Patrícia Pacheco Rodrigues e Samira Rodrigues P. Alves, esta importante obra da *Constituição por elas*: a interpretação constitucional sob a ótica das mulheres. Trata-se de iniciativa histórica e que, portanto, representa uma ação que garante às mulheres pesquisadoras o espaço de fala e de reflexão em relação à igualdade de direitos e também à relevante aplicação das normas constitucionais ao universo feminino.

O presente escrito objetiva analisar as conquistas de direitos das mulheres traçando um paralelo com as gerações de direitos, para depois analisar o quadro jurídico da Constituição e os desafios de efetivação.

Antes de mais nada, precisamos determinar o que seriam os chamados “direitos das mulheres” para os fins desse trabalho. Afinal, existem “direitos das mulheres”? Não seria essa uma distinção muito mais segregacionista, no sentido de afastar a mulher dos direitos garantidos a todos os seres humanos como fundamentais? Ou estariam esses “direitos das mulheres” inseridos nos chamados “direitos humanos”, sendo salientados de forma a garantir sua maior proteção e reconhecer uma existente desigualdade entre homens e mulheres que deve ser superada?

Pretendemos aqui legitimar a pauta identitária que justifica a postulação da categoria relevante dos direitos das mulheres, com a ressalva de que, dentro dos direitos das mulheres, há também múltiplas outras reivindicações que se desdobram em inúmeros grupos de mulheres que sofrem opressão de forma diferente na sociedade. Também se objetiva analisar as falácias da construção social do mito da fragilidade feminina, bem como os argumentos inconsistentes que fundamentam a visão que aprofunda as distinções de gênero, sendo que a superação desta visão é um objetivo que contribui com a disseminação de uma cultura de igualdade.

Ademais, serão desenvolvidos os direitos das ditas gerações, sendo que, a partir do cotejo das garantias e direitos das mulheres, será demonstrado o quanto as mulheres foram excluídas do eixo de preocupação e tute-



la de tais direitos ao longo da história de sua positivação, havendo, portanto, um desacoplamento histórico das conquistas dos diversos direitos das mulheres em relação à literatura de “universalização dos direitos humanos”.

Por fim, se intenta trazer o quadro de conquistas promovido pela Constituição de 1988 e os desafios que a mulher brasileira enfrenta ainda nos dias atuais, sendo que, não obstante as conquistas vivenciadas historicamente, ainda há muitos desafios para a efetivação dos direitos das mulheres e sobretudo para a construção de uma sociedade mais justa, livre e igualitária, como propugna nossa Lei Maior. Deixaremos também registrado no estudo, feito com tanto esmero por mulheres, algumas palavras do que esperamos que haja de transformação nesse sentido.

## A TEORIA GERACIONAL E OS DIREITOS DAS MULHERES

A teoria geracional foi divulgada por Bobbio,<sup>1</sup> tendo sido associada também à formulação derivada da exposição de Karel Vasak. Assim se denomina a divisão dos direitos humanos fundamentais que se consagrou na doutrina por classificar várias categorias de aspirações sociais, tentando traçar uma natureza comum entre determinados direitos em função dos fatos históricos responsáveis por seu reconhecimento legal.

A primeira geração de direitos é composta de direitos eminentemente individuais, sendo permeada pelo liberalismo. O Estado é visto como o grande violador dos direitos humanos, reconhecidos pela razão do homem (jusnaturalismo). Grande parte dessa mentalidade pode ser associada ao impacto da Revolução Francesa, na qual a burguesia triunfante colaborou para o reconhecimento de uma série de direitos de agir, ou seja, direitos que possuem como contraponto o comportamento negativo dos demais, principalmente do Estado.

Os direitos de primeira geração são analisados da perspectiva de uma reação contra o Absolutismo e, como tal, são associados às Declarações de Direitos e ao Constitucionalismo, os quais colaboraram para o advento do Estado Liberal de Direito. São relacionados, portanto, ao valor liberdade. Tais direitos foram produtos de reivindicações e de conquistas datadas dos séculos XVII e XVIII, compreendendo direitos civis e políticos, bem como: o direito à vida, à propriedade privada, à liberdade de pensamento, ao voto e à locomoção.

Documento que marca a consolidação destes direitos de primeira geração é a *Declaração do Homem e do Cidadão, de 25 de agosto de 1789*, de inspiração Iluminista, que enunciou direitos como: liberdade, igualdade perante a lei, inviolabilidade da propriedade privada e resistência à opressão. Ocorre que as mulheres, assim como os escravos, ainda não tinham sido inseridas em condições de igualdade nesse rol de direitos. Assim, poucos anos após a *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, Olympe de Gouges (Marie Gouze), propõe, em 1791, que fosse adotada também uma *Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã*, que serviria como contraponto à declaração masculina de 1789.

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.

De Gouges trazia reivindicações que só começaram a ser transformadas em direitos a partir do século XIX, como: o fim da escravidão e os direitos iguais às mulheres como relação ao voto (conquista do século XX), à elegibilidade e ao divórcio. No caso da *Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã*, ela quis inserir o dispositivo que estabelecia que: a mulher nasce livre e tem os mesmos direitos do homem, sendo que as distinções sociais só podem ser baseadas no interesse (na utilidade) comum. Todavia, De Gouges foi guilhotinada em 1793, tendo sido acusada de contrarrevolucionária e, ainda, de mulher “desnaturada”.

Percebe-se, portanto, que mesmo os direitos de primeira geração só foram efetivamente conquistados naquele período pelos homens (sendo as mulheres excluídas de usufruir da mesma liberdade enunciada). Aliás, o jusnaturalismo, que tanto mobilizou as revoluções burguesas, que pregavam valores como a liberdade, sobretudo, não foi suficiente articulador das mentes e interesses a ponto de que houvesse, como decorrência, a abolição da escravidão no mundo. Não há situação no planeta mais violadora da liberdade do que a escravidão, mas parece que essa pauta, de que os homens “nascem livres e iguais”, de origem jusnaturalista, não foi suficiente para sensibilizar os “seres humanos” de então para tomarem medidas efetivas contra as violações decorrentes da exploração dos escravos.

Então, evidente que os direitos não foram tão “universalizados” assim. No Brasil, por exemplo, as mulheres só conquistaram o direito ao voto em 1932, com a criação do Código Eleitoral. Quanto à ausência de liberdade de expressão de pensamento, pode-se mencionar o caso de Ercília Nogueira Cobra, a qual publicou o livro *virgindade inútil*, em que discutia a exploração sexual e também a concepção de sensualidade egoísta do universo masculino, e foi presa, no Estado Novo, por conta de suas ideias. Não havia, portanto, espaço na sociedade para que as mulheres divulgassem ideias que contrapusessem a visão predominantemente machista e patriarcal.

Aliás, no tocante ao tema da virgindade, observe-se que somente com o [Código Civil de 2002](#) que houve a revogação oficial (já inconstitucional, a nosso ver, desde a Constituição de 1988) do dispositivo do Código anterior que determinava que o homem poderia pedir a anulação do casamento se descobrisse que sua esposa não era virgem.

Ademais, em 1937, houve decreto de Getúlio Vargas no sentido de que as mulheres só poderiam praticar esportes que fossem condizentes com suas condições físicas, tendo sido expressamente proibidas as práticas por mulheres de: futebol, polo, lutas, beisebol e halterofilismo, sendo que, apenas em 1979, no Brasil, mulheres alcançam oficialmente a liberdade de praticar qualquer esporte.

Ainda, no concernente à liberdade, somente em 1962, a partir da edição da [Lei nº 4.212](#), que mulheres casadas puderam trabalhar sem a necessidade de consentimento de seus maridos. Ademais, o divórcio só foi permitido juridicamente a partir da [Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977](#), sendo que, mesmo com a possibilidade jurídica de dissolução do vínculo de casamento, ainda, durante muito tempo depois, se perpetuou,

numa ambiência machista da sociedade, o julgamento social da mulher divorciada, costume que provocou a extensão de inúmeros casamentos infelizes e abusivos, com o fito de se evitar um julgamento com base na insegurança provocada, à época, pela rejeição social que muitas mulheres sofriam e sofreram após a separação de seus maridos.

A segunda geração de direitos advém de outro momento histórico. Observa-se, nessa etapa, os efeitos sentidos pela Revolução Industrial. Com o fim das corporações de ofício e a prevalência da ótica liberal que protegia a propriedade privada, a liberdade de mercado e de indústria, concentrou-se a renda nas mãos da classe burguesa. Este fato, aliado à penúria da classe trabalhadora, ressaltou a necessidade da mudança da postura abstencionista do Estado em prol de uma maior igualdade de condições.

A Constituição mexicana, de 1917, antecipou, conforme visto, a positivação de direitos sociais no âmbito Constitucional. Já a *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado*, editada na Rússia, em janeiro de 1918, difundiu os princípios norteadores da luta de classes. Pode-se concentrar, entretanto, na Constituição de Weimar (1919) o modelo de um novo espírito, que transcende a mentalidade individualista, quanto às liberdades fundamentais.

Assim, dos movimentos que vieram do século XIX, aliados às rupturas causadas pela Primeira Guerra Mundial, houve a imposição de um novo modelo de Constituição que assegurou o poder de exigir serviços sociais prestados pelo Estado em prol da vida humana, garantindo-se subsistência, trabalho, educação e igualdade de condições. Os direitos de segunda geração (ou dimensão) são sintetizados, portanto, no valor igualdade.

É neste contexto de segunda geração de direitos que a igualdade recebe foco mais acentuado. Ressalte-se que, em 1919, a Conferência do Conselho Feminino da OIT aprovou resolução no sentido da necessidade de se garantir salário igual para homens e mulheres que exercem a mesma função, sendo este um desafio ainda não consolidado em pleno século XXI.

A [Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948](#), criada após os efeitos catastróficos da Segunda Guerra Mundial, enfatizou no art. II.1 que as pessoas devem gozar dos direitos e liberdades, “sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”.

A terceira geração de direitos, por sua vez, foi desenvolvida precipuamente no âmbito do Direito Internacional. Enunciados a partir de documentos firmados nas sucessivas reuniões da ONU e da Unesco, são exemplos desta categoria: o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente, o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito à autodeterminação dos povos. São também chamados de direitos de solidariedade.

Apesar dessa solidariedade tentar se mostrar como difusa e abarcante da “humanidade como um todo”, quando se fala em fraternidade, como terceira palavra do lema da Revolução, daí se transplanta uma noção

que, etimologicamente, também não inclui a mulher. Fraternal é expressão que contém em si o sentido próprio de irmão. Trata-se de termo que advém do latim, *frater* (irmão). Já irmã, no latim, é *soror*, daí que a irmandade, o afeto ou a amizade entre mulheres não é denominada de fraternidade, mas sim de sororidade. Também fortemente associado ao latim, o italiano chama, por exemplo, irmão, homem, de *fratello* e irmã, mulher, de *sorella* (de *soror*).

É a partir da segunda metade do século XXI que os documentos e declarações, que antes eram tratados como supostamente “universais”, passam a ser focados também nas necessidades e vicissitudes vividos de forma diferente por determinados grupos mais vulneráveis socialmente. Trata-se de um viés que se consolidou e que, atualmente, se traduz nas chamadas “pautas identitárias”.

Então, no âmbito internacional, a grande conquista nesse sentido foi a *Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* da ONU, de 1979, com entrada em vigor em 1981. Conforme expõe Silvia Pimentel, a Convenção da Mulher (CEDAW) foi o primeiro tratado internacional a dispor amplamente sobre os “direitos humanos da mulher”,<sup>2</sup> sendo desdobrada então em duas frentes: (a) a promoção dos direitos da mulher na busca pela igualdade de gênero; e (b) a repressão a quaisquer discriminações contra a mulher pelos Estados-parte.

Acrescente-se que a Lei Maria da Penha foi reflexo da submissão de um caso de violência e de omissão estatal à Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo advinda de um contexto em que se percebe que os direitos da mulher estão acima das questões adstritas aos Estados inertes em relação à discriminação e à violência contra a mulher.

Em síntese, de acordo com Sérgio Resende de Barros, foi o jurista tcheco Karel Vasak,<sup>3</sup> na aula inaugural que proferiu em 1979 no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, sob o título *Pour le droits de l’homme de la troisième génération: les droits de solidarité*, que associou o lema da Revolução Francesa às gerações de direitos, associados à liberdade, igualdade e fraternidade.<sup>4</sup> Cumpre acrescentar que muito embora se fale em três, ou até mais, gerações de direitos isso não implica que as gerações iniciais sejam obsoletas em relação às mais recentes. O que ocorre, na realidade, é uma soma de direitos, por este motivo, alguns autores, como Ingo Wolfgang Sarlet,<sup>5</sup> preferem empregar o termo “dimensões” de direitos em vez de “gerações” (usado por Bobbio, na *Era dos Direitos*).<sup>6</sup>

2 PIMENTEL, Silvia. **Apresentação** – Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em: [http://www.onumulheres.org/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw.pdf](http://www.onumulheres.org/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf). Acesso em: 20 out. 2020.

3 BARROS, Sérgio Resende. **Noções de gerações de direitos**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/nocoes-sobre-geracoes-de-direitos.cont>. Acesso em: 25 ago. 2021.

4 Como existe muita divergência quanto ao conteúdo da quarta geração, então a presente abordagem dos direitos das mulheres irá ser metodologicamente restrita às primeiras três.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55.

6 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.

## DESIGUALDADE DE GÊNERO ENQUANTO CONSTRUTO SOCIAL

Sabe-se que a desigualdade de gênero não foi construída a partir de causas estritamente biológicas, como muitos acreditam, mas por conta de uma construção histórica de um estereótipo de “sexo frágil” e até “incapaz”. Para tanto, cumpre inicialmente diferenciar os conceitos de sexo e gênero.

Não obstante a legislação referir-se frequentemente a sexo, a discriminação envolve uma questão (social) de gênero. Segundo Caroline Moser, enquanto sexo se refere às categorias inatas do ponto de vista biológico, ou seja, algo relacionado com feminino e masculino, o gênero diz respeito aos papéis sociais relacionados com a mulher e o homem.<sup>7</sup> Assim, sexo é uma categoria biológica e gênero, por sua vez, é uma distinção que decorre de uma postura social, isto é, algo abordado do ponto de vista da sociologia.

Toda sociedade é marcada por diferenças de gênero, havendo, ainda, grande variação de papéis associados em função da cultura e do tempo em que se vive. Por exemplo, no Brasil do século XIX, o lugar social da mulher era o doméstico, sendo comum, à época, não se achar de “bom tom” que as “moças de boa família”<sup>8</sup> se aventurassem sozinhas pelas ruas da cidade (espaço público), para abastecer a casa ou fazer outras atividades necessárias, postura que foi sendo transformada ao longo do século XX.

Havia, no começo do século XX, ainda, revistas femininas que recomendavam às mulheres, para não cair “em maledicência”, que evitassem sair à rua com um homem que não fosse seu pai, irmão ou marido. Desumanizada, a mulher era forçada a aceitar rígidos papéis sociais, que as reduziam ao estereótipo de “rainhas do lar”, concepção sustentada, segundo Maluf e Mott, no tripé: “mãe-esposa-dona de casa”,<sup>9</sup> sendo, portanto, sua existência direcionada a complementar, com submissão e obediência, às atividades do marido, como reprodutora e, portanto, unicamente responsável pelo bem-estar dos demais integrantes da família, numa divisão injusta de papéis sociais.

Note-se, contudo, que o papel de gênero pode ser alterado a partir da tomada de consciência das construções arbitrárias feitas pela sociedade, que podem ser questionadas para que haja maior igualdade do ponto de vista social.

Ademais, enfatize-se que um melhor grau de igualdade de tratamento de gênero foi resultado de lutas e contestações de uma série de mulheres, que não se conformaram em viver fechadas no lar, “arrastando uma existência monótona, insípida, despida de ideais”, sendo, ainda, monetariamente algemadas aos maridos.<sup>10</sup>

7 MOSER, Caroline. Gender planning in the third world: meeting practical and strategic gender needs. *World Development*, v. 17, n. 2.

8 MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. Recôndidos do mundo feminino. In SEVCENKO, Nicolau (org.). *História da vida privada no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. v. 3, p. 398.

9 MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. Recôndidos do mundo feminino. In SEVCENKO, Nicolau (org.). *História da vida privada no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. v. 3, p. 373.

10 MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. Recôndidos do mundo feminino. In SEVCENKO, Nicolau (org.). *História da vida privada no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. v. 3, p. 371.

Nos livros de Direito Civil que comentavam o [Código de 1916](#), os juristas justificavam a supremacia masculina que se alicerçava no conceito, hoje absolutamente ultrapassado, de *pátrio poder*, a exemplo de Washington de Barros Monteiro, para quem: inicialmente, via-se a preponderância do homem em termos de direito natural, depois, justificou-se na “fragilidade da mulher”, sendo que “modernamente, porém, com muito acerto afirmou-se que ao marido compete à chefia da sociedade conjugal pela necessidade de haver quem lhe assuma a direção e também por ser ele quem, pelo sexo ou pela profissão, mais apto se acha para receber a investidura”.<sup>11</sup>

No acervo histórico da *Folha de S. Paulo*, encontram-se dados que desconstroem, há tempos, o mencionado mito da “fragilidade” feminina, pois, do ponto de vista físico, entre outros fatores conhecidos: as mulheres vivem mais que os homens; despendem, geralmente, menor energia para realizar o mesmo trabalho; nascem, estatisticamente, mais meninas, mas a mortalidade infantil masculina é maior do que a feminina; sendo elas mais equipadas biologicamente para lutar contra inúmeras enfermidades e dotadas de maior resistência física principalmente no processo de envelhecimento<sup>12</sup> (não é incomum ver mulheres e homens da mesma idade avançada em que o tônus muscular e a estabilidade feminina são acentuadamente maiores)

É, portanto, infundada, do ponto de vista biológico, tal ideia, que era amparada no século XIX por estudos da medicina que tentavam incutir na sociedade que as mulheres eram biologicamente inferiores; sendo, ainda, uma construção social a noção de mulher delicada e emocional, que tanto provocou o assujeitamento e, conseqüentemente, e a objetificação da mulher, tendo em vista que emoção e razão estão presentes nos seres humanos em geral, não sendo capacidades distribuídas diferentemente em função do sexo.<sup>13</sup>

No entanto, historicamente, nas questões de gênero, a sociedade tendeu a associar emoção à mulher e racionalidade ao masculino, e, conforme se enxerga da visão civilista corrente no século passado, achava-se “moderno”, à época, dizer que o homem seria o sexo mais apto para chefiar a sociedade conjugal, apelo utilizado pela disseminação da noção antiga de *pátrio poder*, a qual foi suprimida pela [Constituição de 1988](#).

Ademais, mesmo que existam algumas *diferenças* entre pessoas de distintos sexos, o problema de gênero é agravado com a *naturalização do preconceito*, situação em que as pessoas nem se dão conta de que possuem uma atitude de superioridade ou de inferioridade influenciada pelos estereótipos negativos infundados que lhes são introjetados socialmente.

Daí surge o movimento do feminismo, que procura postular direitos para as mulheres, fazendo valer sua capacidade física, moral e intelectual. O movimento de contestação a esses assujeitamentos de gênero, denominado de feminismo,<sup>14</sup> também acompanhou a evolução dos debates acerca da temática e se transformou, a

11 Apud MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do mundo feminino. In SEVCENKO, Nicolau (org.). *História da vida privada no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. v. 3, p. 379.

12 Banco histórico: mulher não é mais o sexo fraco. *Folha de S. Paulo*, 17 agosto 1969.

13 NOHARA, Irene Patrícia. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 208.

14 Existem, na realidade, variados feminismos, que advém da luta de emancipação das mulheres iniciada no final do século XVIII e início do século XIX, sendo, portanto, que há uma multiplicidade de interesses e luta em torno do feminismo. A advocacia de grandes escritórios é um desses ambientes em que há um “telhado de vidro” que, segundo trabalho de pós-doutorado de Patrícia T. M. Bertolin, permite apenas às advogadas bem-sucedidas mirarem a cúpula, mas que as impede, no geral, de alcançarem o topo da

partir da década de 1980, no chamado “feminismo da diferença”, em que se há o reconhecimento da *cultura feminina*, não em termos de reprodução do assujeitamento ou do confinamento da mulher na esfera privada (domesticação), mas em termos de postular, conforme exposição de Margareth Rago, numa ambiência pública: “em que as mulheres podem transformar um mundo que foi moldado por referências masculinas?”<sup>15</sup>

Assim, não estamos negando que haja diferenças biológicas entre homens e mulheres, apenas buscamos ressaltar que, apesar dessas, deve-se combater a arbitrariedade de um discurso social inferiorizante, que naturaliza questões que são construídas socialmente. Importante neste sentido é garantir a que a mulher seja realmente a “dona” das decisões de sua vida, como condição para que usufrua da liberdade e da igualdade.

## CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS ALCANÇADOS PELAS MULHERES NO BRASIL: DESAFIOS DE EFETIVAÇÃO

Conforme visto, os direitos das mulheres foram sendo conquistados tardiamente em relação ao rol formal de direitos humanos listados nas históricas declarações. Assim, apesar dos “seres humanos” terem conquistado liberdade, a primeira grande declaração, não por acaso, chamou-se *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, no gênero masculino, sendo que Olympe de Gouges, que teve a ousadia de tentar propor uma Declaração que também abarcasse as Mulheres acabou guilhotinada e taxada de uma mulher “desnaturada”.<sup>16</sup>

No Brasil, as meninas só conseguiram estudar além do primário a partir de uma Lei de 1827, que previa, em seu art. 11, escolas de meninas nas cidades e vilas mais populosas. Somente em 1879 que as mulheres foram aceitas em faculdades. Atualmente, apesar de todas as resistências que as mulheres enfrentaram, a população feminina com diploma é maior do que a masculina. Contudo, o fato de estudarem mais não significa que sejam atualmente mais valorizadas que os homens no mundo profissional e corporativo.

Depois, são conquistas paulatinas nos direitos da mulher: o de voto, em 1932, inicialmente só votavam solteiras e viúvas com renda própria e as mulheres casadas, sendo que dois anos depois (1934) retiraram essas travas legais: de renda e estado civil. Ressalte-se que ainda que a conquista do direito de voto e de ser votada seja da década de 30, ainda nos dias atuais a representatividade feminina<sup>17</sup> no Brasil apresenta índices piores do que muitos dos países do Oriente Médio, onde, em 2019, o Brasil ocupa a posição 134 das 193 nações avaliadas, sendo que está localizado abaixo do Iraque (68) e da Arábia Saudita (109).

Por mais que muitas vezes relacionemos as gerações do direito a eventos históricos, a realidade revela que os direitos das mulheres não obedecem a uma ordem cronológica e nem dependem uns dos outros para serem adquiridos. Percebemos que em diversos momentos tivemos no Brasil direitos de segunda geração ante-

carreira. Conforme criteriosa pesquisa empírica intitulada “O telhado de vidro nas sociedades de advogados”, em que a professora do Mackenzie e doutora pela USP traz dados sobre a discriminação existente neste universo. A obra, em vias de publicação, foi apresentada no I Seminário Internacional de Direito do Trabalho.

15 Ver: entrevista Margareth Rago. Diálogos sem fronteira. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RBRMMbCdGrE>. Acesso em: 22 jan. 2016.

16 Desnaturada como se o natural da mulher fosse não reivindicar direitos e obedecer à ordem estabelecida.

17 Em 2019, são: só 12 mulheres dos 81 senadores e 77 deputadas das 513 cadeiras na Câmara.

riores a um considerado de primeira, como, por exemplo, a construção pelo Estado de escolas para meninas, determinado pela [Lei de 15 de Outubro de 1827](#) e o [Estatuto da Mulher Casada](#), assegurando liberdades à mulher, característico de primeira geração, que só foi promulgado em 1962.

A [Constituição de 1988](#) também pode ser considerada um marco na conquista dos direitos das mulheres. O primeiro inciso do art. 5º já determina que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Do ponto de vista da família, além de a Constituição ter legitimado a dissolução do casamento civil pelo divórcio, também estabeleceu que: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, conforme redação do § 5º do art. 226.

Papel relevante foi exercido pelo [Conselho Nacional dos Direitos da Mulher \(CNDM\)](#), que garantiu que as pautas femininas fossem incorporadas na Constituição, com a ajuda da [Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes](#). Assim, com a ajuda do apelidado *Lobby do Batom*, apesar de as Constituintes mulheres terem sido um número restrito de 26, em meio a 559 parlamentares, ainda assim, com a pressão das mulheres, houve a incorporação de 80% do conteúdo da pauta da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes no rol de direitos da Constituição de 1988.

Atualmente, mais de trinta anos da promulgação da Constituição, mesmo em face de um avanço legislativo infraconstitucional e, durante algum tempo, institucional também, ainda nos indagamos sobre a efetividade dos direitos das mulheres no Brasil. Assim, a positivação de um direito não assegura, de plano, o seu cumprimento, pois demanda implementar medidas que visem garantir sua obediência.

De acordo com o Relatório Mundial sobre a Desigualdade de Gênero, de 2020<sup>18</sup>, elaborado pelo Fórum Econômico Mundial, o Brasil precisaria de mais de 59 anos para eliminar as diferenças de gênero, ficando na 92ª colocação entre 153 países. Tal pesquisa revela disparidades entre homens e mulheres nos mais diversos âmbitos, quais sejam: econômico, social, político, sobretudo no tocante ao mencionado fosso na representatividade política das mulheres, saúde e educação.

Percebe-se, pois, que há muitas medidas que precisam ser intensificadas como políticas públicas para que homens e mulheres sejam iguais em direitos e obrigações nos termos da Constituição. Além das políticas transversais, do reforço ao olhar das instituições que foquem em combater às discriminações, também há um potencial de avanço de *compliance* antidiscriminatório às mulheres, sendo que muitas empresas acabam sendo premiadas pela representatividade igual de mulheres, sobretudo nos cargos de liderança, o que qualifica o ambiente empresarial no cenário nacional e internacional, aumentando a reputação das organizações e garantindo a efetividade e o respeito aos direitos das mulheres.

18 WORLD ECONOMIC FORUM. *Global Gender Gap Report 2020*. Insight Repotr. Disponível em: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2020.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf). Acesso em: 20 out. 2020.



## CONCLUSÕES

A teoria das gerações ou dimensões de direitos fundamentais procurou classificar determinados grupos de direitos em função de fatos históricos que contribuíram com o seu reconhecimento jurídico, sendo esquematizados em função o lema da Revolução Francesa: a primeira abarcante dos direitos de liberdade; a segunda geração, os de igualdade; e a terceira, os de fraternidade.

Contudo, ao traçarmos um paralelo entre tais valores e o reconhecimento dos direitos da mulheres, podemos observar uma série de inconsistências, dado que a liberdade assegurada supostamente de forma universal na primeira geração de direitos, conforme exposto, não alcançou efetivamente as mulheres, uma vez que elas não tinham voz e voto, sendo impossibilitadas de frequentar os mesmos espaços que os homens, praticar os mesmos esportes, sendo consideradas jurídica e economicamente acorrentadas aos seus maridos, aos quais deveriam solicitar autorização, no Brasil, até para que trabalhassem.

Logo, percebe-se, de início, que a retórica da universalização é uma falácia de um discurso que colocou o homem no centro das preocupações, não se indagando se a mulher também usufruiu historicamente de tais “conquistas” divulgadas como universais.

É na segunda geração de direitos que as mulheres começam a ser incluídas no rol de garantias, dado que a segunda geração se debruça sobre a questão da igualdade. No entanto, até os dias atuais, mesmo com o avanço da previsão constitucional, no sentido de que os homens e as mulheres são iguais em direitos e obrigações, as mulheres não são remuneradas e sequer socialmente valorizadas tanto quanto os homens quando realizam as mesmas tarefas.

Por fim, a fraternidade, terceiro valor trazido no lema supostamente universalizante da Revolução Francesa, que rege as relações internacionais. Deve-se ressaltar que o próprio termo *fraternidade*, em si, já indica a exclusão das mulheres, pois ele significa uma solidariedade entre homens (como irmandade – do latim *fraternitas*, de *frater*, significando irmão), dado que a solidariedade entre mulheres se denomina *sororidade*.

Ademais, foi só a partir da *Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, da ONU, que houve uma especificação de pauta mais identitária nos direitos das mulheres, sendo que maior a proteção internacional, por exemplo, que também acabou dando origem, no Brasil, por exemplo, em face da Corte Interamericana de Direitos Humanos (no caso), ao debate sobre a necessidade da criação da Lei Maria da Penha, diante de uma situação de omissão do País.

É lamentável, portanto, que o discurso da conquista paulatina e supostamente universal dos chamados “direitos humanos”, por meio de gerações/dimensões, seja tão divorciado do que foi o movimento da conquista dos “direitos das mulheres”, que foi esparso e incompleto, tendo, sem dúvida, como marco a Constituição

de 1988, principalmente se se considerar que as mulheres compõem praticamente metade da humanidade. No caso do Brasil, aliás, mais da metade (51,8% de mulheres).<sup>19</sup>

Não se pode afirmar que não houve conquistas históricas, mas percebemos que direitos de primeira geração, isto é, de *liberdade*, no caso da mulher, não foram garantidos no final do século XVIII. Ainda, a *igualdade* é realidade não vivenciada em sociedades machistas, como são as Latino-Americanas, como o Brasil, onde ainda há práticas discriminatórias, objetificantes e inferiorizantes das mulheres. Por fim, a *sororidade*, se fossemos pensar nas mulheres, é sentimento que dependerá, ainda, da desconstrução da visão arraigada da desigualdade de gênero, que tanto inferioriza as mulheres, conforme visto.

Logo, o desafio da efetividade é o maior gargalo para realização dos direitos das mulheres, sendo relevante que elas sejam livres em seu corpo, pensamentos e atitudes, para que tenham as mesmas oportunidades sociais, sendo respeitadas em sua incolumidade física, moral, intelectual e psíquica.

Esperamos, ainda, que esses assujeitamentos cotidianos, os olhares e atitudes inferiorizantes que a sociedade machista, como é a brasileira, verte sobre as mulheres, sejam minimizados por políticas, atitudes e educação em diversidade. Torcemos ativamente para que a mulher usufrua, a partir de novas posturas sociais, da sensação de seu valor, sendo-lhe assegurados também locais de destaque e de fala, para que se perceba que também temos uma contribuição social muito rica, modificando o direito moldado com base exclusiva nas referências masculinas para uma situação de maior equilíbrio, no reconhecimento da relevante contribuição da cultura feminina para a transformação da sociedade.

## REFERÊNCIAS

- BARROS, Sérgio Resende. **Noções de gerações de direitos**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/nocoos-sobre-geracoes-de-direitos.cont>. Acesso em: 25 ago. 2021.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. Recôndidos do mundo feminino. In SEVCENKO, Nicolau (org.). **História da vida privada no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- MOSER, Caroline. Gender planning in the third world: meeting practical and strategic gender needs. **World Development**, v. 17, n. 2.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Atlas, 2016.
- PIMENTEL, Sílvia. **Apresentação** – Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf). Acesso em: 20 out. 2020.
- RAGO, Margareth. **Diálogos sem fronteiras**. Disponível em: <http://www.youtube.com/etch?v=RBRMMbCdGrE>. Acesso em: 22 jan. 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- WORLD ECONOMIC FORUM. **Global Gender Gap Report 2020**. Insight Repotr. Disponível em: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2020.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf). Acesso em: 20 out. 2020.

<sup>19</sup> A qual apesar de ser numericamente superior, é socialmente inferiorizada. Temos, no Brasil, 51,8% de mulheres e 48,2% de homens (PNAD, 2019).

# CAPÍTULO 16

## LA CONSTITUTION: UNE FEMME

Alessia J. Magliacane

Quem é essa mulher  
Que canta sempre esse estribilho?  
Só queria embalar meu filho  
Que mora na escuridão do mar  
Chico Buarque de Hollanda, *Angelica*  
Quando chegar o momento  
Esse meu sofrimento  
Vou cobrar com juros. Juro!  
Todo esse amor reprimido,  
Esse grito contido,  
Esse samba no escuro  
CHICO BUARQUE DE HOLLANDA, *APESAR DE VOCÊ*

### INTRODUCTION : LE CONTEXTE

Ce qui nous frappe de l'immense transformation du continent latino-américain (Nord, Centre et Sud) est la vision de la relation État / société (dans un sens quelque peu plus profond que la « société civile » hégélienne ancrée dans la tumultueuse Allemagne bourgeoise), aussi différente tant de la vision occidentale que de la vision continentale orientale (asiatique en général, chinoise, indienne<sup>1</sup>, japonaise), mais aussi des différentes traditions locales au sein de chaque continent et subcontinent).

Nous avons déjà souligné des aspects très intéressants des transitions démocratiques américaines dans des précédents travaux, où nous avons également mis en évidence des traits communs aux transitions de l'Amérique centrale (notamment Nicaragua et Guatemala), en essayant de reconstruire les spécificités constitutionnelles de ces solutions, à savoir l'usage « antipolitique » de l'amnistie et la prévalence du principe de vérité en dépit de celui dit de réconciliation.<sup>2</sup>

Deuxièmement, nous avons développé certains thèmes propres des transitions politiques, tels que la relation entre *temps* (des institutions) et *langage* (des normes). Les cas de l'Argentine et de la Bolivie ont été considérés comme paradigmatiques.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Des observations très intéressantes à propos du modèle indien sont développées par Martha C. Nussbaum et Amartya Sen. NUSSBAUM, *The clash within* [2005] et SEN, *The argumentative indian* [2004].

<sup>2</sup> MAGLIACANE, *Le récit des opprimés* [2016], et plus un général, MAGLIACANE, *Transition constitutionnelle et Résistance*. Une étude comparée, VII Voll. [2016].

<sup>3</sup> MAGLIACANE, *El lenguaje entre norma y tiempo* [2010], et plus récemment MAGLIACANE, *Le temps non linéaire de la Résistance* [2017].

Enfin, nous avons testé la méthode kelsénienne de l'effectivité, dans une démarche renouvelée vers l'analyse de la validité, dans les pages des travaux précédents consacrées aux transitions démocratiques française et italienne. L'étude de la « guerre de libération » (France) et l'assomption méthodologique de la complexité thématique de la Résistance nous ont amenés à bâtir une théorie de la transition constitutionnelle fondée sur une analyse « synthétique *a priori* » des critères d'effectivité et de validité et à formuler la catégorie de « transition résistancielle ».

L'occupation étrangère est un thème bien différent dans le contexte de la transition « démocratique », et aujourd'hui elle peut affecter des pays tels l'Afghanistan, l'Irak, et bien sûr la Palestine. Le « regard de l'occupé » trouve une légitimation politique dans une perspective émancipatoire qui contemple *effectivement* la libération de la force occupante et l'ouverture d'une « saison constitutionnelle ».

Comme la théorie peut être une pratique *pure*, autant complète et raffinée qu'elle peut se transformer dans la méthode de la pratique, aussi la constitution peut être une Résistance (ou une lutte de libération) *pure*, à savoir si réussie qu'elle peut se formaliser dans un texte méthodologique valable pour le futur.

Ce n'est pas un « programme », donc, la constitution, mais un *projet*.

En comptant les « antécédents », les différences entre les pays occupés (tels que la France et l'Italie sous le nazisme, la Palestine sous Israël), les dictatures (tels que l'Italie sous le fascisme, le Brésil sous le gouvernement militaire) et les conditions intermédiaires comme celle de l'Afrique du Sud sous la dite « apartheid », deviennent *floues*. Tout comme *vérité* et *réconciliation* deviennent des instruments au service de la libération, de la Résistance, de la lutte pour l'autonomie et l'indépendance, insérés d'ores et déjà dans le contexte constitutionnel futur dont ils font partie sans conditions ni limitations. Et qui confluent dans un constitutionnalisme *para-constitutionnel*, à savoir qui se déroulerait même en absence d'une assemblée constituante, mais qui accompagne l'ouverture d'un processus *constituant*, en négociant les termes du pacte social à suivre (et à être « suivi »).

De cette façon, nous nous sommes éloignés de la « vision occidentale corrigée », à savoir celle des Commissions de vérité des pays socialistes après la chute du mur. C'est la définition que nous développons dans des précédents travaux au sujet des transitions constitutionnelles<sup>4</sup>, et qui est ouvertement en contraste avec l'élaboration de Peter Häberle<sup>5</sup>.

L'analyse du grand constitutionnaliste allemand est bien sûr très intéressante et articulée, mais à notre avis elle manque d'une vision que dirons « pre-prospective » par rapport aux questions constitutionnelles et qui tend à voir dans la démarche constitutionnelle de ces pays (transition démocratique, forme républicaine, processus d'unification, compromis constituant, moment de l'écriture, concrétisation et interprétation constitutionnelle, etc.) une sorte de passage « évolutif » entre les formes d'État et de gouvernement. Ce qui peut être compréhensible

<sup>4</sup> Voir notamment MAGLIACANE, *Voies de la démocratie, voix de la réconciliation*. La Commission de réconciliation à l'Afrique du Sud [2009], aussi que *Le récit des opprimés* [2016] et, plus récemment, *Constitutional resilience* [2019].

<sup>5</sup> Voir HÄBERLE, *Diritto e verità* [2000], *Id.*, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura* [2001], ainsi que, plus récemment, la contribution à l'ouvrage collectif CERRI – HÄBERLE – JARVAD, *Il diritto tra interpretazione e storia* [2011].

au niveau éminemment politique, et pourtant qui n'est pas sans problème au niveau constitutionnel (et par ailleurs il n'existe pas une telle « science de la constitution », ou bien, si elle existait, serait inévitablement viciée de manque d'évidence aussi qu'affectée par une sorte de « biologisme » schématiquement appliqué aux structures sociales).

Encore, il nous semble que la perspective de l'Allemagne ait conditionné – dans la méthodologie – l'analyse des transitions relatives aux autres pays du « bloc ». Ce qui se révèle ouvertement vicié de partialité d'analyse, vu que la transition allemande a été bien plus complexe et articulée que les autres, bien qu'elle ait ouvert toute une perspective de « transition démocratique pacifique » grâce au nombre d'implications imaginaires de la célèbre « chute » du mur de Berlin (qui, en soi, n'a rien qui soit quelque peu lié à une démarche transitionnelle ni constitutionnelle).

Enfin, et en résumant brièvement, les Commissions des pays de l'Est européen ont trouvé un compromis (politique autant que théorique) entre vérité et réconciliation : ce point d'équilibre, qui s'est par la suite révélé fragile et incohérent, était fondé sur l'intention commune (interne aussi que... externe) de dépasser l'ordre politique préexistant, le « régime » socialiste. Pour mieux saisir, la *réconciliation* était donc asservie aux exigences politiques d'un tournant postsocialiste, alors que la *vérité* gagnait tout à coup (en venant absorbée tout d'un coup par) un nouvel statut tout juridique-constitutionnel à venir et qui dominait la transition.<sup>6</sup>

Dans ce contexte, le cas brésilien, presque contemporain tant à ceux de l'Est européen qu'à celui de l'Afrique du Sud (pour en rester qu'aux plus débattus), se donne à l'analyse avec une complexité majeure par rapport aux autres.

Préalablement, il résume les éléments qui ont caractérisé les transitions qui allait se dérouler dans d'autres pays, et qui sont, parmi les principaux :

- a. la saison finale d'un régime autoritaire (nous dirons bien totalitaire, mais il faut compenser la vieille équation par des « irruptions » qui ne font pas partie d'un système totalitaire, à savoir l'iconographie du pouvoir<sup>7</sup> et la culture populaire<sup>8</sup>) ;
- b. le passage de ce régime à un système de compromis entre forces politiques (anciennes et nouvelles) et sociales (notamment les organisations des travailleurs et la presse) ;
- c. par conséquent, la formation d'une opinion publique démocratique ;
- d. enfin, la formation et la « gestion » de la mémoire (qui est parfois le processus le plus marquant dans le contexte de la transition).

<sup>6</sup> L'épuration des employés publics (professeurs, enseignants, dirigeants, officiels, militaires, etc.) en RDT-DDR au lendemain de l'unification confirme le rôle secondaire et subordonné de la réconciliation.

<sup>7</sup> Sur l'iconographie, AGAMBEN, *Il regno e la gloria* [2009], DERRIDA, *Séminaires « La bête et le souverain », I et II* [2001, 2003], mais aussi, avec référence particulière au Fascisme, DE FELICE, *Mussolini. Gli anni del consenso* [1974, 2007] et LUZZATTO, *Il corpo del duce* [2001].

<sup>8</sup> Voir GENTILE, *Qu'est-ce que le fascisme ?* [2016], ainsi que, du même auteur, *La voie italienne au totalitarisme* [2014].

D'ores et déjà notons donc que, dans cette rapide synopsis manquent des éléments qui caractériseront en revanche de cas spécifique de transition. À simple titre d'exemple, pensons-nous au processus de subjectivation constitutionnelle du *citoyen* et de la *citoyenne*, plutôt que de la citoyenneté en soi, ou bien à la constitutionnalisation du marché de la consommation, ou encore à la concrétisation de la reconnaissance juridique-constitutionnelle de la minorité ethnique et linguistique.

Que pour avoir une idée du pacte social subjacent à chaque constitution de transition (ou de Résistance) après-dictature, c'est dans la constitution italienne de 1948 que pour la première fois les droits des femmes, du suffrage à l'autodétermination sexuel du sujet, ont fait leur entrée dans l'histoire nationale ! Ce qui alla donner, bien évidemment, pas mal de travail pour les juges, tous mâles, de la première cour constitutionnelle de l'histoire italienne, active dès l'année 1953, qui se trouvèrent souvent à assurer la garantie des droits tout en devant choisir entre la voie de la liberté ou celle de l'égalité, ou bien encore celle de la parité dans les opportunités de travail. Et on dira pareil pour les droits d'autres catégories sociales et sociologiques : des immigrés, des malades, des fils naturels, des chômeurs, des criminels, des militants politiques, des étudiants, des enseignants, des représentants syndicaux. Il s'agit là d'un pacte social complexe et énormément articulé dont l'exemple du suffrage féminin est seulement le plus éclatant afin de nous consentir de saisir cette « énormité », cette vraie « monumentalité » du passage historique.

Rien de tel ne s'est produit au long des transitions des pays de l'Est européen (par contre, on signalerait une drastique contraction des droits sociaux, prétendument en faveur de l'extension des libertés individuelles). Alors qu'au Brésil le composite rang politique de la transition a essayé de trouver un équilibre entre les éléments à « sauver » des gouvernements militaires – ex. les droits sociaux, dans quelle mesure, avec quels enjeux d'universalité et de généralité, sur la base de laquelle composition nouvelle du bloc historique constitutionnel, etc. – et les nécessaires intégrations venant du constitutionnalisme moderne et contemporain. À partir du rétablissement de la condition politique et sociale de la citoyenneté, véritable point de suspension et de tension pour les développements à venir, assignés à une pratique politique qui se voulait « progressive » et à une interprétation de la constitution « élargie » par la prise en compte des changements sociaux envisagés.

De plus, le Brésil offre des éléments intéressants de comparaison avec les pays qui ont vécu des longues saisons de « violence politique » tels que l'Italie, la RDT, l'Afrique du Sud, la Palestine occupée.

Souvent on appelle ces saisons « années de plomb », une formule terrible en fait, qui cache souvent tant les véritables intérêts en jeu, que la disparité des forces en « guerre » entre elles.

Encore, la formule terrible s'engage à fournir une explication *a posteriori* de la réconciliation – non pas de la mémoire seule (n'oublions pas que la mémoire sert de base tant pour la vérité que pour la réconciliation, ayant une valeur historique, politique... et constitutionnelle) – par laquelle des « extrémismes opposés » de droite et de gauches se sont affrontés pendant un laps de temps, sans réussir à gagner le pouvoir.

Or, dans une analyse qui veut se tenir à la méthode constitutionnelle (et sans oublier la tragédie de ceux qui ont subi les effets dramatiques de la « violence politique »), la formule est dépourvue de sens. Ce n'est pas la seule disparité des forces qui compte ici (à savoir, la totalité des appareils d'Etat, d'une part, et de l'autre quelques milliers de « combattants », sans compter le « sale boulot » des appareils de l'*intelligence* et de leur bras militaire qu'était la droite réactionnaire qui, les deux, ont travaillé en faveur d'une déstabilisation de la démocratie constitutionnelle), mais la *nature* même de l'*effectivité* demandée.<sup>9</sup>

Le critère de la « nature de l'effectivité » nous relie au projet d'Etat et de société disputé dans les enjeux politico-culturels et militaires. Si les projets d'Etat et de société partagés ou déclarés par les forces au pouvoir et par le gouvernement (brésilien, dans ce cas, mais en serait-il de même pour l'Italie ou la France) étaient différents des projets partagés ou déclarés par les forces de l'opposition sociale, nous serions naturellement en présence de deux projets de « constitution ».

L'Effectivité qu'on demande à chaque projet de constitution, donc, légitime, dans les termes du droit constitutionnel et du droit international, tous les efforts de « concrétisation » de la constitution.<sup>10</sup>

Enfin, si nous ajoutons que l'une des forces engagées a commis des violations graves des droits humains (voire des actes qui préfigurent un projet de génocide, comme par les *Afrikaners* contre les opposants pendant l'apartheid), nous verrons que la thèse des « extrémismes opposés » n'assure pas une réconciliation effective et cache les chances d'affirmation d'une mémoire partagée.

C'est la raison pour laquelle nous dirons que la « violence politique » peut se relier aux formes et aux expériences de Résistance qui ont caractérisé les luttes de libération nationales contre les envahisseurs Allemands et fascistes pendant la deuxième guerre mondiale. Les transitions de l'Afrique du Sud et du Brésil, donc, peuvent devenir des objets de comparaison avec les Résistances de France (1940-44) et d'Italie (1943-45).<sup>11</sup>

Dans le cas brésilien, justement comme pour la France et l'Italie pendant le deuxième conflit mondial, les transitions ont conduit à l'approbation d'une nouvelle constitution. Ce qui nous amène à enquêter sur le rapport Résistance / Constitution et, par conséquent, à relire l'histoire des transitions comme une somme d'histoires de femmes et d'hommes engagés dans une lutte au bout de laquelle ils et elles envisagent non pas la pacification ou la réconciliation, mais la libération et la paix.

Serait-il inutile de se rappeler qu'Antonio Gramsci, mort dans une prison fasciste avant de voir ce bout, relançait, avec des accents moraux un peu chrétiens aussi, l'ancien brocard selon lequel *la verità ci rende liberi*, la vérité nous rend libres ?

<sup>9</sup> Voir, parmi d'autres, les analyses excellentes de l'historien Miguel Gotor, membre de la Commission parlementaire sur la violence politique en Italie, parmi lesquelles GOTOR, *Il memoriale della Repubblica* [2013] et le très récents *L'Italia del Novecento* [2019] et *Il sovrano spodestato* [2020]

<sup>10</sup> Voir KELSEN, *Le problème de la justice* [1950], mais aussi RAWLS, *Les droits des gens* [1993, 1996].

<sup>11</sup> Nous avons déjà traité le thème de la Résistance à propos de l'Afrique du Sud dans MAGLIACANE, *Voies de la démocratie* [2009]. Dans ce travail il y avait des références à l'Amérique Latine et au Brésil, sans pourtant concentrer l'analyse sur le caractère spécifiquement résistantiel de la transition. Ici nous relierons les thèmes de la vérité et de la réconciliation avec les analyses de la transition et de la Résistance, par la méthode du droit constitutionnel comparé.

## PREMIÈRE PARTIE : L'ÉCRITURE

À partir des observations que nous avons brièvement introduites ci-dessus, nous pourrions obtenir deux lectures possibles de la transition post-résistante vers la constitution démocratique.

La première est rétrospective. En d'autres termes, nous pouvons sans doute affirmer maintenant qu'il s'agit là d'une 'simple' transition constitutionnelle, à savoir d'un système constitutionnel à un autre, *via* une rupture (qui est, justement, la révolution au sens juridique et constitutionnel du mot). Cette lecture est sans doute exacte : la transition étant ce passage d'un système à un autre, impliquant un aboutissement constitutionnel à toute « processus » de *rupture* de la constitution qui précède (soit-il violent, pacifique, concordé, accompagné, contrôlé, négocié, conflictuel, etc.). Et pourtant le risque serait pas des moindres : celui d'effacer, avec les modalités du passage (violentes ou pacifiques, pour simplifier), également la complexité de cette période, soit des acteurs sociaux et politiques engagés, des forces nationales et internationales, des équilibres entre les classes sociales, etc.

Une lecture différente s'impose, donc. Voyons. On pourrait voir la transition comme un effet, par exemple, des récits, des narrations, des militaires brésiliens qui avaient participé pendant la deuxième guerre mondiale à la libération de l'Italie du Sud : c'était la XI armée, comprenant à peu près 25.000 brésiliens !, qui avait *fait* la libération du Sud de l'Italie entre 1943 et 1944 ! Et qu'on ne se laisse pas tromper : même si cette lecture semble bien continuiste, et peut-être quelque peu colonialiste, c'est le cas également des soldats marocains (pour ne pas parler de l'entière expérience de la dite France Libre siégée à Alger, et pouvant compter sur une armée totalement africaine).

Il est évident que ce n'est pas le point focal de cette lecture. Notre recherche permet de mettre en évidence une chose différente, une vraie contradiction historique-politique, que voici.

Ou bien la Résistance se pose-t-elle comme le moment final de la Révolution ; et donc, lorsqu'elle n'a pas de possibilités d'aboutissement (non constitutionnel mais révolutionnaire), ni de résultats, elle se transformerait en terrorisme. L'histoire le confirme : on est passé de la Résistance irakienne au terrorisme irakienne, le paradoxe étant que ce terrorisme irakien et syrien, dit Daech, ou Isis, cherche depuis des années de fonder (à travers d'une guerre de libération), construire (à travers l'esquisse d'une structure institutionnelle de normes et pouvoirs), bâtir (à travers l'appropriation de ressources dites nationales, du pétrole à l'archéologie)... un État !

Ou bien il s'agit de vérifier si la Résistance est en train de s'imposer comme un modèle autonome (dont le terrorisme serait un effet de la longue vague de ce modèle) de transition, peut-être *le* modèle historique de la transition vers des formes républicaines ou démocratiques du pouvoir politique. Dans cette deuxième version de la transition, la constitution ne serait que l'une des possibilités envisagées quant à l'aboutissement de la stratégie révolutionnaire menée par les activités de la Résistance *contre* le retour de l'ancienne constitution des pouvoirs (et en faveur d'une nouvelle).



## NÉGOCIER UN NOUVEAU PACTE CONSTITUTIONNEL

À mieux saisir, quant au Brésil, sûrement une matrice résistante-résistancielle s'est-elle affirmée, par exemple à travers les 25.000 militaires brésiliens qui ont combattu en Toscane. Mais il faut nuancer : en fait peut-être que cela ne soit qu'une longue vague non pas de la Résistance mais de la Guerre de Libération. Une matrice qui serait alors non contre l'État en soi mais contre le gouvernement (elle ne serait pas révolutionnaire, en somme).

Mais l'on peut aussi bien penser à une insurrection pour le changement du gouvernement ou pour le rétablissement de l'ancien gouvernement. Par rapport à cet objectif, limité au renversement de la dictature, l'on pourrait même penser que la transition constitutionnelle, c'est-à-dire le changement de la Constitution, pose un objectif beaucoup plus avancé.

Le *négociât* pour une nouvelle constitution a donc réunis tous, militaires et opposants, tous légitimés (ceux qui ne le seront plus, autant que ceux qui ne le sont encore). Mais cela a signifié également la prise en charge d'intérêts et de conditions qui vont bien au-delà des mouvements de résistance (tolérés ou non que soient-ils, pour les libertés et la démocratie aussi que pour la justice social et le socialisme). Voyons.

Tout d'abord les intérêts de la *modernisation*. Cela implique l'inclusion sociale de larges couches de la population et la reconnaissance de leurs droits en matière de travail.

Mais il faut également considérer les intérêts du grand capital étranger, au niveau international. Il s'agit donc de faire des concessions, d'accorder des grands espaces au Capital étranger avec l'entrée des Multinationales pour permettre la modernisation du pays.

Or, cela permet, avec l'aide des Multinationales pour *faire* (ou du moins pour 'accompagner') la modernisation, d'introduire au sein des nouveaux marchés des biens et des services pour les vastes couches populaires sans pour autant leur reconnaître les droits qui y correspondent (c'est le cas du marché de la consommation, que tant de débats et de réformes ira susciter et produire). Qu'il soit clair, pour autant, que cela implique aussi qu'il y aura forcément des revendications à venir.

Encore sur ce point, si la modernisation continue grâce au Capital étranger, il est suffisant pour le gouvernement de reconnaître, par la voie de la législation ou par celle des réformes administratives et du débat social et politique, ces droits (ou même de ne pas les reconnaître du tout, aussi bien que de les reconnaître uniquement sur le plan de la forme ou de la procédure, tout en laissant inachevée leur application et concrétisation).

Enfin, s'il y avait une crise économique internationale (telle celle provoquée avec l'effondrement des économies du bloc soviétique en 1988-89), alors ces revendications, répétons-le : ce qui était carrément à prévoir au moment de la négociation pour le nouveau pacte social fondateur, ne peuvent que trouver une réponse *constitutionnelle* (et c'est ce qui s'est passé depuis 1964 jusqu'au 1984).

## LES CONSTITUTIONS AVANT LA CRISE...

En effet, la dénommée « implosion » des économies des Pays de l'Est, avant même la chute du communisme comme un système politique-constitutionnel en soi, a provoqué une crise internationale qui à son tour a déclenché une nouvelle vague de constitutionnalisme dans ces pays de nouvelle modernisation (tout comme au Brésil), car les revendications des travailleurs surtout et tant que nouvelle classe de « consommateurs » (Pologne *docet*) ne pouvaient plus être satisfaites. Et les gouvernements clairvoyants ont en effet préféré « octroyer » les Constitutions immédiatement plutôt qu'attendre l'exaspération des travailleurs.

Ces Constitutions ont évidemment des coûts, notamment en termes de temps. En effet, s'il fallait attendre les premiers années 2000, avec le gouvernement Lula, pour commencer à mettre en application à l'échelle nationale la charte des droits qu'était la Constitution brésilienne de 88, il faut signaler que l'application et la concrétisation des constitutions des pays dits ex-socialistes n'arrivera que partiellement et avec de brusques sauts en arrière. Et surtout sans que cette « concrétisation » touche à une sauvegarde renouvelée des droits sociaux et des droits dits de dernière génération, de l'écologie à la santé comme droit universel, de l'identité de genre à la vie sexuelle, de la liberté de religion aux nouveaux termes de la citoyenneté européenne...

En fait, sans vouloir ici simplifier davantage les enjeux politico-sociaux des expériences en comparaison, le succès des deux gouvernements Lula au Brésil a consisté dans le fait de l'élargissement de la structure de classe de la société touchée par la nouvelle constitution (tout comme à l'Afrique du Sud, ce qui en revanche n'a pas fait l'objet des transitions postsocialistes des pays européens). Encore une fois la leçon (ou, mieux, la lecture, la narration) du passé de la guerre et de l'après-guerre nous aide à saisir les implications. La stratégie du gouvernement brésilien de centre-gauche a été celle de la redistribution en faveur des classes sociales que la constitution avait inclus dans le nouveau pacte social des années 1980, ceux de la grande restructuration. Une redistribution parce que ces classes anciennement défavorisées puissent finalement contribuer à la production et à la consommation, tout comme après le Plan Marshall en Europe. Somme toute, après la phase de la modernisation et de la réalisation des grandes infrastructures et de la reconstruction de l'unité symbolique de la nation, la crise économique (en Italie 1950 tout comme au Brésil 2000) sera structurellement « dépassée » (par la DC en Italie tout comme par le PT au Brésil) en donnant des ressources aux rangs de la société et aux parties de la Nation les plus « arriérés » parce qu'ils absorbent la production et la finance venant de la partie de la Nation la plus « avancée » (l'État jouant le rôle de grand médiateur, avec tous les risques de corruption, d'inefficacité, d'abus, qui y sont impliqués).

De façon parallèle, les nouveaux protagonistes du marché du travail et de la consommation (notamment les femmes, les jeunes, les immigrants) deviennent au même temps les protagonistes des luttes et des revendications en faveur d'un élargissement de la « citoyenneté » dans les termes de la liberté (toute post-moderne, sur le plan

historique) de tous et chacun de se construire une subjectivité qui soit détachée des constrictions identitaires du passé (le système des *quotas* et le délit d'homophobie en étant les exemples les plus répandus).

De ce parcours de « reconnaissance » (comme l'aurait dit le philosophe Paul Ricœur), le garant ultime serait la Constitution (incarnant le nouveau pacte social) et non pas la capacité de résistance des groupes et des individus, et moins du tout la vision révolutionnaire des classes subalternes portant sur la justice sociale et l'égalité universelle pour le dépassement du système économique-social dans son entièreté.

### ...ET LES CONSTITUTIONS DE CRISE !

Ce mécanisme – cet équilibre – va en crise lorsque le pays (dans ce cas l'Italie) concentre la production et la consommation. Dans le cas de l'Italie (et pas mal d'autres pays européens) il s'agit de la production de voitures. Cela détermine la dépendance croissante au pétrole, qui rend toujours plus dépendant, tant directement qu'indirectement, des capitaux étrangers (et donc de la politique étrangère et de la géopolitique). Ce qui engendre, justement en raison de cette concentration des marchés, d'autres revendications et d'autres luttes, dans le contexte d'une polarisation de l'équilibre politique qui suit la polarisation capital / travail (pour en rester à des termes 'classiques' et désormais peu plus que didactiques).

Des transformations majeures s'ensuivirent sur le plan constitutionnel des droits fondamentaux. Car l'impossibilité de gagner les luttes ouvrières de contraposition (sinon sur un plan minimal, toujours lié aux exigences de la modernisation et de l'élargissement du marché intérieur) leva à une nouvelle saison de revendication, touchant aux catégories sociales les moins protégées jusqu'alors : le mouvement LGBT et la construction de l'identité « minoritaire » s'affirme dans cette phase. Le changement au sein du mouvement féministe en est le signal.<sup>12</sup> La dite « troisième vague » féministe (la première étant celle des droits civils, et la deuxième celle du féminisme radical et des luttes sociales anti-patriarcales) marque profondément les années à suivre, tout en ancrant aux nouvelles générations des droits individuels l'effort d'élargissement de la subjectivité à inclure dans le pacte social constitutionnel (ouvertement : des femmes « de couleur » aux transgenres, des « autochtones » aux lesbiennes, des « handicapées » aux prostituées, des sujets « médiatiques » et venant du milieu artistiques aux militantes écologiques ou animalistes, aux « altermondialistes »).<sup>13</sup>

Pour lancer une « formule » compréhensive, peut-être quelque peu schématique, serait-il le cas de noter que la constitution démocratique est désormais devenue une constitution de crise (et non de conflit).

Cette définition impliquant que les droits sont reconnus éminemment en tant qu'exigences éthiques et politiques *émergeantes* en raison de la crise économique et de système. De ce point de vue on dirait aussi que

<sup>12</sup> Voir les 'classiques' d'une juriste marxiste telle Catherine MacKinnon, qui, non sans ambiguïté, proposent les termes généraux d'une vision de classe du féminisme aux années 1980 : MACKINNON, *Le féminisme irréductible. Discours sur la vie et la loi* [1988, 2005], et notamment *Towards a feminist theory of the State* [1989] et *Ce ne sont que des mots* [1993, 2007].

<sup>13</sup> Voir la synthèse d'Denisa-Adriana OPREA, *Du féminisme (de la troisième vague) et du postmoderne* [2008] et de Marc BESSIN – Elsa DORLIN, *Les renouvellements générationnels du féminisme* [2005]. Évidemment consulter également Judith BUTLER, *Trouble dans le genre* [2005] ainsi que l'ouvrage collectif dirigé par Maria NENGEH MENSAH, *Dialogues sur la troisième vague féministe* [2005].

la « troisième vague » féministe correspond également à une troisième vague (plus vaste et puissante, au-delà des ancrages plus ou moins spécifiques et concrètes dans le texte des constitutions) de revendications *constitutionnelles*.

Pensez à la bioéthique, par exemple, et à comment cette discipline – qui naît essentiellement médicale vers la fin des années 1960 – incarne désormais les potentialités éthiques et politiques (toutes à constitutionnaliser) du *corps*. De la vie sexuelle à la santé, de la liberté de gérer les propres « images » à l'identité psychique, de « l'usage des plaisirs » à la *privacy*, des corps en guerre à la société de la surveillance, et pas mal d'autres conditions de cette complexe et protéiforme postmodernité « liquide » (et, il faut le dire en dépassant les formules à la page, bien « solide » aussi, que l'on pense aux nouvelles guerres et à la traite des êtres humains).

Bien évidemment le problème qui reste ouvert – et que, incidemment dit, la doctrine du constitutionnalisme ne parviendra pas à résoudre – concerne la relation entre le projet de changement social incarné par la constitution comme *produit* des luttes de résistance, et le changement social concrètement mis en place par les institutions et la société civile sur la base des nouveaux droits, soient-ils reconnus par les institutions (en tant qu'État ou gouvernement) ou bien revendiqués par les mouvements sociaux (en tant que « peuple » ou « société civile »).

Pour mieux saisir cette dialectique il faut remonter jusqu'au milieu qui dominait « le moment de l'écriture ». Dans ce milieu – les années 1980 pour le Brésil, les années 1940 quant à la France et à l'Italie, par exemple – les sujets dits encore « de classes » étaient parmi les protagonistes les plus actifs. Voyons.

## DEUXIÈME PARTIE : LES ÉCRIVAIN(E)S

### LES ANNÉES DE PLOMB

Ce serait presque auto-évident de signaler qu'il y a une situation presque spéculaire entre l'Italie des années 70 et le Brésil pendant les soi-disant « années de plomb ». Mais, si nous remontons aux années 1940, « le moment de l'écriture » de la Constitution, dans les prisons italiennes littéralement affolées de détenus politiques, et dans les cercles clandestins des dirigeants communistes et antifascistes, les comparaisons possibles deviennent beaucoup plus intéressantes.

Car, par exemple, aux années 1970 nous avons en Italie un parti armé qui se situe dans une perspective *insurrectionnelle* face donc à une Constitution qui est déclarée « trahie » par les combattants, ou qui est contrainte à ne pas être appliquée justement à cause de sa forte composante idéologique. N'oubliez pas que la Constitution italienne de 1948 porte la signature du président de l'assemblée constituante qui était le haut dirigeant communiste Umberto Terracini, qui eut par la suite un abordage défini « souple » envers la lutte armée

en Italie aux années 1970, en soutenant divers leaders de la gauche extraparlamentaire condamnés pour leurs activités « subversives ».<sup>14</sup>

La Constitution républicaine italienne de 1948 incarnait une rupture du moins triple :

- a) avec le Royaume d'Italie (système constitutionnel qui précédait, et qui continua son existence sous la forme du Règne de l'Italie méridionale sous la directe influence du gouvernement anglais, quasi un protectorat, jusqu'au référendum sur la forme d'État de juin 1946 qui bannit la monarchie et instaura la République) ;
- b) avec l'État fasciste (système constitutionnel qui coexistait avec le Royaume, et qui continua son existence sous la forme de la République sociale italienne siégée à Rome et à Saló sous la directe domination allemande, tel un protectorat) ;
- c) avec le système capitaliste soutenu par la bourgeoisie industrielle italienne et par les couches monarchiques, soutenues à leur tour par les gouvernements alliés dans le cadre des accords de Yalta (l'Union Soviétique ne soutenant pas, du moins officiellement, les projets de société socialiste promus par les partis de gauche en Italie, toujours en raison du respect des accords « trilatéraux » de Yalta GB – URSS – USA).

La Constitution avait donc *en soi* quelque chose de « subversif » que le fait d'être le produit d'une négociation des socialistes et des communistes, ainsi que des forces de gauche, avec les catholiques et les libéraux, ne recélait aucunement pas. C'est justement cette *nature* révolutionnaire, mais par la voie démocratique, qui était à la base de la doctrine insurrectionnelle de la « Résistance trahie ». Les mouvements sociaux communistes (le Parti armé, comme l'étudiera Giorgio Galli)<sup>15</sup> dépistant une double trahison de la Résistance : le Parti communiste n'ayant fait ni la révolution ni les réformes, et les partis au gouvernement ayant consigné la souveraineté nationale aux alliés nord-américains, britanniques, français.<sup>16</sup> Le résultat étant, de cette trahison, la crise sociale endémique et la barbarie morale et politique, auxquelles le parti armé, la dite « autonomie ouvrière », et les divers mouvements sociaux (des étudiants aux chômeurs, des « féministes » aux « intellectuels » en tous leurs états), opposaient le projet socialiste (entendu du moins comme projet d'égalité, de liberté d'expression, de dénonce des méfaits du gouvernement, de solidarité et de justice sociale).

Il pourrait s'agir d'un paradoxe, mais la légitimité des luttes sociales (voire violentes et armées) était dérivée directement *de la Constitution*, qu'était assumée comme « trahie ». Le noyau politique-théorique entre la Résistance (*nationaliste*, à l'occupation allemande, et *socialiste*, au fascisme et au royaume) et Constitution (née de la Résistance *antifasciste*) était des plus étroits. Les éléments catholiques (le sacrifice et l'engagement jusqu'au martyr), libérales (l'actionnisme et la lutte à la tyrannie), et républicaines (la perspective rationaliste,

<sup>14</sup> Voir l'entretien conduite par Pasquale Balsamo au père fondateur de la constitution italienne : TERRACINI, *Come nacque la Costituzione* [1978].

<sup>15</sup> GALLI, *Piombo rosso. La storia completa della lotta armata in Italia* [2004].

<sup>16</sup> GALLI, *Il golpe invisibile* [2015]. Pour une analyse des documents dé-secrétés, CEREHINO – FASANELLA, *Le menti del doppio stato* [2020].

illuministe, libertaire, et antimonarchique) était dans la Constitution forts et importants, mais ne faisaient que renforcer la vision d'une constitution essentiellement dépourvue d'application dans le temps à cause de la corruption morale, de l'incapacité politique, et de la subalternité internationale des partis au gouvernement.

## LA CONTRIBUTION DES FEMMES À LA LUTTE ANTIFASCISTE ET À L'ASSEMBLÉE CONSTITUANTE

Les sujets sociaux largement représentés au sein de l'assemblée constituante, par rapport au passé, suivaient surtout une subjectivité de *classe* (le mouvement ouvrier, dans tous ses états) et une subjectivité de *genre* (les femmes, de toutes les couches sociales). Ce qui, c'est clair, s'unifiait ou presque au sein de la vaste représentation communiste, socialiste, actionniste et de gauche dans l'assemblée. En raison surtout du fait que les femmes avaient largement et directement contribué à la guerre de Libération et s'étaient engagées dans la Résistance, y inclus celles de partie libérale<sup>17</sup>, tout en rompant avec la tradition nationale qui les voulait actrices 'collatérales' dans l'histoire de la politique et de la société italienne.<sup>18</sup> Les historiens ont appelé cette participation des femmes à la Résistance de « résistance non mentionnée », en stigmatisant cette lacune de l'historiographie générale sur la Résistance.<sup>19</sup>

Pour des raisons culturelles – essentiellement, l'entrée rapide des femmes sur la scène politique, et au sommet, avec l'assemblée constituante (dont la partisane communiste, qui avait intégré la formation garibaldienne chargée de l'exécution du philosophe fasciste Giovanni Gentile, eut aussi la charge de première secrétaire à la présidence)<sup>20</sup>, alors qu'auparavant elles n'avaient même pas de droit au suffrage ! –, la participation féminine pour la rédaction de la charte constitutionnelle a été souvent sous-évaluée, mieux : « non mentionnée » !

Mais il y a une raison encore plus substantielle qui explique la répression de l'importance des femmes dans l'histoire constitutionnelle italienne. Alors que les élus à la Constituante venaient de toute appartenance politique (ainsi que « apolitique », vus les 32 représentants du mouvement antipolitique financé par le gouvernement anglais dénommé « L'Homme Quelconque »), les 21 femmes élues à la Constituante – les dites « mères fondatrices » – avaient été *toutes* engagées activement dans la guerre de Libération ou au sein de la Résistance.<sup>21</sup>

17 Voir PACE, *Partigiane liberali* [2020], *L'immagine della donna in trincea* [2019].

18 Voir, parmi d'autres, MAFAI, *Pane nero. Donne e vita quotidiana nella seconda guerra mondiale* [2008], outre le 'classique' ROWBOTHAM – COMOGLIO, *Donne, Resistenza e Rivoluzione* [1976]. On peut assister au film *La mia bandiera: la Resistenza al femminile*, réalisé par Alessandra Cesari, Giuliano Bugani, Gianluca Nuti, Roberta Bononi, Salvo Lucchese (Elenfant Film, Bologne, 2011).

19 BRUZZONE – BRAVO – FARINA, *La Resistenza taciuta* [2016] ; ALFONSO, *Ci chiamavano Libertà* [2012] ; MAFAI, *Pane nero* [2008]. En fait, il faut nuancer. Les analyses et les témoignages ne manquent pas au sujet des femmes résistantes. Et pourtant il faut entendre la notion de « non mentionnée », à ce propos, plutôt comme une sorte d'erreur de perspective : à savoir, la juste perspective serait-elle de repositionner le rôle des femmes dans la Résistance, en faisant par exemple comprendre l'importance réel de ce rôle, qui n'était pas 'seulement' lié aux tâches auxiliaires mais qui touchait aux fonctions de coordination et de direction.

20 Teresa Mattei – la partisane « Chicchi » – est une figure majeure du constitutionnalisme italien, et son importance dans l'écriture de la Constitution touche à la rédaction même de l'article le plus marquant de l'entière charte constitutionnelle, le troisième, c'est-à-dire l'article *constituant* le principe suprême de l'égalité substantielle. Voir PACINI, *Teresa Mattei* [2009]. Voir aussi GABRIELLI, *Il 1946, le donne, la Repubblica* [2009] ; MORELLI, *Le donne della Costituente* [2007]. Un détail qui n'est tout à fait secondaire, qui concerne l'imaginaire et la culture populaire : à Teresa nous devons aussi l'invention de la fleur du mimosa comme symbole du féminisme.

21 FANTONE – FRANCIOSI, *(R)Esistenze : il passaggio della staffetta* [2005]. En fait le parti dénommé L'Homme Quelconque elut une femme à l'assemblée (Ottavia Penna Buscemi, qui avait pourtant elle-aussi, en tant que monarchique anti-mussolinienne, joué un rôle dans l'appui à la guerre de libération, à Rome et dans sa Sicile).

Relevons ici un premier axe majeur de cette trajectoire Femme – Constitution : à savoir, le bannissement *de facto* du principe de la non-violence (qui sera en revanche agité de façon stigmatisant *contre* le militantisme des années 1970, ce qui sera la base de la doctrine des extrémismes opposés des années de plomb). Les femmes de la Constituante – plus encore que des excellentes constituantes (comme on l’a vu à propos de la plus jeune élue, Teresa Mattei, et de sa contribution aux travaux de l’assemblée, y inclus les travaux de l’écriture, en faisant partie de la commission de rédaction de la charte avec quatre collègues) – avaient été des partisanes importantes, aussi que des antifascistes militantes, actives également sur le plan des actions militaires et des actes de la résistance armée et de la guérilla urbaine. Lina Merlin, socialiste, avant d’être la première femme élue au Sénat (on le verra), avait été l’un des organisateurs d’un complot pour attenter à la vie de Mussolini (1926), étant arrêtée 5 fois, parvenant à échapper même des nazis qui occupaient l’Italie du Nord, et travaillant au niveau politique-militaire avec des dirigeants de la Résistance Lelio Basso, Rodolfo Morandi et Sandro Pertini, et ‘finalement’ étant nommée commissaire pour l’éducation au sein du Comité de Libération Nationale... Et Nilde Iotti, avant d’être élue à la chambre pour 51 ans durant (1948 – 1999), de devenir la présidente de la chambre de députés 14 ans durant (1979 – 1992), ainsi que la première femme candidate à la présidence de la République (1992) – ce qui, proprement dit, a une valeur davantage symbolique et politique que constitutionnelle – avait milité activement, d’abord, et dirigé, par la suite, les dits groupes de protection des femmes, une formation communiste clandestine de militance armée antifasciste (1943 – 1945).<sup>22</sup> Ils ne sont que des exemples...

Deuxièmement, c’est justement cette *force* de l’engagement féminin antifasciste à l’heure de la Résistance et de la guerre de Libération qui légitimait aussi la crédibilité de la politique « des femmes » dans le débat politique pour l’évolution de la vie civile nationale. Que l’on pense à la constituante socialiste Lina Merlin, qu’on a déjà rencontrée peu avant, première femme à être élue au Sénat de la République, et à sa bataille en faveur de l’émancipation de la femme aboutissant le 20 février 1958 à la loi qui abolit les maisons closes en Italie.<sup>23</sup>

Encore, la reconnaissance du *genre* dans la constitution, résultat de l’admission des questions de genre au sein de l’assemblée constituante – on l’a vu à propos de Mattei et de Merlin et de leur formulation de l’article 3 de la Constitution, la vraie clé de voute de la charte et du constitutionnalisme à venir, ainsi que de l’interprétation de la cour constitutionnelle –, ouvra la voie à toute une série ultérieure de luttes et de revendications. Pourvue la nature double du « genre », lié tant à l’universalité de la condition humaine qu’à la répression des droits des femmes, le concept a servi également en faveur des minorités féministes au fil du temps : que l’on pense à la lutte anti-patriarcale, à l’émancipation sexuelle, au lieu de travail, aux nouvelles identités de genre... Luttes et revendications accompagnées et interprétées par la pensée féministe (de première, deuxième, troisième vague, et autres à venir).

<sup>22</sup> À propos de ces formations, voir DE GRAZIA, *How Fascism Ruled Women. Italy 1920 – 1945* [1992].

<sup>23</sup> Incidemment dit, c’est à Lina Merlin que nous devons la formulation initiale de l’article 3 de la Constitution, prévoyant que « tous les citoyens sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe ». Sur son importance, voir l’ouvrage collectif dirigé par Anna Maria ZANETTI, *La senatrice Lina Merlin. Un « pensiero operante »* [2006].

Enfin, si la *nature* sociale-socialiste de la Constitution est indéniable, son caractère progressiste et émancipatoire dérive directement de cette présence active et propulsive des femmes et du féminisme (essentiellement socialiste et communiste, mais catholique et libérale aussi) *pour* la Constitution, qui était censée être l'aboutissement intermédiaire vers la démocratie socialiste.

## LIQUIDITÉ DE LA SOCIÉTÉ, SOLIDITÉ DE LA DÉMOCRATIE : LES LUTTES IDENTITAIRES DU GENRE AU TRAVAIL

Tout cela peut bien sembler quelque peu « naïf » ou minimal par rapport aux grandes questions « postmodernes » de la société dite *liquide*, où les figures des travailleurs et des ouvriers ont été remplacées par celles des clients et des consommateurs, et où les luttes politiques ont glissé vers les revendications de l'inclusion et de l'accès au marché et à la communication (sans peur de simplifier).

Mais la démocratie socialiste avait en soi une vocation émancipatoire découlant de l'imperfection du projet social proposé par la Constitution. Une imperfection dérivant à son tour de l'évidence du « boulot inaccompli » de la Résistance. La guerre de Libération avait ouvert une saison constituante de matrice républicaine (en suivant le parcours de l'histoire européenne depuis l'antiquité). Mais la Résistance résultait en revanche comme 'comprimée' dans cette issue constitutionnelle qui (en dépit d'une écriture excellente de la charte, avancée et clairvoyante) annonçait seulement le programme d'une justice sociale bien loin de venir... Ce qui impliquait un tas énorme de frustration à venir, et à prévoir (qui sera déchargée durant lesdits « années de plomb », sans peur de simplifier).

Le dialogue international des interprétations nous informe que au Brésil, en revanche, cette perspective constitutionnelle qui s'ouvre après sa dictature et ses « années de plomb », quoique limitée à renverser le gouvernement, et non pas l'État (pour permettre par exemple le retour du gouvernement précédent, qui était un gouvernement de gauche) débouche sur une Constitution qui a une valeur de pacte social, issu d'une longue négociation entre les vieilles et les nouvelles parties sociale. Un vrai contrat constitutif, permettant l'élargissement de la société nationale (de la Nation et du Peuple, nous dirons) *via* l'échange des respectives positions : la reconnaissance des droits, d'un chef, et le pouvoir d'achat, de l'autre. Sur le fond d'un programme de modernisation sociale et d'inclusion (générale quoique contrôlée, disciplinée et jalonnée) dans le marché de la consommation e de la communication.

Somme toute, constitutionnaliser la Révolution ou la Résistance est outre *chose* que constitutionnaliser l'échange doublement rentier et fructueux entre la modernisation et l'inclusion !

Et pourtant, comme l'histoire suit des parcours karstiques, dans la Constitution brésilienne aussi l'on retrouve des principes qui ont leur matrice de sens dans l'expérience politique et constitutionnelle de la Résistance italienne. Que l'on pense au droit d'égalité sociale qui a été proclamé dans la Constitution italienne,



ou au personnalisme, sinon à « l'indifférence » de genre. C'est la matrice idéologique de la Résistance italienne qui est arrivée au Brésil, par exemple à travers la réception de Gramsci, qui, ce n'est pas un hasard, est l'une des icônes marxistes dans les pays dits du tiers monde, ainsi que des principes de l'altermondialisme, de l'autodétermination nationale, de l'émancipation des cultures, etc.

Tout cela pour dire que ce qui compte sont les faits<sup>24</sup>, les discours<sup>25</sup>, l'opinion publique<sup>26</sup>, non pas les normes (juridiques autant qu'éthiques ou morales), qui sont la *technique* concrète de l'exercice, du pouvoir (en d'autres termes : la *théorie* de la *pratique* du pouvoir constitué). La Résistance continuant dans ce cadre à produire ses effets, car elle incarne une rupture de l'histoire, alors que la Constitution, face à cette complexité, est seulement l'un des produits possibles (même si née d'une matrice commune, *via* le grand travail des combattants communistes et socialistes).

Que l'on pense aussi bien à la matrice laboriste, et non pas capitaliste, qui informe toutes les constitutions, y inclus les chartes *octroyées* à la monarchie par la bourgeoisie révolutionnaire aux origines du constitutionnalisme moderne et contemporaine.

La matrice laboriste des constitutions démocratiques du siècle passé trouve sa formulation la plus aboutie dans la pensée et la pratique de Rosa Luxemburg.<sup>27</sup> Luxemburgiste, donc, à savoir : issue de la lutte pour la démocratie socialiste, bien qu'instrumentalisée déjà à son époque d'une manière instrumentale par la social-démocratie contre le bolchevisme léniniste (ce dernier aboutissant à la Révolution, au contraire du projet allemand animé par les spartakistes, hélas).

Que l'on pense également à ce moteur de l'émancipation qu'est la dialectique acculturation / inculturation (elle aussi d'origine gramscienne) et comment elle a agi en faveur du mouvement anti-apartheid dans un autre grand pays symbole de la transition démocratique et constitutionnelle, l'Afrique du Sud. Nous voulions qu'on se souvienne ici du rôle joué par une simple chanson : *I wonder* du chanteur de Detroit Sixto Rodriguez, qui était presque inconnu et sans abri aux États-Unis alors que tout au long des années 1970, 1980 et 1990 cette chanson et d'autres de Rodriguez accompagnaient les luttes sud-africaines !<sup>28</sup> Plus en général, la dialectique acculturation / inculturation agit d'une manière émancipatrice quant à la culture et à l'imaginaire, tout en unissant

24 Antonio Negri, le bien connu auteur du best-seller (du moins parmi les juristes) **Le pouvoir constituant, de 1992**, a souvent introduit (sans pour autant le développer) le concept de *fait constitutionnel*, tel que la constitution était un « point d'agrégation » de la substance insurrectionnelle du peuple. Nous ne partageons pas cette vision « matérielle » (et non pas « matérialiste », à notre opinion) de la constitution, mais nous pouvons partager l'évidence que l'aboutissement constitutionnelle d'une révolution (évidemment échouée, à notre opinion) *constitue* sans doute un point d'équilibre entre le pouvoir *constituant* et les sujets *constitués*.

25 Le *discours*, au sens de la psychologie de masses freudienne et lacanienne, incarne l'imaginaire collectif portant sur le changement social et agité par les luttes et les revendications de justice universelle. Voir MAGLIACANE – RUBINO, **Linguaggio e contratto** [2018].

26 Dans le sens habermasien, la sphère publique est le sujet social de la constitution, alors que le parti et le peuple, soit l'opinion publique dans son sens « stratégique », sont les sujets de la Révolution. Le grand problème habermasien étant de connaître si l'agir communicatif est propre aussi des sujets révolutionnaires ou 'uniquement' des sujets constituants et constitués. (Par exemple, les services d'*intelligence* d'un nommé Pays, qui ne font pas partie de la sphère publique, sont pourtant un sujet *constitué* qui peut bien influencer et déterminer la sphère publique, parvenant donc à plein titre à intégrer activement l'agir communicatif d'un sujet constituant faisant partie de la sphère publique : voir à ce sujet RUBINO, **Le affinità elettive** [2020]).

27 MAGLIACANE, Rosa, **Lénine et la Révolution** [2019].

28 Sur la vie extraordinaire de Sixto Rodriguez assister au film réalisé par le documentariste suédois Malik Bendjelloul en 2012 (remportant le prix Oscar 2013 pour le meilleur film étranger), *Searching for Sugar Man*. À juste titre nous pouvons affirmer que le chanteur de Detroit, vrai idole de la jeunesse engagée sud-africaine (dont il ne savait rien), et qui n'avait pourtant aucun succès aux États-Unis (comme il ne savait rien de son succès sud-africain, et il ne touchait pas à aucun droit d'auteur, il poursuivait désormais son métier d'ouvrier-maçon, ce qui n'est pas secondaire dans ce puzzle), a joué un vrai rôle résistant dans ce pays étranger !

les luttes et les revendications des « minorités » ethnique (notamment la *Black People* et la *Black Nation*) et des « minorités » de genre (les sujets féministes dans tous leurs états) : les unes et les autres n'étant pas, à proprement parler, des minorités ! Mais c'est seulement en tant que sujets défavorisés – minorités au sens de l'inculturation, donc – que leurs luttes ont gagné un statut tantôt de résistance active, tantôt de rébellion passive-agressive, tantôt de révolution populaire menacée, tantôt de revendication de reconnaissance constitutionnelle.

Cela n'a pas été le seul processus des transitions démocratiques, évidemment. Mais c'est la rencontre de ces sujets ayant un statut à *constituer* (constituant, dans le sens le plus dynamique du mot) avec les sujets ayant un statut déjà *constitué* (le mouvement ouvrier dans l'expérience constitutionnelle weimarienne ou italienne républicaine) qui a ouvert la voie aux constitutions à venir, avec tant de combinaisons possibles, du consommateur au transgenre.

Nous ne pouvons même pas seulement aborder la question, qui toucherait du moins à la sérialité conformiste des masses, à la psychologie de masse du fascisme, à l'opposition inertielle parti / mouvement, à l'arbitrage dangereux sur la vérité, à la gestion politique et imaginaire de la prétendue réconciliation, à la « servitude volontaire », à la dialectique subjectivation / assujettissement, à l'intégration individuelle aux structures de répression... Mais bornons-nous à signaler uniquement, en conclusion, la perte irréversible de ce sujet qui se voulait universel et doté d'une capacité d'émancipation valable pour l'humanité opprimée dans sa globalité, dans sa communauté de vision progressiste, ainsi que cette attitude politique et... naturelle de la classe ouvrière, tout en gardant une perspective générale de l'histoire qui se voulait révolutionnaire. Cette perte risque d'emporter avec soi l'esprit et la pratique des *résistances* qui sont, historiquement, à la base aussi des phénomènes sociaux que nous connaissons sous le nom de constitutions.

## BIBLIOGRAPHIE

ALFONSO, Donatella. **Ci chiamavano Libertà**. Partigiane e resistenti in Liguria (1943-1945). La parola ridata alle donne. Genova : De Ferrari, 2012.

BESSIN, Marc; DORLIN, Elsa. Les renouvellements générationnels du féminisme. Mais pour quel sujet politique ? **L'homme et la société**, v. 4, n. 158, 2005. p. 5.

BRUZZONE, Anna Maria; BRAVO, Anna; FARINA, Rachele. **La Resistenza taciuta. Dodici vite di partigiane piemontesi**. Torino: Bollati Boringhieri, [199-?].

BUTLER, Judith. **Trouble dans le genre. Pour un féminisme de la subversion**. Paris: La découverte, 2005.

CEREGHINO, Mario Josè; FASANELLA, Giovanni. **Le menti del doppio Stato. Dagli archivi angloamericani e del servizio segreto del Pci il perché degli anni di piombo**. Milano: Chiare Lettere, 2020.

DE GRAZIA, Victoria. **How Fascism Ruled Women. Italy 1920 – 1945**. Berkeley: University of California Press, 1992.

FANTONE, Laura; FRANCIOSI, Ippolita. **(R)Esistenze : il passaggio della staffetta**. Florence : Morgana, 2005.

GABRIELLI, Patrizia. **Il 1946, le donne, la Repubblica**. Roma: Donzelli, 2009.

GALLI, Giorgio. **Il golpe invisibile**. Milano, Roma: Kaos edizioni, 2015.

GALLI, Giorgio. **Piombo rosso. La storia completa della lotta armata in Italia dal 1970 a oggi**. Milano: Baldini & Castoldi, 2004.

- GOTOR, Miguel. **Il memoriale della Repubblica. Gli scritti di Aldo Moro dalla prigionia e l'anatomia del potere italiano**. Torino: Einaudi, 2011-2013.
- GOTOR, Miguel. **Il sovrano spodestato. Una conferenza sul Caso Moro**. Roma: Castelvecchi, 2020.
- GOTOR, Miguel. **L'Italia del Novecento. Dalla sconfitta di Adua alla vittoria di Amazon**. Torino: Einaudi, 2019.
- MACKINNON, Catherine. **Ce ne sont que des mots**. Traduit de l'anglais par I. Croix et J. Lahana. Paris: Éditions des femmes, 1993-2007.
- MACKINNON, Catherine. **Le Féminisme irréductible. Discours sur la vie et la loi**. Traduit de l'anglais par C. Albertini et M. Idels. Paris: Éditions des femmes, 1988-2005.
- MACKINNON, Catherine. **Towards a feminist theory of the State**. Cambridge, Harvard: University Press, [199-?].
- MAFAI, Miriam. **Pane nero. Donne e vita quotidiana nella seconda guerra mondiale**. Roma: Ediesse, 2008.
- MAGLIACANE, Alessia. L'armée de reserve dans la mondialisation: la parabole de la femme italienne de la Constitution au Post-fordisme. **Revista Direitos Sociais e Políticas Publicas**, Unifafibe, v. 7, n. 3, p. 103, 2019.
- MAGLIACANE, Alessia. **Le récit des opprimés. Méthode de la transition résistante**. Florence: Classsi Edizioni, 2017.
- MAGLIACANE, Alessia. **Rosa, Lénine et la Révolution**. Paris: L'Harmattan, 2019.
- MAGLIACANE, Alessia. **Rupture de l'histoire ; continuité de la Résistance**. Florence: Classi Edizioni, 2017.
- MAGLIACANE, Alessia. **Transitions constitutionnelles et Résistance**. Une étude comparée. Ouvrage en 7 volumes. Paris: École des Hautes Études (EHESS), 2016.
- MAGLIACANE, Alessia; RUBINO, Francesco. **Forme e crisi della norma-stato**. Materiali per una critica del diritto. Florence: Classi, 2015.
- MAGLIACANE, Alessia; RUBINO, Francesco. **Linguaggio, contratto, patto costituente**. Florence: Classi, 2018.
- MORELLI, Maria Teresa Antonia. **Le donne della Costituente**. Bari, Roma: Laterza, 2005.
- NENGEH MENSAH, Maria (dir.). **Dialogues sur la troisième vague féministe**. Montréal: Éditions du Remue-Ménage, 2005.
- OPREA, Denise-Adriana. Du féminisme (de la troisième vague) e du postmoderne. **Recherches féministes**, v. 21, n. 2, 2008. p. 5
- PACE, Rossella. L'immagine della donna in trincea. **Sovrastrutture**, v. 6, n. 23, 2019. p. 46.
- PACE, Rossella. **Partigiane liberali. Organizzazione, cultura, guerra e azione civile**. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2020.
- PACINI, Patrizia. **Teresa Mattei, una donna nella storia**. Dall'antifascismo militante all'impegno in difesa dell'infanzia. Florence: Consiglio Regionale della Toscana, 2009.
- RUBINO, Francesco. **Le affinità elettive**. Florence: Classi edizioni, 2020.
- TERRACINI, Umberto (entretien avec Pasquale Balsamo). **Come nacque la Costituzione**. Roma: Editori riuniti, 1978.
- ZANETTI, Anna Maria (dir.). **La senatrice Lina Merlin. Un "pensiero operante"**. Venezia: Marsilio, 2006.

# CAPÍTULO 17

## MULHER: CLÁUSULA PÉTREIA

Luciana Andrea Accorsi Berardi

*“Não aceito mais as coisas que não posso mudar, estou mudando as coisas que não posso aceitar.”*

ANGELA DAVIS

### INTRODUÇÃO

É fácil citar uma série de invenções que estão presentes no dia a dia feitas por mulheres — a divisão dos átomos; do cálculo da “matéria escura; o limpador de para-brisas; a divisão genética; o engenho analítico; os cromossomos X e Y; o filtro de café; a máquina de lavar louça; a geladeira; o wi-fi; o bote salva-vidas; a injeção; o jogo de tabuleiro; o escorredor de arroz; o banco Imobiliário, entre tantas outras. Entretanto, porque será que o mundo ainda falha em aproveitar as ideias inovadoras das mulheres e explorar os seus potenciais?

Acreditem... as mulheres integram menos de 13% dos pedidos de patente no mundo, de acordo com estudo feito pelo Instituto de Propriedade Intelectual do Reino Unido (IPO). Isso equivale a apenas uma mulher inventora para cada sete homens.<sup>1</sup> Ainda que a proporção no número de pedidos de patente tenha aumentado, só será possível chegarmos à paridade de gênero em 2070, se mantivermos o ritmo atual...

O princípio constitucional da igualdade é um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, que rechaça a discriminação e o tratamento injustificadamente desigual entre os cidadãos. Não obstante tamanha centralidade, a igualdade de gênero, seja na política, seja em outros campos da vida, como o mercado de trabalho e nas próprias relações privadas, tem sido historicamente tratada como um assunto de menor relevância. Todavia, como reputar secundária a busca por igualdade de um segmento que representa mais da metade da população mundial?

Durante a longa história da humanidade de dominação masculina, a mulher foi vista como utensílio, apenso marital ou como mecanismo vantajoso no terreno econômico.

Aristóteles afirmava que “a fêmea é fêmea em virtude de certas carências de qualidades” e São Tomás de Aquino define a mulher como “um homem incompleto, um ser ocasional”, simbolizado no livro dos Gênesis, no qual Eva é extraída de um osso excedente de Adão. A humanidade tem um espírito masculino, no qual o homem define a mulher de forma relativa a ele próprio.

<sup>1</sup> GUIBOURG, Clara; STYLIANOU, Nassos. Por que há tão poucas invenções atribuídas a mulheres? **BBC NEWS**, 03 outubro 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/curiosidades-49919509>. Acesso em: 10 out. 2020.

No final do século XIX é que as mulheres começaram efetivamente questionar, cada vez mais, o seu papel na sociedade, suas condições político, econômicas e seus condicionamentos históricos.

Somente após a Segunda Guerra Mundial é que aceleraram significativas alterações nos direitos e interesses da mulher. Em especial, a partir da década de 70, com os códigos de família, onde se outorgou à mulher mais igualdade, ou menos desigualdade em relação aos homens.

Em 1975, foi realizada pela ONU no México, a [primeira Conferência da Mulher](#), e este ano foi instituído como o Ano Internacional da Mulher. Em 1980, foi realizada a nova [Conferência em Copenhague](#), ativando os países participantes na adequação de suas legislações à realidade social da mulher e as suas necessidades como cidadã plena .

O progresso de forma geral, a necessidade de redistribuição de tarefas domésticas e familiares, o acesso da mulher ao mercado de trabalho, bem como a sua realização profissional e pessoal, redimensionaram mundialmente a relação, MULHER + HOMEM + FILHOS + SOCIEDADE+ DIREITO, desmistificando papéis tidos como intrinsecamente femininos. Toda essa mudança não significou abdicação de responsabilidades, mas a revisão cultural entre as funções femininas ligadas à natureza e às masculinas ligadas à tecnologia.

O Brasil, por ser um país ainda muito jovem , possui grande massa carente de recursos e educação, por isso os benefícios dessas mudanças não são alcançadas de pleno. Cada ano que passa, o número de mulheres chefes de família, independentes no todo ou em parte e pela própria contingência de uma sociedade em mudanças, podem processar essas transformações com mais rapidez do que se imagina.

Até 1962, as mulheres casadas só podiam trabalhar fora de casa se o marido permitisse, uma limitação imposta pelo [Código Civil de 1916](#). As próprias mulheres se mobilizaram e apresentaram propostas, década após década, para mudar o quadro legal. Também até bem pouco tempo, não era considerado juridicamente possível que houvesse estupro entre cônjuges e assassinato por honra era algo aceitável.

São exemplos marcantes de uma luta que existe há muito tempo e que se fez ainda mais presente a partir dos anos 1970, período de fortalecimento dos movimentos sociais e de embate desses movimentos com o regime autoritário de governo. Após mais de 20 anos de regime ditatorial, mudanças aconteciam não só na forma de governo, mas começavam a acontecer nas políticas públicas.

Em 1981 o nosso país assinou em Nova York, a “[Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher](#)”, com reservas, em razão dos dispositivos vigentes no Código Civil que deveriam ser alterados para atender à Convenção, no que se referia aos privilégios do marido como chefe da sociedade conjugal e à diferença de idade mínima para casamentos das mulheres, que é de 16 anos e dos homens, de 18 anos. Tal Convenção foi homologada pelo [Decreto número 89.460 de 20 .03.84](#).

Ainda assim, as normas do direito brasileiro que diziam respeito à mulher apresentavam uma grande contradição entre as normas constitucionais e as leis ordinárias. O princípio da isonomia, desde a [Constituição](#)

de 1934, tem sido contrariado por leis ordinárias, em especial na área da família e do trabalho. Embora, como Cláusula Pétrea da Constituição de 1.988, percebeu-se o esforço de adequação do legislador à realidade brasileira quando se levava em conta o binômio Mulher– Homem.

Ao mesmo tempo em que denunciavam pautas gerais, as mulheres dos movimentos sociais passaram também a levantar temas específicos à sua condição como direito a creche, direitos trabalhistas, saúde, sexualidade, contracepção e violência contra a mulher. Pressões se dirigiram a diferentes níveis de governo, dependendo da distribuição de competências em cada campo de política -pública – municipal, estadual e federal.

Sob impacto desses movimentos, na década de 80 foram implantadas as primeiras políticas públicas com recorte de gênero: o primeiro Conselho Estadual da Condição Feminina, em 1983, e a primeira Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher, em 1985, ambos no Estado de São Paulo. Essas instituições se disseminaram a seguir por todo o país.

Alguns anos depois, a Constituição Federal de 1988 fez-se a pedra fundamental à consolidação do direito de gênero, ainda que muitas vezes mais no papel que na prática: organizada em torno da bandeira “*Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher*”, a Carta das Mulheres Brasileiras estruturou diversas propostas para a nova Constituição.

Essa experiência de participação política das mulheres no seio do Parlamento brasileiro merece destaque porque se deu num contexto em que o “*lobby do batom*” atuou como uma espécie de ponte <sup>2</sup> entre os movimentos de mulheres e a política formal, gerando impactos importantes no processo decisório que culminou com a constitucionalização dos direitos das mulheres brasileiras acolhendo diversas propostas destes movimentos incluindo temas relativos a saúde, família, trabalho, violência, discriminação, cultura e propriedade da terra.

## GÊNERO NA CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA BRASILEIRA

A **Constituição brasileira** ficou conhecida como Constituição Cidadã porque, além de ampliar os direitos e garantias da sociedade, possui cláusulas essenciais à manutenção e ao fortalecimento da democracia, como o pluralismo político, o voto direto e secreto, a garantia dos direitos políticos individuais, a prevalência dos direitos humanos dentre outros importantes direitos almejados pela sociedade brasileira e consolidadas na Carta Magna

Promulgada no dia 5 de outubro de 1988, a Constituição Federal de 1988 marcou o período de redemocratização do nosso país, após um longo período de ditadura militar e com ela “conquistamos estabilidade monetária e também conseguimos uma expressiva inclusão social. Não apenas na luta contra a pobreza, mas

<sup>2</sup> AVELAR, Lúcia. Dos movimentos aos partidos: a sociedade organizada e a política formal. *Revista Política e Sociedade*, v. 6, n. 11, p. 101-116, out. 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1310>.

também na luta de mulheres, de LGBT, de indígenas e no enfrentamento do racismo estrutural brasileiro mas isto apenas não basta.”<sup>3</sup>

Segundo Norberto Bobbio<sup>4</sup> os direitos humanos “por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos,” isto é, são construídos em certas circunstâncias que, não raro, são marcadas por aguerridas e destacadas lutas sociais. Assim, e exatamente por serem históricos, não surgem, como diz o mencionado autor, “de uma única vez e nem de uma vez por todas”.

Em se tratando dos direitos de gênero, a história em prol desta conquista tem sido pontilhada, no mundo e no Brasil, por inúmeras lutas onde se registram avanços e recuos, num longo processo impulsionado pelos movimentos feministas que, consoante destacam algumas pesquisadoras<sup>5</sup>, não pode ser caracterizado como um movimento retilíneo, uniforme e unívoco, mas recheado de complexas discussões, variadas demandas e dinâmicas difíceis de serem acompanhadas e compreendidas “por quem não vivencia suas entranhas.”<sup>6</sup>

A participação das mulheres na construção de seus direitos constitucionais exigiu muita argúcia, muita habilidade política, muita compreensão da conjuntura política e do próprio funcionamento Parlamentar por parte das feministas, notadamente aquelas com participação nas estruturas do Estado, através do Conselho Nacional dos Direitos das Mulher, que, por força da responsabilidade que assumiram, tiveram que conhecer o Poder Legislativo por dentro, em suas entranhas, desvelando o seu funcionamento e o jogo de poder, a fim de entender e mobilizar todas as possibilidades de intervenção política.

Tudo isto resultou na concretização que Anne Philips<sup>7</sup> chama de “*articulação entre política das ideias e política da presença*”, ou seja, na potencialização da democracia representativa e na inclusão das pautas feministas no debate político.

Foi neste contexto que o sujeito político “**mulheres**”, acostumando com a participação política informal (nos movimentos e grupos de reflexão que se constituíram a partir do longo do período ditatorial), passou a compreender e valorizar a participação política formal (no âmbito dos partidos políticos) e, sobretudo, estatal (como parlamentares), uma vez que ficou patente a importância da norma constitucional para o avanço da cidadania feminina<sup>8</sup>.

Neste ano de 2020 a Constituição Federal do Brasil completa 32 anos de vida. A cada ano, tanto no âmbito acadêmico, como nos espaços de poder institucional, inúmeros eventos são realizados com vistas a relem-

3 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Barroso exalta 32 anos de estabilidade no aniversário da Constituição Federal**. 05 out. 2020. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Outubro/barroso-exalta-32-anos-de-estabilidade-no-aniversario-da-constituicao-federal>. Acesso em: 25 ago. 2021.

4 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.5.

5 SARDENBERG, Cecília; COSTA, Ana Alice. Feminismos no Brasil: enunciando e canalizando demandas das mulheres em sua diversidade. **Labrys, estudos feministas**, jul./dez. 2011/jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.labrys.net.br/labrys20/brasil/cecilia.htm>. Acesso em: 25 ago. 2021.

6 COSTA, Ana Alice. O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política. **Revista Gênero**, Niterói: NUTEG/UFF, v. 5, n. 2, 2005. p.: 09-35.

7 PHILIPS, Anne. De uma política das ideias a uma política da presença? **Revista Estudos Feministas**, v. 9, n. 1, p. 268-290, 2001. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2001000100016>. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n1/8615.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2021.

8 AVELAR, Lúcia. Dos movimentos aos partidos: a sociedade organizada e a política formal. **Revista Política e Sociedade**, v. 6, n. 11, p. 101-116, out. 2007. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1310>. Acesso em: 25 ago. 2021.

brar o processo Constituinte e propor reflexões acerca da atualidade e/ou da necessidade de regulamentação de algumas normas constitucionais, dentre elas as de representatividade feminina.

Destas discussões resultam diversos textos e reflexões que visam evidenciar os avanços e os desafios observados ao longo destes anos. No que diz respeito aos aspectos históricos e sociais do processo Constituinte, importantes obras, com as mais diversas abordagens, já foram publicadas. Todavia, acerca da participação popular e, mais especificamente, sobre a participação das mulheres neste processo, as narrativas ainda são bastante acanhadas, considerando a magnitude e importância desta atuação

E sob este contexto devemos refletir sobre dois vieses . Primeiro, o fato de que realmente a Constituição representou um grande avanço em direção à cidadania e à construção de um efetivo estado democrático de direito, pois é a Constituição de 88 que abriu espaço à sociedade civil organizada, dando-lhe voz e ação.

Segundo, o fato de que essa mesma Constituição, ao assegurar diversos direitos e garantias individuais e coletivas, não cuidou de especificar como o País teria asseguradas as condições econômicas para atender a tantas garantias sociais ofertadas ao povo tanto que as nossas discussões atualmente, de modo geral orbitam sobre estes dois pilares– a efetivação dos direitos e garantias por ela assegurados e a disponibilidade econômica financeira orquestrada pelo Estado sob o julgo dos mandatários governamentais...

O Direito como fundamento de ordem social atribui às pessoas deveres e obrigações , reciprocidade de poderes e faculdades e também organiza a vida social dessas. O poder moral se baseia na razão e na lei moral, de fazer, possuir ou exigir alguma coisa.

O verdadeiro fundamento do Direito é o Bem, isto é, é a lei natural ou a lei positiva legítima, segundo Farges e Barbedette , e não o desejo , a necessidade , a força ou até mesmo a liberdade. O Direito busca o bem daqueles que vivem na sociedade por ele regulada.

Para Vicente Rao, o Direito assume assim, caráter de força social propulsora, quando visa por via principal aos indivíduos e por via de consequência à sociedade, o meio favorável ao seu aperfeiçoamento ao progresso da humanidade.

A evolução dos Direitos da Mulher fez-se paralelamente à própria evolução do Direito, variando segundo as culturas e os países. O ritmo dessa evolução é muito mais lento do que o ritmo da evolução do Direito em geral, porém podemos dizer que um dos sinais exteriores do desenvolvimento harmônico de uma sociedade é a posição igualitária real da mulher nessa sociedade .

Na verdade, existem normas puramente formais, que atribuem direitos iguais aos homens e mulheres e que sequer chegam a ser aplicadas ou mesmo invocadas pelas partes interessadas por incapacidade do meio social em que elas vigoram.

Há também discriminações na aplicação da lei, conforme a diferença de níveis de salários para homens e mulheres no exercício do mesmo cargo ou função, embora a lei seja taxativa na imposição da igualdade. Já



no direito penal, há diferença de tratamento na aplicação, como é o caso dos crimes passionais e da violência física contra a mulher.

Tomemos por base a inserção das mulheres no mercado de trabalho, que sem dúvidas é uma conquista, mas que engatinha no quesito direitos iguais. Infelizmente, as mulheres ainda ganham menos que os homens, mesmo ocupando cargos iguais.

Além disso, em um ranking produzido pela revista Fortune com as 500 maiores empresas em 2017, apenas 5% dos CEOs eram mulheres. No quadro político também não é muito diferente: o Brasil, por exemplo, ocupa a 154ª posição entre 193 países do Inter-Parliamentary Union na participação de mulheres na política. Isso mostra uma realidade ainda pouco representativa para o gênero e uma necessidade latente por mais participação.

A mulher no [Código Penal Brasileiro](#), aparece num grande número de dispositivos como vítima. Crimes como o estupro, sedução e outros tem como sujeitos passivos somente a mulher, embora o projeto original do novo Código Penal (CP) preveja a ampliação de alguns campos para a vítima do homem, atendendo a realidade atual e, a mulher aparece como agente nos crimes ligados ao que se chama de forma ampla, de lesa-maternidade.

A violência física contra a mulher, com a [lei Maria da Penha](#) passou a ser enfocada como crime e não mais como simples questão particular entre casais, o que deixa impune a maioria desses crimes, muitas vezes com consequência graves. Tendo sido isto uma grande conquista das mulheres engajadas e conscientes desse país que atingiram à sociedade como um todo e beneficiaram à todas.

Mas ainda há muito a fazer, veja o caso do crime de estupro, que deveria deixar de ser considerado um crime contra os costumes e passar a ser penalizado como crime contra a pessoa, assim como na Suécia e na Itália, onde o estupro além de ser considerado agressão física qualificada, não pode ter como defesa a alegação de que a mulher teria provocado o crime, e também pode ser invocado pela mulher casada contra o marido, nos casos de violência durante a vigência da sociedade conjugal.

A liberdade sexual deveria ser encarada como direito fundamental do indivíduo e a legislação brasileira confunde aspectos morais e religiosos do sexo com os de liberdade, tanto que os crimes contra a liberdade sexual são considerados crimes contra a pessoa, cuja violação se estende desde a violência física até a pressão econômica que ocorre na prostituição e na sedução das mulheres que ocupam cargos subalternos, por seus superiores., assim como a violência moral do incesto, entre outros.

A confusão fica clara entre valores morais, religiosos e jurídicos, no art. 107 do CP, quando se refere à extinção da punibilidade no crime de raptio pelo casamento do agente com a vítima, e pelo casamento desse com terceiro, se o crime foi cometido sem violência real ou grave ameaça, desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial.

Enfim, reflexões não faltam e é aí que o Estado, exercendo as suas funções de poder de cautela se enquadra promovendo e estimulando os serviços necessários ao desempenho dos papéis materno-paternos, como

também, criando condições para essa nova divisão de funções, tirando o homem do seu exclusivismo de detenção do poder.

Aproximar assim, o homem da natureza e da afetividade e permitir à mulher a participação no poder e na tecnologia, chamando o Estado moderno a responder pela proteção de ambos e de sua prole igualmente.

Outro tema candente, é o aborto. No Brasil o debate sobre o tema é comandado mais pela emoção do que pela razão. Seria necessário encará-lo de forma séria, objetiva e inteligente. Em 1.983, a Fundação Carlos Chagas, em conjunto com o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), analisou as guias de internação do setor de obstetrícia da rede de hospitais ligados ao sistema da Previdência Social e concluiu que, em processo de abortamento foram internadas 179.587 mulheres em 1979 e 301.587 em 1980, o que fez do aborto provocado, a causa de 2% de todas as internações do INAMPS.

Esses dados foram levantados pela Organização Mundial da Saúde, que embora imprecisos, por se referirem a fatos que ocorreram de maneira clandestina, concluíram que no Brasil há cerca de 3.5 milhões de abortos por ano.

O procedimento é autorizado pelo Código Penal nos casos de gravidez decorrente de estupro e risco à vida da mãe, e o caso de anencefalia do feto foi incluído neste rol após decisão do Supremo Tribunal Federal (STF). Ainda assim, em pleno 2020, menos da metade (43%) dos hospitais públicos indicados pelo Ministério da Saúde para efetuar o procedimento de fato o fazem nos casos previstos.

O dado é de um relatório inédito da organização não-governamental britânica Artigo 19, intitulado “Acesso à informação e aborto legal”, que mapeou os principais desafios para garantir o cumprimento da legislação para as mulheres brasileiras.

Ao longo de um mês, o órgão tentou entrar em contato com 175 hospitais públicos do Brasil, listados pelo governo federal para ofertar o serviço, com a proposta de entender o processo e as dificuldades de realização do aborto legal no país. Desses, apenas 76 informaram que fazem o procedimento, ao passo que 64 negaram a oferta do serviço e 35 não responderam à pesquisa.<sup>9</sup>

Sendo assim, faz-se necessário tirá-lo do acaso da clandestinidade e da falsa indiferença e discutir de forma séria e consciente, pois além de gerar altos custos sociais, gera também um alto índice de mortalidade e lesões de natureza grave na população feminina. Lembrando que, não nos cabe aqui discutir sua legalidade ou não, mas apenas questionar o direito da mulher como cidadã livre e do feto enquanto ente jurídico.

Faz-se mister nos dias de hoje, despertar tais questões polêmicas, apontar e sugerir soluções à sociedade em geral, a fim de manter sempre vivo o legítimo Estado de Direito e da democracia de forma ampla.

<sup>9</sup> Sobre o tema não poderíamos deixar de mencionar o triste caso: Justiça autoriza aborto de menina de 10 anos que engravidou após estupro – Gravidez foi constatada após a criança relatar mal-estar; hospital no Espírito Santo se recusou a fazer o procedimento. Disponível no link: <https://veja.abril.com.br/brasil/justica-autoriza-aborto-de-menina-de-10-anos-estuprada/>

E para isso, é preciso continuar lutando e trabalhando pelos interesses da Mulher, Mãe, Profissional e Esposa, no contexto do bem comum social e isso só se faz aumentando a representatividade feminina nos parlamentos e abrindo espaços para as mulheres na vida política de seus habitats. Certo esta que muitas conquistas foram obtidas pelas mulheres, no entanto, quando se trata de questões políticas, a mulher ainda é muito subjugada pela sociedade.

Basta olharmos para o quadro político mundial para elucidarmos melhor a questão. Segundo a UN Women (braço da Organização das Nações Unidas), até junho de 2016 apenas 22,8% dos parlamentares em todo o mundo eram mulheres. Um crescimento lento nos últimos 20 anos, visto que em 1995 esse número correspondia a 11,3%. A mesma instituição relatou que em julho de 2017 apenas 2 países contavam com uma política com representatividade feminina superior a 50%.

O fato é que o número de mulheres na população e as suas representações nos poderes legislativo e executivo são muito baixos, o que é um reflexo negativo para a sociedade — prova disso são as políticas públicas feitas por homens e que privilegiam os homens.

A historiografia constitucional brasileira é norteadada pelo que Moreno<sup>10</sup> chamou de *arquétipo viril protagonista da história*, posto que segue ignorando ou deliberadamente omitindo a importante contribuição das mulheres no processo Constituinte, buscamos, sob uma perspectiva crítica e feminista, preencher esta lacuna, evidenciando não somente a retumbante presença feminina no âmbito da Assembleia Constituinte, mas destacando a legítima reivindicação e a conseqüente conquista de direitos decorrentes do protagonismo das mulheres neste espaço de poder.

Após quase três décadas de promulgação da Constituição Federal, a participação política das mulheres no Parlamento nacional continua sendo absolutamente injusta e desproporcional a sua presença numérica no seio da sociedade e a sua participação nos diversos setores da vida pública; o que exige não somente mais reflexão feminista sobre o caráter patriarcal de nossas instituições e de nossa cultura política, mas uma maior radicalização da democracia a ser levada a cabo não apenas pelos movimentos de mulheres e feministas de nosso país, mas por todos os/as ocupantes de cargos na política formal, haja vista a sua obrigatoriedade de cumprimento do pacto social constitucionalmente estabelecido, que prevê a concretização da igualdade substancial entre homens e mulheres

A sub-representação das mulheres na política brasileira tem raízes histórico-culturais longínquas e reflete, ainda hoje, a profunda desigualdade existente entre homens e mulheres na sociedade brasileira. A dualidade entre esfera pública e esfera privada e a divisão sexual do trabalho são fatores que explicam essa desigualdade e, por isso mesmo, justificam a necessidade de políticas afirmativas para mulheres na política pois a essencialidade de se ter uma maior representação feminina vai além disso: é uma forma de empoderar o gênero.

10 MORENO SARDA, Amparo. *El arquétipo viril protagonista de la historia*: ejercicios de lectura no androcentrica. Barcelona: Ediciones LaSal, 1986.

Segundo a Harvard Kennedy School, com a liderança feminina na política, as mulheres se tornam mais engajadas na discussão cívica. E mais: as minorias são mais propensas a denunciarem os crimes cometidos contra elas e o nível educacional das adolescentes, bem como as suas aspirações de carreira, aumenta. Ou seja, constrói-se um campo fértil para a maior igualdade de gênero. Elas são imperativas para as comunidades em que atuam, especialmente para outras mulheres e adolescentes.<sup>11</sup>

A ONU Mulheres no Brasil, por sua vez, tem como uma de suas propostas para meta global “*alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas*”. Para isso, criou programas como: Projeto voz das Mulheres Indígenas: para aporte das mulheres dos povos indígenas no processo de enfrentamento de violências de gênero e opressão, além de estabelecer e incentivar a participação política, assim como o empoderamento econômico e acesso a direitos básicos da saúde à segurança; Mulheres Negras: a ONU também mantém projetos que ajudam na articulação política das mulheres negras na sociedade, auxiliando-as no combate ao sexismo, racismo e outras formas de discriminação.

O projeto conta com rede de mulheres que auxiliam nas participações nos movimentos e articulações tanto em âmbito regional quanto internacional.; Mulheres rurais: outra iniciativa que ajuda na articulação política da população feminina que vive nas áreas rurais dos países; Mulheres jovens: visa a inserção de jovens negras, LGBT, indígenas etc. na sociedade, de forma a conhecerem a realidade e os estilos de lideranças que ajudam na militância e visam a inclusão nos espaços de debate; Mulheres LBTT: visa a construção do diálogo e uma projeção maior das mulheres LBTT nos centros de discussões políticas, a fim de promoverem mais igualdade e extinguir o preconceito.<sup>12</sup>

Não só a ONU, como também muitos governos de diversos países têm estabelecido leis para que haja uma maior representativa feminina na política. No Brasil, a [Lei Eleitoral 9.100, promulgada em 1995](#), determinou que 20% dos postos políticos fossem ocupados por lideranças femininas. Em 2010, o TSE reformulou a lei e tornou obrigatória 30% de participação das mulheres na política como candidatas, sendo uma cota mínima exigida.

Os partidos têm dificuldades em atrair as mulheres para seus cargos. Uma das falhas estava justamente no fato de não distribuírem as verbas de campanha de maneira igual, fazendo a distinção para homens. Tudo isso mostra que “*instituições fortes, que promovam o empoderamento das mulheres, são indispensáveis para garantir avanços e impedir retrocessos*”, como relatou a ex-presidente chilena Michelle Bachelet.

Visando assegurar a igualdade entre mulheres e homens na disputa eleitoral, a Procuradoria Geral da República ajuizou ação – [Ação Direta de Inconstitucionalidade \(ADI\) 5617](#) – em que pleiteou a declaração de inconstitucionalidade do art. 9º da [Lei 13.165/2015](#) (Minirreforma Eleitoral de 2015).

11 HARVARD KENNEDY SCHOOL. Women and public policy program. **Politic Empowerment**. Disponível em: <https://wapp.hks.harvard.edu/politics>. Acesso em: 12 out. 2020.

12 ONU MULHERES BRASIL. **Liderança e participação política**. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/areas-tematicas/lideranca-e-participacao/>. Acesso em: 25 ago. 2021.

De acordo com a norma, nas três eleições subsequentes à publicação da lei, os partidos deveriam reservar, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% e no máximo 15% do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas.

A Procuradoria Geral da República argumentou que o dispositivo contraria o princípio fundamental da igualdade, deixa de proteger suficientemente o pluralismo político, a cidadania e o princípio democrático, viola o objetivo de se construir sociedade livre, justa e solidária e o princípio da eficiência e a autonomia partidária: “O art. 5º, I, da Constituição da República prevê que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição. Igualdade de gênero é, portanto, direito fundamental constitucionalmente assegurado”.

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu em 2018, por maioria de votos, que a distribuição de recursos do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais direcionadas às candidaturas de mulheres deve ser feita na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos, respeitado o patamar mínimo de 30% de candidatas mulheres previsto no artigo 10, parágrafo 3º, da [Lei 9.504/1997](#) (Lei das Eleições).

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5617, o Plenário decidiu ainda que é inconstitucional a fixação de prazo para esta regra, como determina a lei, e que a distribuição não discriminatória deve perdurar enquanto for justificada a necessidade de composição mínima das candidaturas femininas.

## CONCLUSÃO

Embora nos últimos anos tenhamos progredido em alguns aspectos em relação às questões dos direitos das mulheres, percebemos que muito ainda precisa ser feito. A desejada igualdade está em progresso e o estabelecimento, cada vez maior, de ações afirmativas estimulam o debate e contribuem para que possamos reparar essa desigualdade construída historicamente.

Apesar da importância das iniciativas de ações afirmativas, entendemos que essas não se configuram como meio e fins únicos para a viabilização da concretização de políticas de gênero e sim, o aumento da representatividade feminina e a efetiva participação de mais mulheres na política. E, para isso, é necessário que os políticos, os partidos e o Estado se comprometam com uma agenda mais igualitária e que a sociedade civil consiga estimular e exigir uma mudança nesse cenário.

A sub-representação feminina na política não se deve ao desinteresse das mulheres nesse campo, essa seria uma explicação demasiada rasa e simplificadora da realidade. Essa desigualdade tem origem em arraigadas limitações históricas, culturais, sociais e econômicas que se impõem às mulheres impedindo-as de disputar cargos políticos em pé de igualdade com os homens.

Embora as mulheres correspondam a mais da metade da população e do eleitorado brasileiro, elas ocupam menos de 15% das cadeiras do Poder Legislativo federal, sendo que, na Câmara dos Deputados, apenas 9,9% dos parlamentares são mulheres. Além disso, apenas 11% das prefeituras do país são comandadas por mulheres.

Concretizar os princípios constitucionais da igualdade e do pluralismo político exige que os atores políticos se comprometam com a pauta feminina, mobilizem recursos, principalmente os financeiros e se comprometam com campanhas eleitorais de mulheres, evitando inclusive o lançamento de candidaturas femininas meramente *pro forma*, para cumprir a exigência legal.<sup>13</sup>

O fato é que a igualdade de gênero como direito fundamental inscrito na Constituição é, portanto, constantemente ressignificada e reescrita pela legislação brasileira, na medida em que a própria realidade social demanda essa inovação de sentido.

A garantia de igualdade de gênero é certamente meio que imprime concretude ao princípio constitucional da isonomia, afinal, como diz Michele Bachelet “*Quando uma mulher entra na política muda a mulher, quando muitas mulheres entram na política, muda a política*”<sup>14</sup>

Toda e qualquer restrição aos papéis de gênero são limitadores da cidadania, restringindo portanto, a dignidade da pessoa humana e a liberdade das mulheres de serem quem efetivamente são e de realizarem o projeto de vida que escolheram ter.

A Constituição Cidadã nos fez “*cláusulas pétreas*” com a finalidade básica de preservar a nossa identidade material agasalhada em seu seio; proteger os nossos institutos e valores essenciais, para assim, garantir a continuidade e a consolidação do processo democrático brasileiro. Sigamos adiante rumo ao bom combate!!

## REFERÊNCIAS

- ALVAREZ, Sonia E. Feminismos latinoamericanos. **Revista Estudos Feministas**, v. 6, n. 2, p: 265-284, 1998. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/12008>. Acesso em: 07 nov. 2021.
- AVELAR, Lúcia. Dos movimentos aos partidos: a sociedade organizada e a política formal. **Revista Política e Sociedade**, v. 6, n. 11, p. 101-116, out. 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1310>. Acesso em: 25 ago. 2021.
- BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades**. Limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 44.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006.
- COELHO, Marcus Vinicius Furtado – A igualdade de gênero como vetor constitucional. **Consultor Jurídico**, 17 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-17/constituicao-igualdade-genero-vetor-constitucional>. Acesso em: 07 nov. 2021.
- COELHO, Marcus Vinicius Furtado. A igualdade de gênero como vetor constitucional. **Consultor Jurídico**, 17 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-17/constituicao-igualdade-genero-vetor-constitucional>. Acesso em: 25 ago. 2021.
- COSTA, Ana Alice. O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política. **Revista Gênero**, Niterói: NUTEG/UFF, v. 5, n. 2, 2005.

13 MOTA, Fernanda Ferreira; BIROLI, Flávia. O gênero na política: a construção do “feminino” nas eleições presidenciais de 2010. **Cad. Pagu** [online]. 2014, n.43, pp.197-231. ISSN 0104-8333. <https://doi.org/10.1590/0104-8333201400430197>. afirmam: “*A presença reduzida de mulheres na vida política brasileira não é uma circunstância ocasional. É um desdobramento dos padrões históricos da divisão sexual do trabalho e da atribuição de papéis, habilidades e pertencimentos diferenciados para mulheres e homens. Corresponde a uma realização restrita do ideal democrático da igualdade política, que reserva os espaços de decisão e as posições de poder a uma parcela da população com perfis determinados – homens, brancos, pertencentes às camadas mais ricas da população. As desigualdades de gênero, assim como a desigualdade racial e a de classe, são importantes para se compreender os mecanismos de divisão e diferenciação que impedem uma realização mais plural da política.*”

14 COELHO, Marcus Vinicius Furtado. A igualdade de gênero como vetor constitucional. **Consultor Jurídico**, 17 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-17/constituicao-igualdade-genero-vetor-constitucional>. Acesso em: 25 ago. 2021.

- GUIBOURG, Clara; STYLIANOU, Nassos. Por que há tão poucas invenções atribuídas a mulheres? **BBC NEWS**, 03 outubro 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/curiosidades-49919509>. Acesso em: 10 out. 2020.
- HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise; LE DOARÉ, Hélène; SENOTIER, Danièle (org.). **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: Editora Unesp, 2009. p. 67.
- MORENO SARDA, Amparo. **El arquétipo viril protagonista de la historia**: ejercicios de lectura no androcentrica. Barcelona: Ediciones LaSal, 1986.
- MOTA, Fernanda Ferreira; BIROLI, Flávia. O gênero na política: a construção do “feminino” nas eleições presidenciais de 2010. **Cad. Pagu**, n. 43, p.197-231, jul./dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/0104-8333201400430197>. Acesso em: 07 nov. 2021.
- PHILIPIS, Anne. De uma política das ideias a uma política da presença? **Revista Estudos Feministas**, v. 9, n. 1, p. 268-290, 2001. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2001000100016>. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n1/8615.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2021.
- PHILIPIS, Anne. **Género y Teoría Democrática**. México: PUEG/UNAM, 1996.
- PINTO, Celi Regina Jardim. Mulher e Política no Brasil: os impasses do feminismo, enquanto movimento social, face às regras da democracia participativa. **Revista Estudos Feminista**, Rio de Janeiro: CIEC/UFRJ, Número especial/2º sem., p. 256– 270, 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16109>. Acesso em: 07 nov. 2021.
- RODRIGUES, Almira; CORTÊS, Iáris (org.). **Os direitos das mulheres na legislação brasileiras pós-Constituinte**. CFEMEA. Brasília: Letras Livres, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **La reinención del Estado y el Estado plurinacional**. Santa Cruz de La Sierra: Alianza Interinstitucional CENDA/CEJIS/CEBID, 2007.
- SARDENBERG, Cecília; COSTA, Ana Alice. Feminismos no Brasil: enunciando e canalizando demandas das mulheres em sua diversidade. **Labrys, estudos feministas**, jul./dez. 2011/jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.labrys.net.br/labrys20/brasil/cecilia.htm>. Acesso em: 25 ago. 2021.
- SARDENBERG, Cecília; COSTA, Ana Alice. Feminismos no Brasil: enunciando e canalizando demandas das mulheres em sua diversidade. **Labrys, estudos feministas**. jul/dez 2011/jan/junho 2012. Disponível em <http://www.labrys.net.br/labrys20/brasil/cecilia.htm>.
- BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Barroso exalta 32 anos de estabilidade no aniversário da Constituição Federal**. 05 out. 2020. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Outubro/barroso-exalta-32-anos-de-estabilidade-no-aniversario-da-constituicao-federal>. Acesso em: 25 ago. 2021.

# CAPÍTULO 18

## COM PRESENÇA, PALAVRA E PRESSÃO FEMININA/ FEMINISTA: ASSIM SE FEZ, ASSIM SE LÊ O VIGENTE TEXTO CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>

Salette Maria da Silva

### INTRODUÇÃO

Durante minha experiência enquanto estudante e, posteriormente, como advogada e docente no campo do Direito Constitucional<sup>2</sup>, pude desenvolver inúmeros questionamentos e reflexões teóricas acerca do androcentrismo<sup>3</sup> presente na seara jurídica e, em particular, nos estudos e na interpretação da Lei Maior, cujas abordagens e explicações eram/são majoritariamente míopes e/ou insensíveis às questões de gênero e à própria ideia de igualdade jurídica entre homens e mulheres, vez que nem sempre consideram as desigualdades entre os gêneros ou mesmo entre as próprias mulheres e as razões históricas, sociais e políticas que levaram/levam as feministas a lutarem por uma sociedade mais igualitária, o que inclui pugnar por normas jurídicas mais inclusivas e, portanto, sensíveis à realidade social das mulheres.

Foi, precisamente, essa dura e paulatina constatação, orientada por antigas e novas leituras e inquietações feministas, que me levou ao mais desafiador empreendimento político-científico da minha vida, cuja ambição, à época, era contribuir, modestamente, para outra narrativa, outra abordagem e outra interpretação do Direito Constitucional brasileiro. Nesta jornada, que já somam décadas, fui refletindo, dialogando, produzindo e pelejando política e teoricamente... Assim é que, em 2008, durante as comemorações do vigésimo aniversário da Constituição Federal, publiquei um singelo artigo<sup>4</sup> com resultados parciais de minha pesquisa doutoral, refletindo sobre o processo de constitucionalização dos direitos das mulheres e as contribuições femininas/feministas<sup>5</sup> neste cenário.

<sup>1</sup> Publicado originalmente como parte de Tese da autora “A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988. 2011. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia (UFBA). Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/7298/1/TESE%20vers%c3%a3o%20para%20PDF%20.pdf>.

<sup>2</sup> Durante 15 anos atuei como professora efetiva e concursada para a disciplina Direito Constitucional no Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri-URCA, situada ao sul do estado do Ceará.

<sup>3</sup> Visão de mundo que coloca o homem, macho da espécie humana, como centro e medida de todas as coisas.

<sup>4</sup> SILVA, Salette Maria da. **O legado juspolítico do lobby do batom vinte anos depois**. 2016. Disponível em: [https://www.academia.edu/38170338/O\\_legado\\_jus\\_pol%C3%ADtico\\_do\\_lobby\\_do\\_batom\\_vinte\\_anos\\_depois\\_pdf](https://www.academia.edu/38170338/O_legado_jus_pol%C3%ADtico_do_lobby_do_batom_vinte_anos_depois_pdf)

<sup>5</sup> Menciono os termos feminina e o feminista em respeito ao fato de que nem todas as mulheres que atuaram no lobby do batom se autodeclaravam feminista, havendo, inclusive quem se posicionasse contra o feminismo, como era o caso da deputada Sandra Cavalcante que, a seu modo, e dentro de suas condições, também participou da bancada feminina e contribuiu para a construção dos direitos das mulheres no texto constitucional. Sem olvidar também das mulheres dos movimentos sociais que, apesar de marcharem junto às feministas do Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres, tampouco atuavam reivindicando identidades feministas. De todo modo, a articulação, a coordenação dos trabalhos e a condução dos debates na ANC se fez a partir de uma perspectiva assumidamente feminista, já que inúmeras veteranas feministas brasileiras é que estavam à frente das principais questões, temas e pautas no referido processo histórico.



Na ocasião, eu era doutoranda do programa de Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo, do qual hoje sou docente<sup>6</sup>, e focava, precisamente, na presença e atuação das mulheres no processo de elaboração da Lei Maior. Os resultados finais da pesquisa foram amplamente divulgados através de artigos<sup>7</sup>, cordéis<sup>8</sup>, entrevistas<sup>9</sup> e comunicações orais, além de, obviamente, a própria tese<sup>10</sup> e o livro<sup>11</sup> homônimo que inauguram, no Brasil, o profícuo diálogo entre o Direito constitucional e pensamento feminista que vem crescendo hodiernamente. Os dados e as reflexões teóricas do referido estudo serviram de sementeira e de estímulo para muitas discussões acerca do que convencionamos chamar de constitucionalismo feminista, haja vista que meu trabalho preencheu algumas, dentre tantas, lacunas presentes na historiografia e na literatura constitucional brasileira, outrora impermeáveis e ainda hoje insensíveis às questões de gênero e às teorias feministas.

Dentre as conclusões, constam abundantes registros das *necessidades jurídicas* das mulheres, além de recomendações para a incorporação do enfoque de gênero no Direito, notadamente no Direito Constitucional<sup>12</sup>, sem olvidar dos desafios a serem enfrentados no campo da docência e da prática jurídica, todos relacionados à necessidade de construção de uma perspectiva feminista do fenômeno constitucional, seja em termos de doutrina, de hermenêutica ou de prática político-jurídica, com ênfase na urgência de uma maior popularização e democratização dos saberes/fazeres constitucionais, tudo sob a influência das pedagogias feministas afirmadas pelos feminismos comunitários e populares e pelos debates em torno da defesa do pluralismo jurídico e da sociedade aberta dos intérpretes constitucionais<sup>13</sup>.

Destarte, minhas contribuições, desde então, tem se encaminhado no sentido de fortalecer vozes que labutam em prol de uma nova hermenêutica, que favoreça o *empoderamento jurídico das mulheres*<sup>14</sup> e de outros grupos, num esforço interpretativo que seja dialógico e democrático, que leve em conta o contexto de elaboração da Lei Maior, mesmo diante da necessidade de eventuais atualizações via emendas constitucionais, mas sem perder de vista as razões que levaram as brasileiras, de norte a sul, de leste a oeste, dentro da sua ampla diversidade social, étnico-racial, religiosa, territorial e cultura, a batalharem por uma Carta Política que incorporasse suas demandas, interesses e necessidades *gendradas*. Tais reflexões, decorrentes de análise minucio-

6 Programa da Universidade Federal da Bahia-UFBA. Cf. <http://www.ppgneim.ffch.ufba.br/pt-br/historico>

7 SILVA, Salete Maria da; WRIGHT, Sonia. As mulheres e o novo constitucionalismo: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. Revista Brasileira de História do Direito, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 170-1910, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/666/pdf>. Acesso em: 25 ago. 2021.

8 SILVA, Salete Maria da. Cidadania, nome de mulher. **Cordelirando**. Disponível em: <http://cordelirando.blogspot.com/2008/07/cidadania-nome-de-mulher.html>

9 SECRETARIA DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E EDUCAÇÃO SUPERIOR (SECITEC). Governo do Ceará. Professora da URCA defende tese de doutorado na UFBA 'com distinção' sobre a Participação de Mulheres na Constituição de 1988. 01 mar. 2012. Disponível em: <https://www.sct.ce.gov.br/2012/03/01/professora-da-urca-defende-tese-de-doutorado-na-ufba-com-distincao-sobre-a-participacao-de-mulheres-na-constituicao-de-1988/> Acess em: 25 ago. 2021.

10 SILVA, Salete Maria da **A Carta que Elas Escreveram**: a participação das mulheres na elaboração da Constituição Federal de 1988. Orientador: Ana Alice Alcântara Costa. 2011. 321 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/7298/1/TESE%20vers%c3%a3o%20para%20PDF%20.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2021.

11 Sobre o livro, conferir: <https://www.facebook.com/watch/?v=757102364686021>

12 SILVA, Salete Maria da. Constitucionalização dos direitos das mulheres no Brasil: um desafio à incorporação da perspectiva de gênero no Direito. **Interfaces Científicas – Direito**, Aracaju, v. 1, n. 1, p. 59-69, out. 2012. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/178/76>. Acesso em: 25 ago 2021.

13 Utopias testadas no projeto de extensão denominado “Papo e poesia sobre direitos humanos das mulheres”, levado a cabo pelo grupo de pesquisa JUSFEMINA/UFBA, que se nutre das lições das pedagogias feministas e dos ensinamentos de HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

14 SILVA, Salete Maria da. Empoderamento jurídico das mulheres: para fortalecer o acesso à justiça e ampliar a cidadania feminina. In **Interfaces Científicas – Direito**. Aracaju, v. 7, n. 3, p. 174-197, jul. 2019. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/7675>. Acesso em: 25 ago. 2021.

sa, crítica e criteriosa de vasto material empírico e de entrevistas semiestruturadas com as próprias integrantes do *lobby do batom*<sup>15</sup>, apontaram para a existência de uma perfeita articulação entre o que tenho chamado de os três P's da ação político-jurídica feminista, quais sejam: a **presença**, a **palavra** e a **pressão** feminina na Assembleia Constituinte, cujos esforços estão contidos, expressa e explicitamente, no texto constitucional, conforme destaque no cordel a seguir<sup>16</sup>:

As mulheres tem direito	No Brasil de oitenta e sete
Tá na Constituição	Como antes e depois
Por isso exijo respeito	Elas pintaram o sete
Em qualquer ocasião	Queimando o feijão com
Não foi dado e nem achado	arroz
Mas na luta conquistado	E propondo outra refeição
Com garra e muita união	Pra na Constituição
Nossa batalha é antiga	Constar “apud” e “apois”
Em prol da cidadania	Conforme elas me contaram
E isto é o que nos instiga	Eu espalhei para o mundo
A demandar todo dia	As mulheres batalharam
Propondo ou negociando	E sem parar um segundo
Também radicalizando	Escreveram no papel
Contra toda assimetria	O que nenhum bacharel
Seja no poder formal	Ousar fazer neste mundo
Na cama ou na cozinha	Subscreveram uma Carta
No paço municipal	Dirigida ao Parlamento
Na ciência ou na festinha	Com uma lista bem farta
É por direitos iguais	Chamada requerimento
Sem retroceder jamais	Transformando a utopia
Ante a velha ladainha	Em outra cidadania
[...]	Com distintos fundamentos
	Com presença e pressão
	E com palavra certa
	A luta não foi em vão
	Tá na Carta brasileira
	Este é um bom sinal
	O texto constitucional
	Tem potência mulhereira

Assim, quando me deparo com debates acerca das questões de gênero e dos esforços interpretativos relacionados ao atual texto constitucional, costumo sustentar que se faz necessário considerar os mencionados três

15 Grupo de pressão constituído de mulheres parlamentares e de ativistas dos movimentos de mulheres e feministas brasileiro, capitaneado pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, que á época era presidido pela socióloga Jaqueline Pitanguy.

16 Cordel de minha autoria, intitulado *As mulheres nas Constituição*, produzido em março de 2012. Disponível em <http://cordelirando.blogspot.com/>

“P’s”, que devem ser articulados com métodos hermenêuticos que incorporem o enfoque de gênero em toda e qualquer análise do fenômeno jurídico, tomando por base os princípios da igualdade e da não discriminação, que devem servir não apenas de vetores de natureza principiológica e exegetica, mas de verdadeiros *standards*, como candeeiros alumiadores de toda e qualquer reflexão constitucional.

## MARCAS DA PRESENÇA, DA PALAVRA E DA PRESSÃO FEMININA/FEMINISTA NA CONSTITUINTE E NO TEXTO CONSTITUCIONAL

A **presença** das mulheres na Assembleia Nacional Constituinte se fez notar de várias maneiras, ainda que, em termos percentuais, a quantidade de deputadas Constituintes<sup>17</sup> não chegassem sequer a 5% do total de parlamentares, pois elas eram apenas 26, num total de 559 congressistas; o que, por si só, já indicava a desigualdade de gênero no acesso às instâncias decisórias da política institucional. Considerando, ainda que, destas 26, nem mesmo 5 tinham qualquer engajamento em movimentos de mulheres ou feministas, e visando enfrentar um duplo desafio – isto é, superar o déficit democrático de gênero e a ausência de uma perspectiva feminista sobre as noções de poder, política, democracia e de Constituição entre as parlamentares – o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher– CNDM, empreendeu uma inaudita articulação entre mulheres de diversos espectros ideológicos e políticos dentro e fora da Constituinte, o que ficou conhecido como *lobby do batom*, conforme já mencionado.

Esta articulação que, inteligentemente, mobilizou elementos de democracia representativa e participativa, ganhou corpo através de variadas e criativas ações políticas, que iam desde a infiltração nas comissões e subcomissões temáticas da ANC, passando pelas audiências públicas até chegar à pressão coletiva junto aos parlamentares, com ênfase no diálogo com o próprio relator, senador Bernardo Cabral, e com o presidente da Constituinte, deputado Ulisses Guimarães<sup>18</sup>. Portanto, a presença firme e forte das mulheres na Constituinte se fez sentir dentro e fora do plenário, conforme ilustram as seguintes figuras referentes a uma vigília pelos direitos das mulheres na ANC (Brasília-1988) e ao momento em que a bancada feminina comemora a promulgação da Constituição Federal, respectivamente:

17 Eram elas: Maria Lúcia Araújo, Raquel Capibaribe, Bete Azize, Eunice Michiles, Sadie Hauache, Abigail Feitosa, Lídice da Mata, Moema São Tiago, Márcia Kubscheck, M. de Lourdes Abadia, Rita Camata, Rose de Freitas, Lúcia Vânia Abraão, Lúcia Braga, Cristina Tavares, Myriam Portela, Wilma Maya, Ana Maria Rattes, Benedita da Silva, Sandra Cavalcante, Raquel Cândido, Rita Furtado, Marluce Pinto, Beth Mendes, Dirce Quadros e Irma Passoni,

18 Informações detalhadas, seguidas de análises críticas, podem ser encontradas no livro resultante de minha tese doutoral. Cf. SILVA (2011; 2016).



Fonte: Acervo CDNM



Fonte: Acervo Senado Federal

A presença retumbante das mulheres na Constituinte representa não apenas um fato inédito, mas o reconhecimento de uma necessidade jurídica histórica no sentido de atuar como sujeito político constitucional, participando e influenciado nas decisões que geraram as vigentes normas que estruturam o Estado e a própria sociedade brasileira.

Quanto à **palavra**, tomada aqui no seu sentido mais amplo, foi expressa por meio de manifestações orais e escritas, sendo utilizada não somente para denunciar as relações de desigualdade vivenciadas, mas também para apresentar proposições temáticas legítimas a serem convertidas em normas jurídicas constitucionais, vez que, onde e quando era possível (isto é, nas comissões temáticas, na tribuna, nas cartas enviadas aos parlamentares ou mesmo nos eventos públicos destinados a debater os conteúdos da nova Constituição),<sup>19</sup> as mulheres sustentaram, firme e decididamente, o que, segundo elas, deveria constar no novo texto constitucional em termos de direitos relacionados às especificidades e necessidades do “grupo social” que, na verdade, constitui nada mais nada menos que metade da população do país.

Assim, além das parlamentares que, suprapartidariamente, assumiram e defenderam a maioria das pautas apresentadas pelas mulheres no âmbito da ANC, lideranças sociais, urbanas e rurais, intelectuais e ativistas defensoras dos direitos das mulheres ocuparam espaços e falaram em defesa de temas diversos, dentre os quais emergiam a igualdade de direitos entre homens e mulheres no âmbito da família, no mundo do trabalho, na educação, na participação política, nas políticas de saúde, nas diversas ações estatais e noutras esferas sociais, sem olvidar da temática do aborto e da violência doméstica, conforme ilustram as figuras a seguir, quando duas veteranas feministas brasileiras fizeram uso da palavra, mesmo sem mandato parlamentar, para defender *emendas populares* relativas aos direitos das mulheres. São elas: Maria Amélia de Almeida Teles<sup>20</sup> e Moema Viezzer<sup>21</sup>, respectivamente:

<sup>19</sup> Para obter detalhes minuciosos e análises destas participações, conferir SILVA (2011; 2016).

<sup>20</sup> Membro da União de Mulheres de São Paulo, ocupou a tribuna durante a Constituinte para defender a Emenda Popular Saúde da Mulher, onde constava a questão do aborto, explicitamente.

<sup>21</sup> Membro da Rede Mulher de Educação, ocupou a tribuna para defender Emenda Popular dos Direitos da Mulher.



Fonte: CDI/Câmara dos Deputados

Fonte: Acervo CNDM

Considerando que as demandas apresentadas pelas mulheres na Constituinte não estavam descoladas das diferenças entre elas ou mesmo das desigualdades relativas aos marcadores de classe, raça e etnia, vale destacar a fala da feminista negra Antônia Garcia<sup>22</sup>, liderança do movimento de mulheres da periferia de Salvador que participou ativamente do referido momento:

[...] nós mulheres, principalmente as do movimento popular, sempre que nos envolvemos nas lutas sociais entramos de modo muito determinado, muito dedicado, pois quando vamos para a batalha é porque sentimos na pele uma necessidade forte, um sofrimento também muito grande por conta das privações, das dificuldades, dos filhos, da família, de nós mesmas. Então **é um misto de emoção e força que nos leva a batalhar por moradia, saúde, trabalho, transporte, educação e tudo mais.** [...] No processo da Constituinte não foi diferente. No período da coleta de assinatura para a emenda da aposentadoria das donas de casa, a gente ia com toda a dificuldade, abordava as pessoas, falava, expondo para as pessoas como é complicado você envelhecer sem ter o devido amparo. E as companheiras temiam que não desse tempo colher tanta assinatura, mas deu, e colhemos três vezes mais do que o necessário em todo o país. É mais do que emocionante, é gratificante ter participado desta batalha. (grifo do autor).

No que tange à **pressão**, vale registrar que este não foi o único método de ação utilizado pelas mulheres para converter suas demandas em direitos na nova Constituição, já que, naquele contexto, também houve bastante diálogo e muita negociação com as/os parlamentares, assim como com as lideranças partidárias e dentro do próprio *lobby do batom* que não era um bloco homogêneo, embora bem articulado em torno das questões comuns a todas as mulheres. Porém, na maioria das vezes, era preciso tensionar mesmo, ocupando as galerias do Congresso para disputar ideias e formular propostas, além de mobilizar outras mulheres nos mais variados estados da federação, onde os/as Constituintes tinham suas bases de apoio.

Neste sentido, foi preciso forçar alguns debates sobre temas que não eram considerados constitucionais<sup>23</sup>, a fim de facilitar as reflexões com lideranças políticas, tanto no seio das agremiações como nos sindicatos, nas instituições de ensino e entre os diversos atores e setores que atuavam na Constituinte e que também pugnavam em prol de seus interesses. Mas, como a tenacidade das mulheres e os argumentos apresentados eram fortes e bem fundamentados, fazendo com que, dentre tantos grupos de pressão, o *lobby do batom* ganhasse destaque, elas conseguiram mostrar potência crítica e política, se fazendo ouvir e exercendo influência nos mais va-

<sup>22</sup> Entrevista concedida por Antônia Garcia para minha pesquisa de tese doutoral, para maiores detalhes, consultar SILVA (2011, p. 283).

<sup>23</sup> Tais como maternidade/paternidade, amamentação, aborto, violência doméstica, reconhecimento de união estável, dentre outros.

riados momentos da feitura da Carta Constitucional. Um bom exemplo disto pode ser verificado no seguinte fragmento de um relatório do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher<sup>24</sup>, que versava sobre as atividades do seu segundo ano de existência:

Desde o início dos trabalhos da Constituinte, nos empenhamos em construir e manter **três pontes**:  
 – **com os Constituintes** – fazendo contatos (solicitando encaminhamento de emendas e pedidos de destaque) e visitas aos gabinetes; tendo Audiências com o Presidente da Assembleia Nacional Constituinte e com o Relator da Comissão de Sistematização, Dep. Bernardo Cabral. Atenção especial foi concedida as mulheres Constituintes. O CNDM recepcionou-as ao chegarem em Brasília, promoveu várias reuniões e manteve uma disposição permanente de oferecer assessoramento. Trabalhamos, também, com os Constituintes comprometidos com as reivindicações das mulheres e, ainda, buscamos sensibilizar os demais.  
 – **com os grupos organizados do movimento de mulheres** – levando informações, ouvindo, contribuindo por melhores condições para a atuação (12 de agosto – entrega das emendas populares; 26 de agosto, defesa das emendas) incentivando o relacionamento dos grupos locais com os representantes do seu Estado.  
 – **com a sociedade** – veiculando campanhas substantivas para levar ao questionamento; estimulando e participando de discussões; distribuindo amplamente nossa Carta e documentos que divulguem as reivindicações das mulheres (grifo nosso).

Como consequência da firme presença, da força argumentativa da palavra e da incessante pressão das mulheres no processo de elaboração da vigente Constituição, restou tatuado no texto constitucional os famigerados três P's, que podem ser melhor percebidos a partir dos conteúdos dos quadros a seguir, onde constam as demandas apresentadas pelas mulheres e os respectivos direitos conquistados no texto constitucional:

**Quadro 1** – Reivindicações específicas e respectivas conquistas

<b>Reivindicações específicas</b> (inscrites na Carta das Mulheres aos Constituintes)	<b>Direitos conquistados</b> (inscrites na vigente Constituição Federal)
Proibição de discriminação em razão do sexo	Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil  ... IV– promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
Plena igualdade entre homens e mulheres	Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

<sup>24</sup> Relatório Dois do CNDM, disponível em Silva (2011, p. 169).

Garantia do direito à amamentação dos filhos, ao seio.	Art. 5º ... L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;
Salário família	Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... XII – salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;
Licença maternidade	XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
Licença paternidade	XIX – licença paternidade, nos termos fixados em lei;
Igualdade no acesso ao mercado de trabalho e na ascensão profissional;	XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
Direito à creche	XXV – assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;
Igualdade salarial entre homens e mulheres por trabalho igual	XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
Extensão dos direitos trabalhistas e previdenciários, de forma plena, às empregadas domésticas	Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.
Direito à posse da terra para homens e mulheres	Art. 189. Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos. Parágrafo único. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei.
Proteção estatal à maternidade e à gestante	Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;
Igualdade de direitos previdenciários	V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Direito de aposentadoria especial aos trabalhadores rurais: 50 anos de idade para as mulheres e 55 anos para os homens, bem como aposentadoria por tempo de serviço aos 25 anos para as mulheres e 30 anos para os homens, com salário integral;	§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II – sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.
Reconhecimento da união estável como entidade familiar	Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º – Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
Proteção e reconhecimento da família de um modo geral	§ 4º – Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
Igualdade na sociedade conjugal	§ 5º – Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
Liberdade no planejamento familiar	§ 7º – Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
Coibição da violência na constância das relações familiares, bem como o abandono dos filhos menores.	§ 8º – O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.
Plena igualdade entre os filhos, não importando o vínculo matrimonial existente entre os pais	Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão § 6º – Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Fonte: Quadro elaborado pela autora.



**Quadro 2 – Reivindicações gerais e respectivas conquistas**

Reivindicação geral	Direito conquistado
Titularidade do direito de ação aos movimentos sociais organizados, sindicatos, associações e entidades da sociedade civil, na defesa dos interesses coletivos.	Art. 5º (...) XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; (...) LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: (...) b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;
Educação universal, pública e gratuita em todos os níveis como prioridade estatal	Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
Atenção estatal, especial, aos alunos portadores de deficiências físicas ou mentais.	Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
Liberdade de pensamento e expressão	IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
Soberania na negociação da dívida externa, resguardando os interesses nacionais e do povo brasileiro.	Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – independência nacional;
Liberdade e autonomia sindicais.	Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:(...)
Direito de greve extensivo a todas as categorias profissionais.	Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º – A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º – Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.
Política responsável de proteção ao meio ambiente.	Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Definição de uma política que mantenha a integridade das populações indígenas, impedindo o genocídio a que vêm sendo submetidas.	Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
Democratização do Estado e das instituições, mediante revogação da Lei de Segurança Nacional e de toda a legislação repressiva.	Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Fonte: Quadro elaborado pela autora.

Percebe-se, portanto, que foi ampla e profícua a participação das mulheres na Assembleia Constituinte, sendo difícil negar, diante de tantas e retumbantes provas, o importante papel que elas desempenharam na constitucionalização de seus direitos no Brasil. Vê-se, pois, que nos mais diversos artigos da Constituição Federal, notadamente naqueles constantes do Título II, Capítulo I do referido texto, que versa especificamente sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, a contribuição feminina deixou marcas indeléveis, sendo importante frisar que o *lobby do batom* também contribuiu para a inserção de normas de interesse da sociedade em geral, conforme atesta o segundo quadro acima disposto.

## POR UMA LEITURA FEMINISTA DA LEI MAIOR: ARTICULANDO OUTROS P'S AO ESFORÇO INTERPRETATIVO

Uma Constituição elaborada com ampla participação feminina e com explícita influência feminista, exige uma interpretação à altura, isto é, uma exegese adequada aos novos tempos históricos e compatível com as importantes contribuições teóricas do *feminismo jurídico*<sup>25</sup>, afinal, além de, obrigatoriamente, reconhecer e considerar a presença, a palavra e a pressão que as mulheres exerceram no âmbito do Parlamento nacional com vistas a produzir normas constitucionais referentes às questões que lhes afetam, convém agregar mais 3 P's a esta reflexão e aos esforços interpretativos, haja vista que somente a partir da articulação entre estes elementos, aqui destacados como orientadores da contemporânea leitura constitucional, será possível realizar um adequado cumprimento dos mandatos normativos emanados da nova ordem que, como sabemos, está em per-

25 SILVA, Salette Maria da. Feminismo jurídico: uma introdução. *Cadernos de Gênero e Diversidade*, v. 4, n. 1, 2018. Disponível em <https://periodicos.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/25806>. Acesso em: 25 ago. 2021.

feita sintonia com os princípios da igualdade, da não-discriminação e com a exigência de uma perspectiva de gênero, presentes, implícita e/ou explicitamente, no vigente texto, assim como em diversas normas jurídicas de caráter supranacional<sup>26</sup> que versam sobre direitos humanos das mulheres e que devem ser objeto de estudo em todas as escolas de Direito.

Portanto, é possível afirmar que as normas contidas no vigente texto constitucional já demandavam, por si só, e desde a promulgação, um *olhar gendrado*<sup>27</sup> por parte de quem se debruça sobre a Lei Maior, seja na condição de estudante, intérprete ou agente concretizador do Direito; o que implica dizer que os conceitos (e os direitos!) relacionados à vida, à igualdade, à liberdade, à autonomia, à cidadania, dentre outros, devem ganhar novos significados e novos contornos no arcabouço jurídico, vez que requerem uma perspectiva que leve em conta as experiências e necessidades das mulheres em sua ampla diversidade.

Assim, e para uma melhor aproximação conceitual e exemplificativa sobre este debate, tratarei, em breves palavras, sobre cada um destes outros três P's que, a meu sentir, constituem a espinha dorsal de toda e qualquer interpretação constitucional desenvolvida com *lentes de gênero* e à luz das teorias feministas sobre o tema. Vamos lá.

Quanto ao **princípio da igualdade**, pode-se dizer que, desde uma leitura crítica e feminista<sup>28</sup>, será necessário a conjugação da igualdade formal com a igualdade material, também conhecida como substantiva, real e concreta, pois, em geral, a realidade das mulheres vai exigir a adoção ou mesmo a construção de mecanismos que favoreçam o pleno alcance deste princípio, através de medidas que estabeleçam *equidade de gênero*, observando as diferenças e desigualdades entre homens e mulheres ou mesmo entre as próprias mulheres. Eis porque é importante olhar para o Direito Constitucional com apoio de outras ciências e outras lentes conceituais, a fim de favorecer a fundamentação e/ou o fortalecimento de normas e/ou políticas destinadas ao combate à discriminação histórica e à promoção da inclusão social, tão necessárias ao atendimento das necessidades jurídicas dos grupos historicamente excluídos e/ou vulnerabilizados, dentre os quais emergem as mulheres, notadamente as populares e diversas. E tudo isso implica na construção de uma outra hermenêutica, de outra dogmática e até mesmo de outra zetética que não se pretenda neutra, imparcial ou universal.<sup>29</sup>

Além disto, e considerando que em sociedades patriarcais<sup>30</sup> como a nossa, o princípio da igualdade não dá conta da inclusão e do respeito por todas as vidas, notadamente a vida das mulheres, cujo valor tem sido

26 Tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres-CEDAW, a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher* (Convenção de Belém do Pará), a Declaração e Plataforma de Ação de Beijing e o próprio Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5, constante da Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas, que versa sobre igualdade de gênero. Sem olvidar da potente jurisprudência, contenciosa e consultiva, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que constituem verdadeiros standards a serem obrigatoriamente observados pelos Estados-partes.

27 OLSEN, Frances. *El sexo del derecho*. In KAIRYS, David (ed.). **The Politics of Law**. Trad.: Mariela Santoro y Christian Courtis. Nueva York: Pantheon, 1990.

28 FACIO, Alda. La igualdad substantiva: un paradigma emergente em la ciencia jurídica. In AMORETTI OROZCO, Hector (org.) **Pensamiento jurídico feminista**. n. 4. Ed. San Jose, C.R. IJSA, agosto, 2008 p. 1.55-169.

29 BIRGIN, Haydée. Identidad, diferencia y discurso feminista. Universalismo frente a particularismo. In BIRGIN, Haydée (org.). **El derecho en el género y el género en el derecho**. Buenos Aires: Biblos, 2000.

30 COBO, Rosa. **Fundamentos del patriarcado moderno**. Madrid, Cátedra: J. J. Rousseau, 1995.

cada vez mais relativizado pela crescente violência de gênero, faz-se necessário conhecer e trabalhar também com o **princípio da não-discriminação** que, conjugado com o princípio da igualdade e com outras normas e princípios correspondentes, permite apontar para a ilegitimidade de todas as formas de tratamento desigual ou inequitativo que objetive diminuir, invalidar, dificultar, obstaculizar ou mesmo excluir as mulheres do exercício de direitos ou do acesso a bens, serviços, poderes e/ou oportunidades concedidas às pessoas do gênero masculino ou a outros grupos sociais, ainda que femininos, mas econômica, racial ou socialmente privilegiados.

Assim, em sede constitucional, e com perspectiva de gênero, as noções de igualdade e de não-discriminação, que emanam de princípios transcendentais do direito internacional dos direitos humanos, devem ser vistos e reivindicados como normas constitucionais<sup>31</sup>, cujos fundamentos de ordem ética<sup>32</sup>, política e jurídica foram corajosamente reivindicados e criativamente delineados pelas próprias mulheres que compuseram o *lobby do batom* e que, portanto, foram/são e devem continuar sendo as primeiras e mais legítimas intérpretes destes direitos.

Por isto, a ideia de não discriminação não deve ser vista somente em seu caráter negativo conforme adotado pela interpretação “moderna”, isto é, não se trata da mera e simples proibição de distinções desarrazoadas, injustas ou arbitrárias entre os seres, mas requer a incorporação de outras percepções e postulados que exijam do Estado uma atuação dirigente, proativa e efetiva, vez que o direito fundamental a não ser discriminada por razão de sexo/gênero, inclui regras que geram direitos subjetivos para as mulheres em face das legislações, dos atos normativos, das políticas públicas, dos discursos oficiais ou mesmo de condutas de particulares.

Portanto, no que concerne às atividades dos poderes legislativo, executivo e judiciário, os princípios acima mencionados – que já proíbem, expressamente, a discriminação direta ou explícita, o que significa que nenhuma norma, nenhuma iniciativa ou ato do poder público pode dispensar tratamento diferenciado ou prejudicial em razão do sexo/gênero<sup>33</sup> –, também geram outro direito subjetivo para as mulheres, qual seja, a garantia de vedação à discriminação indireta e sub-reptícia, decorrente de tratamento jurídico supostamente neutro, imparcial ou não discriminatório, mas que, na prática, produz consequências desiguais e prejudiciais em face do impacto diferenciado ou desfavorável às mulheres, tão comum em sociedades marcadas pelas assimetrias de gênero, onde o preconceito, a discriminação e a violência é parte do cotidiano das pessoas do sexo/gênero feminino. .

Em síntese, este segundo princípio informa que não pode haver discriminação que não tenha base legítima ou que não produza *justiça de gênero*<sup>34</sup> no contexto específico. E é exatamente aqui que reside o debate acerca da chamada discriminação positiva<sup>35</sup>, ou da ação afirmativa, que constitui mecanismo de promoção

31 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

32 VALCÁRCEL, Amélia. **Ética para um mundo global**. Ediciones Temas de hoy, S.A, Madrid, 2002.

33 Logo, a regra geral é que homens e mulheres devem ter o mesmo tratamento, as mesmas oportunidades, os mesmos direitos.

34 Cf. SILVA, Salette Maria da; WRIGHT, Sonia J. Uma reflexão feminista sobre o conceito de justiça de gênero. **Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 1-27, jan./jun. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9644/2016.v2i1.1086>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/1086>. Acesso em: 25 ago. 2021.

35 CFEMEA. **Discriminação positiva**. Ações Afirmativas: em busca da igualdade. Brasília/São Paulo: Elas, 1996.

da igualdade e de reparação de injustiças em favor de grupos historicamente discriminados ou privados de direitos, como é o caso das mulheres em razão de suas demandas e necessidades jurídicas traduzidas através de políticas de cotas, por exemplo, mas não só<sup>36</sup>.

Obviamente que o Direito Constitucional, ao ser estudado e aplicado com lentes de gênero, não se ocupará unicamente de debates em torno da questão da igualdade e da não discriminação, mas estes são os temas centrais a serem enfrentados desde o princípio por qualquer pessoa ou qualquer profissional do direito, diante de qualquer conduta, norma ou política pública. Destarte, para que se possa observar e fazer cumprir os princípios da igualdade e da não discriminação diante dos inúmeros embates jurídicos ou em face de casos concretos relacionados questões que envolvam o debate sobre sexo/gênero e direitos de cidadania, a/o intérprete do texto constitucional deve necessariamente adotar uma perspectiva que seja capaz de orientá-la/o no desenvolvimento de um raciocínio crítico, na formulação de perguntas pertinentes<sup>37</sup>, no treinamento do olhar adequado e na proposição de respostas jurídicas justas e que não contribuam para legitimar ou fortalecer ainda mais as desigualdades de gênero diante das quais é chamada/o a se posicionar.

Para tanto, é preciso saber o que é, ou em que consiste a *perspectiva de gênero*<sup>38</sup> e o *enfoque* dela decorrente, a fim de fazer justiça diante de casos concretos que requeiram a aplicação de qualquer norma, notadamente as de cunho constitucional. Por isto, convém registrar, em linhas gerais, o que significa esta perspectiva e como proceder para interpretar um direito fundamental a partir da mesma. No entanto, e diante das inúmeras e nem sempre consensuais definições deste conceito<sup>39</sup>, trago a noção adotada pela Recomendação Geral 26 do Comitê CEDAW<sup>40</sup>, referente à situação das mulheres trabalhadoras migrantes. Esta recomendação orienta a levar em conta a desigualdade de gênero presente na sociedade em geral, o que envolve perceber as funções tradicionalmente impostas às mulheres, assim como os preconceitos que estas sofrem no mercado laboral, o *déficit* representativo nos espaços de poder e decisão, além da violência de gênero generalizada, dentre outras questões de ordem estruturais que levam a fenômenos como a feminização da pobreza e à própria migração da mão de obra no mundo.

De acordo com o documento citado, pode-se dizer que incorporar a perspectiva de gênero significa analisar a situação das mulheres a partir da sua condição e posição social, com vistas a elaborar decisões justas e/ou políticas públicas que contribuam para um enfrentamento eficaz dos problemas, haja vista que estas mulheres, notadamente as pertencentes a grupos historicamente discriminados, tais como negras, indígenas, com

36 Além das cotas, é possível adotar medidas de conteúdo redistributivo, positivo ou promocional em favor das mulheres e pela igualdade de gênero, assim como políticas de prevenção, nivelamento e restauração de direitos, além de enfrentamento à violência, como a Lei Maria da Penha.

37 Cito algumas mais adiante.

38 ULLOA CUÉLLAR, Ana Lília. **Gênero, derecho y democracia**. Veracruz, México: Gobierno del Estado, 2007.

39 Marta Lamas (1996) destaca que a perspectiva de gênero implica em “reconhecer que uma coisa é a diferença sexual e outra coisa são as atribuições, ideias, representações e prescrições sociais que se constroem tomando como referência essa diferença sexual” (tradução minha). No entanto, existem muitas outras definições sobre o mesmo termo, sendo que o que há de comum entre elas é o destaque relacionado à opção por uma mirada, um olhar, uma visão ou um enfoque que busca desvelar e analisar as desigualdades sociais entre homens e mulheres resultantes de convenções sociais que valorizam de maneira diferenciada e hierarquizada as expressões de masculinidade e feminilidade, com prejuízo para as mulheres.

40 Documento disponível em [https://drive.google.com/file/d/174gj4uJtALRuuAYbF6bAXJ76WLwC-\\_AqqmvLWdV2QAQ/view](https://drive.google.com/file/d/174gj4uJtALRuuAYbF6bAXJ76WLwC-_AqqmvLWdV2QAQ/view)

deficiência, pobres e/ou oriundas de países em desenvolvimento ou de regiões marcadas por conflitos bélicos, estão mais expostas a risco de morte e a múltiplas vulnerabilidades e violações de direitos<sup>41</sup>.

Assim, e ao adotar a perspectiva de gênero diante de um caso concreto, passível de ser respaldado por determinada norma constitucional ou infraconstitucional, faz-se necessário identificar a origem e espírito desta norma, o contexto em que foi construída, assim como o momento em que está sendo aplicada e/ou reivindicada, a fim de perceber se há permanências ou deslocamentos quanto aos fatos, demandas e fundamentos que justificam a existência da regra e se estes ainda são válidos no contexto de sua aplicação. E, caso se trate de um debate propriamente constitucional, convém, ainda, resgatar a dimensão valorativa e política da Constituição, a fim de politizar as desigualdades, além de olhar a realidade concreta da mulher ou do grupo ao qual ela pertence, com vistas a perceber as barreiras, os obstáculos e as discriminações específicas a que estão expostas e que as impedem de exercer plenamente a cidadania e (sobre)viver com dignidade.

Através da perspectiva de gênero é possível ter uma visão panorâmica da realidade onde as mulheres e a norma jurídica se inserem, pois é através de lentes de gênero que se pode enxergar a construção social das diferenças sexuais e seus reflexos negativos no seio da sociedade. A perspectiva de gênero, portanto, corresponde, a um método que deve ser utilizado por profissionais de todas as áreas, mormente do campo jurídico, com vistas a garantir o direito à igualdade e à não discriminação para todas as pessoas, especialmente para as mulheres historicamente oprimidas e discriminadas por conta do gênero ou grupo ao qual pertencem ou se vinculam.

Não cabe aqui, em virtude da extensão deste artigo, desenvolver, de maneira mais ampla e densa, os fundamentos filosóficos e teóricos desta metodologia que constitui uma verdadeira ferramenta analítica, mas é possível sintetizar, dentre tantas outras questões norteadoras<sup>42</sup>, algumas que costumam ser formuladas por consultoras/es e pesquisadoras/es feministas diante do exame de qualquer projeto de investigação, de intervenção social ou de qualquer política pública, projeto de lei, norma jurídica em vigor ou mesmo judicial, inclusive jurisprudência. São elas:

1. Leva em conta que a sociedade se organiza mediante uma ordem de gênero patriarcal, em que homens e mulheres vivenciam relações de poder desiguais, onde as últimas são historicamente prejudicadas no acesso a bens, serviços, recursos, direitos e poder?

41 Eis porque a noção de interseccionalidade – isto é, a percepção de que, além do gênero, existem outras estruturas ou fatores de opressão que atingem uma mesma pessoa ou grupo social de forma articulada e simultânea – também é um elemento central no processo de incorporação do enfoque de gênero diante de qualquer contexto. Para aprofundamento, cf. AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Pólen, 2019.

42 Nos métodos jurídicos feministas desenvolvidos tanto por autoras norte-americanas, como Katherine Bartlett (2012) ou latinas, como Alda Facio (1992), a “pergunta pela mulher” diante de qualquer norma ou decisão jurídica, assim como sobre suas experiências, necessidades e contextos, constituem uma orientação básica a ser seguida, além de outros questionamentos sobre moral sexista oculta ou explícita no texto, sobre suposta neutralidade, imparcialidade e objetividade de quem julga, sem olvidar do debate em torno da tomada de consciência de gênero por parte da pessoa que elabora, interpreta ou aplica a norma. Sobre as questões aqui apresentadas, vale fazer três observações: 1) não se trata de uma receita de bolo, mas de orientações metodológicas em permanente desenvolvimento e aprimoramento no âmbito do pensamento feminista, notadamente o latino americano; 2) estas perguntas resultam de anotações tomadas em curso ministrado pelo professor Daniel Cazés Manache, cujo aprofundamento pode ser buscado em sua obra intitulada *La perspectiva de género: guía para diseñar, poner en marcha, dar seguimiento y evaluar proyectos de investigación y acciones públicas y civiles* (MENACHE, 2005). Neste livro é possível identificar outras perguntas igualmente importantes a serem formuladas diante de qualquer documento ou fenômeno objeto de análise. 3) as perguntas formuladas por diversas juristas feministas, incluindo as citadas neste texto, bebem das mesmas fontes, quais sejam, as epistemologias e teorias feministas amplamente desenvolvidas em diversas ciências humanas e sociais.

2. Tem como eixo os direitos humanos, as garantias jurídicas ou mesmo os direitos específicos das mulheres?
3. Tem em sua perspectiva a construção da equidade, igualdade ou justiça de gênero?
4. Traz como contribuição a ampliação da cidadania ou do exercício de direitos pelas mulheres?
5. Contribui para consolidar, ampliar ou desenvolver a cultura da igualdade e da justiça de gênero, mediante oportunidades de transformação estrutural das relações entre homens e mulheres?

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se afirmar que estamos permanentemente desafiados/as a incorporarmos a perspectiva de gênero no Direito de um modo geral e no direito Constitucional em particular, vez que o estudo, a análise e a interpretação das normas contidas na Constituição, especialmente quando postas diante de casos concretos, exige que levemos em conta as condições em que estas foram elaboradas, se houve ou não participação feminina, assim como o esforço realizado pelas mulheres no sentido de constitucionalizar suas demandas, transformando-as em direitos que devem ser concretizados por meio de decisões jurídicas justas e através de políticas públicas que contribuam para o enfrentamento e superação das inequidades de gênero presentes em nossa sociedade.

Assim, e independente da temática abordada, ou da norma jurídica em apreço, seja ela referente aos debates em torno das noções de democracia, de cidadania, ou sobre organização do Estado ou dos poderes institucionais, seja em torno dos direitos fundamentais explícitos ou implícitos, ou sobre quaisquer outras questões, notadamente aquelas que geralmente envolvem a vida, a integridade, a liberdade e a autonomia das mulheres, ou as demandas por igualdade em contextos familiares, educacionais, políticos e sociais; o fato é que todas requerem um olhar gendrado, isto é, uma perspectiva feminista de gênero capaz de permitir uma leitura que não banalize o elevado índice de violência a que estão expostas as mulheres e os déficits democráticos nas mais diversas esferas, em que pese os inúmeros avanços e conquistas auspiciadas desde o advento do texto constitucional.

Ademais, interpretar o Direito com perspectiva de gênero é dever do Estado, pois há um mandato de ordem nacional e internacional que exige do/da intérprete do Direito Constitucional um olhar sensível as questões de gênero e uma ação jurídico-política que dê conta de respeitar os princípios da igualdade e da não discriminação, sem olvidar os comandos de devida diligência nos casos concretos e do não retrocesso na produção e aplicação do direito. Até porque os direitos das mulheres estão sempre ameaçados pelos interesses e pela voracidade da ordem patriarcal que, em aliança com capitalismo e racismo, buscam solapá-los, seja em tempos de crise ou em tempos de paz.

Assim, nunca é supérfluo desenvolver reflexões em torno dos princípios da igualdade e da não discriminação de gênero, pois ambos precisam ser amplamente apropriados pela sociedade em geral e devem ser inter-

pretado à luz das teorias feministas, cujos enfoques permitem desvelar e desconstruir a percepção androcêntrica e tradicional da ideia de igualdade, construída com base em “pactos de cavalheiros”, para quem a igualdade era/é tida como categoria universal e sexualmente neutra, eivada de abstração lógica e influenciada por uma *razão patriarcal* que, apesar da autodeclarada imparcial, serviu/serve para legitimar a sujeição das mulheres e sua exclusão dos direitos mais elementares.

Portanto, uma interpretação constitucional que vise radicalizar a democracia e alargar a cidadania feminina tem que reconhecer e estimular a participação das mulheres na produção de *ressignificação jurídica* – seja nas audiências públicas de qualquer dos poderes instituídos, seja por meio do *amicus curiae* em todas as instancias jurisdicionais, seja através da valorização das reflexões teóricas produzidas pelo feminismo jurídico (acadêmico e/ou popular), que vem contribuindo, paulatinamente, para uma nova doutrina, uma nova dogmática e um nova hermenêutica, seja através do diálogo que deve ser permanente e horizontal com a sociedade civil organizada, isto é, com os movimentos de mulheres e feministas, que podem e devem continuar marcando presença, fazendo uso da palavra e, sobretudo, pressionando autoridades e instituições estatais a fim de que a população feminina não seja mais surpreendida com nenhum direito a menos e, tampouco, com nenhuma discriminação a mais.

## REFERÊNCIAS

- AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Pólen, 2019.
- BARTLETT, Katharine. Métodos jurídicos feministas. In: MORALES, F.; FERNANDEZ, M. (org.) **Métodos feministas en el derecho**: aproximaciones críticas a la jurisprudência peruana. Lima: Palestra: 2012. p. 19-116.
- BIRGIN, Haydée. Identidad, diferencia y discurso feminista. Universalismo frente a particularismo. In BIRGIN, Haydée (org.). **El derecho en el género y el género en el derecho**. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- CENTRO FEMINISTA DE ESTUDO E ASSESSORIA (CFEMEA). **Discriminação positiva**. Ações Afirmativas: em busca da igualdade. Brasília/São Paulo: Elas, 1996.
- COBO, Rosa. **Fundamentos del patriarcado moderno**. Madrid, Cátedra: J. J. Rousseau, 1995.
- FACIO, Alda. **Cuando el género suena cambios trae**. una metodología para el análisis de género del fenómeno legal. San José, C. R.: ILANUD, 1992.
- FACIO, Alda. La igualdad substantiva: un paradigma emergente em la ciência jurídica. In AMORETTI OROZCO, Hector (org.) **Pensamiento jurídico feminista**. n. 4. Ed. San Jose, C.R. IJSA, agosto, 2008.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- LAMAS, Marta. **El género**: la construcción cultural de la diferencia sexual. Estudios de Género, México, 1996. (Colección Las ciencias sociales).
- MENACHE, Daniel Cazés. **La perspectiva de género**. Guía para diseñar, poner em marcha, dar seguimiento y evaluar proyectos de investigación y acciones públicas y civiles. Ciudad de México: CONAPO; Instituto Nacional de la Mujer, 2005.
- OLSEN, Frances. El sexo del derecho. In: KAIRYS, David (ed.). **The Politics of Law**. Trad.: Mariela Santoro y Christian Courtis. Nueva York: Pantheon, 1990.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RECOMENDAÇÃO GERAL 26 DO COMITÊ CEDAW. Disponível em Documento disponível em [https://drive.google.com/file/d/174gj4uJtALRuuAYbF6bAXJ76WLwC-\\_AqqmVLWdV2QAQ/view](https://drive.google.com/file/d/174gj4uJtALRuuAYbF6bAXJ76WLwC-_AqqmVLWdV2QAQ/view). Acesso em: 07 nov. 2021.



SECRETARIA DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E EDUCAÇÃO SUPERIOR (SECITEC). Governo do Ceará. Professora da URCA defende tese de doutorado na UFBA ‘com distinção’ sobre a Participação de Mulheres na Constituição de 1988. 01 mar. 2012. Disponível em: <https://www.sct.ce.gov.br/2012/03/01/professora-da-urca-defende-tese-de-doutorado-na-ufba-com-distincao-sobre-a-participacao-de-mulheres-na-constituicao-de-1988/> Acesso em: 25 ago. 2021.

SILVA, Salete Maria da **A Carta que Elas Escreveram**: a participação das mulheres na elaboração da Constituição Federal de 1988. Orientador: Ana Alice Alcântara Costa. 2011. 321 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/7298/1/TESE%20vers%C3%A3o%20para%20PDF%20.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2021.

SILVA, Salete Maria da. Cidadania, nome de mulher. **Cordelirando**. Disponível em: <http://cordelirando.blogspot.com/2008/07/cidadania-nome-de-mulher.html>. Acesso em: 07 nov. 2021.

SILVA, Salete Maria da. Constitucionalização dos direitos das mulheres no Brasil: um desafio à incorporação da perspectiva de gênero no Direito. *Interfaces Científicas – Direito*, Aracaju, v. 1, n. 1, p. 59-69, out. 2012. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/178/76>. Acesso em: 25 ago 2021.

SILVA, Salete Maria da. Contribuições para a incorporação da perspectiva de gênero no parlamento. *Interfaces Científicas – Direito*, Aracaju, v. 3, n. 2, p. 29-42, fev. 2015. DOI: <https://doi.org/10.17564/2316-381X.2015v3n2p29-42>. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/2110>. Acesso em: 07 nov. 2021.

SILVA, Salete Maria da. Empoderamento jurídico das mulheres: para fortalecer o acesso à justiça e ampliar a cidadania feminina. *Interfaces Científicas – Direito*. Aracaju, v. 7, n. 3, p. 174-197, jul. 2019. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/7675>. Acesso em: 25 ago. 2021.

SILVA, Salete Maria da. Feminismo jurídico: uma introdução. *Cadernos de Gênero e Diversidade*, v. 4, n. 1, 2018. Disponível em <https://periodicos.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/25806>. Acesso em: 25 ago. 2021.

SILVA, Salete Maria da. **O legado juspolítico do lobby do batom vinte anos depois**, disponível em: [https://www.academia.edu/38170338/O\\_legado\\_jus\\_pol%C3%ADtico\\_do\\_lobby\\_do\\_batom\\_vinte\\_anos\\_depois\\_pdf](https://www.academia.edu/38170338/O_legado_jus_pol%C3%ADtico_do_lobby_do_batom_vinte_anos_depois_pdf). Acesso em: 07 nov. 2021.

SILVA, Salete Maria da; WRIGHT, Sonia J. Uma reflexão feminista sobre o conceito de justiça de gênero. *Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 1-27, jan./jun. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9644/2016.v2i1.1086>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/1086>. Acesso em: 25 ago. 2021.

SILVA, Salete Maria da; WRIGHT, Sonia. As mulheres e o novo constitucionalismo: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. *Revista Brasileira de História do Direito*, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 170-1910, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/666/pdf>. Acesso em: 25 ago. 2021.

ULLOA CUÉLLAR, Ana Lília. **Gênero, derecho y democracia**. Veracruz, México: Gobierno del Estado, 2007.

VALCÁRCEL, Amélia. **Ética para um mundo global**. Ediciones Temas de hoy, S.A, Madrid, 2002.

# CAPÍTULO 19

## LIBERDADE, LIBERDADE: ABRE AS ASAS SOBRE NÓS A LIBERDADE DE EXPRESSÃO FEMININA NO SÉCULO XXI

Ruth Carolina Rodrigues Sgrignolli

*“A humanidade sempre teve medo das mulheres que voam,  
Sejam elas bruxas, sejam elas livres”  
Autor(a) desconhecido(a)*

### INTRODUÇÃO

O ano é 1770. Esperança Garcia, nascida numa fazenda gerida por jesuítas, aprende a ler e escrever, como talvez tenha sido possível a muitos escravos que trabalhavam em fazendas de jesuítas. Trabalha, casa-se e tem vários filhos. Mas, por algum motivo, ela e uma de suas filhinhas são levadas à fazenda de um novo senhor. Vítima de maus-tratos, cansada de ser abusada, ela escreve ao Governador do Piauí, pedindo-lhe que possa ser devolvida para fazenda onde foi criada e que ele permita que sua filha seja batizada.<sup>1</sup> Por oito anos esperou uma resposta. Cansada, fugiu. Esperança Garcia viveu em Oeiras, primeira capital do estado do Piauí. Sua carta foi considerada, mais de duzentos anos depois de escrita, como a primeira petição escrita por uma mulher<sup>2</sup>. Esperança Garcia é a primeira advogada brasileira.

Esse é apenas um caso de uma mulher que não foi ouvida.

A Liberdade de expressão é uma conquista do mundo moderno, em termo da importância da sua função: ela garante o direito de informar-se e de ser informado, com a finalidade de prover aos cidadãos fazer escolhas qualificadas, bem instruídas e necessárias para o processo decisório do exercício da cidadania. A liberdade de expressão garante que a democracia possa existir, imperfeita e não nem sempre na plenitude que dela se espera, é certo, mas presente.

No Brasil, a liberdade de expressão está prevista no artigo 5º, incisos IV e IX, além do artigo 220, todos da [Constituição Federal](#), atendendo aos anseios mais caro do ser humano: a liberdade de pensar, de sentir, de exprimir, pelas letras, pela arte, pela música.

A liberdade de expressão revela o pensamento e o mais profundo dos desejos.

1 LITEAROFRO. A carta da escrava ‘Esperança Garcia’ de Nazaré do Piauí: uma narrativa de testemunho precursora da literatura afro-brasileira. Disponível em: <http://www.lettras.ufmg.br/literafro/arquivos/artigos/criticas/ArtigoElioferreira1cartaesperancagarcia.pdf>. Acesso em: 18.out. 2020.

2 OBSERVATÓRIO DO TERCEIRO SETGOR. Escravizada, ela buscou justiça e tornou-se a primeira advogada do Piauí. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/escrava-ela-buscou-justica-e-tornou-se-a-primeira-advogada-do-piaui/#:~:text=Esperan%C3%A7a%20entrou%20para%20a%20hist%C3%B3ria,os%20maus%20tratos%20que%20sofria>, Acesso em: 18.out.2020.

Esse texto tem como base uma breve análise sobre a liberdade de expressão da mulher no século XXI, considerando a importância da liberdade de expressão como garantia de exercício da cidadania e participação nas esferas de tomada de decisão.

Mas antes de mais nada, é uma reflexão sobre respeito ao próximo.

## ESPAÇO DE FALA

De acordo com dados da Câmara dos Deputados, na legislatura de 2019-2022, dos 513 (quinhentos e treze) deputados, 77 (setenta e sete) são mulheres, o que representa 15% (quinze por cento) das cadeiras. Embora haja um aumento de 5% da legislatura anterior, cuja bancada feminina representava 10% do Parlamento, com 51 deputadas. No Senado, o número se manteve, são 7 (sete) mulheres num total de 81 (oitenta e um) senadores:

Figura 1 – Mulheres no legislativo<sup>3</sup>



Fonte: site do G1 – Mulheres no Legislativo — Foto: Juliane Souza

No Judiciário, a presença feminina é maior. Em 2018, os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) revelaram que quase quarenta por cento dos cargos de magistrado eram ocupados por mulheres. As servidoras de justiça são em 56,2% (cinquenta e seis, vírgula dois por cento). Além disso, as pesquisas identificaram que, quanto maior o nível da carreira na Magistratura, menor era a participação feminina, sendo ela representada por 44% (quarenta e quatro por cento) dos juízes substitutos, 39% (trinta e nove por cento) dos juízes titulares, 23% (vinte e três por cento) dos desembargadores e apenas 16% (dezesesseis por cento) dos ministros

<sup>3</sup> VELASCO, Clara; OLIVEIRA, Leandro. N° de mulheres eleitas se mantém no Senado, mas aumenta na Câmara e nas Assembleias. G1, 08. out. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/08/no-de-mulheres-eleitas-se-mantem-no-senado-mas-aumenta-na-camara-e-nas-assembleias.ghtml>. Acesso em: 12 nov. 2020.

de tribunais superiores, no STJ – tribunal superior com maior número absoluto de julgadoras – essa relação é de 21% (vinte e por cento), ou 7 (sete) magistradas num total de 33 (trinta e três)<sup>4</sup>.

Esse estudo apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostrou que nunca houve tantas mulheres servindo a justiça como nesses últimos anos. A presença delas na Justiça do Trabalho é a maior, sendo próxima de inexistente na Justiça Militar.

Mas as diferenças de cargos públicos entre homens e mulheres ainda é relevante.

Como forma de buscar minimizar essas diferenças, em 2018 o CNJ publicou a Resolução CNJ nº 255 que inaugurou a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário (4/9/2018) e instituiu a criação de grupo de trabalho, responsável pela elaboração de estudos, análise de cenários, eventos de capacitação e diálogo com os Tribunais sobre o cumprimento desta Resolução (Portaria CNJ nº 66 de 04/09/2018, alterada pela Portaria CNJ nº 126 de 15/10/2018)<sup>5</sup>.

No âmbito do poder Executivo, os números são ainda mais baixos.

O Projeto Mulheres Inspiradoras (PMI) – 2018 elaborou um ranking baseado em um índice que sintetiza dados que medem a (i) representatividade feminina nas chefias de governo; (ii) a representatividade nas chefias de Estado; (iii) o número e a proporção de habitantes governados por mulheres e (iv) a proporção de cargos em ministérios ocupados por lideranças femininas, usando dados baseados em informações das Nações Unidas, do Banco Mundial e do instituto de pesquisas *The Heritage Foundation*<sup>6</sup>.

Dessa análise, concluiu-se que o Brasil ocupa a 161ª posição no Ranking de Presença Feminina no Poder Executivo, dentre os 186 (cento e oitenta e seis) países analisados. Como prefeitas, as mulheres ocupam 639 (seiscentos e trinta e nove) prefeituras, das 5.477 (cinco mil quatrocentos e setenta e sete) analisadas (considerando que existem ao todo, 5.570 municípios). No governo do Estado, a melhor representatividade ocorreu em 2006, quando havia três governadoras, hoje há apenas uma e na presidência, houve apenas uma vez na história em que uma mulher foi presidente<sup>7</sup>.

No mundo corporativo, de acordo com um levantamento da Catho, considerando as mais de 200 (duzentas) mil empresas inscritas, profissionais do sexo feminino representam 23,85% dos cargos de liderança mais elevados (presidentes e CEO's), que indica um aumento de 15% (quinze por cento) de presença feminina em

4 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário**, 2019. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/17932066/Diagnostico+feminino/13a68e86-b069-4440-6b94-9acce5ba28c0>. Acesso em: 12 nov. 2020.

5 Em 2020, foi realizado um webinar cujo tema era “A participação feminina nos concursos para a magistratura”, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça e pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-20/entidades-classe-debatem-participacao-mulher-judiciario>. Acesso em: 10 dez. 2020. Houve também a segunda edição do seminário *Trajetórias e Desafios das Mulheres no Judiciário*, do STJ, onde se firmou Protocolo HeforShe, da ONU Mulheres, e de relançar o Programa Equilibra STJ, com novas regras para promover o equilíbrio de oportunidades entre homens e mulheres na corte. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/paginas/Comunicacao/Noticias/20102020-STJ-adere-ao-HeForShe-e-relanca-Programa-Equilibra-em-seminario-sobre-desafios-da-mulher-no-Judiciario.aspx>. Acesso em: 10 dez. 2020.

6 AGÊNCIA BRASIL. **Brasil ocupa 161º lugar em ranking da presença de mulheres no Poder Executivo**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-03/brasil-ocupa-161deg-lugar-em-ranking-da-presenca-das-mulheres-no-poder>. Acesso em: 10 dez. 2020.

7 AGÊNCIA BRASIL. **Brasil ocupa 161º lugar em ranking da presença de mulheres no Poder Executivo**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-03/brasil-ocupa-161deg-lugar-em-ranking-da-presenca-das-mulheres-no-poder>. Acesso em: 10 dez. 2020.

posição de liderança nos últimos anos<sup>8</sup>, mas ainda representa um número baixo de mulheres em posição de liderança.

As consequências dessa limitada participação feminina no ambiente de trabalho são variadas e poderiam ser objeto de múltiplos artigos, sem, contudo, encontrar uma solução ou mesmo um fim para a desigualdade de tratamento, de oportunidades e de fala entre os seres. Isso é justamente aquilo que o caput do artigo quinto da constituição quis evitar com sua sentença afirmativa: todos são iguais perante a lei.

Para a reflexão aqui proposta, a importância de avaliar a presença feminina em cargos de representatividade (como são o legislativo e o executivo), no judiciário ou mesmo em cargos de liderança no setor privado tem a ver com o espaço de fala, com a liberdade de expressão e, como consequência, relaciona-se com a maior ou menor qualidade da democracia.

Sanches analisa que:

Alguns autores argumentam que o princípio da igualdade política, entendido como não apenas a possibilidade de eleger representantes, mas também como a capacidade de influenciar os resultados políticos, é fundamental para a avaliação da qualidade da democracia nos diferentes países (Diamond e Morlino, 2005; O'Donnell, Iazzetta e Cullell, 2004). Lijphart (2003) abordou mais especificamente o tema da representação política feminina ao afirmar que a porcentagem de mulheres nos parlamentos é um indicador importante na avaliação da qualidade da democracia<sup>9</sup>.

Como Simone de Beauvoir<sup>10</sup> demonstrou que a hierarquia entre os sexos não é fatalidade, mas uma construção social, Rezende<sup>11</sup> analisa a ausência (ou escassa presença) das mulheres nos espaços de poder e tomada de decisão são resultado de processos sociais mais amplos, “que terminam por estabelecer ‘lugares de mulheres’ e naturalizar a desigualdade”.

Isso significa que os baixos percentuais de mulheres nas estruturas de poder e decisão não devem ser tomados como fruto de escolhas individuais, mas associados a arranjos estruturais que reforçam a desigualdade entre homens e mulheres e mesmo entre as mulheres, quando se considera as dimensões de raça/cor e classe, por exemplo<sup>12</sup>.

Barros e Busanello<sup>13</sup> defendem que uma das formas de reprodução e perpetuação da dominação masculina é por meio da linguagem, por meio da qual se aprende e se incorpora sob a forma de “esquemas inconscientes de percepção e de apreciação as estruturas históricas da ordem masculina”<sup>14</sup>. Afinal, defendem os autores, “a linguagem é portadora do poder de construir representações simbólicas sobre o mundo social”, referindo-

8 MEIO E MENSAGEM. Número de mulheres em cargos de nível executivo aumenta 40%. Disponível em: <https://www.meioensagem.com.br/home/marketing/2019/01/17/numero-de-mulheres-em-cargos-de-nivel-executivo-aumentou-40.html>. Acesso em: 10.dez. 2020.

9 SANCHES, Beatriz Rodrigues. Quem são e o que fazem as parlamentares brasileiras? Uma análise do perfil biográfico e da produção legislativa da bancada feminina. I Seminário Internacional de Ciência Política Universidade Federal do Rio Grande do Sul | Porto Alegre | Set. 2015. Disponível em: <https://www.ufgrs.br/sicp/wp-content/uploads/2015/09/Sanchez-Beatriz.pdf>, Acesso em: 10.dez. 2020.

10 BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. 4. ed. Difusão Europeia do Livro, [1980].

11 REZENDE, Daniela Leandro. **Mulher no poder e na tomada de decisões**. p. 6. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215\\_tema\\_g\\_mulher\\_no\\_poder\\_e\\_na\\_tomada\\_de\\_deciso.es.pdf](https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215_tema_g_mulher_no_poder_e_na_tomada_de_deciso.es.pdf). Acesso em: 10 dez. 2020.

12 Rezende explica que “O fenômeno conhecido como teto de vidro diz respeito à existência de uma segregação vertical ou “afunilamento hierárquico” relacionado, portanto, à ascensão na carreira”, mas essa expressão não seria apropriada para tratar do problema, pois da ideia de algo estático e não revela a característica dinâmica desse processo.

13 BARROS, Antônio Teixeira de; BUSANELLO, Elisabete. Machismo discursivo: modos de interdição da voz das mulheres no parlamento brasileiro. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 27, n.2, 2019. Epub June 18, 2019. DOI <https://doi.org/10.1590/1806-9584-2019v27n253771>. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2019000200219&script=sci\\_arttext&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2019000200219&script=sci_arttext&tlng=pt). Acesso em: 06 nov. 2021.

14 BARROS, Antônio Teixeira de; BUSANELLO, Op. cit.

-se à obra de Bourdieu para quem o poder simbólico é uma forma transformada, transfigurada e legitimada das outras formas de poder, constituindo uma ‘eufemização’ “que garante uma verdadeira transubstanciação das relações de força, fazendo ignorar-reconhecer a violência que nelas se encerram objetivamente e transformando-as assim, em poder simbólico, capaz de produzir efeitos reais sem dispêndio aparente de energia”<sup>15</sup>.

Amaral<sup>16</sup>, ao explicar o lugar de fala dos jornais sensacionalistas, faz uso das ideias de Foucault no sentido de que existem procedimentos “pelos quais as condições de funcionamento dos discursos impõem aos indivíduos certo número de regras e, assim, não permitem que todo mundo tenha acesso a eles”, são chamados de rarefação. E, continua a autora:

Brandão (1998, p. 31) baseia-se em Foucault para afirmar que o discurso é o espaço em que o saber e o poder se articulam, pois quem fala, fala de algum lugar, a partir de um direito reconhecido institucionalmente e esse discurso que veicula saber é gerador de poder.

O reconhecimento institucional do lugar de fala não é suficiente.

A garantia da igualdade na participação, do valor da opinião e o interesse no sujeito e na mensagem devem ser desenvolvidas a partir da desconstrução da crença cultural de imputar valor ao outro pelo papel que ele desempenha. Para garantir legitimidade a essa mudança ela deve ser feita, inicialmente, pela sociedade, para ser posteriormente assumida institucionalmente. Os sujeitos da mudança não podem depender dos interesses envolvidos no jogo político para terem reconhecido o seu direito constitucional à igualdade.

Rezende defende que:

[...] quando se trata da representação de grupos estruturais, como as mulheres, deve-se pensar não na representação de interesses ou opiniões de tais grupos, mas sim de sua perspectiva social. Isso significa que em vez de estabelecer um interesse de grupo (o que redundaria em uma construção essencialista de “interesses de mulheres”, incapaz de dar conta da diversidade e da desigualdade intragrupo) ou uma opinião homogênea relacionada a determinado grupo estrutural, deve-se representar a perspectiva social compartilhada pelos membros do grupo, uma vez que esses se encontram situados em determinada posição social e compartilham experiências, narrativas e pontos de vista a respeito da sociedade em que vivem e dos processos que nela se desenvolvem. A representação de mulheres, dessa forma, não estaria necessariamente vinculada à definição de que objetivos perseguir ou que decisões tomar, mas sim à tematização de questões e à apresentação de pautas específicas no debate político, o que levaria à ampliação do conhecimento disponível para informar a tomada de decisões.<sup>17</sup>

Tomas Chamorro-Premuzic e Cindy Gallop<sup>18</sup> indicam que existem pesquisas que mostram a disparidade de gênero na liderança de talentos, ou é inexistente, ou realmente favorece às mulheres, e destacam sete

15 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 15.

16 AMARAL, Márcia Franz. Lugares de Fala: um conceito para abordar o segmento popular da grande imprensa. **Contracampo**, n. 12, 2005. DOI: <https://doi.org/10.22409/contracampo.v0i12.561>. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/17388/11025>. Acesso em: 30 out. 2021.

17 REZENDE, Daniela Leandro. **Mulher no poder e na tomada de decisões**. p. 6. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215\\_tema\\_g\\_mulher\\_no\\_poder\\_e\\_na\\_tomada\\_de\\_decisoies.pdf](https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215_tema_g_mulher_no_poder_e_na_tomada_de_decisoies.pdf). Acesso em: 10 dez. 2020. p. 13.

18 CHAMORRO-PREMUZIC, Tomas; GALLOP, Cindy. **7 lições sobre liderança que homens podem aprender com mulheres**. Disponível em: <https://movimentomulher360.com.br/7-liceos-sobre-lideranca-que-homens-podem-aprender-com-mulheres/>. Acesso em: 07 nov. 2021.

características da liderança feminina que os homens deveriam buscar aprender: (i) não referenciar o que não merece ser reverenciado (ou seja, promover pessoas considerando sua experiência, histórico e competências relevante); (ii) reconhecer as próprias limitações (as mulheres costumam entender como as pessoas as veem, dando a elas a capacidade de identificar as brechas entre onde querem estar e onde de fato estão), (iii) motivar através da transformação (mulheres têm maior propensão a liderar através da inspiração); (iv) colocar pessoas à sua frente (estudos indicam que os homens são, em geral, mais egocêntricos do que as mulheres, eles tendem a liderar de forma narcisista e egocêntrica e a melhora da liderança implica em adotar um estilo menos egocêntrico); (v) não dar comandos, dar ênfase (a liderança do século 21 exige que os líderes estabeleçam uma ligação emocional com seus seguidores, isso evolui a validação, o apreço e a empatia, características femininas), (vi) concentrar-se em melhorar os outros (mulheres líderes já provaram que têm mais propensão a treinar, orientar e desenvolver seus subordinados diretos do que os homens líderes), (vii) não dizer que você é “humilde” mas ser humilde .

Marcia Tiburi<sup>19</sup> explica que para falar, é preciso que haja solidariedade entre os discursos que exigem direitos. A solidariedade não pode ser descartada, mas sim exigida.

Tão importante quanto o espaço de fala, é a escuta qualificada, que se envolve, não no espaço do outro, já que prática de falar pelo outros geralmente nasce de um desejo de domínio<sup>20</sup>, mas a de escutar o que o outro tem a dizer de forma que suas necessidades e desejos possam ser atendidos com base na sua própria medida.

## A FALA QUE LIMITA

*A violência é uma maneira de silenciar pessoas, de negar-lhes voz e a credibilidade, de afirmar que o direito de alguém controlar vale mais que o direito delas de existir, de viver.*  
Rebeca Solnit.<sup>21</sup>

Solnit conta em seu livro “Os homens explicam para mim” que, uma vez em uma festa, ela foi apresentada a um senhor, que curioso por saber que ela era escritora, perguntou se ela havia escrito livros e ela disse que havia escrito vários. Ele perguntou o tema e ela disse o nome do livro mais recente: ‘Rio das sombras: Eadweard Muybridge’. Eis que ele pergunta: você já ouviu falar daquele livro muito importante sobre Muybridge? E começa a explicar para ela sobre um artigo que ele havia lido no jornal e sobre a importância daquele livro, até que é interrompido por uma das pessoas do círculo que diz: esse é o livro dela!

Alguns termos foram cunhados para dar significado a diversas situações vividas por mulheres ao longo dos anos (e porque não dos séculos) e que estão relacionadas à situação descrita. A própria Solnit admite ser, até certo ponto, responsável pelo termo *mansplaining* que, em inglês, é a junção das palavras *man* (homem) e

19 TIBURI, Márcia. **Feminismo em comum para todas, todos e todos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2018. p. 54 a 58.

20 ALCOFF, Linda. The problem of Speaking for Others. **Cultural Critique**, n. 20 (Winter, 1991-1992), pp. 5-32. Disponível em: <http://conflictatters.eu/conference-2017/wp-content/uploads/2017/10/The-Problem-of-Speaking-for-others.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2020.

21 SOLNIT, Rebecca. **Os homens explicam tudo para mim**. São Paulo: Cultrix, 2017.

*explaining* (explicando), significando uma situação em que um homem dedica seu tempo a explicar algo óbvio a uma mulher, de forma didática, como se ela não fosse capaz de entender ou mesmo, para explicar algo que já do conhecimento dela, como o caso acima.

Outra situação possível tem a ver com o *maninterrupting* uma junção do man (homem) com *interrupting* (interrompendo) que é a situação onde um homem interrompe constantemente uma mulher, de maneira desnecessária, não permitindo que ela consiga concluir sua frase. Esse pode ser comum em reuniões e palestras mistas, quando uma mulher não consegue concluir sua frase por ser constantemente interrompida pelos homens ao redor.

Foi o que aconteceu com a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Rosa Weber.

Em uma sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, a presidente do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, deu a palavra que a Ministra Rosa Weber proferisse seu voto. Em uma confusão a Ministra Rosa Weber diz ao Ministro Lewandowski que o ministro Fux é quem tinha concedido um aparte. Em seguida, o Ministro Fux se dirige a Rosa Weber dizendo: que concede a ela a palavra para o voto integral. Eis que a presidente Carmen Lúcia diz: “Como concede a palavra? É a vez dela votar. Ela é quem concede, se quiser, um aparte”.

Nesse mesmo ato, a Ministra Carmen Lúcia diz sobre uma pesquisa feita que indicava que, em todos os tribunais constitucionais onde há mulheres, o número de vezes em que as mulheres são aparteadas é 18 vezes maior do que entre os ministros.<sup>22</sup>

*Bropropriating* significa que quando um homem se apropria da mesma ideia já expressa por uma mulher, levando os créditos por ela. O termo é uma junção de *bro* (de brother, irmão, mano) e *appropriating* (apropriação)<sup>23</sup>.

E, por fim, *gaslighting*, termo derivado do termo inglês *gaslight* que significa a luz [inconstante] do candeieiro a gás’, é considerado uma manipulação, um abuso psicológico que leva a mulher a achar que enlouqueceu ou está equivocada sobre um assunto, sendo que está originalmente certa. É um jeito de fazer a mulher duvidar do seu senso de percepção, raciocínio, memórias e sanidade<sup>24</sup>.

Eric Beerbohm e Ryan Davis<sup>25</sup> relatam um episódio que teria acontecido entre a rainha Elisabeth e o presidente Trump. O presidente americano, em visita ao país da rainha teria marcado com ela uma reunião, na qual chegou atrasado. Contra todas as evidências, o presidente dizia que, na verdade, havia chegado adiantado. Sendo o evento uma organização de cunho político, estava cheio de jornalistas, que por sua vez, possuíam inúmeras fotos da rainha Elisabeth sozinha, esperando seu convidado.

22 JOTA. Não nos deixam falar, diz Cármen sobre ela e Rosa no STF. Disponível em: <https://www.jota.info/jotinhas/carmen-lucia-eu-e-a-ministra-rosa-nao-nos-deixam-falar-10052017>. Acesso em: 06 nov. 2021.

23 MOVIMENTO MULHER 360. MM360 explica os termos *gaslighting*, *mansplaining*, *maninterrupting* e *bropropriating*. Disponível em: <https://movimentomulher360.com.br/mm360-explica-os-terminos-gaslighting-mansplaining-bropropriating-e-maninterrupting/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

24 MOVIMENTO MULHER 360. MM360 explica os termos *gaslighting*, *mansplaining*, *maninterrupting* e *bropropriating*. Disponível em: <https://movimentomulher360.com.br/mm360-explica-os-terminos-gaslighting-mansplaining-bropropriating-e-maninterrupting/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

25 BEERBOHM, Eric; DAVIS, Ryan. *Gaslighting Citizens*. Disponível em: [https://scholar.harvard.edu/files/beerbohm/files/eb\\_rd\\_gaslighting\\_citizens\\_apsa\\_2018\\_v1\\_1\\_0.pdf](https://scholar.harvard.edu/files/beerbohm/files/eb_rd_gaslighting_citizens_apsa_2018_v1_1_0.pdf). Acesso em: 15 jan. 2021.



O ato de minar a credibilidade do outro, por meio da dúvida sobre sua afirmação ou instigando dúvidas sobre sua sanidade é uma forma de desestabilizar a vítima, no caso desse texto, é uma forma de minimizar a força da expressão feminina, colocando dúvida até, se há, de fato, uma fala a ser considerada. Assim, se constituem os abusos que acabam por se tornarem duvidosos; os pedidos de equiparação salarial dos diferentes salários para a mesma função (mas que para muitos, não acontece); a minimização do valor da ideia na defesa de uma tese ou o calar da opinião ou do exercício político.

Essas são falas de violência, de preconceito e desrespeito e como disse Bourdieu:

A força simbólica é uma forma de poder que se exerce sobre os corpos, diretamente, e como que por magia, sem qualquer coação física; mas essa magia só atua com o apoio de predisposições colocadas, como molas propulsoras, na zona mais profunda dos corpos<sup>26</sup>.

É preciso fazer silêncio para escutar o outro falar. Mas o passo seguinte é compreender, com empatia, que a necessidade do outro, embora nem sempre possa ser compreendida, deve ser, primeiro ouvida, e depois respeitada. Jamais diminuída. Jamais hostilizada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei dos Partidos Políticos (12.034/2009) determinou a obrigatoriedade do preenchimento de no mínimo 30% e no máximo de 70% de candidaturas por sexo apresentadas por partidos ou coligações para os cargos proporcionais. Outras duas medidas aprovadas foram os 10% do tempo de propaganda partidária e a destinação de 5% dos recursos do fundo partidário para a formação política e o incentivo à participação feminina.

Em 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5617<sup>27</sup> (por maioria de votos) que (i) a distribuição de recursos do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais direcionadas às candidaturas de mulheres deve ser feita na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos, respeitado o patamar mínimo de 30% de candidatas mulheres previsto no artigo 10, parágrafo 3º, da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições); e que (ii) é inconstitucional a fixação de prazo

26 BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 17. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020. p. 69.

27 STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Origem: DF – DISTRITO FEDERAL. Relator: MIN. EDSON FACHIN Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 15/03/2018. Publicação: 03/10/2018. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. ART. 9º DA LEI 13.165/2015. FIXAÇÃO DE PISO (5%) E DE TETO (15%) DO MONTANTE DO FUNDO PARTIDÁRIO DESTINADO AO FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS PARA A APLICAÇÃO NAS CAMPANHAS DE CANDIDATAS. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À IGUALDADE E À NÃO-DISCRIMINAÇÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao examinar as alegações de inconstitucionalidade de norma, deve fixar a interpretação que constitucionalmente a densifique, a fim de fazer incidir o conteúdo normativo cuja efetividade independe de ato do Poder Legislativo. Precedentes. 2. O princípio da igualdade material é prestigiado por ações afirmativas. No entanto, utilizar, para qualquer outro fim, a diferença estabelecida com o objetivo de superar a discriminação ofende o mesmo princípio da igualdade, que veda tratamento discriminatório fundado em circunstâncias que estão fora do controle das pessoas, como a raça, o sexo, a cor da pele ou qualquer outra diferenciação arbitrariamente considerada. Precedente do CEDAW. 3. A autonomia partidária não consagra regra que exima o partido do respeito incondicional aos direitos fundamentais, pois é precisamente na artificiosa segmentação entre o público e o privado que reside a principal forma de discriminação das mulheres. 4. Ação direta julgada procedente para: (i) declarar a inconstitucionalidade da expressão “três” contida no art. 9º da Lei 13.165/2015; (ii) dar interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do fundo alocado a cada partido, para eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhes seja alocado na mesma proporção; (iii) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da Lei 9.096/95. (por maioria).

para esta regra, como determina a lei, e que a distribuição não discriminatória deve perdurar enquanto for justificada a necessidade de composição mínima das candidaturas femininas.

Embora a decisão seja favorável ao pleito de maior participação feminina na política, a fixação de cotas não resolve as questões aqui apresentadas. Longe disso. Mesmo com a previsão legal e a decisão do STF, essa participação pode não alcançar os mínimos 30%. Por que? Diversas razões, dentre as quais, a maternidade e os desafios que ela impõe, como o tempo gasto em casa ou o difícil acesso à escolaridade.

A voz a mulher precisa ser ouvida, respeitada e, mais que tudo, concretizada.

A maior participação feminina nas estruturas de poder pode representar uma ruptura importante no poder simbólico da dominação masculina arraigado em algumas culturas, sobretudo, na brasileira, possibilitando que os iguais se identifiquem nas suas necessidades e nas suas demandas.

A igualdade de direitos formalmente alcançada com a [Constituição Federal de 1988](#) e sua ampla garantia à liberdade de expressão é um grande avanço e um claro indicativo dos anseios da sociedade que a promulgou, que a defende e que a interpreta. Mas garantir a efetividade desses direitos é desafiador, ainda mais no que diz respeito à voz feminina.

Talvez o primeiro passo rumo a essa liberdade deva ser dado no seio da democracia, entre os cidadãos, entre as mulheres, por meio das redes de apoio: rede de apoio contra abusos, rede de apoio contra a violência, rede de apoio de valorização ininterrupta entre as mulheres para que elas não sejam interrompidas em sua fala, não tenham suas ideias roubadas, não sejam desacreditadas, enfim, uma de rede de apoio pela liberdade. Liberdade de se expressar, liberdade de se comunicar e pela liberdade de brilhar<sup>28</sup>.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Brasil ocupa 161º lugar em ranking da presença de mulheres no Poder Executivo**. Disponível em: <https://agencia-brasil.etc.com.br/geral/noticia/2018-03/brasil-ocupa-161deg-lugar-em-ranking-da-presenca-das-mulheres-no-poder>. Acesso em: 10 dez. 2020.

ALCOFF, Linda. The problem of Speaking for Others. **Cultural Critique**, n. 20 (Winter, 1991-1992), pp. 5-32. Disponível em: <http://conflict-matters.eu/conference-2017/wp-content/uploads/2017/10/The-Problem-of-Speaking-for-others.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2020.

AMARAL, Márcia Franz. Lugares de Fala: um conceito para abordar o segmento popular da grande imprensa. **Contracampo**, n. 12, 2005. DOI: <https://doi.org/10.22409/contracampo.v0i12.561>. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/17388/11025>. Acesso em: 30 out. 2021.

BARROS, Antonio Teixeira de; BUSANELLO, Elisabete. **Machismo discursivo: modos de interdição da voz das mulheres no parlamento brasileiro**. *Rev. Estud. Fem.* vol.27 no.2 Florianópolis 2019 Epub June 18, 2019. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2019000200219&script=sci\\_arttext&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2019000200219&script=sci_arttext&tlng=pt). Acesso em: 10.dez.20.

BARROS, Antônio Teixeira de; BUSANELLO, Elisabete. Machismo discursivo: modos de interdição da voz das mulheres no parlamento brasileiro. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 27, n.2, 2019. Epub June 18, 2019. DOI <https://doi.org/10.1590/1806-9584-2019v27n253771>. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2019000200219&script=sci\\_arttext&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2019000200219&script=sci_arttext&tlng=pt). Acesso em: 06 nov. 2021.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. 4. ed. Difusão Europeia do Livro, [1980].

<sup>28</sup> O termo é uma analogia à Shine Theory (termo cunhado por Ann Friedman) que significa ajudar alguém a ser seu melhor, assim como fizeram as assistentes que trabalharam na casa Branca durante o governo Obama: apoiaram-se mutuamente para garantir que a sugestão de uma delas fosse ouvida e valorizada como sendo dela. Disponível em: <https://www.shinetheory.com/>. Acesso em: 15 jan. 2021.

- BEERBOHM, Eric; DAVIS, Ryan. **Gaslighting Citizens**. Disponível em: [https://scholar.harvard.edu/files/beerbohm/files/eb\\_rd\\_gaslighting\\_citizens\\_apsa\\_2018\\_v1\\_1\\_0.pdf](https://scholar.harvard.edu/files/beerbohm/files/eb_rd_gaslighting_citizens_apsa_2018_v1_1_0.pdf). Acesso em: 15 jan. 2021.
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 17. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Agência Câmara de Notícias. **Bancada feminina na Câmara sobe de 51 para 77 deputadas**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/545897-bancada-feminina-na-camara-sobe-de-51-para-77-deputadas/>, acesso 12.nov.2020.
- CHAMORRO-PREMUZIC, Tomas; GALLOP, Cindy. **7 lições sobre liderança que homens podem aprender com mulheres**. Disponível em: <https://movimentomulher360.com.br/7-licoes-sobre-lideranca-que-homens-podem-aprender-com-mulheres/>. Acesso em: 07 nov. 2021.
- CONJUR: Consultor jurídico. **Entidades de classe debatem participação da mulher no Judiciário**. 20 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-20/entidades-classe-debatem-participacao-mulher-judiciario>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário**, 2019. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/17932066/Diagnostico+feminino/13a68e86-b069-4440-6b94-9acce5ba28c0>. Acesso em: 12 nov. 2020.
- DADICO, Claudia Maria. **Liberdade de expressão e expressões da desigualdade de gênero: a contribuição das teorias feministas para a definição dos marcos teóricos do discurso de ódio contra mulheres**. Disponível em: <https://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2017/12/CLAUDIA-MARIA-DADICO-.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- JOTA. **Não nos deixam falar, diz Cármen sobre ela e Rosa no STF**. Disponível em: <https://www.jota.info/jotinhas/carmen-lucia-eu-e-a-ministra-rosa-nao-nos-deixam-falar-10052017>. Acesso em: 06 nov. 2021.
- LITEAROFRO. **A carta da escrava ‘Esperança Garcia’ de Nazaré do Piauí: uma narrativa de testemunho precursora da literatura afro-brasileira**. Disponível em: <http://www.letras.ufmg.br/literafro/arquivos/artigos/criticas/ArtigoElioferreiraIcartaesperancagarcia.pdf>. Acesso em: 18.out. 2020.
- MEIO E MENSAGEM. **Número de mulheres em cargos de nível executivo aumenta 40%**. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2019/01/17/numero-de-mulheres-em-cargos-de-nivel-executivo-aumentou-40.html>. Acesso em: 10.dez. 2020.
- MOVIMENTO MULHER 360. **MM360 explica os termos gaslighting, mansplaining, manterrupting e bropropriating**. Disponível em: <https://movimentomulher360.com.br/mm360-explica-os-terminos-gaslighting-mansplaining-bropriating-e-manterrupting/>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- NÓBREGA, Mariane Bezerra; ARAÚJO, Rodrigo Leite Farias de; GAMA, Luiz Gustavo Paixão da. **Práticas contemporâneas de desigualdade de gênero e qualidade de vida no trabalho no serviço público**. *Revista de Administração Educacional*, v. 10, n. 1, p. 129-146, set. 2019. ISSN 23591382. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ADED/article/view/242656/33184>. Acesso em: 10 dez. 2020
- OBSERVATÓRIO DO TERCEIRO SETGOR. **Escravizada, ela buscou justiça e tornou-se a primeira advogada do Piauí**. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/escrava-ela-buscou-justica-e-tornou-se-a-primeira-advogada-do-piaui/#:~:text=Esperan%C3%A7a%20entrou%20para%20a%20hist%C3%B3ria,os%20maus%20tratos%20que%20sofia>. Acesso em: 18 out. 2020.
- REZENDE, Daniela Leandro. **Mulher no poder e na tomada de decisões**. p. 6. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215\\_tema\\_g\\_mulher\\_no\\_poder\\_e\\_na\\_tomada\\_de\\_deciso.es.pdf](https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215_tema_g_mulher_no_poder_e_na_tomada_de_deciso.es.pdf). Acesso em: 10 dez. 2020.
- RIBEIRO, Djamila. **Lugar de fala**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.
- SANCHES, Beatriz Rodrigues. **Quem são e o que fazem as parlamentares brasileiras? Uma análise do perfil biográfico e da produção legislativa da bancada feminina**. I Seminário Internacional de Ciência Política Universidade Federal do Rio Grande do Sul | Porto Alegre, set. 2015. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/sicp/wp-content/uploads/2015/09/Sanchez-Beatriz.pdf>. Acesso em: 10.dez. 2020.
- SHINE THEORY. **Shine Theory is a practice of mutual investment in each other**. <https://www.shinetheory.com/>. Acesso em: 15 jan. 2021.
- SOLNIT, Rebecca. **Os homens explicam tudo para mim**. São Paulo: Cultrix, 2017.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ adere ao HeForShe e relança Programa Equilibra em seminário sobre desafios da mulher no Judiciário**. 20 out. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Paginas/Comunicacao/Noticias/20102020-STJ-adere-ao-HeForShe-e-relanca-Programa-Equilibra-em-seminario-sobre-desafios-da-mulher-no-Judiciario.aspx>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- TIBURI, Márcia. **Feminismo em comum para todas, todes e todos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2018.
- VELASCO, Clara; OLIVEIRA, Leandro. **Nº de mulheres eleitas se mantém no Senado, mas aumenta na Câmara e nas Assembleias**. G1, 08. out. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/08/no-de-mulheres-eleitas-se-mantem-no-senado-mas-aumenta-na-camara-e-nas-assembleias.ghtml>. Acesso em: 12 nov. 2020.

# CAPÍTULO 20

## L'ÉTANDART SANGLANT...

Jeanine Nicolazzi Philippi

A contemporaneidade, observa Giorgio Agamben, se escreve no presente assinalando-o como arcaico, ou seja, próximo a *arké* que não se encontra apenas inscrita em um tempo remoto, mas é contemporânea do devir histórico e, nele, não cessa de operar<sup>1</sup>. Na opacidade do presente, figuras do passado tornam-se legíveis como uma espécie de assinatura<sup>2</sup>, daquilo que restando não compreendido, é relançado à origem sem, contudo, alcançá-la.

Examinando, sob a repetição complacente dos argumentos triviais e vazios que vivificam o debate jurídico brasileiro atual, a cifra daquilo que, no presente, permite assinalá-lo como arcaico, este pequeno ensaio problematizará o campo de tensão que envolve o *nomos* e o direito, realçando a figura da exceção que, hoje, irrompe seus limites espaço-temporais e tende a coincidir, em toda a parte, com a estrutura do mundo em que vivemos.

### O NOMOS E O DIREITO

Em um dos seus sentidos originários, *nomos*, designa a força jurídica não mediada, que instaura um princípio de ordem, do qual provém o sentido da legalidade da própria lei. Uma coincidência estruturalmente determinante do ordenamento e da ordenação dos espaços de convívio humano sobre o planeta revela, segundo Carl Schmitt, em cada época histórica, um evento constitutivo – ou ato de legitimidade – que configurará o *nomos* da terra, no qual estarão implicadas três operações: a tomada; a divisão; e a produção das áreas conquistadas, sobre as quais será exercido o poder político<sup>3</sup>.

A visão mítica do mundo, que acompanhou a humanidade durante milênios, não permitiu uma experiência da terra em sua totalidade. Diferentes formações de poder, como os grandes impérios da antiguidade ou a unidade europeia do medievo, possuíam assentamentos e ordenamentos evidentes, mas as compreensões de mundo, delas decorrentes, sugeriam a separação entre uma ordem protegida e uma desordem sem paz – um cosmo e um caos – que não abarcava toda a terra. Somente com as grandes descobertas dos séculos XV e XVI, foi

1 AGAMBEN. *O que é o contemporâneo*, p. 69.

2 Agamben define assinatura como os “signos, cifras e monogramas que o tempo arranha sobre as coisas. Agamben, *Nudez*, p. 63.

3 Para Schmitt, um ato fundamental, que divide o espaço, fazendo coincidir, estruturalmente, a ordenação e o assentamento que especificam a convivência dos humanos sobre o planeta, dá origem a um *nomos* da terra. Cada novo período e nova época da coexistência dos povos, impérios e países, de potências de todo o tipo, se baseia sobre novas delimitações do espaço e novas ordenações espaciais. SCHMITT. *El nomos de La tierra* – em el *derecho* de gentes Del “jus publicum europaeum”. p.55-56/62.

possível esboçar a imagem global do planeta e pensar a ordenação do seu espaço a partir de um centro identificado ao território europeu<sup>4</sup>.

Logo após o "descobrimento" do novo mundo foram traçadas, na Bula *Inter Coetera* (4 de maio de 1493) e no Tratado hispano-português de Tordesilhas (junho de 1494), as primeiras linhas globais de repartição e distribuição dos espaços tomados. Posteriormente, linhas de amizade surgiram, a partir de cláusulas secretas, acordadas verbalmente, nos Tratados de Cateau-Cambresis (1559), delimitando as terras livres descobertas como espaços livres, anômicos, distintos do velho mundo, do qual partiu o princípio de ordem que estabeleceu não apenas as condições para a tomada, a divisão e a produção dos territórios conquistados, mas definiu, também, o estatuto normativo do homem e da civilização<sup>5</sup>.

Para os europeus dos séculos XV e XVI, a descoberta do novo mundo havia sido o desdobramento de uma formação espiritual e histórica que os tornara superiores em relação às populações nativas, consideradas, para efeitos práticos da legitimação do título jurídico do descobrimento, não humanas<sup>6</sup>. Com a demarcação da terra firme onde a lei estava estabelecida – habitada por homens – e da terra livre, sem lei – povoada pelas feras que precisavam ser abatidas – emergiu o primeiro *nomos* da terra. Fundado na distinção de um espaço vazio – *beyond the line* – no qual o poder poderia ser exercido sem qualquer limite, esse *nomos* da terra teve como protagonistas os Estados europeus, forjados na dinâmica de um longo e violento processo de redefinição das fronteiras territoriais e políticas do mundo medieval, cujos contornos foram delimitados nos Tratados de Paz de Westifália, de 1648, nos quais a soberania foi consagrada como poder supremo que organizava a força em um determinado território e estabelecia normas para todos os habitantes de um país<sup>7</sup>.

Identificado, em um primeiro momento, com a lei imposta pelo soberano, portanto, superior as demais fontes de normatividade social, o direito dos Estados teve seu perfil modificado no curso das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII – desencadeadas contra o poder estatal absoluto<sup>8</sup> – que deram origem as Declarações e Constituições, nas quais ele foi sancionado como possibilidade de proteção contra o arbítrio do soberano. A lei, dispôs o artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, “[...] é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou por seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja protegendo, seja punindo. Todos os cidadãos sendo iguais aos seus olhos serão igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção, além daquelas próprias às virtudes e aos seus talentos”<sup>9</sup>.

4 SCHMITT. *El nomos de La tierra* – em el *derecho de gentes* Del “*jus publicum europaeum*”. p. 31-32/67-69.

5 SCHMITT. *El nomos de La tierra* – em el *derecho de gentes* Del “*jus publicum europaeum*”. p. 29/77-83.

6 SCHMITT. *El nomos de La tierra* – em el *derecho de gentes* Del “*jus publicum europaeum*”. p. 89/124.

7 FARIA. *O direito na economia globalizada*, p. 17.

8 Revolução Inglesa de 1688, Revolução Americana de 1776 e Revolução Francesa de 1789. Idem, p. 22

9 Déclaration des Droits de L’Homme et du Citoyen, article 6. In GAUCHET, p. I.

Antes, porém, que os atos do poder soberano tivessem sido vinculados às normas que, de forma antecipada, estabeleceriam os seus limites<sup>10</sup>, a necessidade de manter íntegro, no âmbito dos Estados, o espaço vazio para o exercício efetivo e ilimitado da soberania, já havia sido formulado, como garantia da continuidade do *nomos* da terra. A inflexibilidade das leis, escreveu Rousseau no *Contrato social* (1762), as impede de se ajustarem aos acontecimentos e pode torná-las perniciosas, causando a perda do Estado em um momento de crise. “A ordem e a lentidão das formas requerem um espaço de tempo que as circunstâncias, muitas vezes, recusam. Podem apresentar-se mil casos não esperados pelo legislador, e constitui necessária providência perceber que é impossível tudo prever. Não se deve, pois, querer consolidar as instituições políticas, a ponto de levar o poder a suspender o efeito delas. [...] Somente os maiores perigos podem contrabalançar o decorrente da alteração da ordem pública, e não se deve jamais esmagar o sagrado poder proveniente das leis senão se trata de salvar a pátria. Nesses casos raros e manifestos, provê-se a segurança pública, por meio de um ato particular que dela a pessoa mais digna<sup>11</sup>.

Desde *la Grand Peur*, de julho de 1789, quando o povo cobrou o papel de protagonista da cena revolucionária, os “representantes do povo francês” perceberam o perigo que os ameaçava e, prontamente, elaboraram o antídoto para neutralizar a potência *des peuples agités*. Em 21 de agosto de 1789, a Assembleia Nacional promulgou a Lei Marcial que, em sua exposição de motivos estabelecia: “[...] a liberdade fortalece impérios, mas licença os destrói; longe de ser o direito de fazer tudo, a liberdade existe apenas através da obediência à lei; se em tempos calmos, esta obediência é suficientemente assegurada pela autoridade pública ordinária, podem surgir épocas difíceis em que os povos, agitados por causas criminosas, tornam-se o instrumento de intrigas que ignoram; estes tempos de crise requerem, momentaneamente, meios extraordinários para manter a tranquilidade pública e preservar os direitos todos”<sup>12</sup>.

Constatada a ameaça à estabilidade do Estado, uma bandeira vermelha deveria percorrer as cidades anunciando a suspensão *des droits de l’homme et du citoyen*. Demarcava-se, assim, o espaço vazio, anômico, no qual o poder soberano atuava sem limite, e definia-se, com o mesmo movimento, *les peuples agités* como as feras a serem abatidas em nome do princípio de ordem que torna a lei inexecutável. Visando a guerra, e aplicável apenas aos postos militares, a Lei de 8-10 de julho de 1791 instituiu o estado de sítio autorizando a transferência integral dos poderes civis aos militares em caso de ameaça ou ataque efetivo de um inimigo (art.10)<sup>13</sup>. A Lei de 17 de agosto de 1797 estendeu a possibilidade de decretar o estado de sítio às situações de perigo

10 Como estabelece o artigo 3º da *Déclaration des Droits de L’Homme et du Citoyen*, le principe de toute souveraineté reside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d’autorité que n’en émane expressément.

11 ROUSSEAU. *O contrato social*. p. 121/122.

12 <http://encheres.parisencheres.com/lot/15146/2770384?npp=10000&>. *Que la liberté affermit les empires, mais que la licence les détruit ; que loin d’être le droit de tout faire, la liberté n’existe que par l’obéissance aux lois ; que si, dans les temps calmes, cette obéissance est suffisamment assurée par l’autorité publique ordinaire, il peut survenir des époques difficiles où les peuples, agités par des causes souvent criminelles, deviennent l’instrument d’intrigues qu’ils ignorent ; que ces temps de crise nécessitent momentanément des moyens extraordinaires pour maintenir la tranquillité publique et conserver les droits de tous.*

13 Com a ameaça real ou ataque efetivo do inimigo, *les places de guerre et postes militaires seront en état de siège, non seulement dès l’instant que les attaques seront commencées, mais même aussitôt que, par l’effet de leur investissement par des troupes ennemies, les communications du dehors au dedans et du dedans au dehors seront interceptées, à la distance de dix-huit cent toises des crêtes des chemins couverts.* (art. 11)... *L’état de siège ne cessera que lorsque l’investissement sera rompu, et, dans le cas où les attaques auraient été commencées, qu’après que les travaux des assiégés auront été détruits, et que les brèches auront été réparées ou mises en état de défense* (art.12).

provocadas por insurreições civis. Na *Constitution du 22 frimaire an VIII* (13 de dezembro de 1799), o estado de sítio político, ou fictício, foi, então, formalizado: “Em caso de revolta armada ou distúrbios que ameacem a segurança do Estado, a lei pode suspender, nos locais, e pelo tempo que determinar, o império da Constituição. Essa suspensão pode ser declarada provisoriamente, nos mesmos casos, por despacho do governo, estando o órgão legislativo de férias, desde que este seja convocado no mais curto prazo”<sup>14</sup>.

A experiência revolucionária, como observa Marcel Gauchet, foi marcada desde o início por uma questão que ela própria foi incapaz de resolver, a despeito da consciência que dela tinham os seus protagonistas: a impotência da “boa vontade liberal” que, embora tendo sido formalmente enunciada, não possuía os meios necessários para realizar as suas intenções<sup>15</sup>. Uma ambiguidade fundamental marca, portanto, o direito moderno: de um lado, a tendência normativa em sentido estrito que acompanha a ideia de um estado de direito – um conceito surgido na teoria política entre o final do século XVIII e o início do século XIX – em que as normas definem os limites do poder soberano; de outro lado, a previsão legal da sua própria destituição<sup>16</sup>. Nessa ambivalência situa-se o campo de tensão, pouco problematizado, que envolve o *nomos* e o direito: a lei não afeta o princípio de ordem que permanece estável fora do ordenamento jurídico.

## A FICÇÃO QUE NOS GOVERNA

Na ordenação espacial do velho mundo, decorrente das ocupações intra-europeias da terra, distinguia-se, além da possibilidade da validação do estado de exceção, outro espaço vazio de direito que delimitava a margem disponível para as disputas do comércio livre, destituída de qualquer limite. **Situado em segundo plano em relação aos Estados, a esfera econômica constituía, "além da linha" uma área na qual se mediam forças, onde se dava, também, o exercício efetivo do poder**<sup>17</sup>.

Todos os Estados europeus, ainda que se encontrassem em níveis distintos de desenvolvimento, reconheciam, como pressuposto do constitucionalismo liberal, a mesma ordenação econômica e, nela, a propriedade, o comércio e a indústria como a esfera privada, protegida pelo direito estatal. Mas **sem instrumentos conceituais capazes de alcançar a combinação da soberania dos Estados com a economia livre supraestatal, o positivismo jurídico do século XIX não conseguia captar a realidade antagônica que englobava o político interestatal e o econômico mundial**. O não enfrentamento das relações entre o poder estatal e jurídico (*imperium* ou *juristidictio*) e o *dominium* privado permitiu manter fora da discussão jurídica a esfera econômica, e ajudou a estabilizar, por meio de um direito econômico comum, o campo do poder econômico, que avançou

14 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html>.

15 GAUCHET, p. 145.

16 AGAMBEN. *Estado de exceção*. p. 110-111.

17 SCHIMITT, Op. cit., p. 84/183/184/246/247.

sobre os territórios estatais – transformando-os em espaços livres para o livre curso da economia –, e passou a determinar a jurisdição internacional<sup>18</sup>.

**A partir da segunda metade do século XIX, os sinais de colapso do *nomos da terra*, que teve os Estados como principais atores, já se multiplicavam. O movimento da economia livre se sobrepôs à política e a operação técnica da produção sem limites converteu-se no ato basilar da “ordem do mundo”<sup>19</sup>.** Com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, desfez-se a coincidência estruturalmente determinante do ordenamento e da ordenação dos espaços de convívio humano, sem que um novo *nomos* da terra tenha, contudo, surgido. No século XX, o avanço, sem precedente, da produção econômica assim como a tendência dos Estados Unidos da América de impor a sua jurisdição sobre o planeta – que se consolida, a partir de 1991 após a queda da União Soviética e se intensifica a partir dos ataques de 11 de setembro de 2001 –, redefiniram as fronteiras políticas do mundo e, conseqüentemente, modificaram a compreensão do *nomos* da terra como decisão fundante, associada à soberania estatal.

Em um tempo de globalização econômica onipresente e desenfreada, inúmeras organizações multilaterais, grupos econômicos nacionais, instituições financeiras internacionais e corporações empresariais multinacionais, com poder decisório e jurisdição autônoma, configuram um sistema de governos privados, mediado pela *lex mercatoria*<sup>20</sup>, que se impõe aos Estados, determinando a direção dos negócios públicos e a produção do direito estatal. Concomitantemente ao avanço dessa força não mediada, um quadro de legislações norte-americanas, bastante complexo, utilizado para fins de *imperium* econômico e político impõe-se, de modo preocupante, como *law of the land*<sup>21</sup>.

Operada por instrumentos como a moeda, a língua e o direito, a ofensiva hegemônica dos Estados Unidos da América transparece em um aparato jurídico construído, de forma mais intensa a partir de 1977 com o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), destinado, em um primeiro momento, ao combate à corrupção nas empresas estadunidenses e estendido, em um segundo momento, em 1998, às companhias estrangeiras. Após 11 de setembro de 2001, normas criminalizaram o comércio com os Estados sob embargo dos Estados Unidos, a título de combate à lavagem de dinheiro, operacionalizada por terroristas e narcotraficantes; além desse complexo normativo, o *Patriot Act* estendeu os poderes das agências americanas para que pudessem ter acesso aos dados eletrônicos da população e de “suspeitos” em território estrangeiro, principalmente, por meio da *National Security Agency* (NSA). Em 2010, a Lei Dodd-Frank conferiu à *Securities and Exchange Commission* (SEC) autoridade para coibir condutas ilícitas em transações financeiras concluídas fora do território dos Estados Unidos da América, mesmo que dela participassem apenas agentes estrangeiros. O *Foreign Account Tax Compliance*

18 Idem, p. 210/246/248/249.

19 Idem, p. 236/266-274.

20 A *lex mercatoria* que pode ser compreendida como o sistema de usos e costumes concebido e acolhido pelos atores do comércio internacional, que possui força de lei entre as partes que, embora não possua relação necessária com as ordens jurídicas dos Estados é juridicamente eficaz.

21 BANDIERI, Luis Maria. *Prólogo*. In SCHMITT, Op. cit., p. 18-19



*Act* (FATCA), de 2013, concedeu ao fisco norte-americano poderes extraterritoriais, obrigando os bancos de outros países a entregar as contas sobre as posses dos seus cidadãos, dos residentes fiscais dos Estados Unidos, e daqueles com dupla nacionalidade. Em 29 de setembro de 2016, o *Justice Against Sponsors for Terrorism Act* (Jasta) permitiu que qualquer vítima de terrorismo nos Estados Unidos processasse um Estado ligado direta ou indiretamente a atos terroristas em solo norte-americano, em flagrante violação do princípio de soberania das nações<sup>22</sup>.

Duas forças, portanto, confluem no sentido de um novo princípio de ordem, colocando em questão, tanto a soberania dos Estados como a própria compreensão do direito estatal que, durante muito tempo, teve seus limites de validade, eficácia e legitimidade equacionados pela teoria normativista que sedimentou a compreensão do direito como um sistema de imputação de validade de normas que estabelece não apenas as condutas obrigatórias para os habitantes de um país, mas define também as condições de produção das próprias regras jurídicas. Uma ordem legal positiva, observa Hans Kelsen, configura um arranjo hierárquico de normas que abrange todos os níveis da elaboração jurídica, como a produção legislativa, os atos administrativos, os negócios jurídicos e as decisões judiciais, cujo estrato superior é ocupado pela Constituição, na qual estão estabelecidos os padrões específicos para a produção do direito estatal<sup>23</sup>.

Assimilada ao método de produção de normas a partir da Constituição, a forma do direito – que na perspectiva kelseniana, equivale à forma do Estado – foi alterada. Sob o impacto das forças que compõem o novo princípio de ordem, o direito estatal se flexibiliza. Decisões administrativas, legislativas e judiciais promovem a desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização da ordem jurídica estatal, que tende a não mais ser identificada como *locus* de produção do direito, mas de regulamentação daquelas forças que moldam o novo *dominus orbi*.

Ao abrigo de um ideário difuso, que abrange referências retóricas aos valores, círculos hermenêuticos, jogos de linguagem, conceitos equivocados de princípios como vetores da justiça e das mudanças sociais, a decisão impõe-se, acriticamente, como método formal de produção do direito que o divide em dois planos: a forma da lei – a pura vigência sem aplicação – ilustrada, por exemplo, pelas garantias constitucionais que, embora confirmadas no plano teórico normativo, são, cada vez mais, desconsideradas nas práticas jurídico-políticas atuais; a força de lei – aplicação sem vigência – o complexo de decisões que suspendem a ordem jurídica, criando um espaço jurídico vazio em que é colocado em jogo "a forma legal daquilo que não pode ser legal"<sup>24</sup>.

O isolamento da força em relação à lei – a norma em vigor não é aplicada e os atos que não possuem a forma jurídica adquirem a sua força – traduz-se no aporte específico do estado de exceção que, no século XX, disseminou-se, segundo Giorgio Agamben, como uma técnica de governo. Da Primeira Guerra Mundial à as-

22 QUATREPOINT, Jean-Michel. Em nome da lei americana. *Le Monde Diplomatique Brasil* – edição 115 – fevereiro de 2017. <https://www.monde-diplomatique.fr/2014/04/LAUCCI/50300>.

23 KELSEN, Hans. *La función de la constitución*, p. 87-88.

24 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 78/93.

censão dos regimes nazifascistas, e desses à afirmação do capitalismo neoliberal, o laboratório dos mecanismos funcionais do estado de exceção foram aperfeiçoados, deixando transparecer a sua natureza de paradigma da ordem jurídica<sup>25</sup>.

Na década de 1920, uma profecia interessada sobre essa nova forma de governo pôde ser deduzida da tentativa rigorosa de construção de uma teoria do estado de exceção, empreendida por Schmitt, que não apenas permanece atual, como atinge, hoje, a sua plena realização<sup>26</sup>. Questionando a teoria normativista do direito, para a qual a norma constitucional é a fonte do direito, Schmitt argumentava que a ordem jurídica não repousa em uma norma, mas em uma decisão sem qualquer vínculo normativo, o que a torna, em sentido real, absoluta<sup>27</sup>. Compreendida como monopólio decisório, a soberania estatal, na perspectiva schmittiana, afirma-se, portanto, como uma competência por princípio ilimitada, vinculada à decisão que estabelece a Constituição e, também, pode, em circunstâncias excepcionais, suspendê-la, conservando, no entanto, as condições para a aplicação do direito<sup>28</sup>.

A norma geral, observava Schmitt, requer uma ordem, na qual ela possa ser aplicada e esse requisito não se reduz a um mero pressuposto que o jurista possa ignorar, pois a validade do direito depende da decisão soberana, que tanto cria a Constituição, como pode desautorizá-la para preservar a existência do Estado, ou seja, para permitir que ele subsista como uma ordem não jurídica. Ao suspender a Constituição, o soberano decide sobre o estado de exceção, cujo esforço jurídico estatal de regulá-lo □ significa somente a tentativa de descrever, precisamente, o caso, no qual, o direito suprime a si mesmo<sup>29</sup>.

Essa é a ficção que nos governa, o *arcanum imperii* do nosso tempo: o estado de exceção como instrumento privilegiado da violência governamental que ignora o direito, mas insiste em aplicá-lo de forma brutal. A norma suspensa, ou completamente anulada, engendra a situação em que as decisões promovem a regulamentação efetiva do real. O que a "arca do poder contém, portanto, é esse espaço vazio, no qual a dimensão normativa do direito pode ser impunemente destituída por uma violência governamental que, ao produzir um estado de exceção permanente, pretende, ainda, aplicar o direito. Procurar, nesse espaço vazio, uma via para restabelecer um Estado de direito factual não é possível, uma vez que nele está em jogo a própria destituição dos conceitos de Estado e de direito. Mas, como observa Agamben, a possibilidade de elucidar essa ficção central, implica também a oportunidade de tentar deter essa máquina letal, que anuncia com arautos sangrentos, o novo *nomos* da terra<sup>30</sup>.

25 Idem, p. 19.

26 Idem, p. 53/58/59/80.

27 SCHIMITT, Carl. **Teologia política**, p.13.

28 Idem, p. 7-14.

29 Idem, p. 13-14.

30 AGAMBEN, *Estado de exceção*, p. 131-132.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

À sombra do presente, uma figura do passado torna-se legível, como uma assinatura: a conexão entre *nomos* e estado de exceção, ou seja, uma zona excluída do direito em que o poder já não reconhece nenhum limite. Calamidades secretamente planejadas para a obtenção de vantagens privadas, índices ignóbeis de concentração de renda conquistados com a falência programada de grande parte da população, aniquilamento da cultura e banalização da morte são alguns signos da fragilidade do direito em face do princípio que ordem que se mantém estável fora da ordem jurídica.

Para essa tensão contida no cerne do *nomos*, que conforma o espaço juridicamente vazio do estado de exceção, devemos direcionar o nosso olhar uma vez que, hoje, ela extrapola os seus limites espaço-temporais e tende, em toda parte, a coincidir com o ordenamento padrão que transforma o sistema jurídico-político em uma máquina letal.

Estamos neste extremo, em que a exceção se torna regra, mas continuamos a desconsiderá-la em nossos esforços para compreender o que é o direito. Como sujeitos atingidos, temos, no entanto, que estar atentos à tempestade, não há mais tempo para observações neutras ou mesmo para a imitação estética daquilo que se anuncia como desastre.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer – o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. **O que é o contemporâneo e outros ensaios**. Chapecó: Argos, 2009.
- AGAMBEN, Giorgio. **Nudez**. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginaires du droit – le relatif et l’universel**. Paris: Éditions de Seu Il, 2004.
- FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- KELSEN, Hans. *La función de la constitución*. In: MARI, Henrique (org.). **Derecho y psicoanálisis – teoría de las ficciones y función dogmática**. Buenos Aires: Hachette, 1987.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- QUATREPOINT, Jean-Michel. Em nome da lei americana. **Le Monde Diplomatique Brasil**, edição 115, fev. 2017. Disponível em: <https://www.monde-diplomatique.fr/2014/04/LAUCCI/50300>. Acesso em: 07 nov. 2021.
- SCHMITT, Carl. **El nomos de la tierra – en el derecho de gentes del “jus publicum europaeum”**. Buenos Aires: Editorial Struhart, 2005.
- SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

# CAPÍTULO 21

## CONSTITUIÇÃO FEMININA E A CONJUGAÇÃO DO VERBO *ESPERANÇAR* EM QUATRO VERSÕES

Daldice Santana

Inês Virginia P. Soares

Claudia Patricia de Luna

*“Movo-me na esperança enquanto luto; e se luto com esperança, espero”*  
Paulo Freire<sup>1</sup>

Há experiências ou ações que exprimem, de maneira clara e objetiva, a trajetória da luta das mulheres negras pela igualdade e efetividade de seus direitos fundamentais? A Constituição de 1988 transformou, de alguma maneira, o olhar coletivo sobre os direitos das mulheres negras?

Essas perguntas foram o mote para o desenvolvimento deste texto e para a escolha do verbo *esperançar*<sup>2</sup> e quatro versões para sua conjugação<sup>3</sup>: refazer, confiar, ocupar e sonhar. Todas as versões do nosso *esperançar* carregam as angústias, as buscas e as conquistas femininas, desde a perspectiva constitucional, repletas de incompletude, por entendermos que ainda há muito a ser conquistado para alcançar a igualdade entre homens e mulheres declarada na Constituição de 1988.

Para alinhar os sentidos do *esperançar* aos ditames constitucionais, resgatamos a definição de Paulo Freire para o termo, especialmente quando diz “esperançar é se levantar, esperançar é ir atrás, esperançar é construir, esperançar é não desistir!” e a reunimos com a mensagem de Esperança Garcia, veiculada em carta escrita de próprio punho, em 1770.

Esperança Garcia, mulher negra e escravizada, viveu no século XVIII, em território brasileiro, onde hoje se localiza o Piauí. Não foi uma heroína ou alguém com destaque em seu tempo. Sua luta foi estampada na missiva que apenas fora descoberta em 1979.

Esta carta trouxe à tona as peculiaridades da luta por direitos dentro do (e para o) universo feminino e tem muitos traços de atualidade. É um manuscrito que grita por direitos básicos das mulheres, que até hoje são

<sup>1</sup> FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 38. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 47.

<sup>2</sup> Consta no Dicionário Online de Português que *esperançar* significa: “Ocasionar ou possuir esperança; animar ou animar-se: a doação das instituições *esperançou* os atingidos da tragédia; o paciente *esperançava-se* quando recebia um incentivo.” Disponível em <https://www.dicio.com.br/esperancar/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

<sup>3</sup> A inspiração para tratar de 4 versões para conjugação do verbo *esperançar* veio do Projeto Esperança Feminista em 12 verbos, promovido pelo Anis – Instituto de Bioética, consistente em conversas com Ivone Gebara e Debora Diniz. Esses encontros estão disponíveis no canal de Youtube (<https://www.youtube.com/c/VozesdaIgualdade/videos>) e apresentam conversas sobre os seguintes verbos: ouvir, imaginar, aproximar, acalantar, lembrar, reparar, recriar, celebrar, compartilhar, perguntar, falar e desobedecer.

violados, mesmo sob a égide de uma Constituição cidadã fundamentada na dignidade do ser humano e comprometida com um conjunto de valores democráticos.

Desse modo, no primeiro tópico, abordaremos a violação dos direitos de Esperança Garcia à luz da atual Constituição, buscando semelhanças ou diferenças entre a denúncia veiculada em seu manuscrito de 1770 e as denúncias que as mulheres negras fazem no Brasil de hoje. Em seguida, apresentaremos as quatro possíveis conjugações do verbo esperar, com sentidos que, a nosso ver, permitem a leitura da Constituição sob a perspectiva feminina.

## O PASSADO NÃO PASSOU: A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DAS “ESPERANÇAS GARCIAS” DE HOJE

Esperança Garcia viveu no século XVIII, na Fazenda Algodões, localizada onde hoje estão os Estados do Piauí e Maranhão, na região próxima a Oeiras, a 300 quilômetros de Teresina. Sua existência veio à tona em 1979, ano em que houve a descoberta, pelo pesquisador e historiador Luiz Mott, de uma carta que escrevera de próprio punho, em 06 de setembro de 1770. Essa missiva estava no arquivo público do Piauí.

Na carta, Esperança se dirige a Gonçalo Lourenço Botelho de Castro, presidente da Província de São José do Piauí, para pedir para voltar à fazenda anterior, onde vivia com seu marido, denunciando a violação tanto à sua liberdade religiosa, quanto à integridade física e psicológica dela e de seu filho, já que ambos eram vítimas de maus-tratos e abusos físicos. Seu teor é simples e direto:

Eu sou uma escrava de Vossa Senhoria da administração do Capitão Antônio Vieira do Couto, casada. Desde que o capitão lá foi administrar que me tirou da fazenda algodões, onde vivia com o meu marido, para ser cozinheira da sua casa, ainda nela passo muito mal.

A primeira é que há grandes trovoadas de pancadas em um filho meu sendo uma criança que lhe fez extrair sangue pela boca, em mim não posso explicar que sou um colchão de pancadas, tanto que caí uma vez do sobrado abaixo peiada; por misericórdia de Deus escapei. A segunda estou eu e mais minhas parceiras por confessar há três anos. E uma criança minha e duas mais por batizar. Peço a Vossa Senhoria pelo amor de Deus ponha aos olhos em mim ordenando digo mandar ao procurador que mande para a fazenda de onde me tirou para eu viver com meu marido e batizar minha filha.<sup>4</sup>

As violações relatadas por Esperança, praticadas há 250 anos, em contexto de violência institucionalizada contra pessoas negras escravizadas, teve grande impacto na reformulação da memória coletiva no Piauí desde a descoberta da carta, com fortalecimento do movimento negro e iniciativas de homenagem a todas as pessoas que passaram pelo mesmo suplício. Em 2017, o Memorial Zumbi dos Palmares, espaço dedicado à cultura negra em Teresina, foi reformado e reinaugurado com o nome de Memorial Esperança Garcia<sup>5</sup>, mas houve muitas outras deferências:

<sup>4</sup> Disponível em <https://esperancagarcia.org/a-carta/>. Acesso em: 26 jan. 2021.

<sup>5</sup> Disponível em <https://cidadeverde.com/noticias/252536/apos-reforma-memorial-esperanca-garcia-sera-reaberto>. Acesso em: 24 mar. 2021.

No Piauí, a Lei 5.046, artigo 5º, de 7 de janeiro de 1999 instituiu o dia 6 de setembro, data em que a carta de Esperança foi escrita, como o Dia Estadual da Consciência Negra.

Esperança Garcia recebeu Menção Honrosa no Prêmio Piauí de Inclusão Social em 2018, uma parceria entre o Sistema Integrado de Comunicação Meio Norte com o Governo do Estado do Piauí.

No Piauí, muitos prédios arquitetônicos e espaços de sociabilidade têm levado o nome de Esperança, reconhecendo a importância de lugares públicos de memória. É o caso da Maternidade Esperança Garcia, em Nazaré do Piauí, região próxima a onde a escravizada viveu. O auditório da Faculdade Ademar Rosado, em Teresina, também leva o nome da escravizada. O Memorial Zumbi dos Palmares, dedicado a cultura negra em Teresina, em 2017 passou a se chamar Memorial Esperança Garcia. Uma escultura de barro em tamanho real de Esperança Garcia integra o acervo da Central de Artesanato Mestre Dezinho, centro de Teresina.<sup>6</sup>

As homenagens à indignação de Esperança Garcia não se restringiram ao Piauí. Há diversos coletivos e movimentos sociais que usam o nome Esperança Garcia como símbolo de luta pelos direitos humanos, inclusive com a reivindicação de renomeação de espaços públicos para celebrar essa mulher escravizada<sup>7</sup>. Uma vitória importante foi a mudança do nome do auditório da Faculdade de Direito da UnB, de Joaquim Nabuco para Esperança Garcia<sup>8</sup>.

A denúncia de Esperança lançou luzes para à violência física e psicológica impingida às pessoas escravizadas que trabalhavam na “casa grande”, com convívio mais próximo com os donos da casa, realizando as tarefas domésticas. Ela era cozinheira e nessa função levava surras indizíveis (“em mim não posso explicar que sou um colchão de pancadas, tanto que caí uma vez do sobrado abaixo peiada; por misericórdia de Deus escapei”). Além disso, estava separada de seu marido e tinha de ver seu filho apanhar até sangrar.

Os maus-tratos e as violações descritas sucintamente por Esperança Garcia guardam grandes semelhanças com as denúncias feitas atualmente no Brasil, pelas mulheres, que apesar de livres, permanecem igualmente vulneráveis: as negras, pobres, vítimas de violência doméstica, de perseguição por crença religiosa, dentre outras.

O primeiro ponto em comum é o inconformismo com as situações absurdas de injustiça e a busca por respostas de pessoas ou instituições públicas, que têm o dever de garantir algum patamar de dignidade, para promover mudança de postura e melhoria de toda comunidade. Nessa perspectiva, o verbo *esperançar* assume o sentido de *confiar*, de acreditar que essas instituições e pessoas com poder têm compromissos com valores maiores.

O segundo ponto de aproximação com a atualidade é a luta pela liberdade religiosa e os danos invisíveis que a violação ao seu exercício causa. Enquanto Esperança Garcia tinha dificuldade de exercer plenamente a

<sup>6</sup> Disponível em <https://esperancagarcia.org/memoria/>. Acesso em: 24 mar. 2021.

<sup>7</sup> As homenagens também foram feitas em festejos tradicionais, como o carnaval do Rio de Janeiro. Em 2019, a Estação Primeira de Mangueira fez uma homenagem à Esperança Garcia, quando desfilou ao embalo do samba-enredo “História pra Ninar Gente Grande”. A personagem histórica ganhou vida na fantasia e entusiasmo da rainha de bateria Evelyn Bastos.

<sup>8</sup> No site consta: “Em Brasília, estudantes da graduação e pós-graduação – CADIR e do Maré, centro acadêmico e grupo de pesquisa da Faculdade de Direito na UnB – que de 2004 para cá viu mais de 20 mil estudantes ingressarem por meio do sistema de cotas – reivindicaram e conseguiram renomear o auditório da Faculdade de Direito, de Joaquim Nabuco para Esperança Garcia”.

sua religião católica, que era a religião oficial do Brasil-Colônia, atualmente, no Estado laico, há episódios de perseguição de mulheres que têm crenças religiosas de origem africana.

O terceiro tema levantado por Esperança Garcia que é repleto de atualidade é a violência doméstica nas relações de trabalho. Nos dias atuais, é uma excepcionalidade a denúncia de maus-tratos físicos nas relações de trabalho e quando isso acontece é crime enquadrado nas situações análogas ao trabalho escravo. No entanto, ainda hoje, as mulheres trabalhadoras são um grupo vulnerável.

## ESPERANÇAR COMO VERBO CONSTITUCIONAL PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS DAS PESSOAS NEGRAS

A Constituição inspirou a criação de instituições e o desenho de políticas públicas para o combate ao racismo ao destacar a dignidade e a cidadania como fundamentos do Estado Democrático brasileiro e ao trazer diversos artigos que valorizam a igualdade racial, criminalizam atitudes racistas e garantem o direito de manutenção da identidade cultural, conferindo, inclusive, direitos territoriais às comunidades quilombolas.

Além disso, nos dispositivos constitucionais, é previsto que cabe ao Estado brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e ainda a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.<sup>9</sup> A declaração desses objetivos é o reconhecimento da necessidade de desenvolvimento econômico e social e da existência de desigualdades.

Assim, o texto constitucional traz aportes para que a questão racial seja abordada numa perspectiva de busca de uma igualdade material qualificada pela dignidade da pessoa humana.

Decorrente da discriminação estrutural, o racismo estrutural permeia as discussões sobre efetividade dos direitos sociais no Brasil. A discriminação estrutural é aquela inerente à ordem social, a suas estruturas e a seus mecanismos jurídicos, institucionalizada em todos os âmbitos das sociedades, resultando em práticas discriminatórias.<sup>10</sup> Uma das vertentes importantes dessa discriminação é o racismo estrutural. Em estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o racismo é definido como uma forma particular de discriminação, que no Brasil tem origem histórica vinculada à escravidão:

Discriminação refere-se ao ato de fazer uma distinção. [...] Em termos sociológicos, a discriminação geralmente se refere à diferenciação injusta e arbitrária, que tem na sua base a crença de que os indivíduos que pertencem a determinadas categorias ou grupos – como social, racial, político, religioso e sexual, entre outros – têm maior probabilidade de possuir características indesejáveis. O racismo é um caso particular de discriminação em que o indivíduo, por sua cor da pele (ou raça), pode sofrer tratamentos diferenciados, no sentido de ter bloqueadas oportunidades sociais e econômicas, ou simplesmente de ser alvo de segregação. No Brasil, o negro ainda hoje é sobrerrepresentado nos estratos sociais de mais baixa renda [...]. Tal fato possui raízes históricas que remetem à escravidão. Com a abolição da escravatura e

<sup>9</sup> Art. 3º, I a IV, da CF.

<sup>10</sup> CIDH. Caso *Simone André Diniz vs. Brasil*, petição 12.001. Aprovado pelo Relatório 66/06, em 21/11/2006.

tendo sido os afrodescendentes lançados à sua própria sorte, se deu início a um duplo processo de discriminação, que ajuda a explicar a persistência da pobreza relativa de negros. Por um lado, a discriminação econômica se deu pela transmissão intergeracional do baixo capital humano, em face de inexistentes políticas inclusivas (no sentido de equidade), reflexo das preferências elitistas do Brasil colônia, que tornava a escola um espaço para poucos e brancos.”<sup>11</sup>

Entre as décadas de 1990 e 2000 o poder executivo federal se envolveu no combate ao racismo, com a estruturação de unidades e órgãos públicos para implementação de políticas públicas desenhadas para fortalecimento dos direitos das pessoas negras. Duas iniciativas se destacam: a criação, em 2003, da Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), no âmbito do governo federal, sempre ligada à pasta de direitos humanos ou a uma pasta equivalente; e o Estatuto da Igualdade Racial, promulgado em 2010, pela Lei 12.288, com a finalidade de “garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica”(art.1º). Devendo-se entender, como população negra “o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga” (inc. IV, art. 1º). Neste Estatuto, nos artigos 2º e 3º, resta destacado:

Art. 2º É dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou da cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais.

Art. 3º Além das normas constitucionais relativas aos princípios fundamentais, aos direitos e garantias fundamentais e aos direitos sociais, econômicos e culturais, o Estatuto da Igualdade Racial adota como diretriz político-jurídica a inclusão das vítimas de desigualdade étnico-racial, a valorização da igualdade étnica e o fortalecimento da identidade nacional brasileira.

Em publicação de 2018, comemorativa aos 15 anos da SEPPIR, é contextualizado:

A SEPPIR foi inspirada no que determina a Declaração e o Plano de Ação da Conferência de Durban, tornando-se referência mundial. As discussões em Durban serviram de subsídios para que o mundo se atentasse à necessidade de se elaborar ferramentas de eliminação do racismo, xenofobia, outros modelos de discriminação e de intolerâncias correlatas. Cada país precisava dar cumprimento a sua responsabilidade e, nesse cenário, o Brasil criou e aprovou um conjunto de leis inédito e singular: o Estatuto da Igualdade Racial.

Com a SEPPIR e o Estatuto, o Estado construiu, mantém e aperfeiçoa cada vez mais suas articulações dentro e fora do âmbito do Governo Federal no sentido de garantir os direitos da população negra brasileira, ouvindo e respeitando as demandas desses mestres dos conhecimentos tradicionais, protegendo-os de usurpações e discriminações, salvaguardando seu patrimônio material e imaterial, e, reconhecendo sua real história e ancestralidade.

11 CERQUEIRA, Daniel R. C.; MOURA, Rodrigo Leandro de. **Vidas perdidas e racismo no Brasil**. IPEA, Brasília, Nota Técnica, n. 10, nov. 2013. Disponível em [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/131119\\_notatecnicadiest10.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/131119_notatecnicadiest10.pdf). Acesso em: 19 out. 2020



No entanto, apesar da importância do reconhecimento, no âmbito federal, da necessidade de uma atuação estatal permanente na implementação de medidas e ações que permitam alcançar a igualdade racial, as pesquisas dos órgãos oficiais não deixam dúvidas que a desigualdade no Brasil é marcada pelo elemento racial e que as medidas adotadas pelo Poder Público, com leis, políticas públicas e departamentos estatais voltados ao combate do racismo, ainda não foram suficientes para reverter o cenário. Os dados de 2018, apresentados pelo IBGE em 2019 indicam que:

No mercado de trabalho, os pretos ou pardos representavam 64,2% da população desocupada e 66,1% da população subutilizada. E, enquanto 34,6% dos trabalhadores brancos estavam em ocupações informais, entre os pretos ou pardos esse percentual era de 47,3%.

O rendimento médio mensal das pessoas brancas ocupadas (R\$2.796) foi 73,9% superior ao da população preta ou parda (R\$1.608). Os brancos com nível superior completo ganhavam por hora 45% a mais do que os pretos ou pardos com o mesmo nível de instrução.

A desigualdade também estava presente na distribuição de cargos gerenciais, somente 29,9% deles eram exercidos por pessoas pretas ou pardas.

Em relação à distribuição de renda, os pretos ou pardos representavam 75,2% do grupo formado pelos 10% da população com os menores rendimentos e apenas 27,7% dos 10% da população com os maiores rendimentos.

Enquanto 44,5% da população preta ou parda vivia em domicílios com a ausência de pelo menos um serviço de saneamento básico, entre os brancos, esse percentual era de 27,9%.<sup>12</sup>

Esses dados indicam que a estruturação do Estado ainda não é suficiente para a redução da desigualdade marcada pelo elemento racial e impulsionam para a urgente necessidade de maior envolvimento da sociedade civil organizada, das corporações, e das Universidades pensarem juntas sobre como melhorar e incrementar o aparato para o fortalecimento dos direitos econômicos e sociais das pessoas negras.

Permeando as inúmeras reflexões acerca das demandas individuais das pessoas negras por justiça e dignidade, e das políticas públicas e medidas judiciais, legais ou administrativas, para se alcançar um patamar de igualdade racial no Brasil, estão falas potentes de mulheres como Esperança Garcia. É ela que nos inspira a apresentar as quatro versões do verbo esperar, abordadas a seguir.

## ESPERANÇAR EM QUATRO VERSÕES

### ESPERANÇAR COMO CONFIAR

São inquestionáveis as lutas de muitas mulheres ao longo da história, confiantes de que conseguiriam a transformação da sociedade, ainda que não pudessem vivenciá-la. São exemplos até hoje lembrados (e em alguns casos resgatados), como o de Olympe de Gouges que, em plena Revolução Francesa, ousou redigir e

<sup>12</sup> IBGE. Pretos ou pardos estão mais escolarizados, mas desigualdade em relação aos brancos permanece, publicado em 13. 11. 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25989-pretos-ou-pardos-estao-mais-escolarizados-mas-desigualdade-em-relacao-aos-brancos-permanece..> Acesso em: 25 ago. 2021.

defender uma Declaração Universal dos Direitos das Mulheres<sup>13</sup>; bem como a luta das sufragistas, no fim do século XIX e início do século XX, pelo direito ao voto feminino, em um contexto que abarcava muito mais que isso, representando uma primeira onda do movimento feminista, em defesa do direito à educação, entre outros.

Muitas vidas de mulheres se perderam nesse processo de luta por igualdade; porém, é inconteste que algumas das sementes por elas lançadas acabaram por germinar. Se ainda não constituem árvores frondosas, quando não pequenas e incapazes de contemplar sob sua sombra, de forma igual, todas as mulheres, de qualquer forma, são sementes que germinaram, mas precisam ser adubadas.

Atualmente, mulheres e homens são iguais em direitos e deveres, como diz a nossa Constituição. No entanto, a igualdade material tem obstáculos menos palpáveis e mais arraigados no imaginário coletivo. Certamente, o preconceito é um desses obstáculos. Representado por uma atitude hostil contra pessoas de um determinado grupo<sup>14</sup>, o preconceito consiste em atribuir características idênticas a todos os membros de um grupo. Está relacionado às imagens que formam na mente.

Quando se fala em “empregada doméstica” a tendência é imaginar que estamos falando de uma mulher negra e pobre.

Aos cidadãos de alguns tribunais de justiça, quando se há referência “a magistrado do tribunal” de determinados Estados da nossa Federação, vem-lhe a figura masculina e branca, porque não há mulher, muito menos negra em sua composição.

Reflexo dessa percepção é o fato de o mercado de trabalho ser excludente para a população negra e revelar o privilégio do homem branco.

As instituições públicas e a sociedade civil têm responsabilidade nesse aprendizado social. Elas reproduzem essas desigualdades por meio da construção de estereótipos. Assim, se aceitarmos estereótipos, construiremos um juízo de valor negativo de pessoas (juízo de “menos valor”) e, portanto, um preconceito. Se incorporarmos determinado preconceito, haverá discriminação (tratamento diverso).

Aqui surge o papel do Direito como transformador da realidade, a qual cabe regular, normalizando conflitos ou buscando a superação dos problemas sociais. Nesse ponto, o Direito induz a transformação da realidade, sendo, no entanto, por ela também influenciado. Não é difícil ver o racismo entranhado na estrutura da nossa sociedade. Algo, portanto, que merece ser tratado pelo Direito. Lilia Schwarcz problematiza bem a situação ao tratar da complexidade e de matizes do racismo e do preconceito racial no cenário brasileiro:

Nós acionamos várias brasilidades dependendo do lugar, do momento e da situação, porque é um conceito baseado, sobretudo contrastivo. A identidade se constrói pela imposição que ela apresenta, pela posição que ela ilumina. Escrevi um artigo para um jornal de Portugal sobre um jogo de futebol, em Paraisópolis, que se chama “Preto contra Branco: é um jogo de futebol, no final do ano”. Nele as pessoas mudam de

13 Revista Nossa História “*Abaixo as Mulheres*”. Biblioteca Nacional. Ano 1, n. 3, janeiro/2004.

14 KARNAL, Leandro. “Preconceito: Você tem medo de quem?”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uoOQ0Q9wxhY&t=423s>

posição: num ano jogam pelo Preto, noutro pelo Branco. Daí, você nota como, primeiro, a identidade é uma questão circunstancial e raça, uma situação, no senso comum, “passageira”. As pessoas “embranquecem”, “empretecem”. O que é uma prova de como raça, não como um conceito biológico, mas raça como uma construção social, continua a ser acionada no nosso imaginário. O que eu posso dizer, sem medo de errar, é que as raças sempre deram o que pensar no Brasil, porque, enfim, elas sempre acionaram, em momentos estratégicos, que a identidade, também pensada como uma construção, é transformada num elemento conformador de políticas públicas e de políticas de Estado.<sup>15</sup>

A interpretação das leis não depende apenas do texto escrito. Ela se faz – a partir das experiências e visão de mundo das pessoas – em face de todo um contexto apresentado. Isso é o que explica lamentáveis decisões que fundamentam condenações levando em consideração o fato de o suposto autor do ilícito ser negro.

Somente esse fato, decorrente da ação de quem deveria aplicar princípios como o da igualdade – atualmente reconhecida em seu aspecto material, referente à equiparação dos desiguais – mostra o quão longe estamos da equidade racial.

Isso é violência institucional, assim entendida como toda ação ou omissão de qualquer órgão ou agente público que fragilize, de qualquer forma, o compromisso de proteção e preservação de direitos.<sup>16/17</sup> Nesse sentido, vale trazer a Resolução 254, de 2018, do Conselho Nacional de Justiça, que “Institui a Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e dá outras providências, especialmente seus artigos 9º e 10, cujo teor transcrevemos:

Art. 9º Configura

violência institucional contra as mulheres no exercício de funções públicas a ação ou omissão de qualquer órgão ou agente público que fragilize, de qualquer forma, o compromisso de proteção e preservação dos direitos de mulheres.

§ 1º Para a adequada solução dos conflitos mencionados no art. 1º, garantia da prevenção e repressão da situação configurada no *caput* e resguardo do princípio do devido processo legal, fica vedada a participação de juízes como mediadores, facilitadores ou qualquer outro tipo de atuação similar, nos processos em que atuem como julgadores, em observância ao princípio da confidencialidade.

§ 2º O atendimento às mulheres em situação de violência, para fins de concessão de medidas protetivas de urgência, deve ocorrer independentemente de tipificação dos fatos como infração penal.

Art. 10. Os órgãos do Poder Judiciário deverão adotar mecanismos institucionais para coibir a prática de ato que configure violência ou que possa atingir os direitos à igualdade de gênero.

Nesse ponto, a visão de muitos – que rejeitam tudo o que é diferente – só favorece o eterno girar de um círculo vicioso em que a falta de aprendizado e a pobreza geram mais despreparo e marginalização, forjando um **estereótipo** que reforça uma imagem negativa não condizente com a realidade.

15 Entrevista de Lilia Schwarcz a Carlos HAAG, FAPESP, edição 134, abril 2007. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/quase-pretos-quase-brancos/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

16 Resolução do CNJ n. 254, 04/09/2018 (art. 9º)

17 Violências institucionais: violação dos direitos humanos das Mulheres. Organizadoras Emilleny Lázaro da Silva Souza, Graziela Tavares de Souza Reis e Neide Aparecida Ribeiro. Goiânia: Editora Espaço acadêmico, 2020. 243 p. Ebook.

Afinal, se os negros formam imensa massa prisional, tem menos estudo e ficam relegados à base da pirâmide social, não é por conta da mera diferença de pigmento de pele, mas porque não iniciaram a jornada da vida no mesmo ponto de partida do outro cidadão mais favorecido.

Ao verificar nossa Constituição, nota-se que, textualmente, está colocada a “cidadania” e a “dignidade da pessoa humana” como fundamentos da República (art. 1º, II e III), que deve perseguir como objetivo “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, além de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, I, III e IV). Não bastasse, o art. 4º determina a prevalência dos direitos humanos, enquanto o art. 5º realça a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (*caput*), sendo o racismo considerado crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei (art. 5º, LII), dando-se, ainda, estatura constitucional aos tratados que versem sobre direitos humanos e sejam aprovados segundo o rito próprio (art. 5º, § 2ª).

A desigualdade material pode ser combatida e nunca deve ser naturalizada. Há espaço institucional para buscar e atingir a igualdade material. Aqui vale destacar o conceito de confiança cívica de Pablo Greiff:

A confiança implica na expectativa de um compromisso normativo compartilhado. Confio em alguém quando tenho razões para esperar certo padrão de comportamento dessa pessoa, e essas razões incluem não só seu comportamento anterior, mas também, e de maneira decisiva, a expectativa de que, entre suas razões para atuar está o compromisso com as normas e valores que partilhamos. [...] O sentido da confiança de que se trata aqui não é uma forma densa de confiança, característica das relações íntimas, mas sim, a confiança ‘cívica’, a qual entendo como um tipo de disposição que pode ser desenvolvida entre cidadãos que não se conhecem e que são membros da mesma comunidade só pelo fato de serem todos membros da mesma comunidade política.<sup>18</sup>

Nesse sentido, o verbo esperar no sentido de confiar deve ser conjugado numa perspectiva de igualdade, de cidadania e de dignidade. Falar em igualdade de gênero é falar na confiança, pelas mulheres, nas instituições e no aparato normativo que permitem a convivência social.

Esperança Garcia confiou nas instituições e nas pessoas que tinham poder. Ao se dirigir ao presidente da Comarca e levar sua denúncia, ela rompeu os limites do silenciamento e da invisibilidade de mulher / negra / escravizada, tida à época como mero objeto de direito.

Esperança simboliza as mulheres desiguais que confiam nas instituições e na possibilidade de acesso a conquistas e garantias de direitos.

18 DE GREIFF, Pablo. Justiça e Reparação. In: **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Coordenação: Félix Reátegui. Brasília: Comissão de Anistia; Ministério da Justiça. Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 405-438.

## ESPERANÇAR COMO REFAZER

Esperança Garcia era uma negra escravizada que, provavelmente, adotou a religião católica em decorrência de seu convívio com os jesuítas. Teve de abandonar ou esqueceu sua religião africana, por opção.

O contexto da escravidão levanta dúvidas acerca da adesão voluntária e exclusiva ao catolicismo, com abandono da crença de seus ancestrais. Mas, a aflição que salta de sua carta, com a súplica para poder exercer os votos católicos, em sua confissão e no batismo de sua filha, indicam a supressão de um exercício de um direito que Esperança Garcia considerava fundamental; também demonstram que ela queria transmitir aos seus filhos a crença católica, que não era a crença predominante entre as pessoas negras escravizadas, mas era a que ela adotara. É possível concluir, inclusive, que seu filho mais velho, aquele que na carta ela conta que sofre “grandes trovoadas de pancadas”, tenha sido batizado na outra fazenda, numa opção familiar, já que lá morava com seu marido.

No preâmbulo, é dito que a Constituição Federal é promulgada sob a proteção de Deus. Dentro da concepção religiosa que prevalece na sociedade brasileira, com predomínio das religiões católica e evangélica, ainda há desconhecimento ou mesmo desrespeito à religiosidade de grupos formadores da sociedade brasileira, especialmente à crença dos povos indígenas e dos afrodescendentes.

A opção do texto constitucional é silenciar sobre a misoginia e machismo existentes nas relações cotidianas, o que já diz muito sobre a exequibilidade dos direitos e liberdades previstos. Há disparidades sobre a igualdade formal e no campo da igualdade material, tendo em vista as dinâmicas sociais e sistema econômico, há contradições que exigem avanços para superação das desigualdades. Uma das consequências desse mosaico constitucional, que não reconhece o machismo, racismo e classismo estruturais enquanto opressões de gênero, é uma maior vulnerabilidade jurídica das mulheres, e, dentre estas, das mulheres negras e pobres.

A liberdade religiosa, garantida pela Constituição no art. 5º, inciso VI, ainda é um direito que sofre agressões. E, apesar da intolerância ser contra as pessoas que exercem a crença, nos casos mais graves que vêm à tona, geralmente é uma mulher negra que está no papel de vítima. Tanto é assim, que, desde 2007, lei federal<sup>19</sup> instituiu 21 de janeiro como o Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa. Essa data é uma homenagem à Yalorixá Gildária dos Santos, a Mãe Gilda, do Axé Abassá de Ogum, que foi vítima de diversas agressões, verbais e físicas, provocadas pela intolerância à sua religião, vindo a falecer, aos 65 anos, de infarto fulminante ao ler no jornal uma matéria que a atacava. Como consta em artigo jornalístico que lembra duas décadas de sua morte:

O atentado teve como alvo o terreiro de Candomblé, Ilê Axé Abassá de Ogum, localizado nas imediações da Lagoa do Abaeté, bairro de Itapuã em Salvador (BA).

<sup>19</sup> Lei nº 11.635, de 27 de dezembro de 2007.

O templo foi invadido e depredado por fundamentalistas da Igreja Universal do Reino de Deus, que agrediram o marido de Mãe Gilda violentamente. Dois meses depois, um jornal da mesma igreja publicou uma foto da Ialorixá, com uma tarja no rosto e a manchete: ‘Macumbeiros charlatões lesam a vida e o bolso de clientes’. Ao ver a publicação, a idosa de 65 anos teve um ataque cardíaco fulminante e faleceu no dia 21 de janeiro.”<sup>20</sup>

As mulheres mães também sofrem discriminação em decorrência de sua crença, quando a religião é o candomblé. Nesse caso, têm seu papel de mãe colocado sob suspeita pelo natural fato de introduzirem os filhos aos rituais da religião que pratica e acredita.

Um caso emblemático aconteceu recentemente, em abril de 2020. A mãe perdeu a guarda da filha de 12 anos, após a adolescente passar por um ritual de iniciação no candomblé, no qual se raspa a cabeça dos novos adeptos. A ação foi movida pelo Conselho Tutelar e por parentes da moça, sob o argumento de que ela sofreu maus-tratos e abuso sexual.<sup>21</sup> Na fase anterior à propositura da ação, membros do Conselho Tutelar foram ao terreiro junto com policiais para retirar a menina do ritual. Segundo matéria jornalística:

[...] mãe e filha foram levadas para a delegacia. Só foram liberadas depois de a jovem passar por exame de corpo de delito no IML (Instituto Médico Legal), que não encontrou nenhum tipo de hematoma ou lesão. A adolescente só estava com a cabeça raspada — segundo ela, estava se tornando filha de Iemanjá. Nestes rituais, chamados de feitura de santo, o novo adepto fica 21 dias recluso no terreiro. Durante o retiro espiritual, recebe banhos de ervas e é exposto a fundamentos da religião. A ideia é que ele se purifique, entre em contato com o axé (que, na língua iorubá, significa “força” ou “poder”) e, de acordo com a tradição, renasça conectado com valores ancestrais da crença.”<sup>22</sup>

É inegável que em algumas situações há tensão entre o dever dos pais de velar pela integridade de seus filhos menores, sejam crianças ou adolescentes, e o direito de liberdade religiosa, que inclui o direito de transmissão da crença dos pais aos filhos. Em 2016, o STF, ao decidir a ADI 2404, entendeu que o Estado não pode interferir na liberdade de expressão artística da família espectadora; e que a classificação indicativa é uma forma de esclarecimento, cabendo aos pais e responsáveis, a decisão de permitirem, ou não, o acesso de crianças e adolescentes a certos tipos de espetáculos<sup>23</sup>. Apesar das diferenças entre liberdade de expressão artística e liberdade de crença, é possível adotar o parâmetro desse julgado de nossa Corte Constitucional para afirmar que a decisão dos filhos frequentarem rituais religiosos é dos pais ou responsáveis. E a punição, com perda da guarda, de uma mãe que leva sua filha a um terreiro, só se justifica se comprovada a violação da integridade da menor.

20 SOUZA, Marina Duarte de. Denúncias de intolerância religiosa aumentaram 56% no Brasil em 2019. Edição: Vivian Fernandes e Nara Lacerda. **Brasil de Fato**, São Paulo, 21 jan. 2020. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2020/01/21/denuncias-de-intolerancia-religiosa-aumentaram-56-no-brasil-em-2019>. Acesso em: 25 ago. 2021.

21 MOURA, Rayane. Mãe perde guarda da filha após jovem participar de ritual do candomblé. **UOL**, Cotidiano, 07 ago. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/08/07/mae-perde-guarda-da-filha-apos-jovem-participar-de-ritual-do-candomble.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 25 ago. 2021.

22 MOURA, Rayane. Mãe perde guarda da filha após jovem participar de ritual do candomblé. **UOL**, Cotidiano, 07 ago. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/08/07/mae-perde-guarda-da-filha-apos-jovem-participar-de-ritual-do-candomble.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 25 ago. 2021.

23 Esta ação foi relatada pelo Ministro Dias Toffoli e discutiu a constitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no art. 254 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e a classificação indicativa, atividade estatal exercida pelo Ministério da Justiça.

## ESPERANÇAR COMO OCUPAR

Esperança Garcia, com sua missiva, nos mostra que a ocupação de espaços públicos e normativos de maneira igualitária sempre esteve no horizonte das mulheres negras, mesmo quando eram escravizadas e totalmente destituídas de legitimidade para reivindicar direitos. Nesse sentido, como exemplo, a ilustrar tais reflexões, a Constituição Imperial de 1824, inspirada pelos ares iluministas europeus e considerada, à época, como “Constituição Cidadã”, traz em seu ato ordinatório nº 05 o seguinte: *“pessoas negras e leprosas estariam excluídas de acesso a direitos fundamentais como saúde, moradia e educação”*.

A compreensão, no final do século XX, do exato teor da mensagem de Esperança e a identificação que grupos vulneráveis (especialmente de pessoas negras – mas não somente destas) demonstraram com a violência relatada, que decorridos mais de 130 anos do “fim da escravidão” e 250 anos da carta-denúncia, a injustiça continua a acontecer, sem o albergue normativo e constitucional ou sem um aparato institucional. Ainda se constata, na atualidade, o não lugar de pertencimento pessoas negras no arranjo social e jurídico atual, com a maior violação dos direitos dos que são afrodescendentes e, até, seu tratamento enquanto sujeitos destituídos de humanidade ou de plena cidadania.

Nesse sentido, “[...], as leis antirracistas, assim como as pautas do movimento negro, também ignoram o marcador de gênero informante da opressão, o mesmo se dá nos movimentos feministas com a insistência do marcador de gênero que não enxerga raça, acentuando as experiências de opressões feminizadas. O Artigo 5º da Constituição Brasileira assegura o direito fundamental de todas e todos serem tratados iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Em tese, caso os instrumentos protetivos do nosso país queiram, de fato combater as discriminações que impedem o exercício das liberdades fundamentais, precisam averiguar as performances sexistas e racistas de seus expedientes usando a abordagem seccional.”

Não basta a lei, nem mesmo a Constituição. O problema é **cultural**, o que se mostra na própria interpretação que as pessoas, inclusive juízes, fazem da Constituição e das leis do país.

Como na corrida, quem tende a vencer? Certamente, quem sai na frente; não o que vem muito atrás ou que carrega peso. É isso o que a Constituição visa corrigir ao fixar o valor igualdade como diretriz a ser seguida pelo legislador e pelos aplicadores do Direito. Não se trata apenas de tratar todos igualmente; na medida em que se compreende a necessidade de tratar de forma diversa os desiguais, isso implica aceitar ser imperioso adotar políticas públicas capazes de nivelar todos os desiguais, propiciando-lhes igualdade de oportunidades.

O manuscrito de Esperança Garcia lança luzes para a importância da educação formal, da alfabetização, para se mudar a situação de violência e opressão, ou ao menos para se tentar mudar. O verbo esperar no sentido de ocupar pode ser visto como a ocupação pela educação ou pelo suporte que alguma instituição, pública ou privada, possa dar aos grupos vulneráveis. No caso de Esperança, é possível supor que havia vantagens

na boa convivência com os jesuítas, dentre estas se destaca a alfabetização. Esperança, ao saber ler e escrever, ganha uma ferramenta que lhe permite escrever uma carta-denúncia.

Mas o apoio de instituições ligadas ao poder, como a Igreja Católica dos séculos XVIII e XIX no Brasil ou as grandes corporações do cenário econômico atual, não substituem as políticas públicas. No Estado Democrático de Direito brasileiro, com pilares fincados na Constituição de 1988, a solução encontrada consistiu na introdução de ações afirmativas, que visam assegurar à pessoa de cor negra condições de inserir-se na sociedade de forma digna, quebrando o círculo vicioso existente, como preconiza, também, a Lei 12.288/2010, o Estatuto da Igualdade Racial.

Isso, no País, foi iniciado pela Lei n. 12.990/2014, que inaugurou a política de reserva de vagas para negros nos concursos da Administração Pública Federal. Questionada, sua constitucionalidade foi confirmada pelo STF, por meio do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 41, na qual foram tecidas importantes considerações acerca dessa política de inclusão, cujos trechos dos votos dos Ministros transcrevemos:

“(…) tanto o fundamento quanto o fim são razoáveis, motivados por um **dever de reparação** histórica e pelas circunstâncias de que **existe um racismo estrutural** na sociedade brasileira que precisa ser **enfrentado**. (...) é uma reparação histórica a pessoas que herdaram o peso e o custo social do estigma moral, social e econômico, que foi a escravidão no Brasil(…)” (Ministro Luís Roberto Barroso)

“O princípio da igualdade, portanto, sustenta a constitucionalidade do recorte racial para a reserva de vagas nos concursos públicos em postos da Administração Pública e, logicamente, deve ser aplicado como um dos princípios básicos da administração pública, previsto no artigo 37 da Constituição Federal, juntamente com a impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e todos os preceitos previstos nos diversos incisos do referido artigo, inclusive aqueles referentes aos concursos públicos.” (Ministro Alexandre de Moraes)

“A legitimidade da desequiparação promovida pela lei está assente, como já registrou o Relator, na necessidade de superar o **racismo institucional** e estrutural (...) a previsão de desequiparação não viola o princípio da igualdade, ao contrário, dá-lhe pleno cumprimento.” (Ministro Edson Fachin)

“No Brasil, infelizmente, **a pobreza tem cor!** É fato, mais um dado da triste realidade discriminatória presente na sociedade brasileira, estatisticamente mensurado. (...) identifico na legislação ora submetida a controle a adoção necessária de fator de discrimen legal, exatamente com o objetivo de minorar reconhecida situação de desigualdade – odiosa iniquidade em razão da cor da pele – entre brasileiros.” (Ministra Rosa Weber)

“A análise dos dados empíricos reforça a conclusão de que a reserva de vagas para negros em concursos públicos promovida pela Lei nº 12.990/2014 constitui verdadeira exigência do princípio da isonomia. (Ministro Dias Toffoli)

“... **O modelo institucional** de ações afirmativas **como instrumento de implementação** de mecanismos compensatórios **destinados a concretizar**, no plano material, **o direito** das pessoas negras **ajusta-se**, precisamente, **ao que dispõem** esses instrumentos normativos, **todos eles impregnados** de inquestionável fundamentalidade. **Na verdade**, as políticas públicas **têm**, na prática das ações afirmativas, um poderoso e legítimo recurso **impregnado** de eficácia necessariamente temporária **destinado a conferir** efetividade e **a dar sentido e consequência** aos próprios objetivos **de plena** realização da igualdade material” (grifos no original)” (Ministro Celso de Mello)



É interessante notar que o próprio fato de ter sido preciso ingressar com uma Ação Direta de Constitucionalidade para afirmar esta medida compensatória, em consonância com a Constituição, mostra o dissenso que grassa na sociedade a respeito da matéria.

Assim, só a força normativa da CF será suficiente para produzir plenos efeitos no sentido positivo – de promover ações voltadas a erradicar as desigualdades étnicas – e no negativo, de impedir ações não condizentes com o valor constitucional da “igualdade”.

No entanto, as normas constitucionais não têm sido o bastante. Embora haja uma lei e um julgamento atestando sua validade, a interpretação sobre o sentido e alcance dessa proteção tem gerado controvérsia; nem sempre para concretizar os objetivos do Estado Brasileiro.

## ESPERANÇAR COMO SONHAR

Paulo Freire lecionava a importância de “ter esperança do verbo esperar; porque tem gente que tem esperança do verbo esperar. E esperança do verbo esperar não é esperança, é espera. Esperançar é se levantar, esperançar é ir atrás, esperançar é construir, esperançar é não desistir! Esperançar é levar adiante, esperançar é juntar-se com outros para fazer de outro modo”. Assim, se é preciso acreditar e ter esperança que mudanças substanciais surjam no horizonte da questão da igualdade de gênero, não podemos ficar resignados, esperando que aconteça. É preciso contribuir ativamente para sua construção, por ser inconcebível que, em pleno século XXI, ainda seja preciso superar essa questão.

De fato, ainda quem não seja capaz de se colocar na situação do outro, isto é, de ser empático, com relação à questão, mesmo quando ela possa tangenciar situações-limite como onde existe violência (endêmica em muitas culturas, como quando admite mutilação genital ou a total submissão ao pai, marido ou irmão, como em muitos países islâmicos), não pode deixar de negar, segundo um raciocínio cartesiano, a limitação que isso acarreta em termos de mercado consumidor, de produção de riqueza, de geração de novas ideias, da potencialidade de inovação e, portanto, do desenvolvimento econômico e social, uma vez que esse crescimento, sem dúvida, favoreceria ambos os gêneros.

As leis em dado contexto histórico são fruto de luta e mobilização popular, e os limites de seu alcance são dados sobremaneira pelas correlações de força no corpo social. Fazer a defesa dos institutos jurídicos sem se ater às suas contradições e limitações, seu contexto de criação, poderá não ser estratégico para a superação das desigualdades e injustiças em nossa sociedade.

Nota-se igualmente ausência das questões relativas às pautas de diversidade sexual e de gênero. Igualdade de gênero na Constituição Federal é conceito universalizante, desconhece especificidades e diversidades. Dessa forma o conceito de igualdade previsto na carta magna não alcança a todas as mulheres, oprime e invisibiliza.

E as desiguais, para conquistarem a igualdade, por certo precisam atuar com verdadeira insurgência, de modo a confrontar as estruturas de opressões de raça e gênero, para que, de forma coletiva, possam transformar as relações e entendimentos, numa dinâmica de persistente confronto, e lograr conquistas efetivas de direitos.

Evidentemente uma mudança cultural – que atinja a forma de agir, de pensar e de sentir da coletividade – não se faz de uma hora para outra; pode, como demonstra a questão de gênero, levar séculos. Iniciado o século XXI, contudo, isso já é impensável. Atingido este ponto, com os avanços vividos, o debate maduro é algo que deveria estar perto da solução final. É o que melhor representaria nosso século, digital, que tem o mundo e as pessoas conectadas entre si e tudo interagindo velozmente, quando não em tempo real.

No cenário em que vivemos a esperança, de Garcia, não é feita da espera da inércia: traz a urgência de esperar, de construir, para ontem, o futuro que se quer hoje!

## REFERÊNCIAS

CERQUEIRA, Daniel R. C.; MOURA, Rodrigo Leandro de. **Vidas perdidas e racismo no Brasil**. IPEA, Brasília, Nota Técnica, n. 10, nov. 2013. Disponível em [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/131119\\_notatecnicadiest10.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/131119_notatecnicadiest10.pdf). Acesso em: 19 out. 2020.

DE GREIFF, Pablo. Justiça e Reparação. In: REÁTEGUI, Félix (coord.) **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia; Ministério da Justiça. Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 38. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

KARNAL, Leandro. **Preconceito**: você tem medo de quem?. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uoOQ0Q9wxhY&t=423s>. Acesso em: 07 nov. 2021.

MOURA, Rayane. Mãe perde guarda da filha após jovem participar de ritual do candomblé. **UOL**, Cotidiano, 07 ago. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/08/07/mae-perde-guarda-da-filha-apos-jovem-participar-de-ritual-do-candomble.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 25 ago. 2021.

SOUZA, Marina Duarte de. Denúncias de intolerância religiosa aumentaram 56% no Brasil em 2019. Edição: Vivian Fernandes e Nara Lacerda. **Brasil de Fato**, São Paulo, 21 jan. 2020. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2020/01/21/denuncias-de-intolerancia-religiosa-aumentaram-56-no-brasil-em-2019>. Acesso em: 25 ago. 2021.

# SEÇÃO II

## INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL FEMINISTA

## SUMÁRIO SEÇÃO II

**INTRODUÇÃO**

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL FEMINISTA .....293

*RENATA MOTA MACIEL*

*SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES*

*PATRÍCIA PACHECO RODRIGUES*

*SAMIRA RODRIGUES P. ALVES*

**CAPÍTULO 1**

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL FEMINISTA E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ..... 294

*LARISSA TOMAZONI*

*ESTEFÂNIA BARBOZA*

**CAPÍTULO 2**

CÂNDIDO OLHAR.....305

*PATRÍCIA POLONI GUIMARÃES*

**CAPÍTULO 3**

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL FEMINISTA E O JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO: UM ESTUDO DE CASO .....316

*CHRISTINE OLIVEIRA PETER DA SILVA*

*CAMILA COSTA MAGALHÃES DE LACERDA*

**CAPÍTULO 4**

A CONSTITUIÇÃO POR ELAS: A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SOB A ÓTICA DAS MULHERES .....334

*ELZA PAULINA DE SOUZA*

*MARIA DAS DORES ALVES DE OLIVEIRA*

**CAPÍTULO 5**

A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SOB A ÓTICA DELAS: ELLEN GRACIE NORTHFLEET ..... 345

*ANDREIA TASSIANE ANTONACCI*

*VALÉRIA MORINE NAGY*

**CAPÍTULO 6**

INTERPRETAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL: ESTUDOS EM HOMENAGEM À PROFESSORA MARIA GARCIA.....353

*VIVIANE COELHO DE SÉLLOS-KNOERR*

**CAPÍTULO 7**

A CONSTITUIÇÃO POR ELAS: A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SOB ÓTICA DAS MULHERES “COM O OBJETIVO DE TRAZER UM OLHAR FEMININO SOBRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS” ..... 361

*MARIZA ALVES AFFONSO*

# INTRODUÇÃO

## INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL FEMINISTA

**Renata Mota Maciel**

**Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques**

**Patrícia Pacheco Rodrigues**

**Samira Rodrigues P. Alves**

Do ponto de vista formal, a Constituição de 1988 e as demais normas jurídicas garantem a igualdade entre os homens e mulheres. No entanto, por questões históricas e culturais, na realidade, as mulheres ainda não alcançaram a igualdade de gênero, ainda sendo vítimas da violência e da discriminação.

Nesse sentido, destaca-se o surgimento do constitucionalismo feminista que propõe uma maior participação das mulheres no processo de tomadas de decisão do Poder, bem como uma interpretação da Constitucional sob o viés feminino, ele vai de encontro ao dogma do constitucionalismo tradicional com o intuito de questionar sua base sobre a Constituinte feminista, questionando o poder decisório para promover novas políticas articulatórias equitativas. A Hermenêutica Constitucional Feminista também propõe que o Poder Judiciário ao levar a cabo seus julgamentos o façam sob uma perspectiva de gênero, de maneira a promover a equidade entre os sexos.

A interpretação constitucional feminista visa a reconfiguração do constitucionalismo reorganizando a estrutura dos poderes e dos direitos fundamentais, destacando a necessidade de se desenvolver uma Hermenêutica Constitucional Feminista com vistas a dar concretude a equidade de gênero prevista na Constituição.

# CAPÍTULO 1

## INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL FEMINISTA E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL<sup>1</sup>

Larissa Tomazoni

Estefânia Barboza

### INTRODUÇÃO

Apesar do avanço em termos históricos, políticos e sociais, nem os Parlamentos e nem a Ciência (Política ou o Direito Constitucional) se deram conta de que o tecido social também é composto por mulheres, que apresentam necessidades e demandas bastante específicas.<sup>2</sup> As teóricas, militantes e juristas feministas, percebendo a importância de se criar e manter uma interlocução com o Estado, passaram a interferir na construção de políticas e na elaboração dos textos constitucionais com vistas a pleitear direitos para as mulheres e ampliar a cidadania feminina. Assim, em que pese a cegueira de gênero presente nas práticas e reflexões políticas, a América Latina, e o Brasil em particular, passa a testemunhar a presença e a pressão política das mulheres nas Assembleias Constituintes, nas Cortes e nos Parlamentos em defesa de seus direitos, o que gera impactos importantes nos processos decisórios e jurisprudenciais que culminam com a constitucionalização dos direitos das mulheres.<sup>3</sup>

O constitucionalismo feminista chama a atenção para a desigualdade de gênero existente no direito constitucional, sempre estudado e aplicado como supostamente neutro; também busca de algum modo repensar e reconstruir a democracia social, mas com a participação e voz das mulheres no direito e na política. Pretende, a partir do olhar de gênero, questionar os temas do direito constitucional, propõe que se revisitem temas clássicos do constitucionalismo, que se preconizem novas ideias, mas que, principalmente, tomemos a responsabilidade de mudar o foco de discussão e debate constitucional. O direito constitucional é fundacional e fundamental para a maior parte dos sistemas legais do mundo contemporâneo, o que, por sua vez, implica que é pelas constituições que se desenha compromissos fundamentais que dizem respeito à cidadania, direitos e deveres. Nesta literatura sobre os problemas e as justificativas de uma revisão judicial vinculativa em uma democracia,

<sup>1</sup> A primeira versão deste capítulo foi publicada em 2018 no livro *Constitucionalismo Feminista*: SILVA, Chistine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi; NOWAK, Bruna. **Constitucionalismo feminista**. Salvador: JusPodivm, 2018.

<sup>2</sup> SILVA, Salete Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. As mulheres e o novo Constitucionalismo: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. In ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; SIQUEIRA, Gustavo Silveira (coord.). **História do direito**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 30.

<sup>3</sup> SILVA, Salete Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. As mulheres e o novo Constitucionalismo: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. In ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; SIQUEIRA, Gustavo Silveira (coord.). **História do direito**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 30.

pode-se esperar que o problema relativamente óbvio e único das mulheres desempenhe pelo menos um papel significativo.

As mulheres foram excluídas do judiciário durante a maior parte da nossa história, e o judiciário opera dentro de um sistema de precedentes. Mesmo que as mulheres estejam presentes no judiciário em níveis apropriados, estarão vinculadas por precedentes desenvolvidos pelos homens. A mobilização legal dos movimentos de mulheres inclui as ações de litígio e judicialização e o enquadramento de suas demandas através de marcos discursivos que incorporam e interpretam conceitos legais<sup>4</sup>, e a jurisprudência das cortes constitucionais tem um papel fundamental na interpretação de direitos com a finalidade de garantir a igualdade de gênero material.

## INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL FEMINISTA

A interpretação feminista é um projeto que pretende repensar o direito constitucional e explorar sua relação com o feminismo examinando, desafiando e redefinindo a própria ideia do constitucionalismo a partir de uma perspectiva feminista<sup>5</sup>. Os estereótipos e abordagens discriminatórias deixaram marcas no direito constitucional e nas tradições legais. O feminismo pode desempenhar um papel na neutralização dessas influências e a interpretação feminista pode ser uma ferramenta muito eficaz a serviço da mudança legal gradual, além disso, oferece uma nova perspectiva interpretativa do conhecimento humano, incluindo a esfera do Direito. Alguns exemplos clássicos da influência de estereótipos e discriminação na interpretação vêm de casos em que documentos aparentemente neutros foram interpretados de forma excludente às mulheres por causa de vieses culturais.<sup>6</sup>

Em geral, as mulheres não participaram dos processos Constituintes, não escreveram ou ratificaram suas constituições, na maior parte delas, homens poderosos escreveram as Constituições como se as mulheres não existissem, em períodos pós-guerras e em processos de pacificação. Mais recentemente, especialmente as Constituições da segunda metade do século XX, como a do Brasil, já tiveram alguma participação das mulheres no processo Constituinte, entretanto, mesmo com esta participação, o modelo das constituições mais contemporâneas não distoa das constituições liberais, mantendo a mesma casa de máquinas.<sup>7</sup>

Por meio do Direito tradicional que contém pressupostos sexistas se organiza uma sociedade baseada na marginalização das mulheres, que traz, por consequência, a dificuldade para o exercício da cidadania; essa normatização exclui as mulheres do poder e deslegitima as ações e teorias que reivindicam igual empode-

4 FREIRE, Alonso. Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 45-73, jan./jun. 2016. DOI: Disponível em: <https://doi.org/10.12957/publicum.2016.23767>.

5 BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi. *Feminist constitutionalism: Global Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 1.

6 BARAK-EREZ, Daphne. Her-menutics: feminism and interpretation. In: BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi. *Feminist constitutionalism: Global Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 85.

7 GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires, 2010.

ramento.<sup>8</sup> A interpretação dos direitos fundamentais, quer estejam previstos em constituições nacionais ou em tratados internacionais, também tem sido realizada por homens; os debates em torno de direitos individuais ou de direitos sociais ficam confinados a debates, interpretações, leis e decisões feitas por homens e nos termos que eles estabelecem.

Recentemente, por meio dos movimentos feministas, o constitucionalismo começou a desenvolver em favor das mulheres duas dimensões fundamentais do direito constitucional, as instituições e os direitos, e assim a agenda de prioridades do direito constitucional abarca não somente as “grandes questões”, como a separação de poderes e o controle de constitucionalidade, mas passou a abarcar outros temas, como os direitos das mulheres.<sup>9</sup>

O Direito é um verdadeiro veículo de poder social que gera cenários de resistência ao mesmo tempo em que reproduz o *status quo*. As feministas propõem, portanto, uma visão menos essencializada do uso do direito para desenvolver a agenda feminista. Um dos caminhos para isso é a utilização de estratégias constitucionais, sistematizando as demandas das mulheres em termos jurisprudenciais.<sup>10</sup> Os direitos constitucionais também se aplicam horizontalmente, concedendo ferramentas para as mulheres para combater não só as formas públicas de injustiça, mas também as privadas. A neutralidade ou autorrestrição do Judiciário não pode interessar em matéria de gênero sob pena de omissão estatal e manutenção do *status quo*.

Este trabalho analisa a potencial contribuição da interpretação feminista (ou interpretação com base no gênero) na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir dos casos em que tratou-se especialmente dos direitos das mulheres.

## A INTERPRETAÇÃO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Alguns casos no Supremo Tribunal Federal tornaram-se paradigmáticos por conta da interpretação sensível às questões de gênero realizada pela Corte.

O Supremo Tribunal Federal, na [Ação Direta de Constitucionalidade 19](#), proposta em 2007, pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, partiu de uma interpretação sensível às questões de gênero ao declarar por unanimidade de votos a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da [Lei nº 11.340 de 2006](#).<sup>11</sup> O relator do caso foi o ministro Marco Aurélio, e para ele o artigo 1º da Lei Maria da Penha já expõe os objetos e fundamentos do ato normativo. Ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violên-

8 MONTAÑEZ, Nilda Garay. constitucionalismo feminista: evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo oficial. In: VALDÉS, María del Mar Esquembre; SÁNCHEZ, Margarita Soler; FRANCH, Asunción Ventura; MAZÓN, Francisco J. Visiedo. *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico-Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*. Espanha: Corts Valencianes, 2014. p. 268.

9 Ibidem, p. 93-95.

10 Ibidem, p. 86.

11 STF-ADC19/DF-Rel. Min. Marco Aurélio. 09-02-2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 20 abr. 2018.



cia doméstica contra a mulher, estabelecendo medidas especiais de proteção e assistência com base no gênero da vítima, o legislador utilizou um meio adequado e necessário para garantir o objetivo traçado no artigo 226, §8º, da [Constituição](#).<sup>12</sup> Para frear a violência:

para frear a violência doméstica, não se revela desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação. A mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Não há dúvida sobre o histórico de discriminação e sujeição por ela enfrentado na esfera afetiva. As agressões sofridas são significativamente maiores do que as que acontecem contra homens em situação similar. Além disso, mesmo quando homens, eventualmente, sofrem violência doméstica, a prática não decorre de fatores culturais e sociais e da usual diferença de força física entre os gêneros.<sup>13</sup>

A [Lei Maria da Penha](#) retirou da invisibilidade as vítimas de hostilidades ocorridas no lar e representou movimento legislativo para assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação e proteção da justiça. A norma legitima a adoção de legislação compensatória para promover a igualdade material, tendo em vista a discriminação social e cultural existente no país que afeta particularmente as mulheres.<sup>14</sup>

A ministra Rosa Weber brilhantemente relembra que a Lei Maria da Penha é resultado da denúncia apresentada na [Comissão Interamericana de Direitos Humanos](#) contra o Estado brasileiro por negligência, omissão e tolerância com relação à violência contra a mulher; a lei, assim, resultou do reconhecimento, no plano do sistema regional de proteção internacional de direitos humanos, da permanência de uma dívida histórica do Brasil em relação à adoção de mecanismos eficazes de prevenção, combate e punição à violência doméstica. E assume Rosa Weber: “sou das que compartilham do entendimento de que a Lei Maria da Penha inaugurou uma nova fase no iter das ações afirmativas em favor da mulher brasileira, consistindo em verdadeiro microsistema de proteção à família e à mulher, a contemplar, inclusive, norma de direito do trabalho”.<sup>15</sup>

Para a ministra não houve, por parte da referida lei, violação ao postulado isonômico, pois, ao conferir tratamento diferenciado à vítima de violência, levou em conta a situação de desequilíbrio de fato enfrentada pela mulher, o que a Lei Maria da Penha veio enfrentar, por consequência justificando o *discrîmen*.<sup>16</sup> E ainda:

impende ter em mente o amplo reconhecimento do fato de que, uma vez marcadas, em uma sociedade machista e patriarcal como a nossa, as relações de gênero, pelo desequilíbrio de poder, a concretização do princípio isonômico (art. 5º, I, da Lei Maior), nessa esfera – relações de gênero – reclama a adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio.<sup>17</sup>

A Constituição, em alguns dispositivos, confere tratamento protetivo diferenciado à mulher, e uma efetiva igualdade substantiva de proteção jurídica da mulher contra a violência de gênero exige atuação positiva do legislador, superando concepções meramente formais, eliminando obstáculos físicos, econômicos, sociais e culturais que impedem a sua concretização. A igualdade jurídica material só é alcançada quando é conferido

---

12 Idem.

13 Idem.

14 Idem.

15 Idem.

16 Idem.

17 Idem.

às desigualdades tratamento desigual na medida de sua desigualdade, “indivíduos identificados como especialmente vulneráveis em função do grupo social a que pertencem têm reconhecido pelo sistema constitucional o direito à proteção do Estado, na forma de mecanismos eficazes de dissuasão, contra violações da sua integridade pessoal”.<sup>18</sup>

A Lei Maria da Penha reconhece que a violência doméstica contra a mulher é uma forma específica de violência. Considerar o princípio da igualdade unicamente na dimensão formal inviabiliza toda e qualquer ação afirmativa voltada para a reparação das desigualdades de gênero. Sem considerar a dimensão material do princípio da igualdade não teríamos os sistemas específicos de proteção (direitos do trabalhador, consumidor, idosos, pessoas com deficiência, indígenas, crianças e adolescentes) orientados pela hipossuficiência do ocupante de um dos polos da relação jurídica.<sup>19</sup> “A discriminação afirmativa que se projeta da Lei Maria da Penha se faz acompanhar de razão que, na exata medida em que se presta a compensar a discriminação de fato cuja existência reconhece, a justifica.” Nessa lógica a Lei Maria da Penha não é apenas compatível com o princípio da igualdade como também o densifica e volta-se para a sua plena concretização; em resumo, “a Lei Maria da Penha presta, sim, reverência ao princípio da igualdade”.<sup>20</sup>

Outro feliz exemplo de respeito à igualdade de gênero e observância aos direitos das mulheres realizada pelo Supremo Tribunal Federal foi o RE 658.312/SC julgado em novembro de 2014, que tratou da recepção do art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho pela Constituição Federal de 1988 e a consequente constitucionalidade do intervalo de 15 minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária. O Recorrente Angeloni & Cia. LTDA sustentou que a Constituição de 1988 não recepcionou o art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho, argumentou que é necessário analisar a questão à luz do princípio da isonomia, a partir do entendimento de que não pode ser admitida a diferenciação apenas em razão do sexo, sob pena de se estimular discriminação no trabalho entre iguais.<sup>21</sup>

A Constituição Federal utiliza alguns critérios para conferir tratamento diferenciado; levando em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado de trabalho, impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas ou meramente legislativas de natureza protetiva no âmbito do direito do trabalho, o que legitima um tratamento diferenciado, desde que a norma instituidora amplie direitos fundamentais das mulheres. Para o Ministro Dias Toffoli, “o *discrimen*, na espécie, não viola a universalidade dos direitos do homem, na medida em que o legislador vislumbrou a necessidade de maior proteção a um grupo de trabalhadores, de forma justificada e proporcional”.<sup>22</sup> O Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 384 da

---

18 Idem.

19 Idem.

20 Idem.

21 STF – RE 658.312/RJ – Rel. Min. Dias Toffoli. 27-11-2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7708619>. Acesso em: 20 abr. 2018.

22 Idem.

**Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)** foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e que a norma se aplica a todas as mulheres trabalhadoras.

O Recurso Extraordinário 778.889 /PE também contemplou os direitos da mulher a partir de uma interpretação sensível ao gênero. Julgado em 2016, questionou se é legítimo estabelecer prazos legais de licença maternidade diversos para a servidora gestante e para a servidora que venha a adotar uma criança e se é legítimo diferenciar o prazo de licença maternidade em função da idade da criança adotada.<sup>23</sup> O ministro relator Roberto Barroso chamou a atenção para o fato de que na depressão pós-parto e sobre a depressão pós-adoção o percentual de mulheres que sofrem de depressão é semelhante: tanto no caso da maternidade biológica quanto no caso da maternidade por adoção, 15% das mães gestantes e das mães adotantes são atingidas pela depressão. Os resultados sugerem que a “depressão pós-maternidade” pode estar ligada ao estresse psicológico e ambiental decorrente da chegada da criança, da intensa demanda que se instala sobre a mulher e da necessidade de compatibilizá-la com todos os demais papéis e tarefas que lhe incumbem.<sup>24</sup> Tão relevante quanto a proteção da criança é a proteção dos direitos da mulher, pois trata-se da defesa de outra minoria:

sobre a qual, curiosamente, silencia grande parte da academia brasileira e da jurisprudência. Os desafios da família que adota uma criança não são pequenos, mas, devido a razões culturais, o membro da família mais onerado pela experiência é a mulher. E o não desenvolvimento de um discurso feminino sobre a questão é, por si só, sinal da naturalização da desigualdade e do estigma. [...] A mãe-adotante que é, em regra, a principal cuidadora da criança, tem uma enorme tarefa pela frente com a adoção. A chegada da criança produz um substancial impacto sobre a sua vida, que passa a girar em torno da saúde, das dores, das dificuldades do filho. Ela será menos disponível para si mesma, para o trabalho, para a vida social, para a família e será muito mais demandada em casa.<sup>25</sup>

Outro ponto a ser destacado é o questionamento do ministro Edson Fachin, acerca do verdadeiro destinatário da previsão constitucional; se são as mães, que se utilizam do período para recuperar-se da gravidez e do parto, ou se seriam as crianças. Para o ministro, não se trata de direito de dimensão meramente individual, tampouco requer apenas a identificação de um único sujeito a ser protegido pela norma, pois ambos, mãe e filho, serão protegidos por meio da tutela do vínculo maternal – essa é a verdadeira dimensão na qual os valores constitucionais se concretizam através da garantia do direito ao gozo da licença maternidade. A necessidade de que a mãe adotante estabeleça uma relação parental com a criança ou o adolescente a ser adotado consiste em justificativa para um tratamento isonômico entre ambas as situações.<sup>26</sup>

Para o ministro Ricardo Lewandowski, o voto do relator, ministro Barroso, consagra pelo menos três princípios constitucionais básicos: o princípio da dignidade humana, o princípio da isonomia, que veda qualquer tipo de discriminação, e o princípio da solidariedade, que consta no preâmbulo da nossa Constituição e no art. 3º, I, quando assinala que, entre os vários objetivos da República Federativa do Brasil, encontra-se construir

23 STF – RE 778.889 /PE – Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 10-03-2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338347>. Acesso em: 20 abr. 2018.

24 Idem.

25 Idem.

26 Idem.

uma sociedade mais livre, justa e solidária. Por fim, a única interpretação passível de compatibilizar o referido art. 7º, XVIII, com os direitos à dignidade, à autonomia e à igualdade das mulheres é aquele que reconhece que o seu comando pretendeu alcançar toda e qualquer licença maternidade; por esses fundamentos, entendeu-se que são nulas as normas que diferenciam as licenças aplicáveis a filhos biológicos e filhos adotivos e entre filhos adotivos de diferentes idades.<sup>27</sup> Reconhece a tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida e o dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção.

Mais recentemente, o *Habeas Corpus* 124.306/RJ com pedido de concessão de medida cautelar, julgado em 29 de novembro de 2016, que teve como relator o ministro Marco Aurélio, entendeu ser preciso conferir uma interpretação conforme a Constituição para os artigos 124 a 128 do Código Penal, excluindo do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre, pois a criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher e também o princípio da proporcionalidade. Os argumentos favoráveis ao direito de a mulher dispor de seu próprio corpo são tratados no voto do Ministro Luís Roberto Barroso: para ele, ainda que o bem jurídico protegido (vida potencial do feto) seja relevante, “a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade”.<sup>28</sup>

Sobre a violação aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, o ministro Roberto Barroso argumenta que a criminalização do aborto viola um conjunto de direitos, que incluem “o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva”.<sup>29</sup> Reconhece que o direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, tal qual é garantida e exercida pelos homens, “ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade”.<sup>30</sup>

A histórica posição de subordinação das mulheres em relação aos homens institucionalizou a desigualdade socioeconômica e promoveu visões excludentes, discriminatórias e estereotipadas da identidade feminina e do seu papel social. Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não. Quem mais sofre com a criminalização do aborto são as mulheres pobres, que recorrem a clínicas clandestinas enquanto as mulheres com recursos financeiros recorrem a clínicas particulares:

---

27 Idem.

28 STF – HC 124.306/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio. 29-11-2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 20 abr. 2018.

29 Idem.

30 Idem.

a tipificação penal produz também discriminação social, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito.<sup>31</sup>

Em seu voto, a ministra Rosa Weber reconheceu que o aborto sob a perspectiva constitucional no Brasil exige regulamentação jurídica que proteja, ao mesmo tempo, os direitos do nascituro e o direito à liberdade e autonomia reprodutiva e sexual das mulheres, as quais devem ter seus direitos tutelados. Para a ministra, o Supremo deve enfrentar o debate sobre o aborto por escolha da mulher, pelo menos neste espaço de jurisdição constitucional com base nos princípios constitucionais, devendo o Estado adotar uma postura de neutralidade quanto à ética privada. Questiona se é justificável o Estado criminalizar a decisão da mulher por abortamento no primeiro trimestre da gestação? Pode ser negado este direito de escolha da mulher? Existem razões suficientes na ordem constitucional que legitimam esta decisão política majoritária em detrimento de direitos individuais? Quais os princípios constitucionais que estão em colisão?<sup>32</sup> As questões sobre o aborto são importantes para a formação e consciência da comunidade social, entretanto, são questões que pertencem à esfera da moral privada, pois:

cada pessoa tem sua esfera privada, moral e ética de como se comportar e agir em sociedade, a partir de convicções próprias. Contudo, o espaço da moral privada não pode ser confundido com a esfera da responsabilidade pública, e principalmente com o espaço de atuação do Estado de Direito, na restrição dos direitos individuais da pessoa. Ao contrário, a responsabilidade pública exige a abdicação de ética privada em detrimento de uma moralidade comum.<sup>33</sup>

A ministra assinala que a decisão do Supremo tribunal Federal não necessariamente será a última palavra sobre a interpretação constitucional correta para a descriminalização do aborto, mas fomentará o debate com os demais poderes, haja vista que o Legislativo não avançou nesta agenda, o que acaba por bloquear a discussão pública. No caso em questão, tem-se a colisão entre dois direitos fundamentais básicos: o direito à vida do nascituro *versus* o direito à liberdade e autonomia reprodutiva da mulher, como forma de realização do direito à igualdade de gênero. Além destes, agregam-se outros argumentos jurídicos essenciais, de forma colateral, como a liberdade privada, autonomia e direito ao próprio corpo, direito à saúde da mulher, direitos reprodutivos da mulher, direito à igualdade, dignidade da pessoa humana e privação arbitrária da vida. Sobre o direito à vida pontua que, conforme “deliberado e decidido nos casos da ADPF 54 e da ADI 3.510, entendeu pelo caráter não absoluto do direito à vida, afirmação esta que é referendada pela própria Constituição Federal, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX”.<sup>34</sup>

---

31 Idem.

32 Idem.

33 Idem.

34 Idem.

Um caso recente que teve um feliz desfecho foi o Recurso Extraordinário 1.058.333, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que tratou da possibilidade de remarcar o teste de aptidão física da candidata gestante em concurso público, ainda que sem previsão editalícia. O recurso foi manejado contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que assentou que não autorizou que o exame físico fosse remarcado. Em juízo de retratação o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná manteve a decisão proferida, pois entendeu que estava em consonância com o princípio da isonomia.

A questão constitucional trazida à apreciação da Suprema Corte se cinge à possibilidade de remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente de haver previsão expressa nesse sentido no edital de concurso público.<sup>35</sup>

No caso, a candidata não compareceu ao exame físico, que é uma das etapas do certame para o cargo de Policial Militar do Estado do Paraná, em razão de estar grávida de vinte e quatro semanas. A especial condição de gerar um filho não pode contar em desfavor da mulher, a impossibilidade de remarcação do teste pode acarretar a eliminação da candidata gestante do concurso público ou risco à sua saúde e a do nascituro, deve-se avaliar se há comprometimento do princípio da isonomia e de outros valores constitucionais. Ademais, o Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, e o acesso mais isonômico a cargos públicos pressupõe que se neutralize a desvantagem que a condição de gestante possa representar para a genitora, permitindo que a mulher persiga os seus projetos de vida e suas ambições; é necessário, portanto, igualar as circunstâncias originais tanto quanto possível.

Além da igualdade material, está em jogo a dignidade humana da mulher, sobretudo na vertente da autonomia privada, bem como o postulado constitucional da proteção à maternidade e o direito ao planejamento familiar e à liberdade reprodutiva. A possibilidade de remarcação repercute no direito à saúde, pois não é proporcional ou razoável exigir que a candidata colocasse a vida intrauterina em risco, mediante a prática de exercícios físicos incompatíveis com a fase gestacional. Em outubro de 2017, o relator manifestou-se pela repercussão geral da questão constitucional suscitada.<sup>36</sup>

Em 2018 no *Habeas Corpus* 143641/SP, impetrado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, foi concedida a ordem para determinar a substituição de prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e pessoas com deficiência e também às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação. O Coletivo asseverou que a política criminal de encarceramento feminino é discriminatória e seletiva e impacta de forma desproporcional as mulheres pobres e suas famílias.<sup>37</sup>

35 STF – RE1058333/PR – Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753327328>. Acesso em: 20 ago. 2018.

36 Idem. Em novembro de 2018, “o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o direito de candidatas gestantes à remarcação de testes de aptidão física em concursos públicos, independentemente de haver previsão no edital”. “Foi aprovada a seguinte tese de repercussão geral: É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público.” In: STF. STF reconhece direito de candidata gestante à remarcação de teste de aptidão física. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/650307547/stf-reconhece-direito-de-candidata-gestante-a-remarcacao-de-teste-de-aptidao-fisica>. Acesso em: 15 dez. 2018.

37 STF – HC143.641/SP – Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 20-02-2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 20 abr. 2018.

O ministro Ricardo Lewandowski, relator do caso, questiona se há de fato uma deficiência estrutural no sistema prisional que faz com que as mães e seus filhos estejam experimentando situações de violações de direitos e conclui que a resposta é lamentavelmente positiva, essas mulheres estão privadas de cuidados médicos pré-natal e pós-parto e há uma imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. O relator utiliza dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN mulheres para exemplificar os problemas estruturais do sistema prisional, no qual apenas 34% dos estabelecimentos femininos dispõem de espaços adequados para gestantes, apenas 32% possuem berçários e 5% dispõem de creches. Nos estabelecimentos mistos esse número é muito inferior, 6% das unidades dispõem de espaço específico para gestantes, 3% dispõem de berçário e nenhum dispõe de creche. Além disso, 68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, que na maioria dos casos não envolvem violência ou grave ameaça e cuja repressão cai sobre a parcela mais vulnerável da população.<sup>38</sup>

As mulheres encarceradas sofrem uma dura realidade inconstitucional, na qual há relatos de partos em solitárias sem assistência médica ou com a parturiente algemada, ausência de cuidados pré-natal e pós-parto, falta de escolta para levar a gestante a consultas médicas, ocorrência de partos em celas, corredores ou no pátio das prisões, manutenção das crianças em celas, afastamento abrupto de mães e filhos, dentre outras atrocidades. O ministro relator relembra que a Constituição garante que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, entretanto, no caso das mulheres presas, a privação de liberdade e suas consequências são estendidas às crianças que portam no ventre e àquelas que geraram.<sup>39</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os casos acima relatados demonstram que é possível uma interpretação feminista do Direito, que busca afastar sua suposta neutralidade para deixar para trás abordagens estereotipadas e discriminatórias. Se, do ponto de vista de uma democracia procedimental, nós, mulheres, ainda estamos muito longe da equidade de representação no Congresso Nacional, onde temos pouco mais de 10% de representação, é necessário e possível pensar em outros modos de um ativismo feminista.

O ativismo feminista pode se dar por meio de judicialização das pautas que buscam igualdade e liberdade para as mulheres e, desta forma, pressionar e inspirar uma nova interpretação do Direito, partindo da desigualdade, subordinação e opressão das mulheres.

Por fim, é preciso buscar uma interpretação feminista para o Direito Constitucional, o que pode ser feito pela pergunta “the woman question”, proposta por Katherine Bartlett<sup>40</sup> como um método para verificar e ex-

<sup>38</sup> Idem.

<sup>39</sup> Idem. Nesse sentido ver: TOMAZONI, Larissa Ribeiro. Mulheres estrangeiras encarceradas. In: ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres; SÁ, Priscilla Placha; ROMFELD, Victor Sugamoto; SIMÕES, Heloisa Vieira. (org.). **Criminologias: feminismos, mídia e protestos sociais**. Curitiba: EVG – Editora Virtual Gratuita, 2018. p. 233-254.

<sup>40</sup> BARTLETT, Katherine. *Feminist Legal Methods*. Harvard Law Review, vol. 103, 1990, n. 4, p. 837.

por o impacto das normas jurídicas sobre as mulheres. Para ela, esta possibilidade pode trazer alternativas interpretativas que promovem uma alocação mais justa e equânime dos resultados sociais. Fazer a pergunta “the woman question” pode ser um método inicial para os debates sobre interpretação constitucional a respeito do aborto e nos resultados desproporcionais que sua criminalização causa às mulheres.

## REFERÊNCIAS

- BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi. **Feminist constitutionalism: Global Perspectives**. New York: Cambridge University Press, 2012.
- BARAK-EREZ, Daphne. Her-menutics: feminism and interpretation. *In*: BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi. **Feminist constitutionalism: Global Perspectives**. New York: Cambridge University Press, 2012.
- BARTLETT, Katherine. Feminist Legal Methods. *Harvard Law Review*, vol. 103, 1990, n. 4, p. 837.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). RE 1058333/PR – Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753327328>. Acesso em: 20 ago. 2018.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). RE 658.312/RJ – Rel. Min. Dias Toffoli. 27-11-2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7708619>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). RE 778.889/PE – Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 10-03-2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338347>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). ADC19/DF – Rel. Min. Marco Aurélio. 09-02-2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). HC 124.306/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio. 29-11-2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). HC143.641/SP – Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 20-02-2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- FREIRE, Alonso. Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 45-73, jan./jun. 2016. DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2016.23767>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/23767>. Acesso em: 08 nov. 2021.
- GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires, 2010.
- MONTAÑEZ, Nilda Garay. Constitucionalismo feminista: evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo oficial. *In*: VALDÉS, María del Mar Esquembre;
- SÁNCHEZ, Margarita Soler; FRANCH, Asunción Ventura; MAZÓN, Francisco J. Visiedo. **Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico-Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino**. Espanha: Corts Valencianes, 2014.
- SILVA, Chistine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi; NOWAK, Bruna. **Constitucionalismo feminista**. Salvador: JusPodivm, 2018.
- SILVA, Saete Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. As mulheres e o novo Constitucionalismo: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. *In*: ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; SIQUEIRA, Gustavo Silveira (coord.).
- História do direito**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.
- TOMAZONI, Larissa Ribeiro. Mulheres estrangeiras encarceradas. *In*: ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres; SÁ, Priscilla Placha; ROMFELD, Victor Sugamoto; SIMÕES, Heloisa Vieira. (org.). **Criminologias: feminismos, mídia e protestos sociais**. Curitiba: EVG – Editora Virtual Gratuita, 2018.



# CAPÍTULO 2

## CÂNDIDO OLHAR

Patrícia Poloni Guimarães

### AGRADECIMENTO

Primordialmente, tenho o prazer em agradecer à Prof.<sup>a</sup> Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques por ter me dado a honra de participar da compilação desta obra coletiva.

Prof.<sup>a</sup> Dra. Samantha em 2011, 2012 e 2014 foi minha docente na Universidade Paulista UNIP – SP, no curso de Direito.

A partir dessa época, fui privilegiada com sua amizade e nosso elo profissional perpetua-se com cortesia e cordialidade, assim como clama o universo jurídico.

### RESUMO

Neste capítulo delinear-se-á um breve olhar sobre alguns princípios e regras inseridos na Carta Política de 1988. Sob uma singela explanação feminina, manifestar-se-ão algumas normas constitucionais que auxiliam na busca da igualdade de direitos entre homens e mulheres.

### ESTADO DE DIREITO

Uma série de princípios foram criados, no decorrer da história, para direcionar e estruturar o Estado de Direito. Todos esses princípios podem ser observados nas inúmeras Constituições presentes no mundo, pois são elas as responsáveis por definir: estrutura básica; fundamentos e as bases para um determinado sistema.

As Revoluções Francesa e Americana muito influenciaram os princípios. Desde o século XIX, no Brasil, havia resistência na elaboração de uma Constituição Brasileira, uma vez que o país era administrado por um rei que tinha suas regras próprias. Sete constituições foram criadas, com o passar dos anos, ocasionando alterações na história do país, e princípios foram instituídos e representam, até hoje, o sustentáculo do Estado Brasileiro.

O Estado de Direito é um modelo de Estado cujo poder é limitado pelo conjunto das leis, balizado pelo direito. Os cidadãos estarão salvaguardados por meio de mecanismos que lhes darão o direito de demandar do Estado, quando esse não cumprir devidamente com seus objetivos.

## PRINCÍPIO

Conforme dispõe Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1</sup>

[...] mandamento nuclear, de um sistema verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência [...]

O que é princípio? Palavra essa que significa início de algo, aquilo que vem antes, o começo, a causa e também um conjunto de leis, definições ou preceitos utilizados para orientar o ser humano. Aquilo que o homem acredita como verdade universal, valor inegociável.

Os princípios fundamentais são as normas jurídicas informadoras do ordenamento constitucional brasileiro. Consagram os mais importantes valores que influenciaram a elaboração da Constituição Federativa do Brasil. Princípios são dotados de normatividade; constituem normas jurídicas efetivas, possuem efeito vinculante.

Os princípios constitucionais foram expressamente inseridos na carta constitucional. Norma infraconstitucional que violar qualquer um deles do mundo jurídico deverá ser extraída e considerar-se-á inconstitucional.

Segundo conhecido ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>2</sup> a respeito:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade [...] representa insurgência contra todo o sistema, subversão de valores fundamentais [...].

Vale ressaltar que há princípios não mencionados em nenhum dispositivo legal. Quando princípios são retirados do ordenamento jurídico, plausivelmente fundamentam decisões judiciais.

## PRINCÍPIOS E REGRAS

Ronald Dworkin<sup>3</sup> ensina que, ao lado das regras jurídicas, existem os princípios. As regras são aplicáveis pelo critério da subsunção – adequação de uma conduta ou fato concreto à norma jurídica; o caso concreto se enquadra à norma legal em abstrato.

Pode haver um conflito de regras, e pelos critérios tradicionais de resolução – hierarquia, cronológico e especialidade – aplica-se uma ou outra regra. Ou, ainda, os pressupostos fáticos de aplicação da regra estão presentes e por sua vez ela é válida, ou não estão presentes e ela não é aplicável.

Em se tratando de colisão entre princípios, terá prevalência aquele que, no caso concreto, tiver maior peso. Isso significa que serão aplicáveis pela dimensão do peso, e o princípio preterido em determinado caso concreto não deixará de valer e, em outra situação, poderá prevalecer.

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 958-959.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 958-959.

3 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

Robert Alexy<sup>4</sup> sustenta que os princípios

são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Para ele, regras estabelecem comando definitivos; se uma regra é válida, a outra não é aplicável. Por meio do sopesamento, balanceamento ou ponderação entre valores envolvidos na solução do caso concreto, as colisões entre os princípios devem ser solucionadas.

De acordo com o professor José Joaquim Gomes Canotilho, a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios. Isto porque

[...]

1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; 2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’; 3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; 4) é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob sua forma de regras.<sup>5</sup>

Em suma, Canotilho observa que os princípios são normas que contemplam um grau elevado de abstração e as regras possuem uma abstração relativamente reduzida, são suscetíveis de aplicação direta, contêm menor grau de generalidade e abstração e alta consistência normativa, pois dispensam aplicação de outras regras.

Na constituição brasileira coexistem regras e princípios. Um sistema exclusivo de regras seria ruim, pois não permitiria o balanceamento de valores e interesses numa sociedade pluralista, como afirma Canotilho. E um sistema baseado exclusivamente em princípios pecaria pela indeterminação, levar-nos-ia a consequências inaceitáveis.

## PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

Os princípios fundamentais do Estado Brasileiro fazem parte dos princípios constitucionais e estão inseridos na Constituição Federal de 1988 (“CRFB/88”), do Artigo 1º ao Artigo 4º, como pode ser constatado pela transcrição abaixo:

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

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre – iniciativa;

4 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 90. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/168983/mod\\_resource/content/1/Aula%2015%20-%20Alexy.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/168983/mod_resource/content/1/Aula%2015%20-%20Alexy.pdf). Acesso em: 27 out. 2020.

5 CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1.125.

V – o pluralismo político.

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

Artigo 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

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

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação.<sup>6</sup>

O último inciso do referido artigo 3º, da CRFB/88, é a explicitação da solidariedade. Extrai-se que a promoção do “bem de todos” incorpora os sentidos de responsabilidade recíproca entre as pessoas; prontidão para ajudar os menos favorecidos; elemento que, por meio da mediação jurídica, transforma pessoas em povos, constituindo fator de identidade entre os indivíduos. Ao proclamar que esta promoção dar-se-á sem preconceitos e outras formas de discriminação, estabelece a outra noção inserida no conceito de solidariedade, ou seja, o reconhecimento e aceitação da diversidade e da pluralidade social, ensejando a democracia, avultando o processo de comunicação.

A evidente ausência de preocupação com o estudo do Princípio da Solidariedade no direito constitucional brasileiro demonstra que este princípio não é tratado como princípio constitucional. A solidariedade é apresentada em outros ramos do direito,<sup>7</sup> mas dificilmente tratada sob a ótica de um princípio geral do direito. O Princípio da Solidariedade, enquanto princípio constitucional, beira a não efetividade.

A solidariedade, enquanto princípio norteador da República, não invade a esfera íntima das pessoas. Choukr afirma ser necessário existir um sentido “da própria identidade de pessoa e da própria dignidade do cidadão”<sup>8</sup> para funcionar como uma garantia social que concede a “efetividade de todo o ordenamento e de seu sistema normativo de garantias jurídicas e políticas”.<sup>9</sup> Conclui que

Este amor próprio equivale à assunção subjetiva daqueles valores da pessoa que pusemos na base dos direitos fundamentais. E constitui com paradoxo aparente, o pressuposto cultural do sentido da igualdade, como também da solidariedade e do respeito civil de outras identidades da pessoa.<sup>10</sup>

Constata-se, desta maneira, que o Princípio da Solidariedade necessita de uma tomada de consciência que vai além do âmbito jurídico e que, por isso, sua efetividade depende de algo coletivo.

6 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

7 Destaca-se a questão da solidariedade entre credores e devedores no direito das obrigações, entre os responsáveis pelo pagamento do tributo e o financiamento da seguridade social, que é obrigação de toda a sociedade.

8 CHOUKR, Fauzi Hassan. O ponto de vista externo. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 755.

9 Ibidem.

10 Ibidem.

Segundo Philippe Perrenoud, “a solidariedade é uma construção social e cultural, uma conquista frágil da civilização”<sup>11</sup> contra o “egocentrismo e o egoísmo”. Desta forma, corroborando com o aqui apresentado, o autor afirma que para o desenvolvimento de uma sociedade solidária são necessárias três condições:

1. O princípio de solidariedade deve fazer parte das ideias e dos valores centrais da maior parte dos indivíduos. Cada um deveria saber não apenas do que se trata, mas acreditar firmemente nele, incorporar a ele uma parte de sua identidade e de sua autoestima, sentir que, quando se mostra solidário, está de acordo com a cultura do grupo a que pertence, não aparecendo como um ingênuo, e sim como uma pessoa generosa e sensata.
2. Deve existir uma forma de reciprocidade, pelo menos a meio-termo. Apenas um santo poderá dar sem jamais receber nada, certamente porque a alegria de dar dispensa-o de outras satisfações. A maior parte dos seres humanos comuns não pode ser permanentemente solidária em sentido único. É preciso que pelo menos a meio-termo e na média a solidariedade seja um bom cálculo, inscreva-se em um contrato social, em uma forma de reciprocidade.
3. A solidariedade não é sempre dada por antecipação; ela é obtida à custa de lutas individuais e sociais.<sup>12</sup>

Perrenoud confirma, também, a necessidade, portanto, de uma consciência coletiva acerca da solidariedade, entender que essa é um fato social, construída socialmente.

A solidariedade, contudo, constituindo-se como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, deve envolver toda a sociedade, abrindo caminhos para o diálogo e não sendo interpretada como simples fato de fazer caridade. Solidariedade também é um elemento integrador de uma nação e facilitadora da democracia.<sup>13</sup>

De forma explícita ou implícita, estão espalhados outros princípios fundamentais por todo texto constitucional e muitos de forma exaustiva se repetem para que não sejam desprezados.

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

- I – independência nacional;
- II – prevalência dos direitos humanos;
- III – autodeterminação dos povos;
- IV – não intervenção;
- V – igualdade entre os Estados;
- VI – defesa da paz;
- VII – solução pacífica de conflitos;
- VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X – concessão de asilo político.

**Parágrafo único.** A república Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.<sup>14</sup>

11 PERRENOUD, Philippe. **As competências a serviço da solidariedade**. Disponível em: [https://www.unige.ch/fapse/SSE/teachers/perrenoud/php\\_main/php\\_2003/2003\\_07.html](https://www.unige.ch/fapse/SSE/teachers/perrenoud/php_main/php_2003/2003_07.html). Acesso em: 07 nov. 2020.

12 PERRENOUD, Philippe. **As competências a serviço da solidariedade**. Disponível em: [https://www.unige.ch/fapse/SSE/teachers/perrenoud/php\\_main/php\\_2003/2003\\_07.htm](https://www.unige.ch/fapse/SSE/teachers/perrenoud/php_main/php_2003/2003_07.htm). Acesso em: 07 nov. 2020.

13 CASALI, Guilherme Machado. O princípio da solidariedade e o artigo 3º da constituição da República Federativa do Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 1, n. 1, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/guilherme%20%20machado%20casalli%20revista%20de%20direito.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2021.

14 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

Princípios Constitucionais são o alicerce para qualquer indivíduo. São as principais normas fundamentais de conduta de um indivíduo mediante às leis impostas; podem ser classificados como base do próprio Direito.

A Constituição Federal é a lei fundamental e os princípios constitucionais tutelam os atributos fundamentais da ordem jurídica.

## PRINCÍPIOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS

São princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. São os princípios oriundos das normas constitucionais e que representam alguns desdobramentos,<sup>15</sup> tais como:

*Princípio da Supremacia da Constituição Federal* – A Constituição está no cume do ordenamento jurídico constitucional e sob pena de inconstitucionalidade nenhuma norma jurídica pode contrariá-la material ou formalmente;

*Princípio da Legalidade* – Um dos princípios mais importantes da nossa Constituição. Previsto no artigo 5º, II, da Constituição Federal, preconiza: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O princípio da legalidade tem uma aplicação diferenciada para o Estado e para as pessoas em geral. O Estado tem o dever de fazer o que a lei determina, o que a lei impõe. Já para o particular, o princípio da legalidade tem aplicação diversa: o particular pode fazer o que a lei não proíbe;

*Princípio da Liberdade* – No artigo 5º, II, sobredito, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, traz em sua essência, de forma expressa, o princípio da legalidade, e de maneira implícita o direito à liberdade de ação, de maneira relativizada, por aquele;

*Princípio da Isonomia* – Não se admite discriminação de qualquer natureza em relação aos seres humanos. O direito de igualdade versa em afirmar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, de acordo com a Constituição Federal, artigo 5º, *caput*;

Os princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, doutrinariamente, são tratados em conjunto. Dessa forma, pode-se concluir que o contraditório está contido na ampla defesa; assegurando-se essa, estar-se-á também assegurando o contraditório.

*Princípio da Ampla Defesa* – Ensina-nos Celso Ribeiro Bastos, juntamente com Ives Gandra Martins, que: por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade [...] basta salientar o direito em pauta como um instrumento assegurador de que o processo não se convergirá em uma luta desigual em que ao autor cabe a escolha do momento e das armas para travá-la e ao réu só cabe timidamente esboçar negativos.<sup>16</sup>

*Princípio do Contraditório* – Celso Ribeiro Bastos<sup>17</sup> afirma que:

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> BASTOS, Celso Ribeiro *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2. p. 266.

<sup>17</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 387-388.

O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é, pois, a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-lhe ou dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

*Princípio da Simetria* – Há de existir uma relação de paralelismo entre as disposições constitucionais destinadas à união e os demais entes federativos. No sistema federativo, ainda que os Estados-Membros e os Municípios tenham capacidade de auto-organizar-se, essa auto-organização se sujeita aos limites estabelecidos pela própria Constituição Federal. Os Estados-Membros se organizam obedecendo o mesmo modelo constitucional adotado pela União;

*Princípio da Proporcionalidade da Lei* – Coíbe excessos desarrazoados, por meio da aferição da compatibilidade entre os meios e os fins da atuação administrativa, para evitar restrições desnecessárias ou abusivas.

Artigo 5º – Constituição da República Federativa do Brasil

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes nos País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

O Constituinte originário estabeleceu um inciso específico para a igualdade de gênero, embora não fosse necessário.

Em comparação com os homens, historicamente, as mulheres sempre tiveram um desprestigiado tratamento. Adquiriram o direito ao voto apenas em 1932 – Código Eleitoral vigente –, da mesma forma que na vigência do Código Civil de 1916 tinham um papel inferior numa família, em especial, patriarcal. Além disso, a doutrina da época chegava a afirmar a diferença substancial entre o adultério masculino – juridicamente perdoável – e o feminino – juridicamente mais grave.<sup>18</sup>

A não recepção de dispositivos legais altamente discriminatórios foi a primeira consequência da publicação da Constituição de 1988. Vide exemplo a seguir: Código Civil de 1916, artigo 233: “*o marido é chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos*”. O referido dispositivo legal perdeu sua validade com o advento da Constituição Federal de 1988.

Essa igualdade constitucional entre homem e mulher é uma igualdade material; eles não têm um tratamento igual, idêntico, por parte do Estado, que poderá dar um tratamento diferenciado, na medida em que os gêneros se desigualem.

<sup>18</sup> Entretanto, do ponto de vista puramente psicológico, torna-se sem dúvida mais grave o adultério da mulher. Quase sempre, a infidelidade no homem é fruto de capricho passageiro ou de um desejo momentâneo. Seu deslize não afeta de modo algum o amor pela mulher. O adultério desta, ao revés, vem demonstrar que se acham definitivamente rotos os laços afetivos que a prendiam ao marido e irremediavelmente comprometida a estabilidade do lar. Para o homem, escreve Somerses Maugham, uma ligação passageira não tem significação sentimental, ao passo que para a mulher sim. Além disso, os filhos adúlteros que a mulher venha a ter ficarão necessariamente ao cargo do marido, o que agrava a imoralidade, enquanto os do marido com a amante jamais estarão sob os cuidados da esposa. Por outras palavras, o adultério da mulher transfere para o marido o encargo de alimentar a prole alheia, ao passo que não terá essa consequência o adultério do marido. Por isso, a sociedade encara de modo mais severo o adultério da primeira (MONTEIRO, 2010, p. 117).

Desde o Império, o princípio da igualdade é apregoado nas Constituições brasileiras, como o princípio da igualdade perante a lei. Denota que a lei e a sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em consideração distinções. O preceito contido no *caput* do artigo 5º da Carta Constitucional de 1988 assevera a tradição constitucional quanto ao princípio da igualdade.

O princípio da igualdade inaugura o capítulo dos direitos individuais e a Constituição ratifica esse princípio por meio de muitas normas, diretamente determinadoras da igualdade, e outras almejando a equidade entre os desiguais mediante a concessão de direitos sociais fundamentais.

Assim é que, já no mesmo art. 5º, I, declara que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Depois, no art. 7º, XXX e XXXI, vêm regras de igualdade material, regras que proibem distinções fundadas em certos fatores, ao vedarem diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.<sup>19</sup>

Historicamente, o princípio da igualdade constantemente foi consagrado nas Constituições brasileiras. Todavia, os aplicadores da lei nem sempre entenderam assim. Primeira Constituição Republicana, 1891, estatua eleitores todos os cidadãos maiores de 21 (vinte e um) anos que se alistassem, na forma da lei, porém os aplicadores da norma compreenderam que se declarava a intenção de excluir as mulheres.

Mas a luta da mulher brasileira pela cidadania começou a repercutir positivamente a partir de 1922, por Bertha Lutz,<sup>20</sup> com a criação da primeira organização de mulheres – Federação Brasileira para o Progresso Feminino –, cuja palavra de ordem era a conquista do voto em igualdade de condições com o homem. A primeira conquista dessa organização, após sua criação, foi nas eleições para a Constituinte de 1934. As mulheres conquistaram o direito ao voto e a permissão de comparecerem às urnas como eleitoras ou candidatas.

Numa sociedade tradicionalmente dominada por homens, durante cinco décadas de penosa luta, as mulheres foram conquistando condições de igualdade, contra discriminações das mais variadas formas.

A Carta Magna de 1988 engendrou mudanças significativas na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao explicitar no artigo 5º, inciso I, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição.

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. rev. Salvador, BA: Juspodivm, 2013.

<sup>20</sup> Nascida em São Paulo, no dia 2 de agosto de 1894, filha da enfermeira inglesa Amy Fowler e do cientista e pioneiro da Medicina Tropical Adolfo Lutz, Bertha Maria Júlia Lutz é conhecida como uma das maiores líderes na luta pelos direitos políticos das mulheres brasileiras. Zoóloga de profissão, Bertha foi educada na Europa, onde entrou em contato com a campanha sufragista inglesa. Empenhou-se na luta pelo voto feminino e criou, em 1919, a Liga para a Emancipação Intelectual da Mulher, que foi o embrião da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino (FBPF). Em 1922, Lutz representou as brasileiras na Assembleia-Geral da Liga das Mulheres Eleitoras, nos Estados Unidos, sendo eleita vice-presidente da Sociedade Pan-Americana. Candidata, em 1933, a uma vaga na Assembleia Nacional Constituinte de 1934, Lutz obteve a primeira suplência no pleito seguinte e assumiu o mandato de deputada na Câmara Federal em julho de 1936, em decorrência da morte do titular. Sua atuação parlamentar foi marcada por proposta de mudança na legislação referente ao trabalho da mulher e do menor, visando, além de igualdade salarial, à licença de três meses para a gestante e à redução da jornada de trabalho, então de 13 horas diárias. Com o regime do Estado Novo, implantado em 1937, e o fechamento das casas legislativas, Lutz permaneceu ocupando importantes cargos públicos, entre os quais a chefia do setor de Botânica do Museu Nacional, cargo no qual se aposentou em 1964. Embora não fosse diplomata, Bertha Lutz integrou, a convite, a delegação do Brasil à Conferência de São Francisco, que, entre maio e junho de 1945, redigiu e adotou a Carta das Nações Unidas. Foi a única mulher da delegação brasileira e uma de um total de quatro mulheres delegadas na Conferência. Na ocasião, defendeu a igualdade entre homens e mulheres, consagrada no preâmbulo e no artigo 8 da Carta das Nações Unidas. Por conta de sua destacada atuação na Conferência de São Francisco e na luta pelos direitos das mulheres, Lutz foi convidada, em 1975, Ano Internacional da Mulher estabelecido pela ONU, a integrar a delegação brasileira à primeira Conferência Internacional da Mulher, realizada na Cidade do México. Bertha Lutz faleceu no Rio de Janeiro em 16 de setembro de 1976, aos 84 anos.



Ao cotejar direitos e obrigações de homens e mulheres, em todos os níveis, a Constituição elucida que a igualdade de homens e mulheres está contida na norma geral da igualdade perante a lei, assim como em todas as normas constitucionais que obstam discriminação de sexo. Observem transcrições:

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

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Artigo 7º. *São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;<sup>21</sup>

Constata-se, contudo, que o próprio texto constitucional gera discriminações a favor das mulheres, no artigo 7º, incisos XVIII, XIX e XX, por exemplo. Veja:

Artigo 7º. *São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias;

XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;<sup>22</sup>

Promovem-se discriminações a favor da mulher na licença-gestação com duração superior à licença-paternidade e o incentivo ao trabalho da mulher, mediante normas protetoras.

No exemplo supracitado, há uma fundamentação própria dessa discriminação em favor da mulher. É de ordem biológica, uma vez que o homem não precisa participar diretamente do parto – atividade que provoca na mulher a necessidade de repouso – e nem diretamente da amamentação – necessidade biológica do filho de ser alimentado pela mãe. Ainda existem, de fato, situações de desigualdade que assistem os homens quanto a condições de trabalho e salário.

Por óbvio que essa discriminação não decorre de razões de ordem biológica, porque se reconhecem à mulher as condições físicas, intelectuais e psicológicas de competir no mercado de trabalho com o homem. Os motivos que ensejam essa diferença procedem do desejo do legislador Constituinte de proteger a mulher contra um mercado de trabalho notadamente machista.

Destaca-se, finalmente, que o exemplo mencionado foi um caso excepcional e não contradiz o princípio geral da Constituição: igualdade entre os sexos. Por ser excepcional, não pode ser empregado como criação de uma nova ressalva, por via analógica, aplica-se o preceito básico da hermenêutica: a exceção deve ser interpretada de modo estrito, aplicando-se a regra geral sempre que ocorram incertezas quanto a novos casos excepcionais.

21 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

22 Ibidem.

## CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E OS DIREITOS DA MULHER

A luta próspera do movimento feminino evidencia-se na Constituição de 1988. Garante-se a isonomia jurídica entre homens e mulheres no âmbito familiar; proíbe-se a discriminação no mercado de trabalho por motivo de sexo resguardando a mulher com regras especiais de acesso; ampara o direito das presidiárias de amamentarem seus filhos; tutela a maternidade como um direito social; institui ser dever do Estado reprimir a violência no que tange as relações familiares, dentre outras conquistas.

As Cartas Estaduais e a legislação infraconstitucional complementaram as determinações constitucionais. Destacam-se o novo Código Civil, que efetuou mudanças vultosas na situação feminina; a Lei nº 8.930/94 – abarca o estupro no rol dos crimes hediondos; a Lei 9.318/96 – agrava a pena dos crimes cometidos contra a mulher grávida; a Lei nº 11.340/06, *Lei Maria da Penha* – penaliza casos de violência doméstica; e a Lei nº 13.104, lei do feminicídio, promulgada em 09 de março de 2015. Normas essas que elucidam os avanços ocorridos em relação à proteção dos direitos fundamentais femininos desde 1988.

Tanto a Lei nº 11.340/06 quanto a lei do feminicídio não criaram nenhum tipo penal novo. Concedem, apenas, um tratamento distinto à violência cometida contra a mulher, em todos os aspectos, com agravamento da pena devido ao alto grau de incidência que se reflete em dados estatísticos.

Conjuntamente, não se pode deixar à baila que foram firmados tratados internacionais sobre os direitos humanos das mulheres – Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW (ONU-1979)<sup>23</sup>; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará da OEA<sup>24</sup>.

Medidas legislativas, em prol das mulheres, vêm sendo adotadas pelo Estado brasileiro, tanto no âmbito interno quanto no âmbito internacional. São conquistas relevantes para a sociedade como um todo.

É um caminho notório e sem volta a isonomia entre homens e mulheres. É uma luta que se esboçou e vem se desenhando em prol do empoderamento da mulher, da amplificação participativa em espaços públicos e da efetiva igualação. Faz-se necessário almejar uma posição equilibrada entre os sexos na sociedade, perenizar o caminho isonômico, sempre que possível for, por meio de ações proativas e de cunho transitório.

23 CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA. **Os direitos das mulheres na legislação brasileira pós-Constituinte**. Almira Rodrigues; Iáris Cortês. (org.). Brasília: Letras Livres, 2006. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará da OEA. É o primeiro tratado internacional legalmente vinculante que criminaliza todas as formas de violência contra a mulher, em especial a violência sexual. Foi ratificada por 180 países, porém foi a Convenção que mais apresentou reservas dos países. O Brasil assinou a Convenção em 31 de março de 1981, mas somente a ratificou em 1º de fevereiro de 1984, por meio do Decreto Legislativo 93, de 14 de novembro de 1983 com reservas relativas ao artigo 15, parágrafo 4º, artigo 16, parágrafo 1º, alíneas “a”, “c”, “g” e “h”, bem como o artigo 29, parágrafo 1º, que se referiam à igualdade conjugal, tendo em vista que o nosso Código Civil não reconhecia a igualdade entre marido e mulher, conferindo ao homem a chefia da sociedade conjugal. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 27 ago. 2021.

24 É o primeiro tratado internacional legalmente vinculante que criminaliza todas as formas de violência contra a mulher, em especial a violência sexual. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 27 ago. 2021.

Sem dúvida, um percurso longo, mas sempre ilustre. Um contínuo caminhar, com o propósito de promover mudanças de mentalidades, arroteando cidadãos, para abolir desigualdades reais e simbólicas consumadas contra a mulher. Um atuar com função pedagógica. Um longo caminhar.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 90. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/168983/mod\\_resource/content/1/Aula%2015%20-%20Alexy.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/168983/mod_resource/content/1/Aula%2015%20-%20Alexy.pdf). Acesso em: 27 out. 2020.
- BASTOS, Celso Ribeiro *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 26 out. 2020.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CASALI, Guilherme Machado. O princípio da solidariedade e o artigo 3º da constituição da República Federativa do Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 1, n. 1, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/guilherme%20%20machado%20casalli%20revista%20de%20direito.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2021.
- CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA. **Os direitos das mulheres na legislação brasileira pós-Constituinte**. Almira Rodrigues; Iáris Cortês. (org.). Brasília: Letras Livres, 2006.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. O ponto de vista externo. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**. Disponível em <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm> Acesso em: 08 nov. 2021.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LUTZ, Bertha. *Biografia*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/plano-nacional-de-acao-sobre-mulheres-paz-e-seguranca/14884-bertha-lutz>. Acesso em: 07 nov. 2020.
- MARTINS, Flavio. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, vol. 2, 10. ed., Editora São Paulo: Saraiva, 2010.
- PERRENOUD, Philippe. **As competências a serviço da solidariedade**. Disponível em: [https://www.unige.ch/fapsc/SSE/teachers/perrenoud/php\\_main/php\\_2003/2003\\_07.html](https://www.unige.ch/fapsc/SSE/teachers/perrenoud/php_main/php_2003/2003_07.html). Acesso em: 07 nov. 2020.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. rev. Salvador, BA: Juspodivm, 2013.

## CAPÍTULO 3

# HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL FEMINISTA E O JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO: UM ESTUDO DE CASO

Christine Oliveira Peter da Silva

Camila Costa Magalhães de Lacerda

### INTRODUÇÃO

A *Constituição Federal de 1988*, em seu artigo 5º, inciso I, assegurou formalmente a igualdade entre homens e mulheres no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. O objeto do presente artigo é uma reflexão sobre as condições de possibilidade da adoção de uma metodologia de julgamento com perspectiva de gênero, no Brasil, com suporte na hermenêutica constitucional feminista, a partir de um estudo de caso.

A hermenêutica constitucional feminista propõe que, ao lidar com problemas jurídico-constitucionais típicos, por meio de uma visão plural, aberta e tolerante, deve-se reconhecer a igualdade de gênero como premissa dogmática-jurídica, a qual preza pela garantia de uma diferença não desigual.<sup>1</sup>

A realidade socio-cultural-jurídica brasileira ainda está muito distante da concretização da igualdade de gênero, seja no âmbito das relações entre os particulares, seja no âmbito das relações dos cidadãos com o Estado. No que diz respeito às relações entre particulares, sabe-se que a mulher enfrenta, diariamente, as mais diversas violências, seja ela física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral. No que diz respeito às relações com o Estado, pode-se afirmar que a violência é invisibilizada.

Não há dúvida de que as mulheres encontram muitas dificuldades no acesso aos espaços públicos de poder e de tomada de decisões, em razão de sua condição feminina, ou, em outros termos, simplesmente por ser mulher, mas, na maioria das vezes, isso é negado ou até visto como uma falácia.

Com efeito, o sistema patriarcal no Brasil, caracterizado por sua masculinidade hegemônica,<sup>2</sup> configurada historicamente, recusa-se a ceder espaço às mulheres, especialmente, para os cargos nas cúpulas de po-

1 Desdobramentos dessa ideia já foram, sumariamente, expostos em: PETER, C. Constitucionalismo Feminista ressoa no Supremo Tribunal Federal. *Consultor Jurídico*, 29 dez. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-29/observatorio-constitucional-constitucionalismo-feminista-ressoa-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 29 nov. 2020.

2 Conforme anota Mariana Chaves Petersen: [...] esse tipo de masculinidade, cuja definição variou ao longo dos anos, distinguiu-se das outras subordinadas a ela, sendo adotada possivelmente por uma minoria dos homens (ou talvez por nenhum homem real); ela é normativa, de forma que exige um posicionamento em relação a ela por parte dos homens, assim como legitima a subordinação das mulheres – o que pode se dar por meio de violência. Ainda de acordo com eles, as masculinidades hegemônicas passaram a ser vistas como abertas à mudança histórica, de forma que novas masculinidades poderiam substituir as anteriores na hegemonia. Uma das críticas a esse conceito é de que ele essencializa a diferença “macho-fêmea”; quanto a isso, os autores chamam atenção para estudos sobre masculinidades em corpos femininos, como veremos mais adiante. (p. 94-95). Vide: PETERSEN, Mariana Chaves. Da masculinidade hegemônica às subalternas: a masculinidade lésbica em contos brasileiros contemporâneos. *Revista Estação Literária*, v. 16, p. 91-105, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/estacaoliteraria/article/view/28495>. Acesso em: 27 ago. 2021.

der. Para tal constatação, basta, por exemplo, uma rápida análise nos percentuais de mulheres que integram os órgãos de cúpula do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

No Poder Legislativo, apesar de serem a maioria da população brasileira e do eleitorado nacional, as mulheres sequer alcançam 15% nos cargos eletivos do país. São exatos 12,32% em 70 mil cargos eletivos. As mulheres brasileiras ocupam apenas 13% do total das cadeiras do Senado, 15% na Câmara dos Deputados e a vexatória 140ª posição no ranking de representatividade feminina no parlamento, entre 193 países pesquisados, segundo o relatório da Organização das Nações Unidas (ONU) e da União Interparlamentar.<sup>3</sup>

No Poder Judiciário, a ocupação das mulheres em cargos da magistratura subiu de 24% em 1998 para 38% em 2019. Nas Cortes Superiores, de 90 ministros, divididos entre cinco tribunais, apenas 14 são mulheres, correspondendo a 15,5%. Nos Tribunais de Justiça de todos os estados brasileiros, apenas 20% dos cargos de desembargador são ocupados por mulheres.<sup>4</sup>

Já no Poder Executivo, as mulheres ocupam apenas 16,48% dos cargos nas 528 secretarias existentes nos 26 estados brasileiros e no Distrito Federal. São 87 mulheres e 441 homens, os quais representam 83,52% do total.<sup>5</sup> No Executivo Federal, dos 22 ministérios, apenas dois (Ministério da Agricultura e Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos) são comandados por mulheres, ou seja, apenas 9% do total de ministérios.<sup>6</sup>

Diante de tal cenário, tendo em vista que as mulheres ainda não ocupam, proporcionalmente, os espaços públicos de poder e de tomada de decisões, é de suma importância o questionamento acerca de como o Estado, no âmbito das três funções de poder, pode elaborar leis, proferir decisões e gerenciar políticas públicas, sem a presença de mulheres que, não obstante sejam mais da metade da população do país, não são respeitadas, nem consideradas sobre suas específicas demandas e necessidades.

Sob tal perspectiva, pretende-se explorar, neste trabalho, a atuação do Poder Judiciário que, formado em sua maioria por homens, brancos, de classe média/alta e com formação cultural influenciada pela masculinidade hegemônica, acaba por reproduzir, reafirmar e propagar os ideais do patriarcado, corroborando, de um lado, com a manutenção de privilégios/hierarquia masculina e, de outro, com a rejeição, opressão e exclusão das mulheres.

Com apoio na doutrina de Fabiana Severi,<sup>7</sup> o presente estudo toma como premissa o fato de que o Direito, entendido também como prática social, tem contribuído, historicamente, com a naturalização dos estereótipos

3 LEILA DO VOLEI. Por mais mulheres na política! **Opinião**, 08 mar. 2020. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opinio/2020/03/08/internas\\_opinio,832829/artigo-por-mais-mulheres-na-politica.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opinio/2020/03/08/internas_opinio,832829/artigo-por-mais-mulheres-na-politica.shtml). Acesso em: 25 nov. 2020.

4 REDAÇÃO DO MIGALHAS. Mulheres ainda são minoria em todo Poder Judiciário, apontam dados. **Mulheres no Poder**, 24 nov. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/336640/mulheres-ainda-sao-minoria-em-todo-poder-judiciario--apontam-dados>. Acesso em: 25 nov. 2020.

5 <https://oig.cepal.org/pt>

6 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE. **Participação de mulheres no governo Bolsonaro é uma das menores do mundo**. Disponível em: <https://cnts.org.br/noticias/participacao-de-mulheres-no-governo-bolsonaro-e-uma-das-menores-do-mundo/>. Acesso em: 25 nov. 2020.

7 SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 3, n. 3, Especial: Direito e Desigualdades, p. 574-601, 2016. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 27 ago. 2021.

de gênero, ao aceitá-los acriticamente ou tomá-los como referências na construção argumentativa, por exemplo, das decisões judiciais. Tal uso reforça as experiências de desigualdade e de discriminação baseadas em gênero e/ou sexo e legitima consequências injustas às mulheres, em termos de reconhecimento de dignidade e de distribuição de bens públicos.

Importante lembrar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ressalta a necessidade de busca de modificações substanciais na cultura judicial para que as mulheres possam obter acesso de direito e de fato à justiça institucional, pois os padrões socioculturais discriminatórios têm influenciado, de forma decisiva, na atuação de profissionais do sistema de justiça. Entre tais modificações, é citada a necessidade de que as atividades jurisdicionais incorporem, em sua fundamentação, os parâmetros normativos internacionais e regionais de direitos humanos das mulheres.<sup>8</sup>

As cortes superiores de justiça de vários países da América Latina e do Caribe, juntamente com órgãos temáticos das Nações Unidas, têm buscado promover a incorporação e a institucionalização da perspectiva de gênero e do direito internacional dos direitos humanos das mulheres na administração da justiça, garantir a modernização e a reforma dos órgãos judiciais e promover planos estratégicos com metas de curto, médio e longo prazo, bem como medidas específicas para erradicar a discriminação e a desigualdade com base em sexo e/ou gênero.<sup>9</sup>

Para acompanhar tais esforços é necessário também aqui no Brasil refletir e propor a construção de ferramentas metodológicas para o cumprimento do dever de concretizar a igualdade de gênero, no âmbito do devido processo legal, tanto adjetivo quanto substantivo, visando a adoção de uma hermenêutica jurídica com perspectiva de gênero, de modo interseccional, nas demandas judiciais.

O Constitucionalismo Feminista, como meio e possibilidade da hermenêutica voltada para compreender e interpretar o Direito e a Constituição, do lugar de fala do feminino, em toda a sua mais ampla acepção, consiste em: identificar e desafiar os elementos da dogmática jurídica que discriminam por gênero, raciocinar a partir de um referencial teórico segundo o qual as normas jurídicas e constitucionais são respostas pragmáticas para dilemas concretos das mulheres reais, mais do que escolhas estáticas entre sujeitos opostos ou pensamentos divergentes.<sup>10</sup>

A partir de tais compreensões, o presente artigo vai, por meio da análise de precedente, registrar de que forma um julgamento, realizado sob o enfoque da perspectiva de gênero, pode contribuir para a construção de modelos de atividade jurisdicional comprometidos com a concretização do artigo 5º, I, da Constituição,

8 SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 3, n. 3, Especial: Direito e Desigualdades, p. 574-601, 2016. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 27 ago. 2021.

9 SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 3, n. 3, Especial: Direito e Desigualdades, p. 574-601, 2016. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 27 ago. 2021.

10 PETER, C. Constitucionalismo Feminista ressoa no Supremo Tribunal Federal. *Consultor Jurídico*, 29 dez. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-29/observatorio-constitucional-constitucionalismo-feminista-ressoa-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 29 nov. 2020.

ajudando a eliminar as relações de subordinação e desigualdades motivadas por razões de sexo e/ou gênero. Assim, com esteio em revisão bibliográfica e análise de discurso da sentença proferida no Processo TJDF n. 0704083-94.2020.8.07.0018, sentença publicada no DJE em 13.11.2020, propõe-se uma virada epistemológica no paradigma hermenêutico-jurídico, no caminho de uma hermenêutica constitucional feminista.

Inicialmente, será feita uma abordagem teórica sobre o significado da palavra gênero e de como os estereótipos de gênero operam, negativamente, no âmbito das práticas do sistema de justiça. No segundo tópico, será analisado como a atividade jurisdicional desempenhada pelos Tribunais pode, a partir de uma nova proposta metodológica, com foco na igualdade de gênero, desempenhar um papel importante na emancipação, autonomia e inclusão das mulheres, em benefício de toda a sociedade. Por fim, será realizado o estudo de caso de uma sentença<sup>11</sup> que assegurou a uma categoria de servidoras gestantes do Distrito Federal os direitos sociais de proteção à maternidade e de proibição de diferença salarial por motivo de gênero, de forma a concretizar a igualdade entre homens e mulheres, prevista no artigo 5º, I, da Constituição da República.

A discussão no Brasil ainda é inédita, apesar de já não ser de forma que o presente capítulo pretende ser uma provocação e um convite à reflexão.

## A QUESTÃO DE GÊNERO

A hermenêutica feminista, como instrumento de combate à desigualdade de gênero, é instrumento para compreender as questões jurídicas, levando-se em consideração a questão de gênero. Nesse contexto, Salete Maria nos apresenta o que ela denomina de feminismo jurídico:<sup>12</sup>

Conceitualmente, pode-se dizer que o feminismo jurídico corresponde a um conjunto de críticas, teorias, proposições metodológicas e atividades práticas desenvolvidas por juristas feministas em face do fenômeno jurídico, dentro ou fora do sistema de justiça. A proposta central deste tipo de feminismo é desenvolver reflexões e sobretudo ações que promovam transformações radicais no âmbito das normas, discursos e práticas jurídicas, tendo como foco a obtenção da igualdade de gênero. O ponto de partida do feminismo jurídico é a percepção do caráter androcêntrico, porém cada vez mais ambíguo e enviesado, do direito, identificado como produto das sociedades patriarcais.

Segundo Marta Lamas, a palavra gênero foi cunhada pela psicologia, em sua vertente médica, e podia ser entendida como a construção social do feminino e do masculino.<sup>13</sup> Desde uma perspectiva psicológica, “gênero” articulava três instâncias básicas: a) a assinalação (rotulação, atribuição) de gênero; b) a identidade de gênero; c) o papel de gênero.<sup>14</sup>

11 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Processo n. 0704083-94.2020.8.07.0018. Sentença publicada no DJE em 13.11.2020.

12 SILVA, S. M. Feminismo Jurídico: uma introdução. *Cadernos de Gênero e Diversidade*, v. 4, n. 1, p. 20-83, 2018.

13 LAMAS, Marta. La antropología feminista y la categoría “género”. *Nueva Antropología*, México, v. 8, n. 30, p. 173-198, 1986. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15903009>. Acesso em: 27 ago. 2021.

14 Nesse momento, considerado como a segunda onda/fase do feminismo (a primeira teria sido a luta pelo sufrágio universal e pela igualdade de direitos reconhecidos aos homens), o conceito de gênero foi introduzido para complementar o de “sexo” e não para substituí-lo: o biológico foi assumido como a base sobre a qual os significados culturais são constituídos. Vide: NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. *Revista de Estudos Feministas*, Santa Catarina, v. 8, n. 2, p. 8-41, 2000. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/11917>. Acesso em: 27 ago. 2021.

A segunda onda feminista, a partir dos anos de 1960, buscava o direito à não discriminação por gênero e envolveu aspectos mais amplos do que a primeira onda propunha, pois, além de promover a luta pela igualdade e a não discriminação de gênero, foi acrescida a luta pela liberdade de ser mulher, liberdade sexual, ampliação de direitos no trabalho, dentre outros.<sup>15</sup>

Dois pilares epistemológicos se fizeram importantes, portanto, na segunda onda: a diferença sexual como um fato (sendo o gênero a construção social a partir dessas diferenças) e a noção de identidade como algo substancial, marcado pela constância. No entanto, a categoria utilizada nesse momento histórico foi o de “mulher”, entendida como uma essência comum às mulheres, ignorando-se a diversidade de realidade de várias mulheres que não as brancas de classe média e alta.<sup>16</sup>

A terceira onda do movimento feminista, a partir do final da década de 1980, busca a concretização dos direitos formalmente consolidados (igualdade e liberdade), mas também busca direitos que abrangem a sociedade como um todo. A terceira onda retira do seu foco central a esfera individual para enfatizar toda a coletividade. Buscam-se os direitos transindividuais, ou seja, direitos difusos que atingem as mulheres em todos os lugares, tanto na esfera pública como na privada.<sup>17</sup>

A categoria adotada, primeiramente, foi a de “mulheres”, justamente para apontar a diversidade de experiências e localização de mulheres que não se viam representadas na categoria “mulher”, tais como as mulheres negras, indígenas, lésbicas, dentre outras. A partir da década de 1990, a categoria “relações de gênero” passou a ser amplamente utilizada nos países do hemisfério norte. No entanto, as novas categorias que foram surgindo não fizeram desaparecer as anteriores.<sup>18</sup>

A terceira onda do feminismo, portanto, veio justamente questionar alguns dos pressupostos teóricos assumidos pela segunda onda. O primeiro deles, fruto das contribuições da filósofa Judith Butler, colocou em xeque a inquestionabilidade da diferença sexual, anatômica, biológica. Ou seja, a ideia de que a biologia é um fato que antecede a própria história. Não se trata, entretanto, de negar que existam diferenças, mas, antes, de apontar como e o por que exatamente essas diferenças foram usadas de uma determinada forma, para justificar espaços sociais de maior ou menor empoderamento.<sup>19</sup>

Aqui importante lembrar que diferença foi traduzida pela doutrina feminista de segunda onda como oposição e desigualdade. “Gênero” é, portanto, um conceito relacional e implica, sempre, relações de poder, de privilégios, de maior ou menor prestígio. O que Judith Butler destaca, então, é que a diferença sexual é uma construção de gênero. Não existe acesso direto e atemporal ao corpo: esse acesso é sempre mediado pela cul-

15 PETER, C. Constitucionalismo Feminista ressoa no Supremo Tribunal Federal. *Consultor Jurídico*, 29 dez. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-29/observatorio-constitucional-constitucionalismo-feminista-ressoa-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 29 nov. 2020.

16 ZANELLO, V. *Saúde mental, gênero e dispositivos*: cultura e processos de subjetivação. Curitiba: Appris, 2018.

17 PETER, C. Constitucionalismo Feminista ressoa no Supremo Tribunal Federal. *Consultor Jurídico*, 29 dez. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-29/observatorio-constitucional-constitucionalismo-feminista-ressoa-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 29 nov. 2020.

18 ZANELLO, V. *Saúde mental, gênero e dispositivos*: cultura e processos de subjetivação. Curitiba: Appris, 2018.

19 BUTLER, J. Os atos performativos e a constituição do gênero: um ensaio sobre fenomenologia e teoria feminista. Tradução Jámille Pinheiro Dias, *Caderno de Leituras*, n. 78, p. 1-16, junho 2018.



tura, por meio de *scripts* culturais (como agir, pensar, sentir), que já existem antes de nascermos e são mantidos por práticas sociais que se reproduzem na sociedade de forma consciente ou inconsciente.<sup>20</sup>

Nesse sentido, segundo Teresa Lauretis, o sujeito é constituído no gênero, mas não apenas pela diferença sexual, mas, sim, e, principalmente, por meio de códigos linguísticos e representações culturais.<sup>21</sup> Partindo das contribuições de Foucault, Teresa Lauretis sublinha gênero como representação e autorrepresentação, produto de diferentes tecnologias sociais, como o cinema, a mídia, mas também das práticas da vida cotidiana, tais como brinquedos e brincadeiras, xingamentos, músicas, etc. Assim, o gênero seria “o conjunto de efeitos produzidos em corpos, comportamentos e relações sociais”.<sup>22</sup>

Atualmente, a palavra gênero é usada em várias acepções e pode apontar para ideias diferentes, a depender do seu uso. Conforme Valeska Zanello, atualmente essa palavra tem sido utilizada em pelo menos três sentidos distintos: a) para apontar o binarismo, o qual mantém uma ideia de masculino/feminino, masculinidade/feminilidade como essências, entendidas tanto no sentido metafísico, como também de forma naturalizante. Por exemplo, que mulheres têm instinto materno, sendo naturalmente cuidadoras, e homens, que têm instinto provedor, são naturalmente agressivos. A oposição é construída, e não inerente e fixa, sendo necessário historicizá-la, denunciando a hierarquia presente nessa polarização; b) para sublinhar a relação entre performances de gênero, valores e estereótipos ditos femininos/masculinos e certas especificidades corporais (binarismo do sexo). No particular, a anatomia – ter um pênis ou uma vagina – aparece sempre ligada, no primeiro caso, à masculinidade, e no segundo, à feminilidade; c) para apontar a orientação sexual, a qual se baseia em um pressuposto de heterossexualidade compulsória, ou seja, na ideia de que seres considerados mulheres devem, por natureza, desejar homens e vice-versa.<sup>23</sup>

Conforme se verifica, os estereótipos de gênero são tipos de crenças, profundamente arraigados na sociedade que os cria e os reproduz, acerca de atributos ou características pessoais sobre o que homens e mulheres possuem ou que a sociedade espera que eles possuam: são características de personalidade ou físicas, comportamentos, papéis, ocupações e presunções sobre a orientação sexual. Com base em tais estereótipos, a sociedade cria hierarquias entre os gêneros que, historicamente, têm servido para fortalecer e legitimar a subordinação social das mulheres e o controle sobre seus corpos. Assim, tem-se que a construção dos estereótipos de gênero é, em verdade, uma ação política de dominação sobre os corpos das mulheres.<sup>24</sup>

Dessa forma, além de ser “engendrado” nas relações de gênero, o sujeito também o é nas relações de poder, a partir de uma leitura histórica que privilegia certas diferenças físicas para justificar desigualdades so-

20 BUTLER, J. Os atos performativos e a constituição do gênero: um ensaio sobre fenomenologia e teoria feminista. Tradução Jamille Pinheiro Dias, *Caderno de Leituras*, n. 78, p. 1-16, junho 2018.

21 LAURETIS, T. A tecnologia do gênero. In: *Tendências e Impasses*, Rio de Janeiro: Rocco, p. 206-241, 1987.

22 LAURETIS, T. A tecnologia do gênero. In: *Tendências e Impasses*, Rio de Janeiro: Rocco, p. 206-241, 1987.

23 ZANELLO, V. *Saúde mental, gênero e dispositivos: cultura e processos de subjetivação*. Curitiba: Appris, 2018.

24 SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 3, n. 3, Especial: Direito e Desigualdades, p. 574-601, 2016. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 27 ago. 2021.

ciais e hierarquias de poder. Nesse contexto, verifica-se uma regular e sistemática reprodução de desrespeito e de violência contra as mulheres, por parte de agentes dos tribunais de justiça, mediante o uso de estereótipos de gênero.<sup>25</sup>

Fabiana Severi anota que a persistência de estereótipos de gênero prejudiciais às mulheres não só é apontada como um obstáculo para o acesso das mulheres à justiça, como também é uma espécie de violência praticada por agentes públicos no âmbito do sistema de justiça (violência institucional).<sup>26</sup>

Estereótipos culturais sobre família e maternidade, a pobreza, o racismo, o escasso acesso aos serviços de saúde e educação, entre outros, também são elementos que operam no âmbito das práticas do sistema de justiça, de modo a produzir formas múltiplas de violência institucional que afetam as mulheres, em diferentes medidas ou de distintas formas, em relação aos homens.<sup>27</sup>

A proposta é analisar como seria uma metodologia hermenêutica cujo primeiro pressuposto fosse a igualdade de gênero, para, com isso, chegar-se a uma análise crítica das condições de possibilidade de uma hermenêutica voltada à concretização da Constituição brasileira, especialmente de seu artigo 5º, I, na sua máxima potencialidade.

## HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL FEMINISTA

Não há um sentido consolidado para o que seja a hermenêutica constitucional feminista e quais as suas principais consequências para o Direito e para as relações sociais por ele reguladas. O que se propõe à reflexão no presente trabalho é assumir como pressupostos epistemológico e metodológico jurídicos, uma linha hermenêutica que se compromete integralmente com a Constituição e, principalmente, com a igualdade de gênero, expressamente assegurada pelo artigo 5º, I, do Texto Constitucional de 1988.

A proposta de uma hermenêutica constitucional feminista seria no sentido de:

identificar e desafiar os elementos teóricos e práticos que discriminam por gênero, raciocinar a partir de um referencial teórico segundo o qual as normas jurídicas e constitucionais são respostas pragmáticas para dilemas concretos das mulheres reais, mais do que escolhas estáticas entre sujeitos opostos ou pensamentos divergentes.<sup>28</sup>

Como primeiros aportes metodológicos de uma hermenêutica constitucional feminista deve estar a desconstrução da lógica exclusivista de ser e estar no mundo, pois esta já demonstra um paradigma hermenêuti-

25 SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 3, n. 3, Especial: Direito e Desigualdades, p. 574-601, 2016. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 27 ago. 2021.

26 SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 3, n. 3, Especial: Direito e Desigualdades, p. 574-601, 2016. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 27 ago. 2021.

27 SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 3, n. 3, Especial: Direito e Desigualdades, p. 574-601, 2016. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 27 ago. 2021.

28 PETER, C. Constitucionalismo Feminista ressoa no Supremo Tribunal Federal. *Consultor Jurídico*, 29 dez. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-29/observatorio-constitucional-constitucionalismo-feminista-ressoa-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 29 nov. 2020.

co de marginalização, exclusão e discriminação. A hermenêutica constitucional feminista “acolhe e contém o masculino, confronta-se e harmoniza-se com ele em sua realidade e no exercício de alteridade constante, questiona-se e condiciona-se na sua relação de reciprocidade”.<sup>29</sup>

Não há dúvidas de que a defesa de um método estabiliza e encaminha as demandas para um lugar de fala que neutraliza o discurso ensurdecido de que as aspirações do movimento se confundem com as daqueles que são rotulados, de forma justa ou mesmo injusta, de radicais, efêmeros, violentos e inconsistentes. O que se sabe é que ter um método é empoderar-se, é ser capaz de explicar quais as reivindicações, por qual motivo elas existem e por que se deve prosseguir em um determinado caminho.<sup>30</sup>

Nesse contexto, a filósofa existencialista Simone Beauvoir, em 1949, já expunha as dificuldades enfrentadas pelas mulheres no que diz respeito às leis e a sua aplicação pelo sistema de justiça:<sup>31</sup>

os dois sexos nunca partilharam o mundo em igualdade de condições; e, ainda hoje, embora sua condição esteja evoluindo, a mulher arca com um pesado handicap. Em quase nenhum país seu estatuto legal é idêntico ao do homem, e muitas vezes este último a prejudica consideravelmente. Mesmo quando os direitos lhe são abstratamente reconhecidos, um longo hábito impede que encontrem nos costumes sua expressão concreta. [...] No momento em que as mulheres começam a tomar parte na elaboração do mundo, esse mundo é ainda um mundo que pertence aos homens.

Conforme se verifica, as normas jurídicas, como produto de uma cultura hegemonicamente androcêntrica e sexista, serviram, e em grande medida ainda servem, para legitimar a desigualdade de gênero e a exclusão das mulheres do acesso à cidadania. Em face disto, as relações entre feminismo e Direito sempre foram muito (in)tensas, uma vez que as feministas, ao longo da história, transitaram entre a denúncia, a reformulação, a desconstrução e o uso estratégico do saber/fazer jurídico, com vistas à garantia da igualdade de gênero.<sup>32</sup>

Sob esta ótica, as lutas pela igualdade entre homens e mulheres, conforme movimentos e debates feministas do final do século XX, articularam-se em torno de duas estratégias de lutas distintas, mas em permanente tensão: a busca por direitos iguais aos dos homens (princípio da igualdade) e a reivindicação por um tratamento jurídico que explore as diferenças entre homens e mulheres, ou entre o masculino e o feminino, em busca de equilíbrio.<sup>33</sup>

É com fundamento no princípio da igualdade que a maioria dos países tem ampliado a garantia dos direitos civis e políticos às mulheres. Isso porque a diferença sexual foi o ponto de partida para a negação da condição de cidadã ou sujeito de direitos às mulheres na maioria dos sistemas jurídicos liberais. Além disso, duvidar da

29 PETER DA SILVA, C. Entre laços e nós são tecidos os direitos fundamentais da mulher. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, p. 1–6, 2016.

30 BARTLETT, K. T. Feminist Legal Methods. *Harvard Law Review*, n. 103, p. 829-888, 1989.

31 BEAUVOIR, S. *O Segundo sexo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

32 SILVA, S. M. Feminismo jurídico: uma introdução. *Cadernos de Gênero e Diversidade*, v. 4, n. 1, p. 20-83, 2018.

33 SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 3, n. 3, Especial: Direito e Desigualdades, p. 574-601, 2016. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 27 ago. 2021.

importância do princípio jurídico da igualdade sempre traz perigos que não podem ser menosprezados pela prática política, tampouco pelas formulações teóricas e dogmáticas.<sup>34</sup>

Desde o seu nascedouro, no final do século XVIII, o feminismo vem denunciando o sexismo presente nas leis e no discurso jurídico, à época manifesto através da negação de direitos civis e políticos para as mulheres, quando filósofos e políticos utilizaram a noção de ‘diferença sexual’ para justificar os limites impostos à universalidade dos direitos individuais.<sup>35</sup>

De acordo com Alda Facio, o direito à igualdade de gênero advém da necessidade de se garantir a manutenção do direito à vida de todas as pessoas, pois é por falta do reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres que milhões de mulheres morrem anualmente no mundo; é porque não temos os mesmos poderes ou valor nas relações domésticas e familiares que morreremos assassinadas por nossos companheiros; é porque não temos iguais poderes nas estruturas políticas, médicas e religiosas que morreremos de desnutrição, em abortos clandestinos ou em práticas culturais como a mutilação genital, as cirurgias estéticas e obstétricas desnecessárias.<sup>36</sup>

Fabiana Severi indaga, todavia, qual o sentido de igualdade que estamos buscando construir ao defender o reconhecimento, o exercício e o gozo de direitos às mulheres? Uma das principais críticas do feminismo ao direito moderno liberal direciona-se à ideia de cidadania universal que, sob o pressuposto da abstração e imparcialidade, sempre tomou o homem e as características atribuídas ao masculino (branco e heterossexual) como ponto de referência para a sua construção, transformando as mulheres (ou outros grupos subordinados) em diferentes ou invisíveis, ainda que elas sejam a metade da população mundial.<sup>37</sup>

Por isso, buscar a igualdade jurídico-formal, entendendo-a como o tratamento semelhante ou idêntico às mulheres em relação aos homens, por parte de um direito de matriz androcêntrica, pode servir para acirrar, ainda mais, as desigualdades entre os sexos e/ou gêneros, ao se desconsiderar experiências específicas das mulheres, tentando igualá-las a um padrão já previamente delimitado a partir do masculino.<sup>38</sup>

Os chamados feminismos da diferença, ancorados em tais críticas à cidadania universal e à igualdade jurídica formal, abriram um vasto leque de posições e reflexões, sobretudo no final do século XX, que ensejarão a aposta no direito à diferença. De acordo com a vertente dos feminismos da diferença, a garantia às mulheres dos mesmos direitos em relação aos homens, apesar de ser fundamental para se combater diversas formas de

34 SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 3, n. 3, Especial: Direito e Desigualdades, p. 574-601, 2016. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 27 ago. 2021.

35 SILVA, S. M. da. Feminismo jurídico: uma introdução. *Cadernos de Gênero e Diversidade*, v. 4, n. 1, p. 20-83, 2018.

36 FACIO, A. Hacia otra teoría crítica del Derecho. In: HERRERA, G. (coord). *Las fisuras del patriarcado*: reflexiones sobre Feminismo y Derecho. Quito: FLACSO, Sede Ecuador, 2000.

37 SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 3, n. 3, Especial: Direito e Desigualdades, p. 574-601, 2016. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 27 ago. 2021.

38 SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 3, n. 3, Especial: Direito e Desigualdades, p. 574-601, 2016. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 27 ago. 2021.

discriminação, deve estar associada à própria crítica aos critérios de valoração que serviram para a construção daquilo que, no direito, é considerado mais digno e importante ou universalizável, e aquilo que aparece como decorrente de uma posição particular ou diferente.<sup>39</sup>

É, também, a partir dos anos 1970 que o interesse pelos estudos de gênero como categoria de análise intensifica-se no âmbito dos estudos e práticas políticas feministas, servindo de aporte importante para as formulações teóricas sobre o direito à diferença. O conceito de gênero foi amplamente utilizado para se referir ao conjunto de características e comportamentos que são impostos, dicotomicamente, a cada sexo e/ou gênero por meio dos processos de socialização, que são mantidos e reforçados pela ideologia e por instituições patriarcais.<sup>40</sup>

O emprego do termo “gênero” nos estudos feministas permitia rechaçar as perspectivas deterministas e biológicas que usavam os termos “sexo” e “diferença sexual” para construir um rol de atributos naturais do homem e da mulher e, daí, justificar diversas formas de subordinação feminina. Assim, a maioria das abordagens do direito à diferença não se fundamentava na afirmação de diferenças biológicas ou anatômicas entre os sexos, mas na crítica às relações sociais de subordinação que, historicamente, foram construídas a partir da naturalização de tais diferenças ou hierarquização entre elas.<sup>41</sup>

Por que o corpo feminino e algumas experiências que são associadas ao feminino são, como regra, valorados de modo negativo em relação ao que é masculino? Há processos biológicos, como a gravidez, que são associados ao corpo feminino. Mas a significação sobre a gravidez e sobre as consequências que dela podem decorrer para as mulheres no espaço público ou no espaço privado é construída socialmente. Da mesma forma, anular essa diferença (a experiência da gravidez) na construção das normas que regulam, por exemplo, as relações de trabalho seria exigir da mulher gestante que ela se adapte a espaços e instituições que são estabelecidas a partir do modelo masculino.<sup>42</sup>

Nesse contexto, Martha Minow propõe que o debate que enfatiza as diferenças (e pessoas ou grupos diferentes) seja deslocado para um campo de análise mais complexa voltada para a compreensão de como o Direito, ao lidar com as diferenças, pode criar mais desigualdades e exclusão.<sup>43</sup> Um dos seus exemplos, nesse sentido, envolve as tentativas de respostas do Judiciário norte-americano para a garantia de direitos a mulheres trabalhadoras grávidas: a gravidez é percebida como um atributo da mulher, uma diferença em relação ao

39 SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 3, n. 3, Especial: Direito e Desigualdades, p. 574-601, 2016. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 27 ago. 2021.

40 SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 3, n. 3, Especial: Direito e Desigualdades, p. 574-601, 2016. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 27 ago. 2021.

41 SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 3, n. 3, Especial: Direito e Desigualdades, p. 574-601, 2016. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 27 ago. 2021.

42 SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 3, n. 3, Especial: Direito e Desigualdades, p. 574-601, 2016. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 27 ago. 2021.

43 MINOW, M. *Making all the difference. Inclusion, exclusion, and American Law*. New York: Cornell University, 1994.

padrão para o qual o ambiente de trabalho foi projetado (homem), que quebra a expectativa não declarada na qual as pessoas precisam se encaixar.<sup>44</sup>

Como tratar então juridicamente a diferença? O elemento central em todas as pressuposições exploradas por Martha Minow é a relação entre conhecimento e poder. A autora sustenta que, ao explorarmos essa relação, é possível analisarmos, nas situações em que o dilema parece se instaurar, se a diferença foi atribuída como uma expressão de dominação ou como um remédio para a dominação do passado. Ao fazermos isso, podemos identificar os riscos de criação de um novo padrão de dominação e buscar modificar determinadas relações desiguais de poder.<sup>45</sup>

Como se pode ver, em todas as épocas os feminismos fizeram contundentes críticas ao Direito, todavia, nem todas as perspectivas foram ou são completamente cétricas, afinal, como destaca Isabel Cristina Jaramillo, “o direito é uma das mais importantes ferramentas dentro da luta das mulheres por alcançar o lugar que desejam dentro da sociedade”.<sup>46</sup> Dessa forma, muitas autoras sustentam que a hermenêutica jurídica desempenha um papel importante na emancipação das mulheres, razão pela qual não se deve simplesmente fechar os olhos para o campo jurídico ou seguir apenas criticando sem exercer qualquer influência sobre o mesmo.

Sob tal perspectiva, qual seja, do Direito como instrumento de aprimoramento da cidadania feminina, passaremos ao estudo de caso da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que, por meio de uma fundamentação com enfoque na perspectiva de gênero, assegurou a todas as servidoras gestantes e lactantes da carreira socioeducativa do Distrito Federal a possibilidade de exercerem suas funções em ambiente salubre e seguro sem que houvesse a redução de parcelas salariais, tais como adicionais e demais vantagens relacionadas ao risco da atividade e à insalubridade.

É esse o ponto a ser tratado no próximo tópico.

## **SÍNTESE DO PROCESSO – ESTUDO DE CASO: PROCESSO 0704083-94.2020.08.07.0018 – SINDICATO DOS SERVIDORES DA CARREIRA SOCIOEDUCATIVA DO DISTRITO FEDERAL – SINDSSE/DF X DISTRITO FEDERAL**

Trata-se de sentença proferida nos autos do processo n. 0704083-94.2020.8.07.0018, em trâmite perante a 2ª Vara da Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Destaca-se que a sentença foi publicada no DJE em 13.11.2020 e encontra-se em fase recursal.

44 Da mesma forma, a capacidade de ver, ouvir, a brancura, a heterossexualidade e a masculinidade: todas as diferenças são definidas em relação aos padrões de normalidade geralmente aceitos. Com isso, as diferenças se tornam inteiramente incompatíveis com a suposta semelhança exigida por uma análise baseada na igualdade. MINOW, M. *Making all the difference. Inclusion, exclusion, and American Law*. New York: Cornell University, 1994.

45 MINOW, M. *Making all the difference. Inclusion, exclusion, and American Law*. New York: Cornell University, 1994.

46 JARAMILLO, I. C. La crítica feminista al derecho. *In: Género y teoría del derecho*, p. 27-66, 2000.

A referida ação foi ajuizada pelo Sindicato dos Servidores da Carreira Socioeducativa do Distrito Federal – SINDSSE/DF em face do Distrito Federal. O Sindicato alega que as servidoras gestantes e lactantes, ao serem deslocadas provisoriamente das funções originárias para exercerem suas funções em local salubre e seguro, suportam perdas na remuneração, pois deixam de perceber os adicionais e vantagens relacionadas ao risco da atividade e à insalubridade. O Sindicato sustenta, todavia, que o direito à alteração de lotação durante o período de gestação e lactação não pode implicar em perdas remuneratórias e demais vantagens relativas ao cargo e suas peculiaridades. Assim, como pedido final e de mérito, requereu que o DISTRITO FEDERAL se abstenha de realizar qualquer corte na estrutura remuneratória das servidoras da carreira socioeducativa gestantes ou lactantes/nutrizes, quando em exercício provisório em outra lotação.

O Distrito Federal, por sua vez, afirma que as verbas relacionadas ao risco da atividade e à insalubridade, chamadas de verbas *propter laborem* (ou salário-condição), somente são devidas pelo efetivo exercício ou pela real exposição ao ambiente laboral de risco ou insalubre. Defende que, se houver eliminação ou redução da condição mais gravosa à saúde e/ou ao bem-estar do trabalhador/servidor, a eliminação da vantagem remuneratória será lícita.

A controvérsia, portanto, consistiu em verificar se deveriam ser mantidos ou não os pagamentos da gratificação por atividade de risco, adicional noturno e adicional de insalubridade das servidoras da carreira socioeducativa que, em razão de gestação e/ou lactação, foram afastadas provisoriamente de suas funções originárias, a fim de exercerem suas funções em locais seguros.

## SENTENÇA

O Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, ao proferir a sentença, ressaltou inicialmente que a Lei Orgânica do Distrito Federal, no art. 35, inc. III, garante proteção especial às servidoras gestantes e lactantes, sem prejuízo de seus vencimentos e demais vantagens.

O Distrito Federal, contudo, alegou, em sede de contestação, que a parte final do referido inciso possuía vício formal de inconstitucionalidade, o que foi prontamente rejeitado pelo Juízo nos seguintes termos:

Conforme se verifica, a parte final do inc. III, do art. 35, “sem prejuízo de seus vencimentos e demais vantagens”, ao contrário do que alega o requerido, não trata de matéria de iniciativa privativa do Governador. Trata-se, na verdade, de norma que busca resguardar a gestante ao não permitir a redução de seus vencimentos e demais vantagens, em total consonância com os preceitos constitucionais que versam a respeito da proteção à maternidade e à infância (art. 6º, CF) e da proibição de diferença salarial por motivo de gênero (art. 7º, XXX CF). Portanto, não há que falar em inconstitucionalidade.

Superada a questão da ausência de inconstitucionalidade do inc. III, art. 35, da Lei Orgânica do Distrito Federal, o Juízo fez menção à Lei Complementar 840/2011, que também reproduz norma de proteção às servidoras gestantes e lactantes, e à Portaria 62/2013, que regulamenta e estabelece normas e procedimentos para lotação e remanejamento temporário da servidora nutriz (lactante) após o término de sua licença maternidade,

no âmbito da Secretaria de Estado da Criança – SECRIA. Com efeito, o art. 3º da referida Portaria determina que a servidora lactante/nutriz que optar pelo exercício provisório em outra unidade fará jus à gratificação por atividade de risco, enquanto perdurar a condição de servidora nutriz.

O Juízo destacou que as mencionadas legislações corroboram o modelo que orienta a definição constitucional dos direitos sociais trabalhistas na Constituição brasileira de 1988, particularmente no que diz respeito à proteção à maternidade e à infância como direitos sociais (art. 6º), à proteção ao mercado de trabalho da mulher (art. 7º, inciso XX) e à vedação de diferenças salariais fundadas no gênero (art. 7º, inciso XXX).

Destacou ainda o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal (ADI 5938), segundo o qual:

o conjunto dos direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. A proteção à maternidade é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e o direito à segurança no emprego, a proteção do mercado de trabalho da mulher e a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre.<sup>47</sup>

No caso do processo ora sob análise, o que se verifica é que, a partir do momento em que a gestante e lactante possui a sua lotação alterada para um ambiente salubre e isento de riscos, ocorre a supressão de parcelas que integram a sua remuneração (adicional de insalubridade, adicional noturno e gratificação por atividade de risco). Na hipótese, o pagamento das referidas parcelas é suprimido pelo Distrito Federal durante o afastamento provisório da gestante e da lactante de suas funções originárias, sob o argumento de que, durante o afastamento, inexistem as condições que justificavam a permanência dos adicionais e da gratificação. Assim, muitas servidoras gestantes acabam optando por permanecer no local de trabalho de origem (insalubre e com exposição aos riscos inerentes à atividade desenvolvida) para que não haja a redução salarial.

O Juízo, contudo, de forma brilhante e acertadamente, entendeu que:

A supressão ou redução de qualquer que seja a parcela de remuneração da servidora que precisa ser afastada de ambientes de risco e insalubridade, em razão única de seu estado gestacional/lactante, fere frontalmente todos os ditames constitucionais sociais protetivos do trabalho da mulher, da maternidade e da infância. Em verdade, fere a própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), no caso, da mulher e da criança, bem como afasta-se da igualdade entre homens e mulheres, preconizada pela Constituição Federal, no art. 5º, inc. I.

Foi ressaltado ainda que:

Neste caso específico de gestantes e lactantes, condição única da mulher (homens não se submetem a tal situação), a análise deve ser realizada a partir dos princípios constitucionais da isonomia entre homens

47 STF, ADI 5938, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Julgamento: 29/05/2019, Publicação: 23/09/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750927271>. Acesso em: 27 ago. 2021.



e mulheres, da proteção integral da maternidade e da infância, do mercado de trabalho da mulher e da proibição de diferenças salariais, sob pena de latente discriminação em razão de gênero, que é vedada pela Constituição Federal (art. 3º, IV). É importante ressaltar que a igualdade de tratamento entre homens e mulheres é imposta pelo art. 5, inciso I, da Constituição Federal. Se o homem não é afetado em sua remuneração por conta de eventual gravidez, assim também não deve ser a mulher, ainda que ela necessite se afastar temporariamente de suas funções originais, em razão da gravidez.

A busca pela igualdade da mulher e pela equiparação plena de gênero, no que diz respeito a gestação, também foi abordada na sentença que transcreveu parte do acórdão exarado pelo Supremo Tribunal Federal nos seguintes termos:

[...] a criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.<sup>48</sup>

A sentença trouxe ainda na sua fundamentação o entendimento da jurista Alice Monteiro de Barros, a qual afirma que existem parâmetros constitucionais que legitimam o tratamento diferenciado destinado às mulheres, desde que sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças.

Nesse contexto de legitimação do tratamento diferenciado às mulheres, a sentença abordou a **Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT** que, ao tratar das condições de trabalho e da discriminação contra a mulher, no art. 373-A, dispõe acerca de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

A sentença citou ainda o art. 377 da CLT que proíbe, em qualquer hipótese, a redução do salário da mulher, bem como o parágrafo único do art. 391 da CLT, que proíbe restrições ao direito da mulher ao seu emprego por motivo de gravidez. Foi observado ainda que a CLT garante à empregada, durante a gravidez, a transferência de função, sem prejuízo do salário e demais direitos, assim como o fez o art. 35, III, da Lei Orgânica do DF, no que diz respeito a servidora gestante ou lactante.

Conforme ressaltado pelo Juízo, considerando-se que o art. 394-A da CLT garante o recebimento do adicional de insalubridade enquanto a empregada gestante estiver afastada de atividades consideradas insalubres, não há motivo para que o entendimento seja diferente no âmbito do serviço público. No caso, entendeu-se que a garantia de recebimento integral da remuneração, sem a supressão ou redução dos adicionais e gratificações que recebia antes de engravidar, concretiza importante direito social protetivo tanto da mulher grávida ou da lactante, quanto da criança.

48 HC 124306 / RJ, HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Redator(a) do acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 09/08/2016, Publicação: 17/03/2017, Órgão julgador: Primeira Turma. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 27 ago. 2021.

O Juízo observou ainda o impacto da perda remuneratória sobre o orçamento da mulher gestante:

Há de se considerar que a supressão dos referidos adicionais e gratificações, além de ferir os dispositivos constitucionais elencados no art. 6º e 7º da CF, afeta sobremaneira o orçamento da mulher que, por um lado, terá um aumento nas suas despesas em razão da gravidez e, por outro, sofrerá a supressão de parcelas remuneratórias. Ora, sabe-se que, além da gestação ocorrer em seu corpo, a mulher ainda assume as maiores responsabilidades, como as que dizem respeito à alimentação, cuidados de toda ordem e à própria saúde do bebê, o que coloca as supressões das parcelas remuneratórias em confronto com o princípio constitucional da igualdade que deve abranger os gêneros (art. 5º, I, CF).

Conforme destacado na sentença, a supressão de qualquer que seja a parcela remuneratória da mulher gestante/lactante fere os princípios protetivos da maternidade e da criança e do trabalho da mulher, assim como cria e perpetua uma situação de desigualdade entre homens e mulheres, uma vez que os homens não precisam se submeter a tais perdas remuneratórias.

Assim, verifica-se que é de extrema importância a análise de como a aplicação de direitos sociais e trabalhistas se relacionam com as pretensões de igualdade de gênero. Compreender a redefinição do papel dos direitos sociais nas relações de gênero no âmbito do Estado Constitucional de Direito se situa na identificação das transformações paradigmáticas que exploraram o potencial emancipatório dos direitos sociais e as funções que os mesmos exercem para a concretização da igualdade de gênero.<sup>49</sup>

No caso, a supressão dos adicionais e da gratificação da remuneração da gestante e da lactante que é afastada temporariamente de suas funções originárias consubstancia-se em uma forma de discriminação de gênero que atinge não somente a identidade feminina na sua condição única de gestante/lactante, algo que os homens não partilham, como também se mostra uma discriminação de caráter econômico, pois submete a mulher a perdas remuneratórias em um período de vulnerabilidade gestacional. Dessa forma, ao falarmos dos direitos sociais trabalhistas, a não discriminação surge como lógica de inclusão, na medida em que cria condições para o igual acesso aos meios materiais de suporte da singularidade/diferença.<sup>50</sup>

Sob esta ótica, Heloisa Helena Gomes Barboza<sup>51</sup> destaca que:

A despeito da vigência por mais de duas décadas das garantias constitucionais, o que se constata é uma insistente violação da dignidade das mulheres, não só mediante um processo surdo de discriminação que afronta o princípio da igualdade, como também através de violações corporais de diferentes ordens, que chegam a níveis de violência física intoleráveis. Essa situação social recoloca as mulheres na categoria de sujeito de direito em sua formulação original, como entes abstratos, titulares de igualdade formal, não obstante agraciadas por diversos dispositivos legais que lhes asseguram direitos que carecem, muitas vezes, de qualquer efetividade. Imperativo, por conseguinte, que as mulheres tenham assegurado o seu reconhecimento como pessoa, o que só poderá ocorrer se houver respeito a sua “dignidade social”, qualificação dada à dignidade pela Constituição Italiana, a ser interpretada de modo amplo, que atinge a própria reconstrução da igualdade formal e não pode ser indiferente ao sistema de relações em que se encontram os sujeitos da igualdade.

49 CAMPINHO, Bernardo Brasil. Igualdade de gênero e direitos sociais no contexto do Estado Constitucional de Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 35, p. 113-153, jun. 2019. DOI: <https://doi.org/10.12957/rfd.2019.23119>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/23119>. Acesso em: 27 ago. 2021.

50 CAMPINHO, Bernardo Brasil. Igualdade de gênero e direitos sociais no contexto do Estado Constitucional de Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 35, p. 113-153, jun. 2019. DOI: <https://doi.org/10.12957/rfd.2019.23119>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/23119>. Acesso em: 27 ago. 2021.

51 BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. (Des) Igualdade de gênero: restrições à autonomia da mulher. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 240-271, jan./abr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2017.5409>. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5409>. Acesso em: 27 ago. 2021.

Nessa perspectiva da dignidade social e igualdade material entre os sujeitos, o Juízo consolidou o entendimento de que a discriminação em razão da gestação no ambiente de trabalho é uma questão de gênero:

O direito social à proteção à maternidade e à infância (art. 6º, CF) deve ser um respaldo para a proteção à dignidade e à autonomia das mulheres no ambiente de trabalho, como um vetor de concretização dos princípios constitucionais que respaldam a opção substantiva pela igualdade de gênero feita pela Constituição brasileira, notadamente a dignidade humana (art. 1º, III), o valor social do trabalho (art. 1º, IV), a não discriminação (art. 3º, IV, e art. 7º, XXXI), a igualdade com os homens (art. 5º, I), e a proteção dos direitos das mulheres ao trabalho e à saúde, articulada com a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII).

Por fim, o Juízo concluiu que a manutenção do pagamento dos adicionais e gratificações, em favor das gestantes que já recebiam referidas parcelas, é instrumento idôneo de combate à desigualdade de gênero e de concretização do direito fundamental social de proteção à maternidade e à infância. Foi ressaltado ainda que o argumento genérico trazido pelo Distrito Federal, no sentido de que os adicionais e gratificações funcionais de exercício constituem verbas *propter laborem* e, portanto, seriam devidos apenas pelo efetivo exercício ou pela real exposição ao ambiente laboral de risco ou insalubre, é incompatível com a situação de vulnerabilidade e desigualdade a qual se encontra a gestante e a lactante.

A sentença asseverou ainda que a alteração temporária das funções da servidora, em razão de ser gestante ou lactante, sem prejuízo de seus vencimentos e demais adicionais e gratificações, está em conformidade com os princípios constitucionais sociais de proteção integral à maternidade e à infância (art. 6º) e da proibição de diferença salarial em razão do gênero (art. 7º, XXX), além de seguir no caminho preconizado pela CF de igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I) e vedação a qualquer forma de discriminação (a funções em local salubre e seguro (art. 3º, IV).

Por tais razões, o Juízo julgou procedente os pedidos do Sindicato dos Servidores da Carreira Socioeducativa do Distrito Federal – SINDSSE/DF, para determinar ao Distrito Federal que se abstenha de suprimir qualquer parcela da estrutura remuneratória das servidoras da carreira socioeducativa gestantes ou lactantes/nutrizes, quando estiverem em exercício provisório de suas funções em local salubre e seguro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se constata no plano fático-jurídico é que, em razão de uma cultura androcêntrica e patriarcal, a mulher continua sendo vítima de discriminação e preconceito, e tem agravada sua situação de vulnerabilidade, tornando-se vítima, tanto em sua integridade física, quanto em tudo que diz respeito à igualdade de oportunidades. A prática jurídica vivenciada nos tribunais aponta para um quadro de afronta à dignidade e à autonomia da mulher, que alcança seu corpo, especialmente no campo da sexualidade e reprodução.

As noções sobre igualdade que têm servido, historicamente, para fundamentar as decisões judiciais nos tribunais de justiça brasileiros estão ancoradas, na maioria das circunstâncias, no paradigma da “neutralidade”

metodológica do Direito, segundo o qual basta assegurar que as pessoas recebam o mesmo reconhecimento pelas normas e garantir idêntico tratamento para se obter um resultado justo.

Ocorre que, por meio de tal modelo, as decisões judiciais limitam-se a perpetuar uma realidade social marcada pela masculinidade hegemônica (branca, colonizadora, elitista e heterossexual) e pela persistência de múltiplas formas de desigualdades entre os gêneros.

Faz-se urgente, portanto, a promoção da substancial e real igualdade entre os gêneros, eliminando as situações de discriminação e desigualdade em relação à mulher, sobretudo no que concerne ao ambiente de trabalho e a sua remuneração. Para que haja efetivo respeito à dignidade da pessoa humana, especialmente em sua dimensão social, é preciso perceber que a mulher não é um sujeito abstrato de direito, que goza de uma igualdade formal, mas considerá-la concreta e efetivamente pessoa humana, em toda dimensão de sua vulnerabilidade sociocultural.<sup>52</sup>

Nesse contexto, conclui-se que a adoção do julgamento com perspectiva de gênero pelos tribunais, além de viabilizar a construção de novos contornos jurídico-dogmáticos ao direito à igualdade de gênero, apresenta-se como uma ferramenta metodológica que permite identificar e levar em consideração a experiência feminina para a formulação dos direitos, de modo a contribuir com erradicação e redução das desigualdades de poder que há entre os gêneros e que têm acompanhado as mulheres por séculos.

Com efeito, a atividade jurisdicional desenvolvida pelos tribunais pode, a partir de uma nova proposta metodológica fundada na hermenêutica com foco na igualdade de gênero, desempenhar um papel importante na emancipação, autonomia e inclusão das mulheres, de forma a possibilitar a concretização da igualdade material entre homens e mulheres, conforme previsto na Constituição da República, e em benefício de toda a sociedade.

## REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. (Des) Igualdade de gênero: restrições à autonomia da mulher. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 240-271, jan./abr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2017.5409>. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5409>. Acesso em: 27 ago. 2021.

BARTLETT, K. T. Feminist Legal Methods. *Harvard Law Review*, n. 103, p. 829-888, 1989.

BEAUVOIR, S. **O segundo sexo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BUTLER, J. Os atos performativos e a constituição do gênero: um ensaio sobre fenomenologia e teoria feminista. Tradução Jamille Pinheiro Dias, **Caderno de Leituras**, n. 78, p. 1-16, junho 2018.

CAMPINHO, Bernardo Brasil. Igualdade de gênero e direitos sociais no contexto do Estado Constitucional de Direito. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 35, p. 113-153, jun. 2019. DOI: <https://doi.org/10.12957/rfd.2019.23119>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/23119>. Acesso em: 27 ago. 2021.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE. **Participação de mulheres no governo Bolsonaro é uma das menores do mundo**. Disponível em: <https://cnts.org.br/noticias/participacao-de-mulheres-no-governo-bolsonaro-e-uma-das-menores-do-mundo/>. Acesso em: 25 nov. 2020.

52 BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. (Des) Igualdade de gênero: restrições à autonomia da mulher. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 240-271, jan./abr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2017.5409>. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5409>. Acesso em: 27 ago. 2021.

- FACIO, A. Hacia otra teoría crítica del Derecho. In: HERRERA, G. (coord). **Las fisuras del patriarcado: reflexiones sobre Feminismo y Derecho**. Quito: FLACSO, Sede Ecuador, 2000.
- JARAMILLO, I. C. La crítica feminista al derecho. In **Género y teoría del derecho**, p. 27-66, 2000.
- LAMAS, Marta. La antropología feminista y la categoría “género”. **Nueva Antropología, México**, v. 8, n. 30, p. 173-198, 1986. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15903009>. Acesso em: 27 ago. 2021.
- LAURETIS, T. A tecnologia do gênero, in **Tendências e Impasses**, Rio de Janeiro: Rocco, p. 206-241, 1987.
- LEILA DO VOLEI. Por mais mulheres na política! **Opinião**, 08 mar. 2020. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniaio/2020/03/08/internas\\_opiniaio,832829/artigo-por-mais-mulheres-na-politica.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniaio/2020/03/08/internas_opiniaio,832829/artigo-por-mais-mulheres-na-politica.shtml). Acesso em: 25 nov. 2020.
- MINOW, M. **Making all the difference. Inclusion, exclusion, and American Law**. New York: Cornell University, 1994.
- NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. **Revista de Estudos Feministas**, Santa Catarina, v. 8, n. 2, p. 8-41, 2000. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/11917>. Acesso em: 27 ago. 2021.
- PETER DA SILVA, C. Entre laços e nós são tecidos os direitos fundamentais da mulher. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, p. 1-6, 2016.
- PETER, C. Constitucionalismo Feminista ressoa no Supremo Tribunal Federal. **Consultor Jurídico**, 29 dez. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-29/observatorio-constitucional-constitucionalismo-feminista-ressoa-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 29 nov. 2020.
- PETERSEN, Mariana Chaves. Da masculinidade hegemônica às subalternas: a masculinidade lésbica em contos brasileiros contemporâneos. **Revista Estação Literária**, v. 16, p. 91-105, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/estacaoliteraria/article/view/28495>. Acesso em: 27 ago. 2021.
- REDAÇÃO DO MIGALHAS. Mulheres ainda são minoria em todo Poder Judiciário, apontam dados. **Mulheres no Poder**, 24 nov. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/336640/mulheres-ainda-sao-minoria-em-todo-poder-judiciario--apontam-dados>. Acesso em: 25 nov. 2020.
- SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 3, n. 3, Especial: Direito e Desigualdades, p. 574-601, 2016. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 27 ago. 2021.
- SILVA, S. M. Feminismo Jurídico: uma introdução. **Cadernos de Gênero e Diversidade**, v. 4, n. 1, p. 20-83, 2018.
- ZANELLO, V. **Saúde mental, gênero e dispositivos: cultura e processos de subjetivação**. Curitiba: Appris, 2018.

# CAPÍTULO 4

## A CONSTITUIÇÃO POR ELAS: A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SOB A ÓTICA DAS MULHERES

Elza Paulina de Souza

Maria das Dores Alves de Oliveira

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo a interpretação de alguns princípios constitucionais que de forma geral influenciaram a evolução da mulher no contexto social.

Desde os primórdios da humanidade, o papel da mulher na sociedade vem de forma gradual evoluindo com lutas e sacrifícios, mas também com grandes vitórias.

Quando estudamos Aristóteles, encontramos a mulher em uma posição de dependência natural em relação ao homem. Para ele, a mulher possuía uma inferioridade intelectual natural e considerava como únicos papéis o de esposa e mãe.

Entender os pensamentos de Aristóteles não é tão complicado quando pensamos na necessidade de dominação existente à época de seus escritos, porém não se pode essencialmente aceitá-los após anos de luta em que a mulher demonstrou que a sua capacidade intelectual se equipara a dos homens e que na realidade formamos um coletivo de seres humanos com vontades, medos, desejos e acima de tudo potencialidades; logo, tais pensamentos não se coadunam com a realidade atual.

A essência masculina que move o caçador, o desbravador que sai em busca da caça e deixa a sua cria em segurança, sendo devidamente cuidada pela mulher, foge à realidade que hoje encontramos, embora não possamos negar que, quando se trata de força física, a estrutura muscular característica do homem se evidencia; porém, em alguns relatos históricos, cita-se que a mulher na pré-história possuía atividade ativa também na caça para auxiliar a subsistência da família.

Não existem mais papéis masculinos ou femininos, as mulheres foram desbravar os mares, as matas e o céu das forças armadas, e mesmo que em menor número estão presentes na construção civil, nos campos de futebol, entre outros, e o homem invadiu as cozinhas e salas de aulas, papéis respectivamente masculinos e femininos de algumas décadas atrás.

A constituição cidadã de 1988 acabou de completar 33 anos de existência e, mesmo com textos maravilhosamente escritos pelos legisladores Constituintes à época, ainda se faz necessário lutar e mais lutar para que a mulher realmente seja respeitada na sua opção de vida, principalmente profissional.

Apontarmos isso logo na introdução deste trabalho é desafiar o leitor deste texto a fazer uma análise histórica e concluir conosco que muito se fez ao longo de todos os anos, porém não podemos negar que ainda existe muito trabalho a ser realizado para que tenhamos uma sociedade verdadeiramente igualitária, conforme os textos mais belos e inspiradores da Constituição Federal de 1988, que passamos a citar abaixo:

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

*I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;*

*II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (grifo nosso).<sup>1</sup>*

Ler estes trechos da Constituição é saborear a vitória de toda uma sociedade que busca a liberdade, equidade, igualdade, vida plena em sociedade.

## RESUMO HISTÓRICO

O Brasil desde a sua independência teve sete constituições federais, sendo que a atual, considerada como constituição cidadã, foi promulgada em 05 de outubro de 1988, trazendo como um dos seus fundamentos principais aumentar a liberdade e os direitos dos cidadãos.

Ocorre, porém, que nestes longos anos percorridos tivemos muitas restrições, principalmente quando falamos da população feminina, o que nos leva a realizar um pequeno resumo histórico até chegar nas garantias atuais.

## BRASIL IMPÉRIO – PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO, DE 1824

Apoiado pelo Partido Português, constituído por ricos comerciantes e altos funcionários públicos, D. Pedro I dissolveu a Assembleia Constituinte de 1823 e impôs seu próprio projeto, que se tornou a primeira constituição do Brasil.<sup>2</sup>

Esta constituição criou o poder moderador que estava acima do poder legislativo, executivo e judiciário e restringiu direitos do cidadão na medida em que definiu o catolicismo como única religião oficial, somente permitindo o culto a outras religiões no interior das residências, sem manifestações públicas.

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 ago. 2021.

<sup>2</sup> AGÊNCIA SENADO. Constituições brasileiras. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>. Acesso em: 27 ago. 2021.

Neste contexto social, quando olhamos para a mulher é difícil enxergar um ser com a cidadania garantida, um “cidadão” de fato e de direito, visto que os eleitores da época eram os homens livres, sem antecedentes e com uma determinada renda anual.

À **mulher** foi negado o direito de exercer sua cidadania, direito ao voto, direito de ser votada, e até a possibilidade de ser funcionária pública, lhe sendo autorizado apenas o trabalho nas empresas privadas.

### **BRASIL REPÚBLICA – SEGUNDA CONSTITUIÇÃO, DE 1891**

Sessenta e sete anos depois, já com a realidade da abolição da escravatura no Brasil em 24 de fevereiro de 1891, houve a promulgação de uma nova constituição, que instituiu a forma federativa de estado e a forma republicana de governo com um pouco menos de restrição e criando alguns direitos que ainda hoje nos são muito caros, como o *habeas corpus*, que garante o nosso direito de ir e vir ou permanecer contra ilegalidade ou abuso de poder.

Houve também nesta época a separação entre o estado e a igreja, portanto, deixando o catolicismo de ser a religião oficial.

Mesmo com esta flexibilização, com a garantia de alguns direitos, a mulher ainda continuava com a sua condição inferiorizada e lhe era negado o direito a uma cidadania de fato, não sendo ainda permitido o voto feminino.

### **SEGUNDA REPÚBLICA – TERCEIRA CONSTITUIÇÃO, DE 1934**

Esta constituição traz a primeira vitória feminina no seu direito à cidadania, ou podemos afirmar que nasceu aí a “igualdade” entre os sexos?

Criada em 16 de julho de 1934, trazia no bojo de seus artigos o direito de voto às mulheres e uma gama de alterações nas diretrizes sociais do país.

Foi criado o mandado de segurança e a ação popular, a obrigatoriedade do voto a partir dos 18 anos, a justiça eleitoral, justiça do trabalho, as leis trabalhistas e com elas a jornada de oito horas diária de trabalho, descanso semanal, férias remuneradas.

Especificamente para as mulheres, foi proibida a diferença salarial para uma mesma atividade, o trabalho em indústrias insalubres, assistência médica e sanitária à gestante e descanso antes e depois do parto garantido pela previdência social.



## ESTADO NOVO – QUARTA CONSTITUIÇÃO, DE 1937

Na constituição de 1937, foi mantido o direito ao voto às mulheres, que já se encontrava presente na constituição anterior, com o seguinte texto:

*Art. 117. São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de dezoito anos, que se alistarem na forma da lei e estiverem no gozo dos direitos políticos.* (grifo nosso).<sup>3</sup>

Nesta constituição também foi preservada a igualdade entre todos perante a lei, a garantia da liberdade, a segurança individual e a propriedade, o direito de representação e de petição perante as autoridades e a liberdade de culto, podendo as demais religiões serem exercidas livremente.

O contexto social em que ela foi inserida considerava como indissolúvel o casamento, colocando o Estado como responsável pela sua proteção:

*Art 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.* (grifo nosso).<sup>4</sup>

## QUINTA CONSTITUIÇÃO – 1946

Seguindo a linha democrática de 1934, esta constituição restabeleceu direitos individuais, porém, especificamente para as mulheres, representou um certo retrocesso quando não reafirmou no § 1º do artigo 141 a referência ao sexo, mantendo apenas a expressão:

*§ 1º Todos são iguais perante a lei.* (grifo nosso).<sup>5</sup>

## REGIME MILITAR – SEXTA CONSTITUIÇÃO, 1967

Este foi um período de recessão de direitos, onde os diversos atos constitucionais legitimavam ações políticas dos militares que se habilitavam cada vez mais dos poderes extraconstitucionais.

O ato mais famoso desta época é o de número 5, conhecido como “AI-5”, que o fechou o Congresso Nacional e interrompeu o mandato de senadores, deputados e vereadores, proibindo reuniões políticas, censurando os meios de comunicação e outros mais, porém fez uma distinção em benefícios das mulheres quando fez constar que estas poderiam se aposentar voluntariamente aos 30 anos de serviço, diferente do homem, que deveria ser aos 35 anos, o que não torna este ato menos nocivo a sociedade.

Esta constituição teve uma nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, fato que leva alguns estudiosos a considerarem como sendo a Constituição de 1969.

3 BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 27 ago. 2021.

4 BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 27 ago. 2021.

5 BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 27 ago. 2021.

## CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Enfim chegamos à **tão sonhada democracia no Brasil! Depois de 21 anos com tantos direitos negados, o povo brasileiro teve a possibilidade de escolher diretamente os seus representantes.**

Então nos perguntamos: Será que estávamos mesmo preparados para tamanha responsabilidade?

Analisemos a grandeza do Parágrafo único do artigo 1º da nossa Constituição Cidadã:

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

É um cheque em branco que assinamos e entregamos para aqueles que nos inspiram confiança para que possam fazer gestão dos bens que nos pertencem e ao mesmo tempo ditar as regras do nosso comportamento social.

Quanta responsabilidade foi assim passada para todos nós, que somente agora, anos depois, começamos a nos dar conta de que podemos entregar, mas também podemos retirar.

Sem colocar aqui qualquer juízo de valores, pela forma e os motivos que os fatos se deram, nossa histórica política já traz *impeachment*, prisões, delações e devoluções de dinheiro aos cofres públicos, mostrando com muita clareza que não estávamos assim tão conscientes de nosso papel de cidadão corresponsável pela gestão de nossa sociedade.

Outros fundamentos foram acrescentados, mas não podemos deixar de citar o artigo 3º, inciso I, que além de ser um direito nosso, nos traz a responsabilidade de participação efetiva:

*Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;* (grifo nosso).<sup>6</sup>

Nada se constrói em uma sociedade sem a participação popular. O povo precisa estar inteiramente envolvido, consciente e preparado para esta nova realidade e o grande horizonte que se abriu com este fundamento.

Hoje, ainda podemos enxergar uma sociedade em construção. É fato que nada nunca estará pronto e acabado, visto que estamos sempre em completa evolução, porém podemos observar que o “livre” acima citado ainda é um sonho a ser construído.

A liberdade que sonhamos e idealizamos passa pela capacidade de escolha sem dependência, precisa de uma vez por todas ser extirpado do nosso meio o “voto cabresto” que minimiza a possibilidade de escolha de um grande número de cidadãos que sem “enxergar” outra opção se vendem de forma barata em busca da solução de seus anseios e necessidades individuais.

A justiça no Brasil ainda continua sendo um sonho a ser realizado, processos enormes com tramitações infundáveis tornam quase impossível o acesso para aqueles menos providos de recursos financeiros, conhecimento e influência.

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 ago. 2021.

É como diz: “**A Justiça é cega, mas enxerga no escuro**”.<sup>7</sup> Juiz Nicholas Marshall frase final do personagem na série de televisão americana *Justiça Final*, exibida no canal CBS, produzida entre 1991 e 1993, e exibida na TV brasileira nos anos 90 e que dizia:

A frustração por não ter as suas demandas resolvidas no tempo certo para causar o efeito necessário faz com que os mais desprovidos desistam e desacreditem da justiça, fazendo com que este tão importante fundamento constitucional pareça uma utopia.

Assim nos parece que somente a solidariedade do povo brasileiro se manifesta cada vez mais crescente, basta olharmos as comunidades mais carentes nas quais é facilmente notada a ajuda mútua.

O inciso I do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, conforme já citamos na introdução deste trabalho, é a consagração da luta feminina.

O que iniciou na Constituição Federal de 1934 se consagra com o primeiro direito colocado no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, no seu Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos.

Não há mais o que se discutir: *Todos são iguais perante a lei, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.*

Não há que se falar em divisão, em grupos fechados. Aqui começou uma caminhada igualitária e com equidade, juntos para a construção real desta sociedade.

O artigo 5º com os seus 76 incisos e 04 parágrafos produz uma gama de direitos dos quais citaremos apenas alguns que entendemos fazer a diferença no dia a dia de todos nós, mas principalmente que trouxeram grandes alterações na situação da mulher no contexto nacional.

*O primeiro* deles é a possibilidade de manifestação do pensamento. Quantas mulheres permaneceram caladas, embora tivessem conteúdo imenso para ser explorado e colocado à disposição coletiva. Outras, não suportando a vontade de se manifestar, fizeram história sem serem reconhecidas, deixando de assinar as suas obras em seu próprio nome, e usaram pseudônimo masculino, compartilhando assim seu saber por meios destes escritos.

*IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;* (grifo nosso).

*O Segundo* é a possibilidade de escolha de uma profissão, que já tendo sido regulamentada, não pode ser de exclusividade masculina, desde que a mulher possua as qualificações para o seu exercício, assim como o homem. Atualmente, é difícil encontrar uma profissão devidamente regulamentada no país e que não tenha mulheres para exercê-la.

<sup>7</sup> O personagem principal é Nicholas “Nick” Marshall, um ex-policial e ex-promotor de justiça. Ao tornar-se juiz, Marshall sofre diversas frustrações em seu trabalho de combate ao crime, e progressivamente perde sua fé no sistema legal e se torna um justiceiro após sua família ser morta. Marshall persegue criminosos que conseguem escapar de condenações através de tencionalidades legais. [https://pt.wikipedia.org/wiki/Justi%C3%A7a\\_Final](https://pt.wikipedia.org/wiki/Justi%C3%A7a_Final).

*XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;* (grifo nosso).

O direito de propriedade vem especificado na Constituição e não podemos deixar de lembrar a luta histórica, quando a mulher tinha todos os seus bens, mesmo os particulares e adquiridos por herança familiar, controlados pelo marido.

De acordo com o Código Civil Brasileiro, as mulheres casadas não podiam adquirir ou possuir propriedade própria até 1962. Hoje não somente possuem este direito como a função social da propriedade está garantida quando os títulos de propriedade saem preferencialmente em nome das mulheres em casos de regularização fundiária e reforma agrária.

*XXII – é garantido o direito de propriedade;* (grifo nosso).

A primeira infância com uma alimentação saudável e a possibilidade de amamentação do recém-nascido não seria uma realidade, para tantas crianças nascidas dentro do sistema carcerário.

Quantas mulheres no momento do parto se encontram encarceradas? O que seria destas crianças se não houvesse na Constituição Federal previsão legal de condições para permanência com seus filhos. O artigo 5º **no inciso L definiu como direito individual esta possibilidade, não separando mãe e filho** neste momento único e tão importante para formação do ser humano.

*L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;* (grifo nosso).

Não poderíamos deixar de falar neste trabalho das conquistas femininas no campo trabalhista. O artigo 7º da Constituição Federal de 1988 traz explícita no seu inciso XVIII a garantia da licença com a manutenção do emprego e do salário para a mulher.

*XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;* (grifo nosso).

E não somente isso, o legislador constitucional foi um pouco além e, pensando na proteção integral da entidade familiar e no apoio que invariavelmente a mulher e a criança precisam durante os primeiros dias, garantiu que a presença do marido ou companheiro estivesse também especificada em lei.

*XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei;* (grifo nosso).

Mas é obvio que para eles que visam lucro, como qualquer empresário, ter a falta de uma colaboradora por 120 dias, tendo que substituí-la ou adequar a sua falta no ambiente de trabalho, pode representar prejuízos financeiros, que os grandes empresários não estão dispostos a ter, optando por criar mais vagas masculinas

do que feminina na sua empresa. Assim, a Constituição Federal traz também a possibilidade de garantia deste mercado de trabalho feminino por meio de incentivos do governo.

*XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; (grifo nosso).*

Ficando ainda especificada a necessidade de redução dos riscos inerentes ao trabalho, aposentadoria garantida, possibilidade de menos tempo de contribuição e idade diferenciada, principalmente por consequência da sua dupla ou tripla jornada de trabalho. Também assistência aos filhos até os cinco, com a garantia de creche e pré-escola até os cinco anos, proibição de diferença salarial ou critério de admissão em razão do sexo.

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;  
XXIV – aposentadoria;  
XXV – assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;  
*XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; (grifo nosso).*

A entidade familiar também foi reformulada com a Constituição Federal de 1988, que trouxe um rol exemplificativo dos modelos de família, sem excluir outros modelos, passando a ser entendida como um núcleo em que o ser humano se desenvolve, conforme pode ser observado:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

*§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (grifo nosso).*

## CONCLUSÃO

Não obstante tantos direitos que relacionamos por estarem especificados na Constituição Federal de 1988, ainda estamos na luta.

Ter tudo isto escrito no ordenamento jurídico brasileiro foi sem sombra de dúvida uma grande vitória, porém a implementação de tais direitos muitas vezes ainda depende de longas batalhas judiciais e de muita conscientização do coletivo feminino.

O número de mulheres que podemos observar no cenário econômico, político que tenham vez e voz ativa ainda não é tão representativo.

Nós, mulheres, ainda precisamos ocupar maiores espaços e perder o receio que temos de nos fazer ouvir. A luta nunca foi e nunca será no intuito de dividir ou de medir força com homens, sim de trabalhar junto, de estar ao lado, caminhando com respeito e dignidade. Não queremos mostrar que somos melhores, mas também não podemos aceitar a ideia que somos piores, somos iguais em direitos e obrigações.

O princípio da igualdade garantido pela Constituição Federal de 1988 nos permite um tratamento isonômico, vedando diferenciações arbitrárias e absurdas; permite, e é importante que isso ocorra, que as nossas desigualdades sejam também consideradas na mesma medida.

Portanto, quando observamos a diferença na idade e tempo de contribuição previdenciária, a quantidade de exercícios físicos exigidos para mulheres e homens em concurso que tenha que mensurar a capacidade física, estamos falando de tratamento isonômico, tratando igualmente na medida da sua desigualdade.

Talvez por sermos operadoras do direito e termos passado tanto tempo da nossa vida tentando garantir o direito das pessoas, fazendo cumprir as legislações, principalmente as municipais, o que é a nossa área específica e está ligada diretamente ao nosso trabalho, hoje a nossa visão dos princípios constitucionais que nos trazem direitos pode ser um pouco mais privilegiada do que de uma gama de mulheres, mas isso não nos afasta daquelas que tiveram os seus direitos negados e que os buscam pela falta ou pouco acesso ao conhecimento.

Para a mulher, na sociedade brasileira, ainda é exigida a realização de vários papéis, ocasionando aí uma jornada dupla, tripla e extremamente desigual no desempenho destes papéis, que são o cuidar da casa, dos filhos, “do marido”, e ainda da profissão que escolheu. Para isso precisa de uma força imensamente superior à força do homem, isso quando a mulher não assume o protagonismo na gestão e nos proventos para a manutenção da família.

A luta não é pela separação, é pela união, pelo compartilhamento de responsabilidades, pela colaboração na busca de oportunidades com igualdade e equidade. Segundo o IBGE,<sup>8</sup> a população brasileira estimada para 2020 é de 211.755.692 pessoas conforme gráfico abaixo:



Fonte: IBGE. <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados.html?view=municipio/>.

8 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. **População estimada:** estimativas da população residente com data de referência 1º de julho de 2017. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados.html?view=municipio/>. Acesso em: 27 ago. 2021.

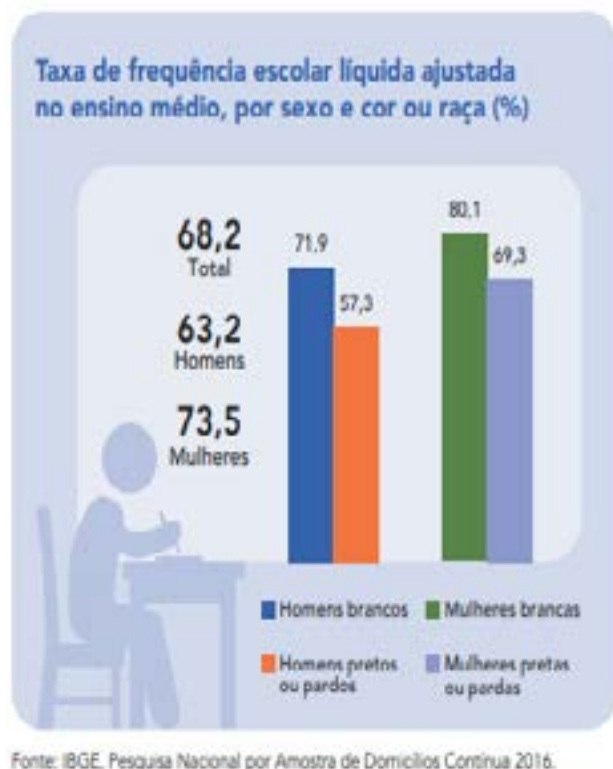
Quantas mulheres temos nos postos de comando das grandes empresas brasileiras? Quantas comandantes nas Forças Armadas, nas Polícias Militares? Nas Guardas Municipais? Quantas delegadas são chefes de polícias?

Quantas chefes de cozinha na profissão? Quantas ministras nos tribunais superiores? Quantas desembargadoras nos tribunais regionais? Quantas senadoras? Deputadas? Quantas vereadoras espalhadas pelas cidades brasileiras?

Será realmente que todos os direitos especificados acima foram realmente concretizados? Será que não precisamos de uma conscientização mais aprofundada para que a mulher entre de verdade no mercado de trabalho e ocupe lugares de destaque, entrando para a política porque de fato acredita que ali também é o seu lugar?

Acreditamos que o caminho é longo, mas não podemos parar! Desistir jamais! A sociedade brasileira está em constante evolução, em constante modificação, e esta evolução passa pelo princípio básico de que todos são iguais perante a lei

Já podemos vislumbrar avanços fundamentais para uma mudança de cultura. Estudos realizados pelo IBGE dão conta de que hoje as mulheres estão mais do que os homens buscando a instrução, o conhecimento, o estudo, conforme pode ser observado abaixo:



Em 2016, segundo dados da PNAD Contínua, a taxa de frequência escolar líquida ajustada no ensino médio dos homens de 15 a 17 anos de idade era de 63,2%, 10,3 pontos percentuais abaixo da taxa feminina (73,5%). O atraso escolar pode ser medido, então, pelo complemento desse indicador, ou seja, estudantes fora do nível de ensino adequado ao seu grupo etário. Existe-se considerável desigualdade entre as mulheres por cor ou raça, fazendo com que as mulheres pretas ou pardas de 15 a 17 anos de idade apresentem atraso escolar em 30,7% dos casos, enquanto 19,9% das mulheres brancas dessa faixa etária estão na mesma situação. Entretanto, o maior diferencial encontrado para o complemento desse indicador está entre as mulheres brancas e os homens pretos ou pardos na medida em que o atraso delas (42,7%) era mais do que o dobro do deles (19,9%) nesse caso.

Como resultado dessa trajetória escolar desigual, relacionado a papéis de gênero e estrada precoce dos homens no mercado de trabalho, as mulheres atingem em média um nível de instrução superior ao dos homens (CNIQ 10). A maior diferença percentual por sexo encontra-se no nível "superior completo", especialmente entre as pessoas da faixa etária mais jovem, de 25 a 44 anos de idade, em que o percentual de homens que completou a graduação foi de 15,6%, enquanto o de mulheres atingiu 21,5%, indicador 37,9% superior ao dos homens.

**Garantia de direitos...** é o que a Constituição Federal de 1988 preconiza, determina. Mas como podemos observar somente a edição da lei não basta. É necessário que passemos a nos reconhecer como sujeito de direito e exigir que estes direitos sejam exercidos.

Desde quando temos conhecimento – com raras exceções –, a mulher na sociedade sempre foi vista não como um sujeito de direitos, mas como a “coisa”, o objeto de posse do sujeito – o homem –, e este sujeito ainda hoje detém o poder sobre ela – ou seja, a mulher é sua propriedade, ele possui a posse deste bem... desta coisa, assim como de seus bens materiais, dos seus atos, inclusive decidir sobre a continuidade de sua existência. Neste caso, as alegações são as mais variadas possíveis para justificar a ação do “sujeito” sobre a “coisa”; culturalmente machista e patriarcalista desde sua formação, a sociedade ratifica a ação deste homem, inclusive neste caso.

Lamentavelmente presenciamos, ainda hoje, inúmeros casos onde o homem-sujeito contraria um dos princípios básicos garantidos pela constituição: o direito à vida! O direito garantido a todos sem exceção, pois “*todos são iguais perante a lei*”.

O assassinato de mulheres na atualidade é lamentável e um exemplo cruel de que somente a lei não basta. É preciso dar vida a esta lei, é preciso que tenhamos a consciência de que somente quando nos reconhecermos como sujeito de direitos que somos a lei de fato se prestará ao seu papel fundamental – garantia de direitos.

Não dar continuidade à aceitação de que somos “coisa” é o primeiro passo para este exercício, **se reconhecer como sujeito** em primeiro lugar, pois o somos. E assim **se reconhecer como sujeito de direitos**, direito fundamental. Podemos estar onde quisermos estar, pensar o que quisermos, desejar... sonhar... realizar, enfim, sujeitos na ação transformadora para uma sociedade mais igualitária, justa e com equidade.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. **Constituições brasileiras**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>. Acesso em: 27 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 27 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 27 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 27 ago. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. **População estimada**: estimativas da população residente com data de referência 1º de julho de 2017. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados.html?view=municipio/>. Acesso em: 27 ago. 2021.



# CAPÍTULO 5

## A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SOB A ÓTICA DELAS: ELLEN GRACIE NORTHFLEET

Andreia Tassiane Antonacci

Valéria Morine Nagy

### INTRODUÇÃO

Antes de expor as considerações sobre a nobre jurista Ellen Gracie, vale dizer que o Brasil, por ser ainda um país com raízes patriarcais e colonialistas, dificulta, em sua própria cultura, a figura da mulher em segmentos tradicionais como a área do Direito em geral, quiçá na magistratura e nos Tribunais Superiores.

Somente neste tempo de século XXI é que essa cultura, frise-se, começa a tomar outra forma, com o expressivo aumento das mulheres na referida área, bem como todo um movimento “feminista” que vem expondo a necessidade de mudança cultural e social quanto à igualdade de gênero (e até mesmo a identidade de gênero).

A [Constituição Federal de 1988](#) traz em seu cerne essa necessidade de positivar a obrigação da igualdade entre todos, contudo a prática necessita, assim como qualquer evolução social, de tempo para ser compreendida, absorvida, aceita e, então, praticada. É fato que o tempo de maturação de uma mudança como essa vai depender do quão as raízes e as crenças da sociedade são profundas. É o que o físico e filósofo norte-americano Thomas Kuhn (1922-1996) apresenta como paradigma. Neste âmbito, Kuhn explica que

um paradigma científico é a forma de se fazer ciência, ou seja, traz leis e conceitos implícitos do que se deve fazer e do que não se deve fazer. Este precisa sempre estar associado a embasamentos experimentais e não apenas teóricos. **Quando um paradigma sofre de uma anomalia**, isto é, problemas existentes e de difícil solução, e particularmente quando esta anomalia afeta as bases deste paradigma e resiste às tentativas de solução, há existência de uma crise. **Os defensores do paradigma antigo perdem a confiança e surge a necessidade de troca deste paradigma.**<sup>1</sup>(grifo nosso)

*Ex positis* o tempo que se leva para mudar um paradigma e inserir um novo, numa sociedade, vai depender de quanta resistência esta vai ter em manter o antigo *status quo* e no quanto quer que seja aceito o novo paradigma. Mas, mesmo com resistência, se a mudança de pensamento social for uma realidade imutável, ela acontecerá naturalmente em algum momento, assim como na Física e na Filosofia da Ciência de Kuhn.

<sup>1</sup> SILVA, André Luiz da. **Mudança de paradigmas em Kuhn**. Disponível em: <https://www.infoescola.com/ciencias/mudanca-de-paradigmas-em-kuhn/>. Acesso em: 27 ago. 2021.

## BREVE EXPLANAÇÃO SOBRE INTERPRETAÇÃO LEGAL

A interpretação de leis pode parecer um exercício simples de cognição, mas não é bem assim. Primeiro (e não menos importante) é necessário que se saiba diferenciar o texto normativo (produto do Poder Legislativo) e a norma jurídica (processo ao qual se dá sentido ao texto normativo). Nas palavras de João Maurício Adeodato,

O texto normativo não constitui a norma jurídica, mas apenas fornece um ponto de partida para sua construção diante do caso. Assim, entre o texto normativo e a norma jurídica encontra-se a interpretação, que, longe de apartá-los, busca unir uma coisa e outra.<sup>2</sup>

Assim, partindo desta premissa, texto normativo e norma jurídica não podem se confundir. O primeiro está no plano da linguagem sintática; o segundo constrói linguisticamente, como fundamento do primeiro.

Hans Kelsen (1881-1973) traz em sua obra que a interpretação tem dois polos: como ato de vontade e como ato de conhecimento. Como ato de vontade, ocorre a interpretação voltada à aplicação da norma; como ato de conhecimento, interpreta-se a conduta, se certa, errada, permitida ou obrigatória, a partir da norma jurídica.<sup>3</sup>

## CONSTITUCIONALISMO

A necessidade de um ordenamento que regule as ações humanas surge, incontestemente, nas sociedades primitivas, que naturalmente se organizaram e, portanto, mantinham um sistema de regras que tinham como resultado as obrigações e estabeleciam sanções aos que não as cumprissem (geralmente o banimento). Podemos denominar essa configuração de relações jurídicas como “pré-constitucionais”, em iniciativas até mesmo intuitivas do homem social, mesmo que esse ordenamento fosse baseado na concepção espiritualista, do “deus que a tudo vê” e que, então, por meio dos espíritos dos ancestrais das tribos, pune os que não agirem conforme as suas determinações. Nesta linha de pensamento, bem explicitam Willis Santiago Guerra Filho e Henrique Garbellini Carnio:<sup>4</sup>

A ideia é a de que o estabelecimento organizacional das comunidades primitivas se dava pelas trocas entre os homens e as autoridades sobre-humanas, que, por assim dizer, eram representadas na forma de um fenômeno jurídico que identificava um vínculo jurídico originário, a saber, o vínculo de se estabelecer uma obrigação a ser cumprida, sob pena de sanção, normalmente, baseada em dimensões mágicas, como o amaldiçoamento dos descumpridores da obrigação pelos ancestrais.

Fica nítida a ideia do estabelecimento obrigacional sob pena de sancionamento àqueles que não as cumprissem, ainda que fossem de acordo com leis espirituais. Nasce o acordo feito a partir das vontades, momentaneamente intuitivas, que dará origem ao contrato com efeitos jurídicos, advindos depois que o homem compreende a própria necessidade de uma tutela jurídica que garanta seus direitos, d’onde advém, podemos dizer, o embrião dos direitos ditos fundamentais, após a transformação das sociedades em Estados. Por certo que as formações

2 ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: (Neo)Constitucionalismo: Ontem, os Códigos. Hoje, as Constituições*. Porto Alegre: v. 1, n. 2, p. 1, 2004.

3 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 342.

4 GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Introdução à sociologia do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 20.

primitivas não praticavam a configuração estatal, pois eram homogêneas, não havia nelas o conceito de poderes e suas divisões, “*são as sociedades cujo corpo não possui órgão separado do poder político*”.<sup>5</sup> Vem à luz, a partir dessa conjectura, que a constituição deve seguir a realidade política e social de cada país.

Poderíamos discorrer sobre vários eventos da história antiga que nos mostrariam aquilo que terminou se estabelecendo como as Constituições que conhecemos hoje.

A mais evidente demonstração de organização normativa que se pode ter na Roma antiga é a Lei das XII Tábuas (+– 450 a.C.), que foi a primeira lei escrita que se aplicava a todos. No Império Bizantino, sob a liderança de Justiniano (527-565), este imperador revisa e codifica o direito romano. Por meio dos juristas bizantinos, forma-se o *Corpus iuri civilis*, a lei civil daquele período, que foi dividido em quatro partes: Código, digesto, novas e institutas.

Na Idade Média, o feudalismo predominou na Europa, especialmente dos séculos IX a XI. Essa configuração política torna a posição estatal mais enfraquecida, haja vista que os senhores feudais detinham o poder político. Na mesma época, a Igreja Católica começa a ganhar mais poder de influência político-social, inclusive na Constituição medieval. Ainda no período medieval, a Inglaterra traça com mais clareza a ideia de Constituição, sendo desenhada de forma mais efetiva com o governo de Henrique II, que enfrentou veementemente o feudalismo e a supremacia da Igreja (Constituição de Clarendon, de 1164). Ressalta-se, ainda, a Carta Magna assinada por João Sem Terra, em 1215, que estabelecia, entre outras normas, que o monarca se submeteria à nobreza e à Igreja. Em 1689, Guilherme III assina a *Bill of Rights*, na Revolução Gloriosa, limitando os poderes do rei e ativando os do parlamento, pondo fim ao absolutismo, retirando da burguesia e da classe rural as barreiras pelas quais tinham de defrontar-se.<sup>6</sup>

Em síntese, foi com a Revolução Americana, iniciada em 1775, após a Guerra dos Sete Anos, que emerge o Constitucionalismo que se refletirá até os dias atuais. O levante deu-se a partir da exigência inglesa aos colonos de pagarem mais impostos e da restrição de alguns direitos, embora os norte-americanos já estivessem um tanto insatisfeitos com o excesso do domínio inglês. As treze colônias inglesas nos Estados Unidos (Massachusetts, Rhode Island, Connecticut, New Hampshire, New Jersey, New York, Pensilvânia, Delaware, Virgínia, Maryland, Carolina do Norte, Carolina do Sul e Geórgia) então passam a exigir a emancipação da Inglaterra, culminando em diversos conflitos.

Em 1783, derrotada, a Inglaterra assina o Tratado de Paris, reconhecendo a independência dos Estados Unidos. Criou-se a federação dos Estados Unidos da América e a Carta Constitucional de 1787. Esta foi, sem dúvida, o divisor de águas para as constituições escritas.

5 GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Introdução à sociologia do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 22.

6 SANTIAGO, Emerson. *A Revolução Gloriosa*. Disponível em: <https://historianews21.blogspot.com/2015/02/revolucao-gloriosa.html?m=1>. Acesso em: 08 nov. 2021.

Outro importante acontecimento histórico para o tema foi a Revolução Francesa (1789), cujos resultados mudaram as bases sociais da época não apenas na França, sendo influência em várias partes do mundo. Naquele tempo, o país era dividido em três estados: clero, nobreza e povo, sendo os dois primeiros detentores de privilégios, tais como isenção de tributos, recebimento de pensões do estado e o direito de exercer cargos públicos. Assim, o povo acabava por absorver as despesas do primeiro e do segundo estado.<sup>7</sup> Sob a influência do Iluminismo, o terceiro estado começa a indignar-se com os abusos dos outros dois, iniciando diversas revoltas e lutas pela igualdade de direitos, conclamando o lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”. Em 14 de julho de 1789, o povo toma a Bastilha e o rei Luís XVI dá-se por vencido, abolindo o regime feudal e acabando com os privilégios do clero e da nobreza sobre os impostos.

Após a criação pela Assembleia Constituinte da [Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão \(26 de agosto de 1789\)](#), em 1791, foi promulgada a primeira Constituição francesa, impondo limites ao poder do rei por meio do princípio constitucionalista.

No Brasil, após a independência (7 de setembro de 1822), nas palavras de José Afonso da Silva,<sup>8</sup> surge a necessidade de uma unidade nacional, bem como de um poder centralizador e uma organização nacional que freassem os poderes regionais e locais, sem deixar de adotar princípios básicos da teoria política. O constitucionalismo era o princípio fundamental, que se realizava por meio de uma constituição escrita, onde se consubstanciasse o liberalismo, a declaração de direitos e a separação de poderes.

Com forte influência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França, e também da Constituição norte-americana, foi promulgada a primeira Constituição brasileira, em 1824, trazendo em seu bojo sequência de direitos civis e políticos. Em 1891, a nova constituição traz o molde de Montesquieu<sup>11</sup> da divisão dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e a instituição do Supremo Tribunal Federal (STF) como poder máximo do Judiciário. A Constituição de 1934 altera significativamente regras de controle de constitucionalidade. Em 1937, a carta constitucional dá poderes ao presidente da República quanto às ações de inconstitucionalidade, e a de 1946 restaura o controle judicial ao Judiciário. Em 1967, durante a ditadura militar, a Constituição dá ao presidente amplos poderes, que, conforme elucida Gilmar Ferreira Mendes,<sup>9</sup> a partir do Ato Institucional nº 5, passa a *“pode[r] decretar o recesso do congresso nacional, das assembleias e das câmaras dos vereadores, bem como determinar a intervenção nos estados e municípios, sem limitações, tendo suspenso as garantias constitucionais”*.

A Constituição de 1988 cria o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dá ao Supremo Tribunal Federal (STF) caractere de “Guardião da Constituição”. A Carta vigente até hoje também especifica com rigor a proteção e garantia aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

## A PRIMEIRA MULHER NO STF: ELLEN GRACIE NORTHFLEET

7 GOMES, Cristina. **Revolução Francesa**. Infoescola, online em 9 maio 2017.

8 Charles-Louis de Secondat (1689-1755). Barão de La Brède e de Montesquieu. Político, filósofo e escritor francês.

9 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1094.

A Constituição atualmente vigente foi promulgada em 1988, mas foi somente no ano 2000, doze anos depois da “Constituição Cidadã”, que o então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, indica e coloca a primeira mulher no cargo máximo do Poder Judiciário, como ministra do Supremo Tribunal Federal (STF), qual seja, a jurista Ellen Gracie Northfleet, que permaneceu na Corte até o ano de 2011.

O currículo de Ellen é extenso e de excelência. Nascida no Rio de Janeiro, em 16 de fevereiro de 1948, teve sua formação acadêmica no Rio Grande do Sul, local em que se graduou em Direito e onde se pós-graduou em Antropologia Social.

Iniciou sua carreira jurídica como advogada (entre 1986 e 1987), sendo, inclusive, presidente do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Também fundou a Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil (ESAOAB) naquele Estado.

Ellen também atuou como procuradora da República, e na magistratura, em 1989, deu início à carreira de juíza no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4). Entre os anos de 1997 e 1999, ocupou o cargo de vice-presidente e presidente desta Corte. E, em 2000, veio a indicação e nomeação a ministra do STF.

Durante o período que esteve na Suprema Corte, Ellen Gracie atuou no Tribunal Superior Eleitoral, ano de 2001, e exerceu a presidência do STF e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), entre 2006 e 2008.

A respeito de ser a primeira mulher a ocupar o cargo de ministra da Suprema Corte, “nós devemos nos destacar no meio, seja ele masculino ou feminino, pela nossa competência, e não exclusivamente pelo fato de sermos mulheres”, respondeu Ellen Gracie em entrevista a um portal na internet.<sup>10</sup>

## PRINCIPAIS INTERPRETAÇÕES CONSTITUCIONAIS DE ELLEN GRACIE

Dentre muitos casos que passaram pela análise e julgamento de Ellen Gracie, não restam dúvidas de que o Inquérito 2.245, que investigou o chamado “Mensalão” no governo do presidente da República no período, Luiz Inácio Lula da Silva, foi um dos mais difíceis e polêmicos de sua carreira, haja vista a complexidade do tema e pressão da mídia e da opinião pública. Na ocasião do julgamento, Ellen ocupava a presidência do STF.

A ministra-presidente foi ferozmente criticada pela “morosidade” com a qual este Inquérito foi julgado (julgamento ocorreu em 2007), não deixando de lembrar que a denúncia do procurador-geral da República à época, Antônio Fernando Souza, foi apresentada ao STF dez meses após as primeiras investigações do caso, ocorridas em 2005.

Em resposta às críticas, Ellen Gracie as rebateu durante a proclamação do resultado do julgamento, *in verbis*,

Nos últimos três dias da semana passada, ontem e hoje – no total, estivemos, nessas bancadas, mais de trinta horas. Desejo registrar que o Tribunal conclui esta primeira fase em prazo absolutamente compatível tanto

10 REDAÇÃO DO MIGALHAS. **Devemos nos destacar pela nossa competência, afirma Ellen Gracie.** Seção Migalhas Quentes. 17 de agosto 2018. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/285792/devemos-nos-destacar-pela-nossa-competencia-afirma-ellen-gracie>. Acesso em: 30 nov. 2020.

com a dimensão do caso – que é *sui generis*, com quatro dezenas de acusados e extrema complexidade –, como também com as demais tarefas que correspondem ao cotidiano dos Senhores Ministros. Neste momento, não posso deixar de consignar – espero que os Colegas não me queiram mal por isso – que, no intervalo deste julgamento, fizeram-se distribuir 2.094 processos na Casa. E, mais importante que tudo, com absoluto e rigoroso respeito ao devido processo legal. Esses resultados só se fazem possíveis na medida e graças à segura condução do processo, empreendida pelo eminente Relator, Ministro Joaquim Barbosa. Sua Excelência fez também por utilizar recursos modernos de informática que facilitaram muito o seu trabalho, e também o nosso. Os autos foram, em seus cerca de cinquenta e um volumes e mais de mil apensos, da primeira à última página, inteiramente digitalizados. Assim, foi possível que todos os Ministros tivessem acesso às peças do processo. Foi possível também aos ilustres defensores dos quarenta acusados o acesso simultâneo a este mesmo processo. Não fosse por isso, somente a vista sucessiva dos autos teria consumido, no mínimo, por baixo, vinte meses, para que cada um dos acusados pudesse se manifestar nos autos. Não teríamos, portanto, chegado ao estágio atual. [...]¹

Por unanimidade, o STF aceitou a denúncia do PGR por lavagem de dinheiro e evasão de divisas dos 40 acusados no Inq. 2.245. Posteriormente à aposentadoria de Ellen Gracie, foi a julgamento a Ação Penal 470, referente às denúncias citadas. No mesmo ano de 2007, sob seu comando, o Plenário do STF realizou o julgamento de exatas 4.098 ações que tratavam do tema acerca do pagamento de pensão por morte pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). Ellen Gracie teve a iniciativa de que os

milhares de Recursos Extraordinários com a mesma temática fossem julgados conjuntamente, criando sentença única para todos os casos apreciados.

Em sua justificativa, a ministra-presidente da Corte afirmou que não fazia sentido ao cidadão receber uma decisão diferente de seu vizinho, que reclamou a mesma coisa. Em suas palavras, “decisões como esta economizam muito tempo de trabalho dentro das instâncias administrativas e judiciárias do Tribunal”.

Deste modo, a decisão da então presidente do STF é agasalhada pelo instituto da repercussão geral, trazido ao ordenamento pela Emenda Constitucional n. 45/2004, em que apresenta o “efeito multiplicador”, por meio do qual o STF possa decidir de uma única vez processos idênticos, multiplicando, assim, a decisão às causas iguais.

Outro caso polêmico e complexo foi o conhecido como “Caso Sean Goldman”, que versava sobre sequestro internacional de criança, no caso concreto, o menor era filho de mãe brasileira e pai norte-americano, e este alegava que a mãe havia levado o filho ao Brasil sem autorização. O litígio orbitou na disputa da guarda do menor pelo pai e pela família da mãe, após o seu falecimento.

Na ocasião, Ellen Gracie defendeu que se respeitasse a Convenção Internacional de Haia de Combate ao Sequestro Internacional de Crianças, consolidando a orientação dada pelo §3º do art. 5º da Constituição Federal, em que tratados internacionais podem ser incorporados a ela por Emenda Constitucional, quando do AI 1.480/DF, que deu aos tratados e convenções internacionais status de Lei Ordinária.

11 Parte da proclamação do resultado de julgamento do Inquérito n. 2.245. Plenário do STF. Presidente Ellen Gracie Northfleet, 28 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/tramiteAP.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

Em 29 de dezembro de 2009, o STF rejeitou os pedidos dos avós de Sean, dando a guarda ao pai, David Goldman, que o levou de volta aos Estados Unidos.

Outros casos de destaque sob o comando de Ellen Gracie podem ser citados, tais como:

Em 2003, foi a relatora na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) sobre o desconto previdenciário dos servidores públicos inativos e aposentados, artigo fundamental da reforma da previdência aprovada no mesmo ano. Votou pela inconstitucionalidade do desconto, mas o plenário do STF declararia no ano seguinte o artigo constitucional. Em maio de 2004, assumiu a vice-presidência do STF e, em outubro, votou pela cassação da liminar concedida em julho pelo ministro Marco Aurélio de Melo, autorizando a interrupção de gravidez nos casos de fetos com anencefalia. Em janeiro seguinte, concedeu liminar em um mandado de segurança impetrado com o objetivo de impedir a homologação da reserva indígena Raposa/Serra do Sol, em Roraima. Foi ainda a relatora de diversos mandados de segurança impetrados por advogados de Daniel Dantas para impedir o acesso a seus computadores apreendidos pela Polícia Federal. Concedeu liminar evitando que dados fossem transferidos para a comissão parlamentar mista de inquérito (CPMI) da compra de votos que investigou a denúncia da existência de pagamento de mesadas a parlamentares da base aliada do governo Lula em troca do apoio às matérias de interesse do governo – caso que ficou conhecido como escândalo do mensalão. Em fevereiro de 2006, votou a favor da declaração da constitucionalidade de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que proibia o nepotismo nos tribunais.<sup>12</sup>

Ellen Gracie Northfleet aposentou-se do STF em agosto de 2011, bem antes de completar os 70 anos, que é a idade limite para o cargo. Deu lugar a outra mulher, indicada pela presidente da República naquele ano, Dilma Rousseff, a então ministra do TST, Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, que permanece no STF até o presente momento. Afora Ellen Gracie e Rosa Weber, o STF conta com a presença de mais uma mulher, a jurista Carmen Lúcia Antunes Rocha, que se tornou ministra por meio da indicação, em 2006, do presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva.

## CONCLUSÃO

Demonstrou-se a complexidade da mudança de paradigma em uma sociedade ainda jovem e marcada pelos traços coloniais, todavia percebeu-se que o tempo dessa mudança se achega. Prova disso são as inúmeras mulheres assumindo cargos de liderança em empresas privadas, em cargos políticos (o Brasil elegeu a primeira presidente da República, antes mesmo de países desenvolvidos, como os Estados Unidos), no Judiciário e no Legislativo.

É verdade, porém, que o Brasil ainda está longe do ideal no quesito igualdade de gênero no mercado de trabalho; ainda enfrenta disparidades salariais entre homens e mulheres; vive casos de assédio sexual em ambiente de trabalho; além do preconceito em relação à capacidade feminina de liderar e executar trabalho e negócios – tudo isso fruto ainda do machismo enraizado na sociedade brasileira (inclusive das mulheres).

<sup>12</sup> FGV-CPDOC. Ellen Gracie Northfleet. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/gracie-ellen>. Acesso em: 27 ago. 2021.

Não obstante, é louvável presenciar o início das mudanças de mentalidade e comportamento social quanto ao tema. Mais louvável é ter nos Tribunais mulheres que não se intimidam nem têm medo da hegemonia masculina ou da opinião pública, como foi a trajetória jurídica da ministra do STF, Ellen Gracie Northfleet.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: (Neo) Constitucionalismo: Ontem, os Códigos. Hoje, as Constituições. Porto Alegre: v. 1, n. 2, p. 1, 2004.
- AGÊNCIA ESTADO. **Gracie defende prisão imediata de réus do mensalão**. Disponível em: <https://jc.ne10.uol.com.br/canal/politica/nacional/noticia/2013/11/13/gracie-defende-prisao- imediata-de-reus-do-mensalao-105245.php>. Acesso em 29 nov. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 08 nov. 2021.
- ACADEMIA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS. **Sociedade brasileira tem características autoritárias**. Disponível em: [http://www.abc.org.br/article.php?id\\_article=7957](http://www.abc.org.br/article.php?id_article=7957). Acesso em 27 nov. 2020.
- COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **Interpretação conforme a Constituição**: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade. São Paulo: Método, 2007, p. 27-29.
- CONSULTOR JURÍDICO. **Ellen Gracie**: a trajetória da primeira mulher no STF. 11 de agosto de 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-ago-11/ellen-gracie- trajetoria-primeira-mulher-integrar-supremo>. Acesso em 30 nov. 2020.
- FGV-CPDOC. Ellen Gracie Northfleet. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/gracie-ellen>. Acesso em: 27 ago. 2021.
- GAVIÃO PINTO, Alexandre Guimarães. Direitos fundamentais – legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade. **Revista de Direito n. 79**. TJRJ. Setembro de 2010. Disponível em: [http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ae67daf5-7ca9-408c-93b6-b58186a81197](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae67daf5-7ca9-408c-93b6-b58186a81197). Acesso em 28 nov. 2020.
- GOMES, Cristina. **Revolução Francesa**. Infoescola, online em 9 maio 2017.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Introdução à sociologia do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 29 nov. 2020.
- JURISPRUDÊNCIA DO STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 30 nov. 2020.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PORTAL MIGALHAS. Seção Migalhas Quentes. **Entrevista com Ellen Gracie**. 17 de agosto de 2018. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/285792/devemos-nos-destacar- pela-nossa-competencia-afirma-ellen-gracie>. Acesso em 30 nov. 2020.
- REDAÇÃO DO MIGALHAS. **Devemos nos destacar pela nossa competência, afirma Ellen Gracie**. Seção Migalhas Quentes. 17 de agosto 2018. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/285792/devemos-nos-destacar-pela-nossa-competencia-afirma-ellen-gracie>. Acesso em: 30 nov. 2020.
- SANTIAGO, Emerson. **A Revolução Gloriosa**. Disponível em: <https://historianews21.blogspot.com/2015/02/revolucao-gloriosa.html?m=1>. Acesso em: 08 nov. 2021.
- SILVA, André Luiz da. **Mudança de paradigmas em Kuhn**. Disponível em: <https://www.infoescola.com/ciencias/mudanca-de-paradigmas-em-kuhn/>. Acesso em: 27 ago. 2021.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- WIKIPEDIA. Caso Sean Goldman. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso\\_Sean\\_Goldman](https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Sean_Goldman). Acesso em: 29 nov. 2020.



# CAPÍTULO 6

## INTERPRETAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL: ESTUDOS EM HOMENAGEM À PROFESSORA MARIA GARCIA

Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr

Convidada a trazer um contributo para a presente obra, que reúne mulheres que estudam a Constituição, honrada por ser lembrada pelas amigas e excelentes juristas que a coordenam e organizam, tomei por opção homenagear uma notável Constitucionalista Brasileira, a Professora Maria Garcia.

Muito do que defende-se neste artigo, objetivamente, o reconhecimento da interpretação aberta e da concretização constitucional como direito de todos e dever do Estado, foi objeto de estudos nas inesquecíveis aulas, como também no pioneiro grupo de pesquisas coordenado pela Professora Maria, tomando-se como base que o estudo de qualquer instituto jurídico deve respeito às regras dogmáticas da epistemologia, seguindo um processo de abstração lógica, de sua aplicabilidade e dimensão.

Com efeito, para a compreensão da interpretação como meio viabilizador da concretização constitucional, busca-se dimensionar os valores, os princípios e as regras constitucionais, verificando-se como cientistas do direito discorrem sobre a matéria. Condiciona-se, assim, a sua classificação como direito fundamental: Direito à concretização dos direitos.

Desta forma, compreendem-se a interpretação e a concretização constitucional como um direito-dever de todos, vista a obrigação geral de conhecimento das normas regedoras da sociedade e a sua fundamental necessidade de aplicação para a organização e funcionamento do estado democrático de direito.<sup>1</sup>

No entanto, se o teor da lei carece de interpretação, declaração e aplicação, e a interpretação das normas constitucionais é interdependente da busca de seus princípios axiologicamente pautados, cabe ao intérprete atualizar o alcance da lei para que esta seja perene, alcance as demandas sociais e promova, quando necessário, a mutação do Direito sem que isto implique na mudança ou instabilidade do Estado de Direito.

Dentro da realidade brasileira, para que se concretize amplamente a ordem constitucional vigente, interpretada em seus valores, princípios e regras, deve haver mudança de mentalidade e comportamento, libertação do obscurantismo do véu da ignorância, mobilização e participação social na perseguição deste processo, rito

<sup>1</sup> Toma-se como base o Direito comparado. A Constituição Americana em seu preâmbulo declara: “Nós, o Povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a Justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da Liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América”.

de passagem de “povo massa” a “povo cidadão”, honrando os ensinamentos do memorável Paulo Bonavides e seguindo o pioneirismo de Maria Garcia ao instituir a Cátedra de Direito Educacional na PUCSP.

As constituições brasileiras, oficialmente sete e factualmente oito (considerada a [Emenda Constitucional n. 01 de 1969](#)), historicamente mal interpretadas ou restritas à interpretação literal por seus destinatários, bur-ladas em razão da falta de preparação popular para o exercício da cidadania, perfazem um constitucionalismo formal e simbólico. Mas há um percentual que acredita na educação como meio de libertação e emancipação cidadã, que parece querer romper com a cultura do “jeitinho brasileiro”, que começa a tornar perceptível ao homem médio que a finalidade da lei é sair do papel e adentrar a vida de todos. Parece a transição necessária, após pouco mais de trinta anos de vigência da lei maior, considerada a última vez que se reinventou o estado brasileiro, com a edição da [Constituição Brasileira de 1988](#).

Independentemente de bandeiras ideológicas, e assim se faz democracia, há uma mobilização geral, um clamor por respeito, ordem e progresso. Um grito de cidadãos que se manifestam nas redes sociais, nas ruas e nas urnas, outrora excluídos ou minorias, que aos poucos, mesmo sem receber a base de educação formal que tem por direito, se informam e manifestam, impedindo o silêncio dos que estavam adormecidos.

Essa mobilização é entendida por Hermann Heller como “ação concreta de dar forma à cooperação dos indivíduos e grupos que participam no todo, mediante a supra-, sub-, e co-ordenação dos mesmos”.<sup>2</sup> O que Canotilho denomina “Deveres Fundamentais” e dedica um capítulo específico.<sup>3</sup> Em acréscimo, um ensinamento muito clara e insistentemente provocado e debatido pela Professora Maria Garcia e como explicita Konrad Hesse: “os direitos fundamentais não podem existir sem deveres – de todos os que participam da vida constitucional”.<sup>4</sup> E assim deve se interpretar e concretizar a Constituição, com o comprometimento dos variados atores sociais.

Passar de povo massa a povo cidadão é um direito: direito fundamental. No entanto, como exorta Canotilho: “A dimensão jurídico-constitucional dos deveres ultrapassa, porém, o círculo dos direitos”.<sup>5</sup> Mas como exigir do povo-massa que seja povo-cidadão? Como a Constituição que se obriga a todos poderá ser adequada e equilibradamente aplicada a todos?

A Professora Maria Garcia sempre defendeu o caminho da educação e constata-se, depois de superadas três décadas de vigência, que a Constituição apenas se realizará na mudança profunda da realidade brasileira. Por enquanto, o Brasil ainda é de poucos e precisa ser de todos os que nele habitam e encontram refúgio. Ser cidadão é mais que direito. Proclamar a ausência e necessidade de concretização da constituição brasileira para que alcance os seus mais de duzentos milhões de destinatários diretos é direito e dever.

2 HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968. p. 295.

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 515.

4 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 73.

5 CANOTILHO, *Op. cit.*, p. 518.

Maria Garcia demonstra concordar com a referência a deveres fundamentais ao abarcar em artigo jurídico “a possibilidade do dever de o cidadão exercitar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos correspectivamente às prerrogativas da cidadania”.<sup>6</sup> E isto se justifica pelo caráter dos direitos fundamentais, em especial, a cidadania e a própria concretização constitucional, acarretarem a necessária participação social em prol da realização da norma, produzindo um dever geral.

Com os Professores Celso Bastos e Maria Garcia, a academia jurídica brasileira se debruçou a estudar acerca da força normativa, da interpretação e da concretização constitucional na consolidação do Estado Democrático de Direito.

As considerações sobre a força normativa da Constituição e sua concretização têm provocação em Konrad Hesse contrapondo-se, em 1959, às colocações feitas por Ferdinand Lassalle, em Berlim, em 1907, o qual sugeriu ser a Constituição apenas um pedaço de papel, sem valor em face ao poder das massas ou fatores reais do poder.<sup>7</sup>

Hesse veio expor que entre obedecer aos denominados fatores reais de poder, sejam históricos, sociais ou políticos, e a Constituição, esta deve prevalecer, pois condensa em si todas as relações de poder presentes em um Estado. Daí sua força normativa, a Constituição real. (“Die normative Kraft der Verfassung”).

Se para Lassalle a Constituição formal não passa de um pedaço de papel, a sua capacidade reguladora, para Hesse, limita-se à Constituição real, sob o risco de abater-se ou vergar perante os reais fatores dominantes de poder locais, deixando o poder de força parecer superior ao poder da lei ou à força das normas jurídicas, as quais por sua vez já submetidas à realidade fática.

Neste aspecto, verificando-se que entre a Norma Fundamental ou Constituição jurídica e a Constituição real ou realidade fluida, há uma tensão necessária, um conflito, sobressai a necessidade da interpretação Constitucional, pois é certo que a sua essência reside em sua eficácia, ou capacidade de concretização. Tanto que o próprio Hesse disse<sup>8</sup> que unicamente a Constituição vinculada a um momento histórico concreto e suas condicionantes, composta de ordenamento razoavelmente aceito, é apta a desenvolver-se, a concretizar-se e ser respeitada.

Em outros termos, pode-se afirmar que, para Hesse, um abismo entre realidade e norma, Constituição jurídica e Constituição real, em nada contribui para a Ciência do Direito, pois a aceitação de posições simplistas e radicais entre uma e outra leva ao enganoso pensamento de que direito e realidade social pudessem coexistir em separado.

<sup>6</sup> Maria GARCIA, *Arguição de Descumprimento: Direito do Cidadão*, p. 101.

<sup>7</sup> Vale-se integralmente de obra de Hesse: **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre, RS: Sérgio Antônio Fabris, 1991, não resumindo seu livro, mas analisando-o detalhadamente e buscando captar a completude de suas ideias em face ao tema.

<sup>8</sup> Transcrevem-se aqui as palavras de HESSE traduzidas por Gilmar Mendes: “Em outros termos, somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se”. Op. cit., p. 16.

O que interessa aos cultores da Ciência Jurídica, e em especial, da Ciência do Direito Constitucional, é proporcionar o desenvolvimento de métodos de condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica – o texto da lei – e a Constituição real – realidade político-social –, que é o sentido da Lei.

Hesse não nega que a força da Constituição esteja em sua vinculação às relações que compreendem a vida social. Ao contrário, afirma que esteja exatamente em vincular-se às forças e tendências predominantes em seu tempo, daí sua força estar em sua vontade: vontade de Constituição, e não vontade de poder, não tendo eficácia sem o concurso da vontade humana. Assim, estabelece princípios, diretrizes garantidores da força ativa da Constituição, os quais devem ser considerados pelo intérprete, verificando-se que, para garantir-se forte, o texto da Constituição precisa corresponder à realidade do momento de sua edição, incorporando o estado espiritual de seu tempo.

Conhecer a própria história é se reconhecer como povo, como parte integrante de uma nação. A Professora Maria Garcia, em suas aulas, sempre observou e certamente o faz com as turmas atuais, acerca da importância e necessidade da percepção do pertencimento social, o que naturalmente evolui ao longo do tempo, dadas as diferentes concepções de bem-estar e dignidade. Uma justificativa para o número excessivo de Constituições que o Brasil adotou, através do estado espiritual de seu povo e dos rumos históricos perseguidos?

Curiosamente, a perseguição aos rumos da história parece ser o que se demonstra ao percorrer a evolução do constitucionalismo brasileiro. A cada ciclo da história, uma nova Constituição. Foi assim desde a edição da Constituição Política do Império do Brasil, a Carta Imperial, em 1824, dois anos após o Brasil proclamar independência do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, dentre as pioneiras a prever expressamente (art. 179) direitos e garantias individuais, mas paradoxalmente permitir a escravidão e diferenciar os seres humanos em livres, libertos e escravos.

No entanto, para ser perene, a Constituição deve ser apta a adaptar-se às mudanças e avanços sociais, que certamente surgem com os novos tempos. A essas mudanças no rumo da história, a Constituição brasileira de 1824 sucumbiu, muito embora pretendesse se perenizar, como previa expressamente em seu texto ao tratar da sucessão do império (art. 116). De toda forma, foi a mais duradoura dentre as constituições brasileiras até a atualidade.

Referentemente ao aspecto da perenidade, o histórico da formação jurídica do Brasil revela o quão se mantém distante. Logo após a proclamação da República (1889), foi editada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a [Constituição Republicana \(1891\)](#), que, dentre outras regras para o funcionamento de um estado republicano, punha fim ao voto censitário, ao mesmo tempo que descortinava o eleitor, obrigando-o a assinar a cédula eleitoral e identificar-se no instrumento do voto.

A sociedade ainda se mantinha dividida em castas, vez que eram vetados como cidadãos politicamente aptos os analfabetos, os mendigos de praças, os soldados, os religiosos sujeitos à obediência e as mulheres.

Mas esta seria apenas a primeira constituição republicana de uma série. Não dotada de perenidade, até por representar interesses oligárquicos, foi substituída, em 1934, por uma Constituição democrática, conseqüente às Revoluções de 1930 e 1932, mas que durou apenas três anos. Aos olhos de Getúlio Vargas, uma Constituição fora de tempo, apressada e divorciada da realidade, cujas “primeiras experiências de sua aplicação permitiram verificar, sem ilusões otimistas, que era inviável”.<sup>9</sup> Essa foi a Constituição da República Nova, na qual, ainda Estados Unidos, Brasil já se escrevia com “s”.

A história do constitucionalismo brasileiro, ora analisada sob o apanágio da ótica de Hesse, também poderia ser investigada sob a égide dos princípios que fundamentaram as Constituições, pois, exatamente em razão de a sociedade estar em incessante desenvolvimento e descobertas, os seus valores mudam, e com isto, conforme Hesse, a Constituição deve precisar poucos princípios fundamentais, apenas aqueles aptos a transpor as barreiras do tempo. Mas com a instituição do Estado Novo, no Brasil de 1937, inevitável a edição de uma nova Constituição.

Outorgada em 1937, a Constituição do Estado Novo, imposta por Getúlio Vargas, coloquialmente chamada Constituição Polaca, foi concomitante à implantação de um golpe de estado que implementou no Brasil um dito governo provisório, autoritário de inspiração fascista, inspirado no modelo português, implementado por António Salazar. Seu maior paradoxo era estabelecer em seu artigo primeiro que o poder político emana do povo quando concentrava seu exercício sobremaneira nas mãos do Presidente da República, que escolhia os interventores dos estados (governadores), e estes escolhiam os prefeitos dos municípios, dentre outros meios de centralização do exercício do poder nas mãos do chefe máximo do Executivo.

No entanto, para ter inquestionável sua força, a Constituição deve afastar posturas unilaterais, incorporando em seus princípios fundamentais teor das estruturas aparentemente contrárias. Mas a Constituição de 1937 foi expressa em seu prefácio, ao justificar sua edição na existência de perturbações sociais, desordem, dissídios partidários, propaganda demagógica, luta de classes, estremação, conflitos ideológicos, tendente violência, guerra civil e necessários remédios, de caráter radical e permanente contra a infiltração comunista. Isso demonstra uma Constituição unilateral, extremista, datada e fixada em valores e ideologia contestáveis.

Conforme observado em Konrad Hesse, interesses momentâneos ou particularizados demandam por frequentes revisões constitucionais, o que desvaloriza a sua força normativa de Lei Máxima. Assim, a Constituição de Vargas durou o tempo do paternalismo autoritário do Estado Novo.

Muito embora as mudanças na realidade fática envolvam mudanças na interpretação da Constituição, o fim da segunda guerra mundial causou a ruptura da história com antigos conceitos, e em especial com a legitimação de um autoritarismo estatal ou com práticas nazifascistas, exigindo mais que uma nova interpretação da ordem constitucional imposta. No Brasil, em consequência ao pós-guerra, foi editada e promulgada a

<sup>9</sup> VARGAS, Getúlio. A nova política do Brasil, vol. 8., p. 166.

Constituição de 1946, democrática, liberal e humanista. E como observado em Hesse, ao tratar da divisão dos poderes, mister se faz prever a possível concentração do poder, sendo que situações emergenciais se configuram em prova da força ativa da Constituição.

Mas a história brasileira curvou-se e a Constituição reconstrutora da democracia e promotora da dignidade humana foi usada como instrumento de dominação, após 1964, quando por meio de atos administrativos decisórios, os decretos-leis editados pelo presidente da República, nos termos constitucionais, alteravam a natureza das coisas no Estado. E, como apregoado por Hesse, a força ativa da Constituição é fundamental, está na natureza das coisas, denomina-se “vontade da Constituição”, e uma possível mudança de situação não pode sacrificar a finalidade e a vontade da Constituição. No entanto, questiona-se onde estava a força da Constituição. Talvez, mais uma vez, ainda por ser descortinada... Assim, em 1967 é editada uma nova Constituição para o Brasil.

Em menos de um século de república, já se somavam, até então, cinco constituições republicanas. Mas a estabilidade, como consagrado em Hesse, é condição essencial para garantir a eficácia ou a força da Constituição.

Não obstante a Constituição de 1967 representar um novo desenho de Estado, essa ainda não alicerçava o novo regime político. Parecia haver espaço para manifestações contrárias e o governo lançou mão de Atos Institucionais – atos presidenciais com força de lei – que contivessem manifestações de desagrado governamental. Em 1968 foi editado o AI 5, que sobrepunha os poderes presidenciais aos previstos na Constituição, e no ano seguinte, editada a Emenda Constitucional n. 1, à [Constituição de 1967](#).

Essa reforma constitucional é objeto de discussão até a atualidade: não teria ocorrido a edição de Constituição nova em 1969? E tomando-se por base que a interpretação constitucional deve incumbir-se de afastar o sentimento de necessidade de reformas à Lei Maior, não seriam suficientes as técnicas hermenêuticas? Isto porque, como leciona Hesse, revisões constitucionais apenas devem ocorrer em circunstâncias inevitáveis, momentos em que as previsões constitucionais expressas tiverem perdido seu sentido. Mas a Emenda Constitucional de 1969 não se deteve a alterar alguns artigos da Constituição de 1967. Além das alterações feitas, a Constituição foi completamente reescrita. Daí ser formalmente uma Emenda, mas, factualmente, outra nova Constituição para o Brasil, a formalmente Emenda Constitucional n. 1 e coloquialmente conhecida Constituição de 1969. Mas como se esperar o reconhecimento geral da força normativa da Constituição dentro de tal conjuntura social, em que uma Constituição não o é?

Sustentada por uma década pela vigência do Ato Institucional n. 5, a norma de 1969 recebeu quase trinta emendas. Essa instabilidade jurídica foi experimentada em um período de exceção vivido por mais de duas décadas e que teve fim aos poucos, com a revogação do AI 5, com os movimentos pró-anistia e a consequente edição da Lei da Anistia, com o movimento “diretas já”, com a eleição indireta para presidente civil, com a morte de Tancredo Neves – presidente eleito por colégio eleitoral e que não chegou a tomar posse, mas cuja sucessão foi marcada pela anuência dos militares resultando no governo de José Sarney e na formação da

Comissão Provisória de estudos Constitucionais, que deveria elaborar anteprojeto de Constituição nova para o Brasil, atendendo clamores sociais, como já registrava o primeiro discurso de Tancredo Neves, assim que eleito Presidente do Brasil pelo Colégio Eleitoral.<sup>10</sup>

Movidos por um pujante ideal democrático e de reconstrução da ideia de pertencimento social, se realizaram os trabalhos pré e pós-eleição da Assembleia Geral Constituinte que se reuniu no Brasil entre os anos de 1985 a 1988, quando da edição da Constituição que recebeu o título de Cidadã. Essa experiência histórica e política torna nítido o quanto o sacrifício de interesses pessoais ou particulares em favor do espírito da Constituição, seus princípios e valores, contribui para o fortalecimento de um sistema jurídico e da restauração de uma sociedade.

Foi visível como a interpretação e agregação dos clamores e valores sociais tiveram o poder de consolidar e preservar a força normativa da Constituição. A Constituição brasileira de 1988 já está em sua terceira década de vigência, e muito embora ainda presentes normas carentes de condições de concretização, estão expressos os valores e princípios regedores do Estado brasileiro, assim como cláusulas pétreas garantidoras de uma segurança, a estabilidade jurídica.

A consolidação das constituições democráticas depende da legitimação que o povo concede às mesmas. No entanto, a tentativa de concretização pura de qualquer dos pressupostos constitucionais sem a devida interpretação resultaria na ultrapassagem dos limites da força da Constituição. As mudanças na realidade fática envolvem mudanças na interpretação da Constituição e é o que sustenta a ideia de que o direito à cidadania transcende a pessoa capaz de votar e ser votada e alcança a realização da sociedade aberta dos intérpretes.

Muito do que inspira um jurista em constante construção e um constitucionalista, em um país que tantas vezes já trocou de Constituição ou trocou o conteúdo da Constituição vigente a cada época, pelo intermédio das Emendas, é fruto dos compartilhamentos de professores que, mais que saber ensinar, ensinam a aprender, formando e transformando seus ontem alunos, hoje discípulos e sempre gratos admiradores. Assim é Maria Garcia, uma mulher à frente de seu tempo, que colaborou e colabora com seus professores e alunos e que os provoca a manter acesa a chama do pesquisador e do formador de consciências, até sem perceber, lapidando a educação de profissionais já estabelecidos e impulsionando juristas e constitucionalistas para as novas gerações. Isso é promover os objetivos fundamentais da República, concretizar a Constituição e seguir seus pilares, pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária por meio da educação, seu grande legado.

## REFERÊNCIAS

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Trad. J. M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

10 VERSIANI, Maria Helena. Uma República na Constituinte (1985-1988). *Revista brasileira de História*, v. 30, n. 60, p. 241, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-01882010000200013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbh/a/tGrmf8JCPmgMVPsvmRYdTJNj/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 27 ago. 2021.

- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? – A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. *In*: GRAU, Eros Roberto; GUERRA
- FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito constitucional** – estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CICERO, Marus Tullius. **Dos deveres**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- COMTE, Auguste. **Discurso sobre o espírito positivo**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- DANTAS, Ivo. **Constituição Federal & Processo**. Curitiba, PR: Ed. Juruá, 2004.
- DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico**. Curitiba, PR: Ed. Juruá, 2004.
- DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto; SERRANO JÚNIOR, Vidal. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.
- EGAN, Kieran. **A mente educada** – os males da educação e a ineficiência educacional das escolas. Trad. Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: FCG, 1977. 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Constituinte**: assembléia, processo, poder. 2. ed. São Paulo: RT, 1986.
- FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GARCIA, Maria. **Desobediência civil**: direito fundamental. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional**. Fortaleza: UFC, 1989.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.
- HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.
- HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)**. Trad. de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Trad. Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Trad. João Vasconcelos. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino (coord). **Compreender os Direitos Humanos** – manual de educação para os direitos humanos. Versão Provisória (Pré-Impressão), Coimbra: IGC/FDUC, 2013.
- MOSSIM, Heráclito Antônio. **Habeas Corpus**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio (org.). **Antologia de famosos discursos brasileiros**. 1ª série, 2. ed. São Paulo: Logos, 1958.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. Biblioteca de Direito Público, Guarulhos: Acadêmica, 1994.
- PECES BARBA, Gregório. **Los valores superiores**. Madrid: Tecnos, 1986.
- SANDEL, Michael J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- SMITH, Adam. **The Theory of Moral Sentiments**. Edinburgh: A. Millar. 1759. Center of Religion and Democracy – University of Virginia. University of Virginia Library – Electronic Text Center, USA. 2000.
- SPINOZA, Baruch de. **Tratado da Correção do Intelecto e o Caminho pelo Qual Melhor se Dirige ao Verdadeiro Conhecimento das Coisas (1632-1677)**. Edição ACRÓPOLIS. Versão para eBook: eBooksBrasil.com. 2002.
- VERSIANI, Maria Helena. Uma República na Constituinte (1985-1988). **Revista brasileira de História**, v. 30, n. 60, p. 241, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-01882010000200013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbh/a/tGrmf8JCPmgMVPsvmRYdTJN/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 27 ago. 2021.



# CAPÍTULO 7

## A CONSTITUIÇÃO POR ELAS: A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SOB ÓTICA DAS MULHERES “COM O OBJETIVO DE TRAZER UM OLHAR FEMININO SOBRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS”

**Mariza Alves Affonso**

*Há um olhar que sabe discernir o certo do errado e o errado do certo.*

*Há um olhar que enxerga quando a obediência significa desrespeito e desobediência representa respeito.*

*Há um olhar que reconhece os curtos caminhos longos e os longos caminhos curtos.*

*Há um olhar que desnuda, que não hesita em afirmar que existem fidelidades perversas e traições de grande lealdade.*

*Este olhar é o da alma.*

NILTON BONDER

### INTRODUÇÃO

Inspirar nos anseios e verdades trazidos na alma feminina, é preciso antes conhecer a origem do nosso povo, e os realces que desenharam a história do nosso país. Somos vinculados ao que vem antes, temos uma inteligência transgeracional e estamos conectados a outros sistemas com herança morfogenética.

A observação geográfica, representada pela realidade, elaborada a partir de vivências e experiências, pode sinalizar que o padrão começa a partir do modo em que a consciência do sistema funciona. Os padrões são reações do sistema, geralmente porque algo ou alguém é excluído.

Começo a minha escrita com um conto que entendo como o início do fio condutor da história das mulheres do nosso país, por dois motivos distintos, primeiro porque mostra a chegada dos navios negreiros com as escravas e segundo porque conta como as mulheres conseguiam aliviar a precariedade de uma longa viagem de navio, com suas crianças. Estou falando das mulheres Abayomi, que teciam bonecas de pano sem costura, com pedaços de retalhos que rasgavam das suas saias, para acalmar as crianças durante a viagem.

Assim como a história das mulheres Abayomi nos mostra comportamentos assimilados em um trajeto entre países distantes, também destaco “A Vida de Maria”, com a história de uma mulher, que vive do recurso escasso do campo nordestino para sobreviver, e não tem espaço para aprender a escrever seu nome, pois é interrompida por sua mãe, que a chama para o trabalho da casa, alegando que não há tempo para se perder com bobagens, pois há muito trabalho a fazer. E essa repetição do padrão pretérito repete nas gerações subsequentes.

Essa introdução intenciona fazer uma reflexão sobre os avanços conquistados pelas mulheres brasileiras, a partir da sua origem e do acesso à justiça, na busca de seus direitos fundamentais garantidos na nossa Constituição Federal

## DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos correspondem à somatória de valores e de atos que possibilitam a todos uma vida digna e que são previstos em diversos documentos, especialmente em tratados internacionais. De modo geral, são direitos dos indivíduos que podem ser exercidos individual e coletivamente.

Se previstos na Constituição, são chamados de “direitos fundamentais”. Eles ganharam importância no século XX e estão incorporados ao pensamento jurídico do século XXI.

Positivismo previsão legal dos direitos humanos (Noberto Bobbio e Hans Kelsen), uma vez previsto no ordenamento jurídico, podem, esses direitos, ser exigidos dentro de um Estado. Além do plano interno, sua proteção se dá em tratados e convenções internacionais.

O jusnaturalismo entende que a pessoa humana é fundamento absoluto de direitos humanos, independente do lugar em que esteja, devendo ser tratada de modo justo e solidário (Dalmo de Abreu Dallari e Fabio Konder Comparativo).

Três *marcos históricos* fundamentais: o Iluminismo, a Revolução Francesa e o término da Segunda Guerra Mundial.

No Iluminismo foi ressaltada a razão, o espírito crítico e a ciência. Esse movimento procurou compreender a essência das coisas e das pessoas, observar o homem natural e desse modo chegar às origens da humanidade. A Revolução Francesa fez nascer os ideais representativos dos direitos individuais e humanos, quais sejam, a igualdade, a liberdade e a fraternidade.

Por fim, como sinal da Segunda Guerra Mundial, os homens se conscientizaram da necessidade de não mais permitir que seres humanos sofressem aquelas atrocidades cometidas pelos nazistas contra os judeus e outros grupos de pessoas.

Houve a criação da Organização das Nações Unidas e a elaboração de inúmeros documentos Internacionais e de Direitos Humanos, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, entre outros.

O acesso à justiça está inserido nos Direitos Humanos e está inserido no rol de Direitos e garantias fundamentais, consagrados na nossa Constituição Federal brasileira. Diante de uma composição histórica é considerado um conceito complexo, devido à imprecisão de que todos possam recorrer à justiça, com equidade, tendo em vista as questões regionais, e comportamentos plurais das mulheres em diferentes aspectos de so-

brevivência, como cidades sustentáveis agrícolas e urbana, mostrando um sinal de exercício para outras espécies de direitos.

Com esse cenário, destacam-se os desafios de acesso das mulheres à justiça, diversos e de diferentes naturezas. O acesso à justiça já desponta barreiras a serem enfrentadas considerando questões relacionadas a alfabetização e a informação e mobilidade.

O alcance à informação é uma prerrogativa essencial para o efetivo avanço de exercício do direito e o acesso deve ser *erga omnes*. Nesse sentido, voltamos à questão da educação, considerando que é preciso antes conhecer o direito que se busca.

Além de ser uma garantia constitucional, o direito à informação é reconhecido internacionalmente como um direito humano. A Declaração Universal dos Direitos Humanos artigo 19, versa que todos seres humanos têm direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade, sem interferência, de ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios independentemente de fronteiras.<sup>1</sup>

Para Foucault, o direito não é simplesmente a lei, “mas o conjunto de aparelhos, instituições e regulamentos que ampliam o direito”.

Ao fazer a leitura do texto constitucional, vejo a complexidade de regular o que consta na sua redação, especificamente no contexto feminino, como nos mostra a história.

## A MULHER NO TRABALHO

A mulher em todas as épocas contribui com seu trabalho. Considerando como exemplo as economias pré-capitalista no estágio imediatamente anterior à Revolução Agrícola e Industrial, podemos verificar que as mulheres eram bastante ativas, participando do seu trabalho no campo na manufatura, minas, lojas e oficinas.

A partir desse momento em que a família deixou de existir como unidade de produção, o trabalho doméstico que por influências foi destinado a mulheres passou a ser valorizado, subestimando sua real importância para sociedade.

Ao longo do tempo, essa luta pela valorização percorreu as políticas públicas, chegando a vez da lei do trabalho doméstico, dando voz para trabalhadoras que queriam ser reconhecidas profissionalmente. Uma vez que o trabalho doméstico não se limita apenas ao da faxineira ou cozinheira da casa, qualquer trabalhador que preste serviço no âmbito familiar é considerado doméstico.

A regulamentação efetiva desse vínculo de trabalho veio com a lei complementar 150/2015, que ficou conhecida como a PEC das domésticas, quando de fato os trabalhadores que se enquadram nessa modalidade passam a ter os mesmos direitos que os trabalhadores urbanos.

<sup>1</sup> UNIDOS PELOS DIREITOS HUMANOS. Artigo 19 da Declaração dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/course/lesson/articles-19-25/read-article-19.html>. Acesso em: 27 ago. 2021.

Vejo aí uma modificação significativa no sentido de que o que era atribuído a um trabalho inferior foi distribuído, dissolvendo essa premissa de mulher doméstica.

Ainda assim a mulher busca algo de maior destaque como cidadã, e os movimentos feministas dão sinais de perseverança.

Os movimentos sociais demonstram que nas relações interpessoais é preciso estabelecer equilíbrio. No que se refere nosso tema, faz-se necessário considerar o universo feminino com identidade própria, e suas singularidades.

Esse posicionamento fica claro quando a mulher começa a mostrar a sua voz, fazendo suas petições, e tomando seu lugar como agente social.

## MOVIMENTOS FEMINISTAS

Os movimentos feministas tiveram grande relevância na conquista pela igualdade. Em 1980, as feministas mostram a capacidade de articulação, se organizando com uma agenda internacional, colocando pontos em comum, além da criação de diferentes mecanismos na defesa dos direitos de igualdade (ALMEIDA,1998:9).

Essa luta começa a dar frutos e o movimento feminista traz grande importância no processo legislativo, uma vez que sua cidadania era resistida (BASTERD,2007). Também é ressaltada a importância de se denunciar toda e qualquer violência da espécie humana e há de notar um avanço.

A IV Conferência Internacional da mulher ocorre em Bejin, no ano de 1995, também logrando bastante destaque.

Os direitos da mulher são humanos. [...] garantir a todas as mulheres e meninas todos os direitos humanos e liberdades fundamentais e tornar medidas eficazes contra a violação de direitos e liberdades (DECLARAÇÃO DE BEJIN,1995).

## ORDEM SOCIAL

A nomenclatura Relações Humanas pode ser entendida, usualmente, como relações interpessoais, que ocorrem entre as pessoas, membros de um grupo e entre os grupos dentro de uma instituição, ou organização (MINICUCCI, 2012). A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193 da CF).

A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridades social, e tem por objetivos: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, o amparo às crianças e adolescentes carentes, a promoção de integração ao mercado de trabalho, habitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária e a ga-

rantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei ( art. 203, incisos I ao V da CF/88).

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205 da CF/88).

Nos referimos à mulher a considerando adulta, mas devemos lembrar que, antes de ela ser adulta, passou um longo período da infância e da adolescência, e que ao se tornar adulta ela se manifesta em defesa de direitos e igualdade.

## A MATERNIDADE

A maternidade é uma realização da mulher e para que isso ocorra ela precisa ter um parceiro, segurança afetiva, querer ser mãe e estar preparada para as modificações de seu corpo.

Segundo pesquisa do IBGE, o percentual de mães pela primeira vez em relação ao total de mães elevou-se de 34,3%, em 1991, para 40%, em 2000.

Entretanto, se observa uma situação preocupante entre as mães precoces. Em 2000, no estado de Alagoas, 18,5% das mães de 10 a 14 anos já possuíam uma prole de pelo menos dois filhos nascidos vivos. Em outros estados do Nordeste e do Norte, tais como Sergipe (12,1%), Bahia (14,2%), Pernambuco (15,8%), Amapá (16,6%), Rondônia (14,0%) e Acre (6,2%), o quadro da maternidade precoce, com uma descendência de 2 ou mais filhos, se repete.

Continuando pela linha do tempo, os dados das Estatísticas do Registro Civil, divulgados pelo IBGE, revelam que, dos 2,86 milhões de nascimentos registrados no Brasil em 2017, em 35,1% dos casos a mãe tinha 30 anos ou mais idade na ocasião do parto. O resultado confirma que a tendência de crescimento da proporção de mulheres nessa faixa etária foi de 25,7%, e em 2016, cresceu para 33%.

“Os dados nos mostram que as mulheres vêm adiando a maternidade porque a proporção de mães que tiveram filhos dos 20 anos ou menos vem caindo gradativamente. A mulher também vem se casando mais tarde, o que colabora para o crescimento da taxa de fecundidade em mulheres após 30 anos de idade”, explica a gerente da pesquisa Klivia Oliveira.

Em comparação com 2016, o ano de 2017 apresentou crescimento de 2,6% no número de nascimentos ocorridos e registrados no ano, porém ficou abaixo dos totais de 2014 e 2015. No entanto, o crescimento pode ser maior, pois a pesquisa só contabilizou aqueles que já tinham sido oficializados em cartório.<sup>2</sup>

2 AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. Cresce proporção de mulheres que tiveram filhos após os 30 anos. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22870-cresce-proporcao-de-mulheres-que-tiveram-filhos-apos-os-30-anos>. Acesso em: 27 ago. 2021.

Esses dados demonstram que, ao mesmo tempo que nas regiões Norte e Nordeste temos dados de gravidez precoce, o que sinaliza uma interrupção da infância, isso pode se dar por diversos motivos, ou seja, pode ser precariedade regional, falta de informação, questão de sobrevivência – ou seja, independentemente da causa, são sem dúvidas dados bastante preocupantes.

Em seguida, o IBGE apresenta dados mostrando que a mulher está cada vez mais adiando a maternidade. Esses dados nos informam que existem diferenças regionais muito significativas e condição social desequilibrada. Por um lado temos mulheres meninas que não têm tempo para viver a sua infância, por outro existem mulheres que podem decidir quando querem exercer a maternidade.

## PODER FAMILIAR

O grande vínculo natural que une o homem à família faz tornar verdadeira a máxima de que não existe qualquer outra instituição que seja tão intimamente ligada a ele. “Simples ou complexa, assente do modo mais imediato em instintos primordiais, a família nasce espontaneamente pelo simples desenvolvimento da vida humana”, como aponta o pesquisador LECLERCQ.

A origem da família está diretamente ligada à história da civilização, uma vez que surgiu como um fenômeno natural, fruto da necessidade do ser humano em estabelecer relações afetivas de forma estável.

O comportamento da sociedade vai mudando conforme as necessidades e sentimentos do momento histórico, e o ser humano vai buscando formas de ser feliz. E essa busca da felicidade trouxe modificações no contexto social, permitindo que todas as pessoas possam encontrar o seu par e formar uma família independente de sexo.

As famílias atuais se constituem como a família “tradicional”, que é aquela que temos como padrão social.

- União Estável ocorre entre homem e mulher, com o desejo de constituir uma família;
- Família Homoafetiva ocorre entre pessoas do mesmo sexo, e tem os mesmos efeitos jurídicos da união afetiva entre homem e mulher;
- Família paralela ou simultânea é aquela que se opõe ao princípio da monogamia, a qual um dos cônjuges participa, paralelamente à primeira família, como cônjuge de outra família;
- Família Poliafetiva **ocorre entre pessoas simultaneamente nas relações afetivas paralelas com dois ou mais indivíduos em que seus participantes aceitem a relação múltipla e aberta;**
- Família Monoparental ocorre quando uma pessoa assume a paternidade de outra. Exemplo: o pai biológico não reconhece o filho e abandona a mãe, quando um dos dois morre, na adoção quando uma pessoa deseja exercer a maternidade, ou quando é uma escolha;

- Família Parental ou Anaparental é uma família não representada por pai ou mãe, os filhos têm tutores e avós, por conta da morte dos pais. São denominadas como famílias socioafetivas, fundamentadas pelo afeto, dedicação e carinho, transformando novos arranjos e entidades familiares;
- Família Composta, Pluriparental ou Mosaico é quando a formação dessa família ocorre a partir das relações pretéritas, com a formação de novos vínculos.;
- Família Natural Extensa ou Ampliada ocorre quando o exercício familiar vai além dos filhos, sendo formada por parentes próximos com os quais a criança ou o jovem tenha afinidade e segurança afetiva;
- Família Substituta, no caso sendo a família natural formada pelos pais e filhos ou um deles e descendentes, a família substituta é formada através da guarda, tutela ou adoção, independentemente se criança ou adolescente;
- Família Eudemonista é composta baseando-se no afeto, respeito recíproco, independente de vínculo biológico.

Esses arranjos familiares acima descritos demonstram que houve uma modificação significativa em relação à família tradicional pátria.

Por ter um vínculo materno, na maioria dos casos a mulher segue a vida, assumindo sua prole, e muitas vezes enfrenta sozinha os compromissos do cotidiano. Seja por questões biológicas ou culturais, o homem se desprende e segue seu caminho aparentando mais independência.<sup>3</sup>

Pode-se pensar que, atualmente, as famílias são constituídas pelo afeto amoroso, e que tudo tem um início, ou seja, antes do bebê vem o casal que o gerou. Vale lembrar que cada integrante do casal carrega consigo suas memórias inconscientes ou conscientes de padrões de comportamento. Apresentam diferenças com relação a aspectos biológicos, psíquicos, sociais culturais, entre outros, e tais diferenças podem ser fontes de conflitos. Os pontos mais marcantes no desenvolvimento do ser e dos grupos dizem respeito a essas diferenças e como elas podem ser manifestadas, vividas, mas também esclarecidas (RIVIÈRI, 2000).

## ADOÇÃO DE MENINAS

Quando falamos de maternidade, não podemos deixar de pensar nas mães que adotam. Pensando nisso, uma pesquisa nos mostra qual é a preferência de sexo para a adoção.

Ao pesquisar sobre preferências de sexo na questão de adoção, entendi que a maioria dos casais não realçam escolhas entre menino ou menina. Já na adoção internacional encontrei um recorte que relata que pais adotivos brasileiros em geral preferem meninas (três vezes e meia mais do que os meninos, com até dois anos de idade (62%), com pele branca (somente 30% aceitariam crianças de pele negra) e com a saúde impecável.

<sup>3</sup> NORONHA, Maressa Maelly Soares; PARRON, Stênio Ferreira. **A evolução do conceito de família**. Disponível em: [http://uniesp.edu.br/sites/\\_biblioteca/revistas/20170602115104.pdf](http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170602115104.pdf). Acesso em: 27 ago. 2021.

Melhor ainda se não tivessem irmãos, pois são poucos os casos (15%) de adoção doméstica de mais de uma criança pela mesma família.<sup>4</sup>

Em relação a esses dados, percebemos que existem várias possibilidades para que a menina seja a mais escolhida para adoção do que o menino. Pode ser um fator relevante o temperamento mais dócil e mais flexível, facilitando a transmissão da educação do sistema familiar.

## A MULHER IDOSA E PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA

Na continuidade do tema família, devemos ter um olhar especial para nossos idosos e pessoas portadoras de deficiência.

A questão da mulher idosa é muito delicada, uma vez que seu corpo é feminino e requer cuidados intensivos, exigindo dos familiares muita dedicação.

Quando falamos de uma idosa, podemos nos referir a uma idosa de classe social com recurso para comprar material de higiene, utensílios para locomoção, cadeiras com assentos especiais, preservando todo o conforto que o corpo cansado exige. Podemos também nos deparar com idosas de rosto marcado pela dificuldade de sobrevivência, das regiões mais pobres, e então temos que ter uma atenção dobrada para que elas vivam seus dias de idade avançada com dignidade.

Os direitos da pessoa idosa estão reunidos no Estatuto do Idoso ([Lei n. 10.741](#)), aprovado em 2003, após quase uma década de tramitação no Congresso Nacional. O Estatuto que regula os direitos das pessoas com idade igual ou superior a 60 anos reúne 118 artigos. Em linhas gerais, ele estabelece a obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público em assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.<sup>5</sup>

No art. 9º do [Estatuto do Idoso](#) está previsto que é obrigação do Estado promover, efetivar e garantir políticas públicas de proteção à saúde à pessoa idosa, possibilitando a ela um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.<sup>6</sup>

A política pública deu voz para essas questões de idosos e portadores de deficiência, promovendo atividades com profissionais qualificados para atender os idosos e portadores de deficiência. Além de termos a obrigação de cuidado, devemos preservar a dignidade nessa fase da vida, principalmente para os que têm maior dificuldade física.

<sup>4</sup> <https://www.conjur.com.br/2011-mai-30/cai-numero-criancas-brasileiras-adoptadas-estrangeiros2> conjur.com.br.

<sup>5</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: [cnj.jusbrasil.com.br](http://cnj.jusbrasil.com.br). Acesso em: 27 ago. 2021.

<sup>6</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ Serviço**: saiba quais são os direitos dos idosos. Agência CNJ de Notícias, [2016]. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/346295703/cnj-servico-saiba-quais-sao-os-direitos-dos-idosos>. Acesso em: 27 ago. 2021.



Existe atendimento de idosos feito por psicólogos e mediadores com os familiares, com acompanhamento voluntário da vida desses idosos, pois existem várias situações de maus tratos, abandono e exploração financeira. Esses acompanhamentos são feitos com mediação familiar específica para idosos.

Essas ações ainda são prematuras e atingem uma parcela mínima da população, perto da necessidade do país como um todo.

O Estado percebe a responsabilidade de implementar políticas que tenham como foco de ação as mulheres, bem como a igualdade e a consolidação da cidadania, com o objetivo de romper com a injustiça de diferença e desigualdade.

## LEI MARIA DA PENHA

Em nosso processo histórico tivemos um avanço significativo com a implementação da Lei da Maria da Penha,<sup>7</sup> na intenção de garantir os direitos inerentes às mulheres.

A lei Maria da Penha foi sancionada em 7 de agosto de 2006, com a criação de mecanismos para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher em conformidade com a Constituição Federal (artigo. 266, § 8º) e os tratados internacionais ratificados pelo estado brasileiro (Convenção de Belém do Pará, Pacto de San José da Costa Rica, Declaração Americana de Direitos e Deveres do homem e Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher).

O Título I determina em quatro artigos a quem a lei é direcionada, ressaltando ainda a responsabilidade da família, da sociedade e do poder público para que todas as mulheres possam ter o exercício pleno de seus direitos.

Já o Título II vem dividido em dois capítulos e três artigos: além de configurar os espaços em que as agressões são qualificadas como violência doméstica, traz as definições de todas as suas formas (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral).

No Título III, composto de três capítulos e sete artigos, tem-se a questão da assistência da mulher em situação de violência doméstica e familiar, com destaque para as medidas integradas de prevenção, atendimento pela autoridade policial e assistência social às vítimas.

O Título IV, por sua vez, possui quatro capítulos e 17 artigos, tratando dos procedimentos processuais, assistência judiciária, atuação do Ministério Público e, em quatro seções (Capítulo II), se dedica às medidas protetivas de urgência, que estão entre as disposições mais inovadoras da [Lei n. 11.340/2006](#).

No título V e seus quatro artigos, está prevista a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, podendo estes contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar composta de profis-

7 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm). Acesso em: 27 ago. 2021.

sionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e da saúde, incluindo-se também destinação de verba orçamentária ao Judiciário para a criação e manutenção dessa equipe.

O Título VI prevê, em seu único artigo e parágrafo único, uma regra de transição, segundo a qual as varas criminais têm legitimidade para conhecer e julgar as causas referentes à violência de gênero enquanto os Juizados de Violência Doméstica e familiar contra a Mulher não estiveram estruturados.

Por fim, encontram-se no Título VII as disposições finais. São 13 artigos que determinam que a instituição dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher pode ser integrada a outros equipamentos em âmbito nacional, estadual e municipal, tais como casas-abrigo, delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde, centros de educação e reabilitação para os agressores etc. Dispõe ainda sobre a inclusão de estatísticas sobre violência doméstica e familiar contra a mulher nas bases de dados dos órgãos oficiais do Sistema de Justiça e segurança, além das medidas estabelecidas na lei. Um dos ganhos significativos trazidos pela lei conforme consta no art. 41 é a não aplicação da [Lei n. 9.099/1995](#), ou seja, a violência doméstica praticada contra a mulher deixa de ser considerada como de menor potencial ofensivo.

O direito à informação está estritamente vinculado à efetivação de outros direitos humanos: com ele, podemos exigir e exercer nossos direitos. O acesso à informação é um direito instrumental para combater a desigualdade de gênero, especialmente no que tange à promoção de uma vida livre de violência e de discriminação.

Para efetivação dessa lei é oferecido pela central de Atendimento à mulher um serviço criado para o combate à violência contra mulher, e esse serviço oferece três tipos de atendimento com registro de denúncias, orientações para vítimas de violência e informações sobre leis e campanhas.

Pensando que pode haver um desequilíbrio social, as mulheres têm o maior registro do que os homens, porque sua oportunidade de trabalho acaba sendo menor, além de representar outros papéis dentro da família tradicional.

“O direito à informação está estritamente vinculado à efetivação de outros direitos humanos: com ele, podemos exigir e exercer nossos direitos. O acesso à informação é um direito instrumental para combater a desigualdade de gênero, especialmente no que tange à promoção de uma vida livre de violência e de discriminação.”

Alguns dados nos mostram como essas informações podem ser úteis às mulheres, como por exemplo os dados recentes dos CCMs e CRMs.

Segundo o Jornal da Record #JR 24 H, os centros de referência da mulher e a casa da mulher brasileira são considerados portas de entrada para acolher vítimas de violência e, se necessário, direcioná-las para outros equipamentos, por exemplo, abrigos de proteção. Embora tenham permanecido abertos durante a quarentena provocada pela pandemia, quando especialistas previam aumento de crimes contra mulheres, da-

dos da Prefeitura indicam que menos mulheres acabaram chegando aos serviços municipais no ano de 2020. Atualmente, só 42% das 180 vagas em abrigos municipais estão ocupadas.

Com endereços sigilosos, esses locais são preparados para receber mulheres e seus filhos que sofrem agressão, ameaças e estão sob o risco de morrer.

Nesses e em outros equipamentos da rede de assistência, são ofertadas para as mulheres uma série de atividades, como oficinas de conversa, sessões com psicólogos ou ações de independência financeira. De acordo com a secretaria municipal de Direitos humanos e Cidadania, o número de atendimentos gerais, que apresentava tendências de alta esse ano, despencou de repente com o isolamento social. Em março haviam sido 2.685 atendimentos. Em abril, foram 1.002, e, mesmo com o crescimento gradual dos meses seguintes, o índice chegou a 2.006 em agosto, o dado mais recente, abaixo do patamar do início do ano. Na semana passada, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública divulgou que o País registrou 648 feminicídios no primeiro semestre, ou 1,9% a mais do que no ano passado.

Embora nos últimos relatos sobre agressão a mulheres o número tenha diminuído, considerando a história das mulheres brasileiras fomos seguindo um roteiro que nos trouxe memórias relevantes do nosso país e nos deparamos com um momento totalmente diferente, em que o comportamento humano teve que fazer adaptações, alinhando um novo modelo de ser humano. Vejo que o trabalho remoto trouxe de volta a questão do lar, da casa e das obrigações profissionais, e que mais uma vez a mulher ocupa um lugar de mediadora para conviver em harmonia com seu parceiro e filhos, dobrando assim os tentáculos de “Mulher Polvo”, em que o autor Içami Tiba descreve situações do cotidiano no relacionamento entre homem e mulher, focalizando a expansão afetiva da mulher com o cuidado que tem com sua família.

## MULHERES BRASILEIRAS EM VIAGEM AO EXTERIOR

Segundo o inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, é livre a locomoção nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, no país entrar, permanecer e ou dele sair com seus bens.

Olhando a letra da lei, fica claro o direito de ir e vir dentro do território nacional. Porém, ao consultar o portal consular.itamaraty.gov.br, esbarramos com as questões de viagens internacionais no que tange à mulher.

Diferenças culturais e religiosa são questões que podem afetar mulheres que viajam para o exterior, principalmente se estiverem desacompanhadas. Em diferentes países, as mulheres que viajam podem encontrar uma série de dificuldades, que podem ser evitadas se forem tomadas medidas de precaução.

Os países têm suas diferenças, como, por exemplo, mulheres somente poderão entrar e sair em postos de fronteira se estiverem acompanhadas de figura masculina. Em outros lugares, mulheres deverão evitar andar sozinhas pelas ruas, devido ao risco de assédios e demais crimes contra a mulher considerando os costumes locais com relação ao uso de roupas e sobre a aparência das mulheres: vestuário considerado padrão no Brasil

pode ser bem diferente daquele aceito em um grande número de países, e cidadãs brasileiras poderão ser detidas caso usem roupas curtas, justas, transparentes ou decotadas naquelas localidades. O ideal é que as pessoas pesquisem o lugar que pretendem ir, os costumes, a lei local, levar um endereço, telefone de alguém conhecido ou da Embaixada Brasileira.

## EMERGÊNCIAS

Em casos de emergências, deve-se contatar o plantão consular da Embaixada ou do Consulado do Brasil. Também é aconselhável buscar as páginas de emergência do Portal Consular.

## VIOLÊNCIA

Quando ocorrem casos de violência no exterior, cidadãs brasileiras vítimas desse tipo de crime deverão reportar o fato às autoridades locais e à Repartição Consular do Brasil.

A legislação de alguns países pode ser bem diferente da brasileira no que se refere ao direito das mulheres. Considerando o grande número de violência doméstica envolvendo brasileiras no Líbano, por exemplo, foi elaborada a cartilha Emigrante brasileira no Líbano, com as informações sobre eventuais problemas nacionais.

Tipos de crimes sexuais que envolvam penetração de uma parte íntima sem consentimento, estupro, sodomia forçada, copulação oral forçada ou toque indesejado na parte íntima, são considerados agressão. Denúncias de assédio sexual podem ocorrer em qualquer país, e as mulheres devem evitar andarem sozinhas. Evitar beber, frequentar lugares noturnos, não aceitar alimentos e evitar táxi unitário. As mulheres viajantes devem sempre ter o endereço da Embaixada ou ao Consulado do Brasil.

## TRÁFICO DE PESSOAS

A Organização das Nações Unidas (ONU) define tráfico de pessoas como “o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo-se à ameaça ou ao uso da força ou outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração”. Grande parte das vítimas de tráfico de pessoas é submetida a maus-tratos e fica em cárcere privado, onde traficantes as negociam com aliciadores ou com pessoas interessadas em sua exploração. A polícia brasileira, em cooperação com autoridades policiais de outros países e com a INTERPOL, segue investigando casos de tráfico de mulheres envolvendo nacionais do Brasil.

Em alguns países, sobretudo no Oriente Médio, crianças cujo pai tenha nacionalidade local podem ter saída do país proibida se houver autorização paterna por escrito. Mesmo que a criança tenha passaporte bra-

sileiro e/ou tenha mãe e pai brasileiros, será exigido o que determina a lei local. Também vale para a mãe que tenha a guarda exclusiva da criança. As pessoas devem conhecer a lei local para não passarem dificuldades.

## MUTILAÇÃO GENITAL

A mutilação genital feminina refere-se a todos os procedimentos que envolvam a remoção parcial ou total dos órgãos genitais externos femininos, ou outras lesões dos órgãos genitais femininos por razões não médicas. Apesar de ser procedimento condenada pela Organização das Nações Unidas (ONU), a mutilação é frequentemente identificada como prática cultural ou tradicional em alguns países, sendo mais comum nas regiões oeste, leste e nordeste da África, em alguns países da Ásia e do Oriente Médio. Como signatário da Declaração de Direitos Humanos, o Brasil é contra todo e qualquer tipo de prática de violação de direitos fundamentais, o que inclui a mutilação genital feminina. Crimes do tipo são rigorosamente punidos pela lei brasileira.

## RELACIONAMENTOS PELA INTERNET

Cidadãs brasileiras devem ter especial cuidado com os relacionamentos virtuais mantidos com cidadãos de outros países. Em grande número de ocasiões, tais relacionamentos podem ser golpes com a finalidade de extorsão ou obtenção de visto para permanência no Brasil, o que pode expor cidadãs brasileiras a situações de risco. Sugere-se, entre outras precauções, buscar obter referências do cidadão estrangeiro por parte de terceiras pessoas de conhecimento comum, além de evitar manter o contato restrito aos meios de comunicação à distância.

## CASAMENTO

Em determinados países, é comum o casamento sem o consentimento de uma ou ambas as partes. No entanto, um casamento arranjado não é o mesmo que um casamento forçado. Em casamentos forçados, os membros da família podem ameaçar, seja por coerção, chantagem ou até ameaça de morte. Em certos países o casamento forçado é comum entre a população mais pobre, pelo dote (dinheiro) que a família da vítima irá receber. Ocorrem, também, casos de casamento forçado para a obtenção de visto permanente em algum país. Em outros casos a família da vítima o faz para que essa não se afaste dos costumes culturais de sua família. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, afirma que “o casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos”.

O Direito de ir e vir, nesses casos de teor internacional, fica restrito às exigências locais, sendo um assunto de grande complexidade, uma vez que no Brasil as mulheres que conseguem estabilidade financeira investem em viagens, e nem sempre estão acompanhadas pela figura masculina.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> <http://antigoportalconsular.itamaraty.gov.br/2016-04-01-14-04-08/116-mulheres-em-viagens-ao-exterior>

## MULHERES TRANSEXUAIS

Além de nos depararmos com várias questões do universo feminino ao que se refere a direitos sociais, respeito às individualidades, existem outras questões que merecem ser percebidas nesse contexto, como por exemplo o direito de identidade contidos no inciso X do artigo 5º da CF, que remete às dificuldades enfrentadas pelas mulheres transexuais.

A luta pelo reconhecimento desta escolha de identidade de gênero, a garantia da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da liberdade e o direito à cidadania garantem que sejam respeitadas a dignidade da pessoa humana, a intimidade, a cidadania. As mulheres travestis e transexuais identificam-se como gênero feminino e anseiam por ser tratadas como mulheres que são.

Essa identidade de gênero é justificada no artigo 3º, inciso IV, da [Constituição Federal](#), que consagra o direito à igualdade, mais especificadamente ao respeito às diferenças à livre expressão sexual.

Os direitos sobre os quais o transexual é sujeito encontram-se no direito de personalidade, no que tange ao direito à vida, à liberdade individual na busca da felicidade.

Em relação ao direito de saúde, existe um realce nesses direitos acima elencados, sendo que a doutrina mais tradicional atribui ao direito de saúde algo mais restrito, não garantindo a harmonia entre o ambiente biológico e psíquico da pessoa, passando somente por uma questão de ordem física. O direito à saúde nesse entendimento confunde-se pois, embora seja um direito de personalidade, questionam-se os atos praticados contra seu corpo, trazendo desarmonia entre o ambiente biológico, engessando prejuízos psicológicos.

A ablação de órgãos, segundo a visão mais conservadora, é entendida como uma cirurgia mutiladora e não como uma cirurgia reparadora ou corretiva, recaindo no âmbito do Código Penal, constituindo lesão corporal gravíssima.

Contraopondo-se à interpretação de lesão corporal, o Conselho Federal de Medicina, na [Resolução nº1955/2010](#), entende que não acarreta infração ao artigo 129, §2º, III, do [Código Penal](#), por se tratar apenas de uma operação para fins terapêuticos, entendendo que ninguém se submeteria a uma mutilação sem que houvesse uma finalidade terapêutica que equilibrasse essa medida.

Fica esclarecido que a cirurgia de mudança de sexo teria um caráter corretivo garantidor dos princípios da liberdade e reconhecimento da dignidade da pessoa humana consagrados no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Encontramos o amparo legal para a mudança de sexo na [Resolução nº 1492/97](#), revogada e ampliada pela [Resolução nº1652/0](#). Por sua vez esta é revogada pela Resolução 1955/10, ampliando as possibilidades do transexual, seguindo o entendimento de direito personalíssimo de adequação do sexo biológico com o sexo psico-

lógico do transexual, evitando-se com isso viver um conflito interno de negação do próprio corpo, se privando da sua identidade sexual e de ter uma vida feliz.

Por conflito, entende-se mecanismos em ação simultânea, de impulsos antagônicos, frente aos quais o indivíduo precisa fazer uma escolha, sendo que, sem a possibilidade de fazer tal escolha, isto acarretará em frustração (CABRAL: NICK, 1989).

Na Constituição Federal é vedada qualquer prática discriminatória, atentatória à dignidade humana, aos valores sociais do trabalho por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, todos em consequência do princípio da isonomia assegurado em seus artigos.

Questões como a realização de cirurgias redesignatórias e a possibilidade de alteração de nome e sexo, a necessidade de hospitais universitários ou públicos que permitam a pesquisa científica.<sup>9</sup>

## CONCLUSÃO

O homem está em constante atividade transformadora, em sua relação pessoal, com o outro e com o seu mundo, relações que têm princípio na necessidade (RIVIÈRI, 2000).

A sociedade vive em constante mudança de valores, principalmente quando se refere às relações humanas e sua dinâmica. A isso podemos acrescentar movimentos que acontecem de um modo especial, vivo, dinâmico, com fluidez social e seu contexto histórico.

Conforme as sociedades se organizam segundo a proposta do direito para a resolução das lides e de manutenção de paz social, é acertada a orientação de Candido Rangel Dinamarco, que assim preleciona: “A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa organização ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar”.<sup>10</sup>

Entendo que ao Estado cabe fixar normas gerais e abstratas de condutas gerais dirigidas a todos os cidadãos, acreditando que com isso possa manter a convivência estável e pacífica, sem exclusão dos costumes regionais, comunitários, que muitas vezes podem ser utilizados como paradigmas para elaboração de novas regras e normas.

Durante o trajeto histórico, pudemos perceber que cada momento apontou os sentimentos e as necessidades do universo feminino, objetivando assegurar a dignidade em suas escolhas, intencionadas na felicidade, tomando as garantias dos direitos fundamentais para alcançar um lugar seguro.

9 ANDRADE, André Luis Morales de. Direitos e garantias fundamentais dos transexuais. [2016?]. Disponível em: <https://aamorales90.jusbrasil.com.br/artigos/245507209/direitos-e-garantias-fundamentais-dos-transexuais>. Acesso em: 27 ago. 2021.

10 ANDRADE, André Luis Morales de. Direitos e garantias fundamentais dos transexuais. [2016?]. Disponível em: <https://aamorales90.jusbrasil.com.br/artigos/245507209/direitos-e-garantias-fundamentais-dos-transexuais>. Acesso em: 27 ago. 2021.

Os temas abordados ganham cada vez mais relevância social e, apesar de as novas dinâmicas apontarem um novo destino para nossa sociedade, por conta do momento de pandemia que estamos passando (2020), a essência da alma feminina deve ocupar um lugar visível, com valores que edificam uma sociedade, tornando-a mais fraterna e humana.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. **Cresce proporção de mulheres que tiveram filhos após os 30 anos.** Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22870-cresce-proporcao-de-mulheres-que-tiveram-filhos-apos-os-30-anos>. Acesso em: 27 ago. 2021.

ANDRADE, André Luis Morales de. Direitos e garantias fundamentais dos transexuais. [2016?]. Disponível em: <https://aamorales90.jusbrasil.com.br/artigos/245507209/direitos-e-garantias-fundamentais-dos-transexuais>. Acesso em: 27 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 27 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ Serviço: saiba quais são os direitos dos idosos.** *Agência CNJ de Notícias, [2016]. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/346295703/cnj-servico-saiba-quais-sao-os-direitos-dos-idosos>*. Acesso em: 27 ago. 2021.

NORONHA, Maressa Maelly Soares; PARRON, Stênio Ferreira. **A evolução do conceito de família.** Disponível em: [http://uniesp.edu.br/sites/\\_biblioteca/revistas/20170602115104.pdf](http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170602115104.pdf). Acesso em: 27 ago. 2021.

UNIDOS PELOS DIREITOS HUMANOS. **Artigo 19 da Declaração dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/course/lesson/articles-19-25/read-article-19.html>. Acesso em: 27 ago. 2021.



# SEÇÃO III

## A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SOB UM OLHAR FEMININO

## SUMÁRIO SEÇÃO III

**INTRODUÇÃO**

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SOB UM OLHAR FEMININO ..... 380

*RENATA MOTA MACIEL**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES**PATRICIA PACHECO RODRIGUES**SAMIRA RODRIGUES P. ALVES***CAPÍTULO 1**

ESTUDO QUANTITATIVO E QUALITATIVO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA ..... 381

*ARIANE COSTA GUIMARÃES**ANA CAROLINA REIS MAGALHÃES***CAPÍTULO 2**

VEDAÇÃO DO USO DE RECURSOS PÚBLICOS EM PUBLICIDADE E/OU PROPAGANDA GOVERNAMENTAL E INSTITUCIONAL, FORA DAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS ..... 401

*JANAÍNA PASCHOAL***CAPÍTULO 3**

EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004 ..... 415

*MONICA HERMAN CAGGIANO***CAPÍTULO 4**

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E EFETIVIDADE DO DIREITO: O ACESSO À JUSTIÇA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS E O USO DE MÉTODOS DERIVADOS DAS CIÊNCIAS SOCIAIS PARA O APERFEIÇOAMENTO DAS FERRAMENTAS JURÍDICAS ..... 437

*NATHALY CAMPITELLI ROQUE***CAPÍTULO 5**

O INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL E A MATERIALIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA ..... 448

*GRACE MENDONÇA***CAPÍTULO 6**

REFLEXÕES SOBRE DESAFIOS E (IN)CONSTITUCIONALIDADES DOS JULGAMENTOS VIRTUAIS NO STF ..... 455

*ANA CAROLINA ANDRADA ARRAIS CAPUTO BASTOS**JULIA DE BAÈRE CAVALCANTI D'ALBUQUERQUE***CAPÍTULO 7**

VIDA QUE VEM DA PALHA: UM OLHAR FEMININO PARA O PRINCÍPIO DA INTERDEPENDÊNCIA NO CENÁRIO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO ..... 468

*LIANE MARIA SANTIAGO CAVALCANTE ARAUJO***CAPÍTULO 8**

ATIVISMO JUDICIAL POSITIVO: UMA ANÁLISE A RESPEITO DO OBJETIVO REAL E OS CONTRAPONTO CONTEMPORÂNEOS DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES ..... 483

*SOLANGE ALMEIDA HOLANDA SILVIO*

**CAPÍTULO 9**

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 778.889/PE.....	496
<i>SILVIA ARAÚJO AMORIM PEREIRA BARRETTO</i>	
<i>SILVIA POZZI</i>	

**CAPÍTULO 10**

O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: AVANÇO OU RETROCESSO NO UNIVERSO FEMININO .....	506
<i>MARIA CRISTINA ZAINAGHI</i>	

**CAPÍTULO 11**

MULHER: DE OBJETO A INDIVÍDUO PELA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO CÓDIGO CIVIL .....	515
<i>CATHARINA ORBAGE DE BRITTO TAQUARY</i>	

**CAPÍTULO 12**

ENCANTAMENTOS E DESAPONTAMENTOS COM A INICIATIVA POPULAR APÓS 32 ANOS DE VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ .....	528
<i>VICTORIA CATHERINE RODRIGUES VILLAS BOAS</i>	
<i>JUMÁRIA FERNANDES RIBEIRO FONSECA</i>	

**CAPÍTULO 13**

CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E A REGRA DE JULGAMENTO PARA AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: MAIORIA OU SUPERMAIORIA?.....	540
<i>PAULA PESSOA PEREIRA</i>	

**CAPÍTULO 14**

FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL COLETIVO .....	557
<i>FÁDUA MARIA DRUMOND CHEQUER</i>	
<i>LUANA PEDROSA FIGUEIREDO CRUZ</i>	

**CAPÍTULO 15**

BREVES COMENTÁRIOS AO INCISO XXXII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 .....	568
<i>CLAUDIA LIMA MARQUES</i>	
<i>ANTONIA ESPINDOLA LONGONI KLEE</i>	

# INTRODUÇÃO

## A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SOB UM OLHAR FEMININO

**Renata Mota Maciel**

**Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques**

**Patrícia Pacheco Rodrigues**

**Samira Rodrigues P. Alves**

O Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Poder Judiciário e guardião da Constituição, tem papel preponderante na concretização da igualdade de gênero e na proteção dos direitos das mulheres.

A jurisprudência tem desempenhado um papel relevante na proteção dos direitos das mulheres, cite-se como exemplo a decisão que não admitiu a alegação de legítima defesa da honra para os casos de violência doméstica.

No âmbito da jurisdição constitucional é necessário o comprometimento jurídico com a igualdade de gênero e sua efetivação que passa pela ocupação fraternal e contributiva no espaço constitucional, cooperando com os vetores hermenêuticos. Faz-se necessário promover consensos e argumentações constitucionais dialéticas, pois as normas constitucionais exigem habilidade partilhada e cooperação para o pleno exercício jurisdicional quanto à concretização dos direitos e garantias fundamentais.

A perspectiva advinda da leitura feminina sobre o constitucionalismo é condição ímpar à efetivação da igualdade entre homens e mulheres e é de supina importância o papel do Poder Judiciário, como garantidor dos direitos das mulheres.

# CAPÍTULO 1

## ESTUDO QUANTITATIVO E QUALITATIVO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Ariane Costa Guimarães  
Ana Carolina Reis Magalhães

### INTRODUÇÃO

A modulação de efeitos de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nas causas que envolvem matéria tributária, seja em sede de controle de constitucionalidade, seja em sede de repercussão geral, tem sido assunto recorrente e objeto de pleito tanto por parte da Fazenda Pública como de contribuintes.

A modulação de efeitos de uma decisão judicial compreende procedimento excepcional adotado pelas Cortes quando estabelecem, no tempo, os efeitos da decisão tomada nos casos julgados. O expediente tem nascedouro no controle de constitucionalidade, em especial na declaração de inconstitucionalidade. Neste caso, como regra, a consequência é a retirada da norma do ordenamento jurídico, sendo que todas as relações jurídicas a ela submetidas durante o período em que a regra jurídica declarada inconstitucional vigorou devem ser desfeitas.

A lógica, para tanto, é a de que determinadas relações jurídicas submetidas à legislação declarada inconstitucional, se desconstituídas, poderão ser mais prejudiciais aos jurisdicionados do que se caso mantidas. Assim, são levadas em consideração as consequências políticas, econômicas e/ou jurídicas que podem, a critério do próprio STF, justificar a modulação de efeitos e, em consequência, limitar os impactos de sua decisão, de modo que tais efeitos se operem em prazo e a termo determinados.

No direito constitucional brasileiro, a regra quanto aos limites temporais da declaração de inconstitucionalidade, tanto no controle concentrado quanto no controle difuso, é que operem de forma *ex tunc*, ou seja, de modo retroativo à decisão exarada, equivalendo-se a uma verdadeira nulidade da norma. Referido entendimento já foi diretriz na Suprema Corte em diversos precedentes, a exemplo da manifestação do Ministro Moreira Alves no sentido de que “o reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional – ainda que por tempo limitado – representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição.”<sup>1</sup>

1 RP 980/SP, Relator Ministro Moreira Alves, 21/11/1979.

É por essa razão que a [Lei n. 9.868/1999](#) inovou – em sintonia com exemplos da legislação de outros países – e permitiu, pela primeira vez no direito positivo brasileiro, a modulação de efeitos das decisões do STF proferidas em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), em casos nos quais seja relevante preservar a “segurança jurídica” ou haja “excepcional interesse social”.<sup>2</sup> Desse modo, afastando-se a regra geral – de efeitos retroativos ou *ex tunc* – poder-se-ia estabelecer efeitos *ex nunc* a partir do trânsito em julgado da decisão ou a partir de qualquer outro momento adotado pela Suprema Corte, desde que observado o requisito formal de quórum qualificado (maioria de dois terços dos membros do STF) e os requisitos materiais já citados (razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social).

O constitucionalista e atual Ministro da Suprema Corte, Alexandre de Moraes, dispõe sobre o tema, *in verbis*:

O Supremo Tribunal Federal decidiu que ‘o sistema pátrio comporta a modulação de efeitos, sem que isso signifique violação ao texto constitucional’, afirmando que ‘a sua adoção decorreria da ponderação entre o Estado de Direito na sua expressão legalidade e na sua vertente segurança jurídica’. Ressaltou, ainda, ‘que o procedimento da modulação seria bifásico, escalonado e progressivo: o julgamento que se faz sobre o mérito da constitucionalidade e aquele referente à modulação de efeitos’, ou seja, ‘ocorreriam duas apreciações autônomas e distintas, sendo que a segunda – a qual envolveria a questão da modulação – tem como pressuposto a declaração prévia de inconstitucionalidade.’ (STF – [ADI 3.462/PA](#), Rel. Min. Carmem Lúcia, decisão: 15-9-2010.)<sup>3</sup>

Posteriormente, considerando o impacto das decisões proferidas em Recursos Extraordinários (RE) com repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal passou a também avaliar e a aplicar a modulação de efeitos nas decisões proferidas nesses tipos de processos.

Entretanto, o Ministro Gilmar Mendes atenta para o fato de que referido proceder deverá ser realizado sob a ótica da excepcionalidade e da ponderação, nos seguintes termos:

[...] o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente importante, manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não-aplicação do princípio da nulidade não há de se basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.<sup>4</sup>

Atualmente, o [Código de Processo Civil \(CPC\)](#) de 2015 prevê, expressamente, em seu artigo 927, parágrafo terceiro, a modulação de efeitos das decisões como alternativa possível, inclusive por parte de juiz de

2 Art. 27 da Lei n. 9.868/99: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

3 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. pág. 773.

4 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1202.

primeiro grau ou de tribunal – seja em segunda ou superior instância –, nas hipóteses de “alteração da orientação jurisprudencial dominante”, com o propósito de atender à “segurança jurídica” ou ao “interesse social”<sup>5</sup>.

Dado esse contexto, passa-se a explorar o sentido dos termos “segurança jurídica” e “interesse social”, que justificam a modulação de efeitos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especificamente aplicados a julgamentos de questões tributárias, bem como a examinar, empírica e criticamente, recentes julgados da Corte Constitucional Brasileira sobre o tema.

### A “SEGURANÇA JURÍDICA”, O “INTERESSE SOCIAL” E A “MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE”

A modulação de efeitos é expediente inspirado no modelo americano que, primeiramente, previu, para casos específicos, a exceção do dogma da inconstitucionalidade da norma retroagir à data da edição do dispositivo questionado. A técnica utilizada na oportunidade foi a da anulabilidade como meio de salvaguardar outros direitos envolvidos, que poderiam ter sua aplicabilidade comprometida pelo emprego dos efeitos retroativos.

O contexto é justamente a hipótese de *ideia*, ou seja, alteração da jurisprudência. A referência são os conhecidos casos *Mapp v. Ohio* (1961), “*Linkletter*” – *Linkletter v. Walker* (1965) e *Stovall v. Denno* (1967), nos quais se proclamou, a partir de determinados marcos temporais, considerando-se determinadas premissas e com apoio no aperfeiçoamento da técnica do “*prospective overruling*”, a inaplicabilidade do novo precedente a situações então consolidadas.

A discussão de fundo no caso *Mapp v. Ohio* dizia respeito ao direito de privacidade e da imprescindibilidade de mandado de busca e apreensão para ingressar em imóvel particular. A Suprema Corte Americana superou a jurisprudência anterior – que permitia às leis estaduais que deixassem de observar a reserva de privacidade –, e, neste julgamento, foi reconhecida a imperatividade da Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos. No entanto, no segundo caso examinado, *Linkletter v. Walker* não houve a aplicação da mesma regra, pois a Suprema Corte Americana entendeu, por bem, modular os efeitos para considerar inconstitucional apenas os casos decididos após 1961 e, como em *Linkletter* o crime apurado ocorreu em 1959, não atraiu a aplicação do precedente novo, mas o antigo entendimento sobre o tema.

Nesse passo, a teoria da anulabilidade estatui que a norma inconstitucional é anulável, ou seja, “*a ‘norma antinorma’ ou é apenas anulável, ou seja, uma norma válida até a sua anulação e, portanto, norma regular; ou é nula, e então, não é norma*”<sup>6</sup>. É que se a norma possui vigência no ordenamento jurídico e produz seus efeitos, mesmo que ela seja conflitante com os preceitos constitucionais, é considerada constitucional, presumidamente, pelo simples fato de estar em vigor.

5 CPC: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.”

6 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 145.

Isso significa que a norma, mesmo inconstitucional, produz efeitos e tais resultados devem ser considerados quando do questionamento de sua validade em um Tribunal Constitucional. Assim, se admite que, em um exercício de ponderação, seja definido um marco temporal a partir de quando a declaração de inconstitucionalidade passará a produzir efeitos, em prol da segurança sistêmica.

Em linha com a teoria da anulabilidade, a concepção contemporânea constitucional considera os princípios como elementos de integração do sistema jurídico, em que as suas bases normativas e principiológicas passaram a ser meios de indicação dos parâmetros e adequações da aplicação do direito.

Nesse contexto, conforme a perspectiva de direito como integridade, de Ronald Dworkin<sup>7</sup>, todos os princípios constitucionais são *standards*, padrões adotados pelo sistema normativo e que devem ser seguidos sem exceções. Isso significa, por exemplo, que o princípio da legalidade não pode ser excepcionado a fim de concretizar o princípio da solidariedade, pois o sentido mínimo das previsões constitucionais deve ser assegurado em todos os casos.

Dworkin opõe-se ao uso da discricionariedade dos juízos no julgamento dos casos complexos: na solução dos *hard cases*, os juízes devem utilizar padrões determinados a fim de encontrar algo que vincule o juiz a uma resposta correta, afastando o julgador do apelo à discricionariedade.

Neste particular, exsurtem a proporcionalidade e a razoabilidade como instrumentos e técnicas interpretativas para, levando em consideração todas as peculiaridades jurídicas e consequencialistas da decisão, seja possível acomodar, concomitantemente, as regras e os princípios jurídicos aplicáveis às relações tributárias questionadas judicialmente. Esses princípios são os principais embasamentos para a modulação de efeitos.

Além disso, segundo Otto Bachof, “quanto maior é a coação proveniente dos poderes públicos, quanto mais se restringe o comportamento dos indivíduos, quanto mais for o indivíduo dependente, em suas decisões e disposições, das resoluções dos poderes públicos”<sup>8</sup>, mais estará obrigado a depositar confiança nas resoluções estatais.

Assim, o caráter intervencionista da Administração e o caráter vinculante das normas e das próprias decisões judiciais somente se concilia com o Estado Democrático de Direito se ao indivíduo for conferido direito a manter a aparente estabilidade proveniente das medidas estatais. “A dependência, que tornou-se existencial, do indivíduo em função das resoluções dos poderes estatais deve corresponder-se com a possibilidade de se confiar em ditas resoluções”<sup>9</sup>.

No Brasil, como regra, a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal gera a nulidade da norma objeto de deliberação jurisdicional. Isso significa que a norma inválida deve ser extirpada do

7 BOTELHO, Marcos César. A lei em Ronald Dworkin: breves considerações sobre a integridade no direito. *Revista Intertemas*, Brasília, ano 11, v. 13, nov. 2008. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS/article/view/2615>. Acesso em: 27 ago. 2021.

8 BACHOF, Otto *apud* LUENGO, Javier Luengo. *El principio de la protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2002. p. 165.

9 LUENGO, Javier Luengo. *El principio de la protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2002. p. 166.



ordenamento jurídico, assim como suprimidos os efeitos que produziu no mundo dos fatos<sup>10</sup>. A nulidade pressupõe a retroatividade dos efeitos que a norma implementou no mundo dos fatos enquanto ainda não tinha sido declarada inconstitucional, isto é, há uma “exclusão dos efeitos da norma” desde a entrada em vigor da norma inválida no ordenamento<sup>11</sup>.

No entanto, para proteger o indivíduo e a insegurança gerada pela desconstituição das relações jurídicas, objetivando preservar e respeitar os efeitos produzidos por uma norma ou por uma jurisprudência consolidada em determinado sentido, no Brasil, o contexto da modulação de efeitos reporta à Lei n. 9.869/99, que institui e disciplina as Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Declaratórias de Constitucionalidade.

De acordo com o art. 27 da referida Lei, para assegurar a segurança jurídica e o excepcional interesse social, ainda que inconstitucionais, é possível preservar os efeitos da norma declarada inválida ou incompatível com o ordenamento jurídica, *in verbis*:

Art. 27. Ao declarar a **inconstitucionalidade** da lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou **decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.** (grifo nosso).

A ponderação entre as consequências próprias da declaração de nulidade e a segurança jurídica para as decisões da Suprema Corte Brasileira em diversas oportunidades foi enfrentada pela Corte. Em 2002, por exemplo, o julgado do Supremo Tribunal Federal já empregou a ponderação expressamente para modular os efeitos de decisões no RE 197.917: “configurando tal conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em processo de complexa ponderação. Desse modo, em muitos casos, há de se proferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritivos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito”<sup>12</sup>. A questão de impacto levantada no caso foi a dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da composição legislativa municipal, que, caso ocorresse, poderia trazer prejuízos na gestão política do Município de Mira Estrela.

A “segurança jurídica” e o “interesse social”, autorizadores da modulação de efeitos, são categorias do gênero cláusulas gerais<sup>13</sup>.

A cláusula geral é aquela que autoriza o magistrado, em um caso concreto, a recepcionar diversas interpretações da regra de conduta. O gigantesco lapso que se abre para o intérprete impõe a racionalidade para

10 ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade, ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme constituição do artigo 27 da lei 9.868/99.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 38.

11 ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade, ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme constituição do artigo 27 da lei 9.868/99.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 41.

12 STF. Tribunal Pleno. RE 197.917, Rel. Ministro Maurício Corrêa. Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes. DJ de 07/05/2002.

13 BARROSO, Luís Roberto. **Defesa da modulação de efeitos temporais em caso de mudança de jurisprudência pelo STF.** 20 ago. 2012. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qTez3qIDWQ>. Acesso em: 26 ago. 2018.

expressar certezas quanto ao conteúdo, sendo imprescindível a elucidação, pelo aplicador da norma, da consequência jurídica decorrente de sua aplicação. A cláusula geral, no entanto, não comporta qualquer sentido e, por isso, é importante que se estabeleça o sentido mínimo do que esses dois *standards* representam como circunstâncias autorizativas da modulação de efeitos. Segundo o constitucionalista português Jorge Miranda, “a cláusula da modulação dos efeitos da decisão funcionária, portanto, como uma `válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização’<sup>14</sup>”.

A “segurança jurídica” se relaciona com o padrão de previsibilidade, estabilidade e de calculabilidade. O poder é outorgado ao Estado, mas, em contrapartida, a Constituição assegura garantias mínimas de segurança quanto às consequências e às sanções a serem aplicadas diante das condutas levadas a efeito pelos particulares<sup>15</sup>.

Para Humberto Ávila, a tarefa do Poder Judiciário na acomodação das expectativas legítimas é crucial para assegurar o Estado de Direito: “também a jurisdição tem causado problemas de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade: de cognoscibilidade, em virtude da falta de fundamentação adequada das decisões ou, mesmo, da existência de divergências entre decisões, órgãos ou tribunais; de confiabilidade, em razão da modificação jurisprudencial de entendimento anteriormente consolidados com eficácia retroativa inclusive para aqueles que, com base no entendimento abandonado, praticaram atos de disposição de seus direitos fundamentais; e de calculabilidade, pela falta de suavidade das alterações de entendimento ou, mesmo, pela ausência de coerência na interpretação do ordenamento jurídico”<sup>16</sup>.

É por isso que a segurança jurídica ancora-se no atributo que produz “clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante ‘qualquer acto’ de ‘qualquer poder’ – legislativo, executivo e judiciale”<sup>17</sup>.

A protecção da confiança guarda íntima relação com a segurança jurídica. Resulta de longa luta histórica contra mudanças bruscas e inesperadas operadas pelo Estado, que resultem em frustração de legítimas expectativas do cidadão, dotadas de confiabilidade, as quais se verifica por aparente validade, força vinculante, alta pretensão de permanência no estado das regras e dos padrões de comportamento e de orientação jurídica<sup>18</sup>.

Nessa perspectiva, a protecção da confiança se direciona ao particular, protegendo-o de surpresas por modificações legais ou na conduta do Estado que lhe frustram interesses ou expectativas, ainda que a manifestação estatal venha a ser considerada válida. Ou seja, mesmo um ato incompatível com a Constituição Federal, pelo

14 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 501-502.

15 GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 15.

16 ÁVILA, Humberto Bergamo. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. Malheiros: São Paulo, 2012. p. 166.

17 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 257.

18 YAMASHITA, Douglas. *Direito tributário: uma visão sistêmica*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 89-98.

princípio da segurança jurídica, pode gerar efeitos e esses efeitos deverão ser preservados aos contribuintes que confiaram na sua perenidade e na sua legitimidade.

Por sua vez, o termo “excepcional interesse social” foi empregado na Constituição Federal de 1988 no art. 184, *caput*, que trata da desapropriação para fins de reforma agrária. A adoção da expressão “social” revela o sentido de que será o interesse do administrado, protegido pelo ordenamento jurídico de proteção, não o interesse do Estado. Essa acepção exclui, portanto, o enquadramento do interesse típico do Estado como “excepcional interesse social”, como, por exemplo, impacto financeiro-arrecadatário de uma decisão aos cofres públicos.

Em outros termos, pode-se afirmar que a modulação de efeito é o resultado da adição proposta pelas Cortes após uma equação em que se subtraem os malefícios dos benefícios produzidos pela extirpação de determinada regra do ordenamento jurídico e, para se evitar resultado negativo, preservam-se os efeitos produzidos pela norma inconstitucional.

O Novo Código de Processo Civil inaugurou novo marco normativo sobre a modulação de efeitos, estabelecendo, expressamente, as circunstâncias e os procedimentos de modulação de efeitos. No art. 927, § 3º, do Código, “a hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver mudança dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

Esta dicção normativa induz à interpretação que, diferentemente do que se admitia na legislação até então vigente, a modulação de efeitos passa a não ser viável apenas na hipótese de declaração de inconstitucionalidade, mas, sim, diante de alteração de jurisprudência dominante e dos tribunais superiores. Há, portanto, requisito diferente para a modulação de efeitos, não mais atinente à “declaração de inconstitucionalidade de uma norma”, mas, agora, embasada na “alteração de jurisprudência”.

Sobre o tema, Fredie Didier assinala que “o poder de modular a eficácia da decisão de overruling seja exercido quando estiver em jogo a alteração de qualquer precedente, jurisprudência ou enunciado de súmula, de qualquer Tribunal, desde que tenha eficácia normativa”<sup>19</sup>.

Além disso, nem sempre há uma confiança a ser protegida com a alteração de jurisprudência. A confiança qualificada a ser observada para a atribuição de modulação de efeitos é aquela que, caso violada, frustrará a segurança jurídica e o interesse social legítimo. Conforme Luiz Marinoni, é necessário, ainda, “que façam ver que o precedente racionalmente merecia credibilidade à época em que os fatos se passaram”<sup>20</sup>.

Sobre o assunto, Nelson Nery Junior<sup>21</sup> define que a alteração de jurisprudência será circunstância de modulação de efeitos obrigatória, não facultativa. Assim, a modificação de posicionamento jurisprudencial há de

19 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 516.

20 MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

21 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1843.

ter eficácia temporal prospectiva, de modo a proteger a expectativa do jurisdicionado sobre as consequências de suas condutas.

O que se pretende proteger é justamente a expectativa de confiança depositada na jurisprudência, assim como aquela expectativa de constitucionalidade inerente às leis, ainda que venham a ser declaradas inconstitucionais. No contexto atual, em que as decisões do Poder Judiciário geram cada vez mais expectativa nos jurisdicionados e sinalizam os padrões de condutas dos indivíduos, bem como da importância que assumem no atual ordenamento jurídico, é relevante que essa confiança depositada seja protegida.

Nessa linha, é também relevante lembrar que, desde o Código de Processo Civil de 2015, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário passam a ter que observar os atributos da coerência e da estabilidade, sendo que a primeira é ligada à uniformidade de soluções para casos semelhantes e a segunda à imposição de perenidade da posição jurisprudencial. Trata-se de verdadeiros *standards* conformadores de um sistema de precedentes, o que revela a força assumida no ordenamento jurídico das decisões judiciais. Arelada aos atributos mencionados, encontra-se a integridade, relacionada com a consistência das decisões, a substância semântica e racional das diretrizes jurídicas.

Além de todos os argumentos que embasam a modulação de efeitos, registre-se que o Ministro Gilmar Mendes invocou, recentemente, o artigo 20 da LINDB<sup>22</sup>: “enfim, penso que é pertinente fazer esse último registro, quanto às consequências deste julgamento, não como um elemento extrajurídico e, portanto, alheio a este momento, mas como uma questão que tem, sim, íntima conexão com o cerne do sistema tributário e com o papel institucional desta Corte. Deve-se especial atenção ao artigo 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), o qual expressamente determina que as consequências práticas das decisões judiciais sejam levadas em consideração pelo julgador”<sup>23</sup>.

Com base em todas essas reflexões, a modulação de efeitos em matéria tributária possui suas peculiaridades, principalmente quando se considera que o seu objetivo maior é preservar a confiança depositada pelo particular nos atos estatais. A admitir essa premissa, seria possível afirmar que a atribuição de efeitos prospectivos às decisões em matéria tributária apenas poderia ser aplicada quando a decisão prejudicasse o contribuinte.

No entanto, por diversas vezes, a modulação de efeitos vem sendo cogitada para evitar que o Estado, em termos gerais, tenha de desembolsar dinheiro já recolhido aos cofres públicos para aplicar uma decisão do Supremo Tribunal Federal de inconstitucionalidade de determinada lei.

Nesse contexto, vamos examinar como o Supremo Tribunal Federal enfrentou o assunto da modulação de efeitos, por meio do levantamento dos principais casos em que esta temática veio à tona.

22 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

23 STF. RE 628.075, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 02-10-2010.

## A MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA PELO STF: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE

Em relação às questões tributárias, o pedido de modulação de efeitos de uma decisão, seja em favor do contribuinte ou do ente público, é frequente. Em síntese, as justificativas para a formulação dos pedidos ancoram-se 1) na alteração de jurisprudência da Suprema Corte ou dos próprios tribunais e/ou, 2) no impacto financeiro da decisão aos cofres públicos e 3) mais recentemente, no impacto à economia caso uma decisão que defina a constitucionalidade de uma exigência fiscal contrarie outras decisões que a afastem.

Esta consequência das decisões vem sendo considerada cada vez mais frequentemente pelo Supremo Tribunal Federal, que, não raras vezes, utilizam argumentos jurídicos, calcados no resguardo da consequência financeira da decisão. Neste aspecto, há crítica a ser feita justamente porque a Corte, em casos como tais, não revela de forma explícita<sup>24</sup> a motivação de seu proceder. Este, no entanto, não é o foco deste capítulo, em que pese seja um assunto da mais alta relevância.

Em 2020, o STF modulou efeitos de duas decisões proferidas, sendo a primeira atinente à possibilidade de glosa de créditos de ICMS cujo benefício, no Estado de origem, não tenha sido editado com prévia autorização do CONFAZ. Para o Ministro Gilmar Mendes, relator, entendeu por atribuir efeitos prospectivos à decisão que permitia aos Estados a glosa: “enfim, penso que é pertinente fazer esse último registro, quanto às consequências deste julgamento, não como um elemento extrajurídico e, portanto, alheio a este momento, mas como uma questão que tem, sim, íntima conexão com o cerne do sistema tributário e com o papel institucional desta Corte. Deve-se especial atenção ao artigo 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), o qual expressamente determina que as consequências práticas das decisões judiciais sejam levadas em consideração pelo julgador”. Além disso, menciona a questão do impacto ao jurisdicionado da nova diretriz do Tribunal a respeito do assunto<sup>25</sup>.

A outra situação foi a declaração de inconstitucionalidade de norma paulista que atribuía às distribuidoras de energia elétrica a condição de substituta tributária do ICMS nas vendas de energia no mercado livre, ou seja, pelas comercializadoras diretamente aos consumidores. Nesse sentido, a Corte compreendeu por atribuir eficácia prospectiva de efeitos (“ex nunc”), para que se considere sem efeito o dispositivo impugnado a contar da publicação do acórdão, evitando, assim, consequências de nulidade aos recolhimentos e operações ocorridas até então<sup>26</sup>.

No ano de 2019, o STF não modulou os efeitos da decisão de mudança de jurisprudência em desfavor do contribuinte. É o caso da restrição do direito do crédito integral de ICMS nos casos de redução de base de

24 LEAL, Fernando; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília: UniCEUB, v. 7, n. 3, p. 821, dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4779>. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4779>. Acesso em: 27 ago. 2021.

25 STF. RE 628.075, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário. DJe 01.10.2020.

26 STF. ADI 4.281, Rel. Min. Ellen Gracie, pendente de publicação em 21 de outubro de 2020.

cálculo. Em que pese tenha alterado a jurisprudência sobre o assunto, na perspectiva de todos os contribuintes representados por *amici curiae*, o Plenário do STF afastou a modulação de efeitos, apontando que a jurisprudência sobre o tema teria sido modificada em 2005. Novos embargos foram opostos para que, então, somente a partir de 2005 esta restrição ao crédito seja válida. A seguir a ementa deste julgado, objeto dos pendentes embargos de declaração:

Embargos de declaração em agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Tributário. ICMS. Redução de base de cálculo. Repercussão geral. 3. Embargos de declaração opostos pelo recorrente. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. 4. Pedido de concessão de efeitos infringentes. Impossibilidade de rediscussão do mérito da repercussão geral. 5. Sobrestamento dos feitos. Desnecessidade. Eficácia imediata da decisão. 6. Modulação de efeitos. Ausência dos pressupostos necessários à modulação de efeitos. Reafirmação de jurisprudência. 7. Embargos de declaração rejeitados<sup>27</sup>.

Igualmente, o STF, em caso de incidência de ISS sobre os serviços prestados por operadores de planos de saúde, rejeitou a modulação de efeitos da decisão que determina a tributação da atividade, pois não reconheceu mudança de jurisprudência. No entanto, não houve negativa completa do assunto, pois a Corte se permitiu reavaliar o assunto em razão de alteração legislativa no caso de exigência de ISS sobre locação de guindastes, tema que possui verbete – súmula (31) – editado. A seguir, a ementa do julgado:

“1. A incidência do ISSQN sobre as atividades desenvolvidas pelas operadoras de planos de saúde, cuja constitucionalidade foi afirmada pela Corte, de acordo com o previsto pelos itens 4.22 e 4.23 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, em sede de repercussão geral, e com base nas premissas assentadas por esta Corte no julgamento dos RE’s 547.245 e 592.905 (Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, julgados em 02/12/09, DJ de 05/03/10), não acarretou alteração de entendimento apta a ensejar modulação de efeitos da decisão. 2. **Deveras, a referida conclusão não afasta a possibilidade de nova apreciação do tema pela Corte em casos futuros, em razão de ulterior alteração legislativa, notadamente no que concerne ao RE 116.121** (Tribunal Pleno, Rel. Min. Octávio Gallotti, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, DJ de 25/05/01). 3. *In casu*, a embargante pleiteia a modulação de efeitos do acórdão por razões de segurança jurídica, dada suposta mudança de posição pelo Plenário do STF, cuja ocorrência ora não se reconhece. 4. Embargos de declaração desprovidos”<sup>28</sup>.

Por outro lado, em 2019, o Supremo Tribunal Federal examinou a modulação de efeitos por mudança de jurisprudência quanto à exigência de taxa de combate a incêndio pelo Município de São Paulo e atribuiu efeitos prospectivos à sua decisão de inconstitucionalidade da cobrança da taxa, partindo da premissa de que a jurisprudência até então sempre havia reconhecido a sua higidez. Desde 1999, o Plenário atestava válida a taxa do Município de Santo André destinada a cobrir custos com a manutenção dos serviços de prevenção e extensão de incêndios<sup>29</sup>. O resultado deste julgamento permitiu que as cobranças de taxas anteriormente ao julgamento de superação da jurisprudência fossem válidas.

27 STF. RE 635.688 ED-segundos, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 30/05/2019.

28 STF. RE 651.703 ED, Rel. Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 07/05/2019.

29 STF. RE 643.247 ED, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 28/06/2019.

Outro precedente, este em 2018, em que a modulação de efeitos em matéria tributária foi analisada é o da declaração de constitucionalidade da exigência do Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural (Funrural). Na ocasião,<sup>30</sup> o STF reconheceu que o tributo é constitucional, conforme previsto na [Lei n. 10.256/2001](#). Os contribuintes, por sua vez, alegaram que, como se trata de uma suposta alteração de jurisprudência, deveriam ser postergados os efeitos desse julgamento, preservando-se a expectativa legítima criada pela anterior declaração de inconstitucionalidade do Funrural prevista na [Lei n. 8.540/1992](#). Para o Ministro Alexandre de Moraes, entretanto, não houve alteração de jurisprudência a justificar a modulação, já que, *in verbis*:

inexistiu qualquer alteração de jurisprudência dominante, pois conforme salientado anteriormente, a Corte analisou pela primeira vez a matéria, sob a ótica da EC 20, de 15/12/1998 e sua regulamentação pela Lei nº 10.256, de 9 de julho de 2001, e o fez exatamente pela necessidade de se fixar, com repercussão geral, a possibilidade de exigência por lei ordinária da contribuição social do empregador rural pessoa física incidente sobre a receita bruta obtida com a comercialização da produção, a partir da alteração promovida pela EC nº 20/98.<sup>31</sup>

Ainda no ano de 2018, o Pleno do STF<sup>32</sup> enfrentou o tema relacionado à exigência de IPTU de ocupantes de bens públicos cedidos a pessoas jurídicas de direito privado e arrendados a sociedades de economia mista, envolvendo pretensão de modulação de efeitos. No caso, o STF entendeu que, por se relacionar à exploração de atividade econômica, a cessão de bens públicos à iniciativa privada e o seu arrendamento a sociedade de economia mista permitiriam a exigência do IPTU pelos municípios. Tal diretriz modifica a anterior orientação jurisprudencial da Corte no sentido de que a cessão e o arrendamento de bens públicos configurariam posse precária e, por isso, não seriam suscetíveis à incidência do IPTU. Muitos dos afetados pela mudança de jurisprudência requereram a modulação dos efeitos da decisão, mas não houve o acolhimento de tal pretensão pelo Plenário do STF.

Essa mesma lógica foi utilizada pelo STF quando da confirmação da constitucionalidade da incidência do IPI na importação de veículo para uso próprio do importador<sup>33</sup>. Como na hipótese houve mudança de jurisprudência da Corte sobre a matéria, o Ministro Roberto Barroso sugeriu a modulação de efeitos nos seguintes termos:

dou provimento ao recurso, para reformar o acórdão recorrido, assentando, ainda, a seguinte tese de repercussão geral: “O IPI-importação pode incidir na entrada de produtos industrializados provenientes do estrangeiro, independentemente da destinação do bem. Contudo, ante a mudança de jurisprudência do Supremo na hipótese, esse novo entendimento não poderá retroagir para atingir fatos geradores anteriores à presente decisão.

30 STF. RE 718.874 ED, Rel. Min. Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, DJe 12/09/2018.

31 STF. RE 718.874 ED, Rel. Min. Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, DJe 12/09/2018.

32 STF. RE 594.015 e n. 601.720. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 11/10/2018.

33 STF. RE 723.651, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 24/09/2018.

No entanto, o Plenário do STF rejeitou a modulação de efeitos, pois os julgados mencionados em sentido contrário foram tidos como isolados, que não caracterizariam “jurisprudência” dominante a permitir a modulação de efeitos da decisão. Para o Ministro Marco Aurélio, *“há precedentes, como ressaltei, relativos a julgamentos sumários. Por que não se trouxe ao Plenário a tese, se a tese se mostrava importante e se se tinha a contrariedade à Carta no enfoque que prevaleceu no âmbito das Turmas nos julgamentos dos agravos regimentais? Receio muito – vou utilizar expressão, e o autor, o Ministro Francisco Rezek, está presente – que se venha a baratear, sobremaneira, o instituto da modulação relativa ao quórum de julgamento para modulação dos efeitos de decisão judicial proferida em processo subjetivo”*.

Outra situação, em 2017, de eficácia prospectiva e em que o STF modulou os efeitos da sua decisão foi a referente à restituição do ICMS nas saídas com base de cálculo presumida que serviu para a apuração do ICMS recolhido antecipadamente sob a sistemática da substituição tributária. O Ministro Edson Fachin propôs, quando da proclamação do seu voto, a modulação de efeitos da decisão,<sup>34</sup> por entender que *“altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral”*. Segundo o Ministro: *“à luz dessas razões, proponho que o precedente que aqui se elabora, a partir da reescritura da ADI 1.851, deva orientar todos litígios judiciais pendentes, por isso submetidos à sistemática da repercussão geral, e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido realizada após a fixação do presente entendimento, tendo em conta o necessário realinhamento das Administrações Fazendárias dos Estados-membros e do sistema judicial como um todo ao decidido por esta Suprema Corte. Com efeito, tutelam-se as situações passadas que transitaram em julgado ou sequer foram judicializadas, com base no precedente ora parcialmente revogado”*.

Na mesma linha, em 2014,<sup>35</sup> o STF rejeitou a modulação dos efeitos de decisão pela inconstitucionalidade da inclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), da contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) no valor aduaneiro, base de cálculo dos próprios PIS/Cofins incidentes sobre a importação. Para o Ministro Dias Toffoli, relator do recurso, o impacto nos cofres públicos, alegado pela União, não se configuraria como circunstância a justificar a modulação, sob o entendimento de que *“a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é medida extrema que somente se justifica se estiver indicado e comprovado gravíssimo risco irreversível à ordem social. As razões recursais não contêm indicação concreta, nem específica, desse risco”*. A pretensão de atribuição de efeitos prospectivos à decisão do STF tomada quando do reconhecimento da inconstitucionalidade da contribuição previdenciária sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura foi enfrentada, mas afastada.

34 STF, RE 593.849, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 05/04/2017.

35 STF, RE 559.937, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 14/10/2014.



A modulação de efeitos ocorreu em diversos casos de declaração de inconstitucionalidade de benefícios fiscais inconstitucionais, no âmbito dos estados. Na ADI n. 4.481<sup>36</sup>, por exemplo, na qual se declarou a inconstitucionalidade de benefício de ICMS sobre a importação de matéria-prima do Estado do Paraná, como o dispositivo vigorou por mais de oito anos, o impacto da declaração de nulidade traria resultados imprevisíveis e, possivelmente, injustos aos contribuintes.

Bastante razoável o entendimento pela modulação de efeitos de decisão na hipótese, considerando que os contribuintes que se valeram de benefícios previstos por leis vigentes e eficazes, que perduraram por longo período de tempo, não poderiam/deveriam ser constrangidos, ainda que os benefícios tenham sido declarados inconstitucionais pelo STF.

Por outro lado, igualmente incontestado é o fato de que a modulação de efeitos, nessas circunstâncias, acaba por incentivar os estados a criarem benefícios, ainda que ao arrepio da Constituição, os quais, mesmo condenados pelo STF, terão produzido efeitos. Um exemplo de como o tema relacionado à modulação de efeitos de decisões em matéria tributária é absolutamente polêmico e conflituoso.

A propósito, no julgamento da ADI n. 3.796,<sup>37</sup> em 2017, que envolvia benefício fiscal paranaense, o Ministro Gilmar Mendes propôs a modulação, por entender que, na linha de outros precedentes, *“há, portanto, razões de segurança jurídica e de interesse social a justificar a modulação dos efeitos no caso em exame para que a declaração de inconstitucionalidade produza efeitos a partir da data da publicação da ata de julgamento”*. Essa mesma lógica foi aplicada para a atribuição de eficácia prospectiva ao julgamento das ADI n. 2.663, do Rio Grande do Sul, n. 4.628, do Distrito Federal, e n. 429, do Ceará.

É importante mencionar, também, a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei municipal de Poá,<sup>38</sup> reconhecida pelo STF, pois, segundo a Corte, a legislação local disciplinaria benefício fiscal sem observância dos parâmetros constitucionais, que, além de estabelecerem alíquota mínima do Imposto sobre Serviços (ISS), vedariam a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais.

Na oportunidade, a modulação de efeitos foi estabelecida para que o município passasse a exigir o ISS sem as deduções estabelecidas na legislação tida por inconstitucional, pois, conforme elucidado pelo Relator Ministro Edson Fachin: *“temos aqui não apenas uma questão de uma certa consideração, de relevo, a própria higidez financeira e orçamentária do município, bem como questões atinentes às empresas, aos contribuintes. A demanda é de 2009, e, portanto, a Lei é anterior, e um lapso temporal expressivo. Entendo que há que se ter em conta esse lapso transcorrido, quando menos até o momento em que a liminar foi deferida em dezembro do ano passado”*.

36 STF. ADI n. 4.481, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 19/05/2015.

37 STF. ADI n. 3.796, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 01/08/2017.

38 STF. APDF 190, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe: 27/04/2017.

Por outro lado, em várias outras decisões pela inconstitucionalidade de benefícios fiscais relacionados à chamada “guerra fiscal”, seus efeitos acabaram não sendo modulados. É o caso da [ADI n. 3.794](#),<sup>39</sup> em que a Corte, após o julgamento pela inconstitucionalidade do benefício “MS-Empreendedor”, proposta pelo Estado do Paraná em face do Estado de Mato Grosso do Sul, negou a modulação de efeitos, pois, segundo o próprio Relator Ministro Roberto Barroso, “*a jurisprudência desta Suprema Corte não tem admitido a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em casos de leis estaduais que instituem benefícios sem o prévio convênio exigido pelo art. 155, parágrafo 2º, inciso XII, da Constituição Federal – Precedentes*”.

É verdade que o acórdão da rejeição da eficácia prospectiva da declaração de inconstitucionalidade data de 2014, sendo que, ultimamente, a regra tem sido a modulação de efeitos em declaração de inconstitucionalidade de benefícios fiscais concedidos unilateralmente, justamente pela legítima expectativa gerada nos contribuintes em relação à formação dos preços das mercadorias vendidas considerando os referidos benefícios fiscais.

Outro assunto que mereceu o debate sobre a modulação de efeitos refere-se à aplicação do expediente em decisões cautelares em ADI. É o que ocorreu quando da concessão da liminar na [ADI n. 4.389](#),<sup>40</sup> em que a Corte decidiu, em 2011, que o ISS não incide sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens destinadas à integração ou à utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadoria, devendo incidir o ICMS.

Na oportunidade, foram modulados os efeitos da decisão para que os recolhimentos já feitos a título de ISS anteriormente à decisão do STF não fossem afetados. A argumentação invocada para a modulação, neste caso, foi que “*temos que tomar um pouco de cuidado porque isso vem vigorando desde 2003, então temos que fazer uma modulação porque os municípios estão contando com isso desde 2003*”. Ou seja, o impacto orçamentário nos cofres públicos municipais foi considerado como fundamento relevante para a atribuição de efeitos prospectivos à decisão.

Outra circunstância aceita pelo STF como apta à modulação de efeitos, em liminar, ocorreu quando do julgamento da [ADI n. 4.628](#),<sup>41</sup> que tratava do Protocolo n. 21/2011, diploma normativo do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que disciplinou a repartição do ICMS nas operações interestaduais. Para o Relator Ministro Luiz Fux, era imperiosa a modulação dos efeitos desde a data da concessão da cautelar que suspendeu a eficácia do Protocolo, em 2014, ressalvadas as ações ajuizadas, tendo em vista o potencial impacto aos estados signatários. Não houve o desenvolvimento de razões mais detalhadas a respeito, mas, muito provavelmente, o impacto nas repetições de indébito foi levado em conta na decisão.

Vale mencionar, do mesmo modo, que o STF modulou os efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade do Convênio n. 101/2008, que estabelecia a obrigatoriedade de estorno de crédito de ICMS cor-

39 STF. [ADI 3.794](#), Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 01/08/2011.

40 STF. [ADI 4.389](#), Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe: 25/05/2011.

41 STF. [ADI 4.628](#), Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 24/11/2014; RE 680.089, Rel. Min. Gilmar Mendes, 03/12/2014.

respondente a determinadas misturas de combustíveis, já que não há de se falar em estorno sem a existência do correspondente crédito ([ADI n. 4.171](#)).<sup>42</sup> Para a Ministra Relatora Ellen Gracie, no entanto, a modulação de efeitos era medida necessária, razão pela qual estabeleceu o prazo de seis meses após a publicação do acórdão para a produção dos efeitos da nulidade. É que a decisão afetava parte dos estados, que deixariam de recolher o imposto sobre a mistura se não sediassem usinas e localidades de consumo de combustível final: *“no bojo da sistemática de tributação adotada para os combustíveis, implicará prejuízo aos estados sedes das distribuidoras que não sejam ao mesmo tempo sede das usinas e local de consumo do combustível final. Estes estados-sede de distribuidoras não conseguirão mais se ressarcir do ônus suportado”*.

Outro tema em que a modulação de efeitos foi analisada foi objeto do [RE n. 377.457](#),<sup>43</sup> em que o Plenário do STF reconheceu a constitucionalidade da revogação da isenção da COFINS para as sociedades civis. No caso, a [Súmula n. 276](#), do Superior Tribunal de Justiça (STJ), enunciava que *“as sociedades civis prestadoras de serviços são isentas da Cofins”*, pois lei complementar não poderia ser revogada por lei ordinária. Havia, ainda, inúmeras decisões do STF no sentido de que a matéria seria de índole infraconstitucional. Apesar disso, o Supremo não apenas reconheceu o caráter constitucional da discussão como definiu, como orientação jurisprudencial, a possibilidade de lei complementar ser revogada por lei ordinária, de modo que a isenção de COFINS exigida das sociedades civis passou a ser constitucional.

A modulação de efeitos da decisão foi pleiteada com base na guinada da jurisprudência sobre o assunto, mas a Corte rejeitou o pedido, por maioria, tendo em vista que não havia qualquer declaração de inconstitucionalidade de norma. Na oportunidade, vencido, o Ministro Luiz Fux consignou: *“quando se estabeleceu que deveria haver uma força vinculante da jurisprudência, pelo menos estabelecendo aquele stare decisis horizontal e vertical, o que se pensou? Pensou-se, exatamente, nesses casos em que há uma mudança abrupta da jurisprudência. Essa modificação da jurisprudência surpreende o jurisdicionado”*.

No entanto, apesar da confiança depositada pelo contribuinte na jurisprudência consolidada do STJ, o STF houve por bem afastar a modulação porque a norma não foi declarada inconstitucional e a regra, segundo os ministros, é que o tributo deve ser recolhido, se previsto em lei, salvo se houver decisão judicial que afaste sua exigência.

Quanto à atualização de créditos inscritos em precatórios, houve modulação de efeitos no ano de 2015, quando do julgamento da [ADI 4.425/DF](#). Nesta oportunidade, a Suprema Corte entendeu por conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade, fixando como termo *a quo* a data de conclusão do julgamento da questão de ordem apresentada (25/03/2015), mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até a citada data, com a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial), nos termos da [Emenda Constitucional nº 62/2009](#), até a data de conclusão do julgamento (qual

42 STF. [ADI 4.171](#), Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 21/08/2015.

43 STF. [RE 377.457](#), Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 20/06/2016.

seja, 25/03/2015), em situação distinta da que deveria ser observada em momento posterior – diante da declaração de inconstitucionalidade do índice de remuneração da poupança como parâmetro de correção monetária para as condenações impostas contra a Fazenda Pública –, na qual os créditos insertos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários.<sup>44</sup>

Já em momento posterior, no ano de 2017, o STF – ao tratar sobre a atualização dos débitos em face da Fazenda Pública no período anterior à expedição do precatório – julgou o [RE 870.947/SE](#), que teve repercussão geral reconhecida – Tema 810 – declarou a **inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97** (redação dada pela [Lei nº 11.960/09](#)) na parte em que disciplina os **juros moratórios** aplicáveis às condenações da Fazenda Pública sobre **débitos oriundos de relação jurídico-tributária**, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em atenção ao princípio constitucional da isonomia, nos termos do artigo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal; e, ao mesmo tempo, **consagrando a constitucionalidade da fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança – ou seja, analisando o mesmo art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 – quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária**. Ou seja, o STF entendeu que o citado artigo é constitucional em determinada hipótese – juros moratórios nas condenações advindas de relação **jurídica não-tributária** – enquanto concluiu pela inconstitucionalidade do mesmo preceito normativo em hipótese distinta – juros moratórios nas condenações advindas de relação **jurídico-tributária**.

Situação diversa ocorreu no mesmo RE quanto ao índice a ser utilizado na atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública, pois a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade do já mencionado art. 1º-F da [Lei nº 9.494/97](#) – na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança – sob o entendimento de imposição de restrição desproporcional ao direito de propriedade, nos termos preconizados no art. 5º, inciso XXII, da Carta Magna, por não se qualificar “*como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina*”<sup>45</sup>.

Mesmo instado a analisar a pretensa modulação dos efeitos da citada decisão quanto ao tema em sede de embargos de declaração manejados por diversas entidades federativas – sobre a fixação de termo para a consideração da inconstitucionalidade da TR como parâmetro para as condenações impostas contra a Fazenda Pública, diante do encargo econômico a ser suportado pelos Estados diante da decisão de inconstitucionalidade da norma –, o STF assim não procedeu, sob o argumento de que as “*razões de segurança jurídica e interesse social que se pretende prestigiar pela modulação de efeitos, na espécie, são inteiramente relacionadas*

44 STF. [ADI 4425-DF](#), Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 03/08/2015.

45 STF. [RE 870.947-SE](#), Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 17/11/2017.

*ao interesse fiscal das Fazendas Públicas devedoras, o que não é suficiente para atribuir efeitos a uma norma inconstitucional.”*

Em 2014, também houve ventilação da modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade da regra que previa a contribuição previdenciária de 15% sobre o valor bruto da nota fiscal ou serviços prestados por cooperados por meio de cooperativas de trabalho. Na ocasião, foi suscitada a modulação de efeitos pela Fazenda, mas o pleito foi rejeitado<sup>46</sup>.

O ano de 2011 contou com uma tentativa de modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade de lei municipal de IPTU com alíquotas progressivas, além da mesma inconstitucionalidade para a taxa de iluminação pública e a taxa de coleta de lixo. No entanto, o STF houve por bem rejeitar a repercussão geral deste tema<sup>47</sup>.

A alteração de jurisprudência da Corte foi motivo para que se invocasse a modulação de efeitos da nova decisão firmada no sentido do não reconhecimento de direito a crédito de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) nas aquisições de insumos industriais. Na oportunidade, em 2008, ela foi rejeitada: *“descabe, em face do texto constitucional regedor do Imposto sobre Produtos Industrializados e do sistema jurisdicional brasileiro, a modulação de efeitos do pronunciamento do Supremo, com isso sendo emprestada à Carta da República a maior eficácia possível, consagrando-se o princípio da segurança jurídica”*<sup>48</sup>.

Os casos em que a modulação de efeitos foi aceita pela Corte são mais restritos. Cite-se o recurso em que o STF pronunciou-se sobre a inconstitucionalidade dos prazos decadencial e prescricional para exigência/devolução das contribuições previdenciárias, pela inobservância de lei complementar pelos artigos 45 e 46 da [Lei n. 8.212/91](#).<sup>49</sup> Na oportunidade, o contribuinte formulou pedido de modulação dos efeitos para que fosse preservado o prazo de dez anos da lei declarada inconstitucional em relação a ações já em curso. O Ministro Gilmar Mendes apresentou sua preocupação em *“afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento”*. Na sequência, a Ministra Carmen Lucia esclareceu: *“eu diria que o Fisco está impedido, fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN, de exigir as contribuições da seguridade social. No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento”*.

Em 2007, o STF alterou sua jurisprudência, que, até então, reconhecia a possibilidade de apropriação de crédito do IPI para aquisição de insumos isentos ou não tributados. Considerando a existência de inúmeras ações em curso, os contribuintes pleitearam que a nova (e desfavorável) orientação da Corte produzisse efeitos apenas para os recolhimentos realizados após o julgamento, mantendo o direito ao crédito para as ações

46 STF. [RE-ED 595.838](#), Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 25/02/2015.

47 STF. [RE 592.321](#), Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 15/12/2011.

48 STF. [RE 353.657](#), Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 07/03/2008.

49 STF. [RE 556.664](#), Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 14/11/2008.

em curso, já que ajuizadas sob a égide de um panorama jurisprudencial favorável à pretensão. A modulação de efeitos foi rejeitada.

Para o Ministro Eros Grau, no caso, a alteração de jurisprudência não representaria ameaça à segurança jurídica, pois “não houve coisa julgada e o contribuinte não poderia ter computado o benefício”. Para ele, “*capitalismo sem risco não existe. Não há interesse social para aquinhoar empresas que fizeram por sua conta e risco o uso de créditos inexistentes*”, sem ação judicial transitada em julgado para amparar o procedimento. Além disso, como não houve declaração de inconstitucionalidade, a modulação não seria possível: “*o STF não declarou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Afirmou a constitucionalidade da vedação do creditamento do IPI*”, conforme o Ministro Joaquim Barbosa.

Nesse caso, como havia uma lei expressamente dispondo sobre os prazos decadencial e prescricional de dez anos para exigências fiscais, os recolhimentos efetuados e as cobranças feitas com base nessa disposição foram considerados válidos. O critério para a modulação, portanto, foi o potencial impacto nos cofres públicos a partir de pedidos de restituição a serem formulados por contribuintes exigidos em prazo superior a cinco anos.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise feita, tendo por base os exemplos de decisões mencionados, verifica-se que o uso do efeito prospectivo das decisões é necessário em certas hipóteses para concretizar e harmonizar os princípios que regem o ordenamento jurídico, a saber, os *standards* de validade de qualquer norma jurídica frente às cláusulas da segurança jurídica e do interesse social na previsibilidade da consequência dos atos e das condutas praticadas por toda a sociedade. Em especial, medem-se as consequências do desfazimento das relações jurídicas alcançadas pelo efeito retroativo frente à preservação destas mesmas relações, com o propósito de preservar a confiança depositada pelo contribuinte nos atos estatais.

Na relação tributária, regida pelo princípio da legalidade, a acomodação dos parâmetros normativos, dos precedentes judiciais e das decisões à segurança jurídica e ao interesse social revela-se fundamental para que os contribuintes e o fisco se sintam suficientemente seguros para a adoção de comportamentos no sentido de exigir e recolher tributos, respectivamente.

Em consequência, a modulação de efeitos revela-se como expediente processual de extrema relevância para a ponderação entre a preservação do sentido das normas tributárias constitucionais e a legítima expectativa gerada nos contribuintes (proteção à confiança legítima). É importante registrar que o princípio da confiança exsurge neste contexto e diz respeito, por esta razão, à proteção da conduta do indivíduo regrada por normas que, mais adiante, são declaradas inconstitucionais. Em que pese essa proteção específica, atualmente, a modulação de efeitos vem sendo invocada também para a preservação dos cofres públicos quando uma norma é declarada inconstitucional.

A questão posta, nesse cenário, reside em saber quais são, nos julgados tributários, as circunstâncias autorizativas da modulação de efeitos. O art. 27 da Lei n. 9.868/1999 estabelece a “segurança jurídica” e o “excepcional interesse social” como situações que permitem a prospecção dos efeitos de uma decisão do STF. Mais recentemente, o art. 927 do novo CPC expressamente previu a mudança de orientação jurisprudencial dominante como critério permissivo/impositivo da modulação de efeitos de uma decisão.

Na investigação realizada neste estudo, as conclusões a que se chegam são as seguintes:

- (i) O STF, via de regra, não modula os efeitos dos seus julgamentos em matéria tributária, compreendendo que a aplicação desse expediente jurídico deve ser excepcionalíssimo;
- (ii) Apesar disso, para os casos de declaração de inconstitucionalidade de benefícios fiscais, a jurisprudência atual da Corte tem atribuído a eficácia prospectiva às suas decisões, de modo a evitar que os contribuintes tenham de suportar a cobrança de diferença de ICMS ou de ISS decorrentes dessas decisões;
- (iii) Os casos de modulação de efeitos pela Corte consideraram peculiaridades de interesses de arrecadação de municípios e estados, para situações em que a declaração de inconstitucionalidade das regras gerasse desequilíbrio no pacto federativo (exigência de taxas de incêndio, cobrança de ISS sobre encomendas de embalagens, estorno de ICMS para operações com misturas de combustíveis ou repartição do ICMS levada a efeito por intermédio do Protocolo n. 21) ou trouxesse impactos sistêmicos (ADIS 4.281 e 4.171, casos de substituição tributária e de ICMS – “*estes estados sede de distribuidoras não conseguirão mais se ressarcir do ônus suportado. De um lado, sofrerão dedução do valor correspondente ao ICMS-diferido relativo ao álcool (AEAC) e ao biodiesel (B5) e, de outro, não receberão o repasse do ICMS sobre a gasolina C e sobre o óleo diesel B5*”);
- (iv) O impacto financeiro para o ente federado, por si só, não é considerado motivo para a modulação de efeitos das decisões do STF;
- (v) A mudança da orientação jurisprudencial da Corte raramente é invocada para modular os efeitos das decisões (exceções são o julgamento dos Recursos Extraordinários números 643.247 e 593.849, este último um exemplo de modulação em que a mudança jurisprudencial foi definitiva para a atribuição deste efeito, cujo caso analisado foi o direito do contribuinte restituir o ICMS decorrente da diferença entre o fato gerador presumido e o fato gerador praticado);
- (vi) Apesar de a mudança de jurisprudência não ter sido motivo determinante na maior parte dos casos em que a questão foi posta, é fato que a vigência do novo CPC pode provocar nova reflexão por parte dos integrantes do STF quanto à aplicação desse expediente com mais frequência.

## REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade, ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme constituição do artigo 27 da lei 9.868/99**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ÁVILA, Humberto Bergamo. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2. ed. Malheiros: São Paulo, 2012.
- BACHOF, Otto *apud* LUENGO, Javier Luengo. **El principio de la protección de la confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Defesa da modulação de efeitos temporais em caso de mudança de jurisprudência pelo STF**. 20 ago. 2012. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qTeyz3qIDWQ>. Acesso em: 26 ago. 2018.
- BOTELHO, Marcos César. A lei em Ronald Dworkin: breves considerações sobre a integridade no direito. **Revista Intertemas**, Brasília, ano 11, v. 13, nov. 2008. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS/article/view/2615>. Acesso em: 27 ago. 2021.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- LEAL, Fernando; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília: UniCEUB, v. 7, n. 3, p. 821, dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4779>. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4779>. Acesso em: 27 ago. 2021.
- LUENGO, Javier Luengo. **El principio de la protección de la confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- YAMASHITA, Douglas. **Direito tributário: uma visão sistêmica**. São Paulo: Atlas, 2014.



## CAPÍTULO 2

# VEDAÇÃO DO USO DE RECURSOS PÚBLICOS EM PUBLICIDADE E/OU PROPAGANDA GOVERNAMENTAL E INSTITUCIONAL, FORA DAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS

Janaína Paschoal

### O PROJETO DE LEI Nº 7, DE 2020<sup>1</sup> E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL – JUSTIFICATIVA

A [Constituição Federal](#), em seu artigo 37, inciso XXII, §1º, reza que “a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter **educativo, informativo ou de orientação social**, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”.

A [Constituição Estadual](#), em seu artigo 115, XXIX, §1º, prevê que “a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas da administração pública direta, indireta, fundações e órgãos controlados pelo Poder Público deverá ter caráter educacional, informativo e de orientação educacional, dela não podendo constar nomes, símbolos e imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”.

O texto constitucional costuma ser observado em sua segunda parte, ou seja, não se admite, em regra, veicular nomes, símbolos ou imagens que caracterizem diretamente promoção de pessoas ou servidores públicos. No entanto, a primeira parte, na maioria das vezes, é deliberadamente esquecida, pois não há rigor em exigir que toda publicidade promovida pelo poder público tenha natureza educativa, informativa ou de orientação social.

As muitas peças publicitárias produzidas e promovidas com dinheiro público funcionam como as propagandas feitas de qualquer outro produto. Imagens de pontes e estradas, seguidas de frases de efeito, que nada agregam ou significam à população. Imagens de escolas recentemente pintadas, sem nenhum conteúdo verdadeiramente educativo. Imagens de viaturas policiais, sem qualquer orientação de como melhor preservar a segurança individual ou coletiva. Mesmo quando não veiculam o nome de servidores e autoridades, as propagandas (que deveriam ser institucionais) acabam por promover as pessoas e os partidos que estão no poder.

<sup>1</sup> Projeto de LEI – Assembleia Legislativa de São Paulo – ALESP – <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000316261>

Além de essas propagandas descumprirem o texto constitucional, por não serem educativas, por não serem informativas, por não trazerem qualquer tipo de orientação social e, como dito, findarem por promover, ainda que indiretamente, pessoas e partidos; fato é que, com frequência, revelam-se como propaganda enganosa.

Ora, a imagem da bela escola, da nova viatura e da boa estrada não transforma a realidade da população, que, tal qual ocorre no período eleitoral, se sente instrumentalizada. A subscritora da presente, não é de hoje, tem defendido que a melhor propaganda é o trabalho realizado!

Por ser absolutamente desnecessária para a população, a história mostra que os elevados recursos públicos destinados à publicidade são facilmente desviados para fins outros.

Os recursos da saúde, da educação, da segurança pública, do saneamento também são objeto de desvios? Infelizmente, sim. As notícias diárias confirmam nossa triste realidade. Não obstante, a população consegue dimensionar a aplicação, ou falta desses recursos.

No que concerne ao dinheiro gasto com publicidade, fica impossível ao cidadão fiscalizar minimamente. As cifras são muito elevadas, o resultado não é palpável, todo o cenário é propício à corrupção.

Não é coincidência que um dos maiores escândalos de corrupção do país teve, no centro, um publicitário e os misteriosos contratos que são inerentes à área. Sim, estamos a falar do Mensalão.

“Restou comprovado o pagamento de vantagem indevida ao então Presidente da Câmara dos Deputados, por parte dos sócios da agência de publicidade que, poucos dias depois, viria a ser contratada pelo órgão público presidido pelo agente público corrompido. Vinculação entre o pagamento da vantagem e os atos de ofício de competência do ex-Presidente da Câmara, cuja prática os réus sócios da agência de publicidade pretenderam influenciar...

... Através da subcontratação quase integral do objeto do contrato de publicidade, bem como da inclusão de despesas não atinentes ao objeto contratado, os réus corruptores receberam recursos públicos em volume incompatível com os ínfimos serviços prestados, conforme constatado por equipes de auditoria de órgãos distintos.

[...]

Apropriação indevida de valores pertencentes ao Banco do Brasil, denominados “bônus de volume”, devolvidos por empresas contratadas pelo Banco, a título de desconto à entidade pública contratante. Os três corréus controladores da empresa de publicidade contratada pelo Banco do Brasil, em coautoria com o Diretor de Marketing da instituição financeira, desviaram os recursos que, nos termos das normas regimentais, estavam sob a posse e fiscalização do mencionado Diretor. Crime de peculato comprovado... Comprovou-se que o Diretor de Marketing do Banco do Brasil recebeu vultosa soma de dinheiro em espécie, paga pelos réus acusados de corrupção ativa, através de cheque emitido pela agência de publicidade então contratada pelo Banco do Brasil. Pagamento da vantagem indevida com fim de determinar a prática de atos de ofício da competência do agente público envolvido, em razão do cargo por ele ocupado [...]”<sup>2</sup>

Até 2010, não havia uma lei federal específica para fins de contratação de serviços de publicidade por parte do Estado. Com a edição da [Lei 12.232/10](#), esse cenário mudou.

<sup>2</sup> STF, AP n.º 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 17/12/2012

No início, a lei foi festejada como sinal de transparência no processo licitatório. Até em razão do escândalo do Mensalão, foi anunciada como uma solução. O que muitos não perceberam foi que tal diploma não veio para restringir a publicidade promovida com dinheiro público, mas para criar normas para a contratação, findando por alargar o gasto de dinheiro público com o setor.

Com efeito, ao disciplinar detalhadamente o processo licitatório para aquisição de publicidade, sem trazer vedações claras na esteira do preconizado pelo texto constitucional, esse diploma legal terminou por fomentar, na prática, as contratações. Isso sem contar o fato de ter “legalizado” a corrupção no setor, haja vista a redação do artigo 18.

Em outras palavras, a transparência alardeada transformou-se em uma cilada, pois tornou as regras sobre o processo de contratação mais importantes que o objeto de contratação em si. Desse modo, de forma ilusória, os analistas passaram a entender que, uma vez seguido o processo, todo tipo de produto e serviço poderia ser contratado, abrindo margem para os abusos que indignam a população pagadora de impostos todos os dias. Vale lembrar que esses abusos ocorrem nos âmbitos federal, estadual e municipal, atingindo não só o Poder Executivo, mas também os demais poderes.

Leis Orçamentárias, em geral, passaram a prever milhões para publicidade, como se fosse natural as cifras destinadas para tal finalidade concorrerem com os montantes voltados à saúde, à educação, à segurança, ao saneamento.

Os questionamentos de fundo ético raramente são feitos. A depender do mandatário de plantão, o partido que se encontra na oposição até ensaia criticar, mas de forma branda, pois, a bem da verdade, todos querem poder contar com o forte apoio da publicidade quando no poder, bem como com o silêncio cúmplice dos meios de comunicação.

O pacto de silêncio também se estabelece entre os poderes, pois todos querem ter liberdade para abrir licitações e fazer suas campanhas, sem serem incomodados.

No âmbito estadual, por sua vez, a normativa referente ao tema é ainda mais lacônica, favorecendo o uso desmedido de dinheiro público na produção de peças publicitárias absolutamente desnecessárias e carentes de qualquer conteúdo verdadeiramente informativo, educativo ou de orientação à população.

A maneira tranquila como o mundo político lida com as elevadas somas destinadas à publicidade sempre intrigou esta Parlamentar. Pela lógica, a situação vigente, no país, haveria de incomodar mais gente. A indignação, salvo melhor juízo, também haveria de estar mais presente nas manifestações da Imprensa e de formadores de opinião.

No exterior, o tema se revela mais polêmico do que no Brasil, onde todos aceitam como normal retirar milhões da saúde, da educação, da segurança pública e do saneamento básico, para jogar em peças publicitárias inúteis e, em regra, mentirosas.

Nos Estados Unidos, por exemplo, existe uma profunda discussão em torno da possibilidade de haver publicidade institucional, ainda que feita sem onerar os cofres públicos. Sim, para além do dinheiro a ser gasto, os cidadãos americanos, ciosos de sua liberdade de pensamento, manifestação, expressão e decisão, sentem-se invadidos com propaganda de “feitos” políticos. E, mesmo quando alguma publicidade institucional é admitida, evita-se usar o dinheiro oriundo dos impostos para patrociná-la.

The Smith-Mundt Act of 1948, the domestic propaganda ban, prohibited the global news agency from disseminating its programming within the U.S. The ban stemmed from lawmakers’ fear of the propagandistic power of government messaging to unduly influence U.S. public opinion and discourse. However, a 2013 amendment to the law introduced several exceptions to the ban, including that the agency’s materials can be made available in the U.S. “upon request,” for example to researchers, although it technically still prohibits using agency funds to influence U.S. public opinion<sup>3</sup>”.

Em livre tradução: o *Smith-Mundt Act of 1948*, que proibia a propaganda doméstica, impedia a agência global de notícias [do Governo americano] de disseminar sua programação nos Estados Unidos. A proibição decorria do medo dos legisladores de que o poder publicitário governamental pudesse, indevidamente, influenciar a opinião e o discurso públicos americanos. Entretanto, uma emenda de 2013 à legislação em questão introduziu uma série de exceções à proibição, incluindo a possibilidade de que os materiais produzidos pela agência governamental sejam disponibilizados nos Estados Unidos, quando solicitados, por exemplo, por pesquisadores, embora ainda seja tecnicamente proibido o uso de verbas públicas para influenciar a opinião pública americana.

Não só nos Estados Unidos, entretanto, esse tipo de preocupação é existente.

Na Espanha, por exemplo, a [Lei 29/2005](#) estipula um rol taxativo de situações bem específicas em que esse tipo de propaganda é admitida, sempre em estrita preocupação com a promoção do interesse público (artigo 3º). Confira-se:

1. Solo se podrán promover o contratar campañas institucionales de publicidad y de comunicación cuando tengan alguno de los siguientes objetivos:
  - a) Promover la difusión y conocimiento de los valores y principios constitucionales.
  - b) Informar a los ciudadanos de sus derechos y obligaciones legales, de aspectos relevantes del funcionamiento de las instituciones públicas y de las condiciones de acceso y uso de los espacios y servicios públicos.
  - c) Informar a los ciudadanos sobre la existencia de procesos electorales y consultas populares.
  - d) Difundir el contenido de aquellas disposiciones jurídicas que, por su novedad y repercusión social, requieran medidas complementarias para su conocimiento general.
  - e) Difundir ofertas de empleo público que por su importancia e interés así lo aconsejen.
  - f) Advertir de la adopción de medidas de orden o seguridad públicas cuando afecten a una pluralidad de destinatarios.
  - g) Anunciar medidas preventivas de riesgos o que contribuyan a la eliminación de daños de cualquier naturaleza para la salud de las personas o el patrimonio natural.

<sup>3</sup> KOREH, Raya. Congress Should Strengthen Laws Outlawing Domestic Government Propaganda. 21 oct. 2019. Disponível em: <https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/congress-should-strengthen-laws-outlawing-domestic-government-propaganda>. Acesso em: 01 set. 2021.

- h) Apoyar a sectores económicos españoles en el exterior, promover la comercialización de productos españoles y atraer inversiones extranjeras.
  - i) Difundir las lenguas y el patrimonio histórico y natural de España.
  - j) Comunicar programas y actuaciones públicas de relevancia e interés social.
2. Las campañas institucionales de publicidad y de comunicación se desarrollarán exclusivamente cuando concurren razones de interés público y en el ejercicio de competencias propias.
  3. Las campañas institucionales contribuirán a fomentar la igualdad entre hombres y mujeres y respetarán la diversidad social y cultural presente en la sociedad.
  4. Las campañas institucionales se ajustarán siempre a las exigencias derivadas de los principios de interés general, lealtad institucional, veracidad, transparencia, eficacia, responsabilidad, eficiencia y austeridad en el gasto.<sup>47</sup>

A relevância da discussão é inquestionável e está presente em todo o mundo. Basta uma simples busca pelo assunto na rede mundial de computadores para constatar que muitos são os países em que são contestados os valores empregados por seus governos na contratação de serviços publicitários.<sup>5, 6, 7, 8, 9, 10</sup>

Curioso é notar que, no Brasil, é muito usual que os valores destinados à publicidade de Estado sejam significativamente superiores àqueles que, como visto, deram causa a insurgências e contestações em outros países, o que comprova a urgente necessidade de melhor disciplinar a matéria.

Como já visto, as Constituições **Federal** e **Estadual** admitem a contratação de publicidade, para fins de educação, informação e orientação. A Lei Federal disciplina o processo de contratação, sendo óbvio que tal contratação somente pode se dar relativamente à publicidade constitucionalmente autorizada.

Daí a necessidade de deixar bem claro que o dinheiro público não poderá ser utilizado em situações diversas daquelas contempladas pelas normas constitucionais. Esse é o intuito do projeto de lei que ora se apresenta.

A maneira como a publicidade “institucional” vem sendo tratada coloca em risco a própria Democracia, e os motivos são vários.

Primeiro, ela permite que se estabeleça um regime de concorrência desleal na necessária competição política que deve existir, na qual diversos atores, representando perspectivas ideológicas e visões de mundo distintas, disputam em pé de igualdade os cargos majoritários que compõem a Administração Pública.

4 Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2005/12/29/29/con>

5 KATALIN, Erdélyi. **Hungarian government spent €23 million of taxpayers' money on propaganda before the election**. 05 jul. 2018. Disponível em: <https://english.atlatszo.hu/2018/05/30/hungarian-government-spent-e23-million-of-taxpayers-money-on-propaganda-before-the-election/>. Acesso em: 01 set. 2021.

6 ALFIE, Alejandro. Datos de Jefatura de Gabinete: el gobierno gastó un 184% más en publicidad oficial durante el primer semestre del año. **Clarín, Política**, 30 jul. 2019. Disponível em: [https://www.clarin.com/politica/gobierno-gasto-184-publicidad-oficial-primer-semester-ano\\_0\\_j0IgSKGZ3.html](https://www.clarin.com/politica/gobierno-gasto-184-publicidad-oficial-primer-semester-ano_0_j0IgSKGZ3.html). Acesso em: 01 set. 2021.

7 HENRÍQUEZ, Manuel; von WOLFERSDORFF, Jeannette. Iluminando el opaco gasto en publicidad del gobierno. **Ciper Académico**, 09 dez. 2019. Disponível em: <https://www.ciperchile.cl/2019/12/09/iluminando-el-opaco-gasto-en-publicidad-del-gobierno/>. Acesso em: 01 set. 2021.

8 THE GUARDIAN. **Morrison defends \$36m for two ads before election as 'entirely appropriate'**. Disponível em: <https://www.theguardian.com/australia-news/2019/jan/31/morrison-defends-36m-for-two-ads-before-election-as-entirely-appropriate>. Acesso em: 01 set. 2021.

9 AHMED, Azam. VILLEGAS, Paulina (colab.) Con su enorme presupuesto de publicidad, el gobierno mexicano controla los medios de comunicación. **The New York Times**, 25 dez. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/es/2017/12/25/espanol/con-su-enorme-presupuesto-de-publicidad-el-gobierno-mexicano-controla-los-medios-de-comunicacion-pri-pena-nieto.html>. Acesso em: 01 set. 2021.

10 DOWLING, Johnnie. Boris Johnson spent £100m on a pointless Brexit ad campaign. He could have trained 3,000 teachers instead. **Independent**, 20 out. 2019. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/voices/brexit-preparation-boris-johnson-100m-ad-campaign-teachers-climate-change-a9129171.html#comments>. Acesso em: 01 set. 2021.

Ao possibilitar que um eventual candidato se utilize dos poderes de Estado para favorecer sua imagem perante a opinião pública, coloca-se em risco a equidade que deve marcar as disputas eleitorais em sistemas democráticos de governo. Como bem salienta a doutrina nacional:

Mesmo acatando a imposição de impessoalidade e de caráter meramente ‘*educativo*’, *informativo* ou de *orientação social*’ que lhe é reservada pela Constituição Federal, a publicidade governamental sempre terá desmedida potencialidade de influenciar abusivamente o processo eleitoral, privilegiando, direta ou indiretamente, candidatos e partidos. (grifo do autor)<sup>11</sup>”

O risco de direcionamento eleitoral fica ainda mais grave em sistemas que, como o brasileiro, admitem a reeleição. Em *Marketing Político em Tempos Modernos*, organizada por Rubens Figueiredo, vários autores destacam as “vantagens” eleitorais de investir em publicidade e na contratação de agências, ao longo do mandato.

Na obra, por sinal, afirma-se textualmente que a publicidade institucional ganhou muito mais relevância após a instituição da reeleição no país (Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2008).

No mesmo sentido:

Por outro lado, é certo que a propaganda governamental costuma movimentar quantias elevadíssimas, constituindo, por si só, incontrolável elemento de ‘pressão’ sobre a mídia. Uma ‘pressão’ capaz de promover imenso favoritismo em jornais, revistas, emissoras de rádio e canais de televisão às candidaturas e legendas da situação. Com a possibilidade de reeleição do presidente, governadores e prefeitos, o peso da influência da publicidade oficial e sua capacidade de interferir nas disputas eleitorais ficaram redobradas. Por isso mesmo, a Lei nº 9.504/1997 estabeleceu severas limitações à sua veiculação durante os anos em que se realizam eleições<sup>12</sup>”

A esse propósito, interessante notar que a [Lei Federal n.º 9.504/97](#), que dispõe sobre as regras para as eleições no país, prevê inúmeras restrições para a publicidade oficial no período próximo às eleições.

Ora, não faz sentido proibirem-se tais medidas apenas às vésperas das eleições, mantendo-se, contudo, durante todo o mandato, autorizadas diversas condutas que podem até mais gravemente desequilibrar o pleito eleitoral!

A doutrina nacional é enfática ao ressaltar a necessidade de se observarem tais normas, o que, a bem da verdade, deve ser estendido a toda e qualquer fase do mandato de um agente político:

Os servidores públicos, as autoridades e/ ou candidatos a cargos eletivos devem observar as disposições constitucionais (art. 37, § 1º, CF/ 88) e legais (arts. 36, 40, 73 e 78 da Lei nº 9.504, de 30.9.97), esforçando-se no cumprimento da legislação, sob pena de serem responsabilizados administrativa, civil, eleitoral, penal e politicamente. A jurisprudência dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais Regionais Eleitorais tem se consolidado no sentido da fiel observância dos dispositivos

11 BARRETO, Lauro. *Propaganda política & Direito Processual Eleitoral*. Bauru: Editora Edipro, 2004, p. 85.

12 Lauro Barreto. *Propaganda política & direito processual eleitoral*. Bauru: Editora Edipro, 2004, p. 86.

constitucionais e legais citados. Atualmente, o Tribunal Superior Eleitoral está analisando o tema, sendo que já se posicionou, em medida liminar, pela vedação do uso de slogans na publicidade institucional.<sup>13</sup>

No Informe *El Precio del Silencio*, narra-se com precisão como mandatários podem beneficiar-se do poder e utilizar recursos públicos para promoverem sua imagem frente à população:

En Argentina, la sexta campaña publicitaria más costosa a nivel nacional de 2006 se tituló “Visitas Presidenciales” y costó más de 10 millones de pesos (aproximadamente USD 3,3 millones). Se trata de avisos relativos a obras realizadas en distintas localidades del país, que contienen el nombre del presidente y frases como las siguientes: “Estamos creciendo” y “Primero Argentina”. El gobierno gastó aproximadamente el doble en estos avisos que promocionaban la imagen del ex presidente Kirchner que en otras campañas que revestían un claro interés público, tales como la de “Trabajo Registrado” del Ministerio de Trabajo -un esfuerzo por combatir el trabajo en negro (5,2 millones de pesos, alrededor de USD 1,6 millones); o la de “Volver a la escuela” del Ministerio de Educación -una campaña dirigida a disminuir las tasas de deserción escolar (4,2 millones de pesos). En el primer semestre de 2007, año de elecciones presidenciales, el gobierno ya había ejecutado el 60% del total de lo gastado en 2006 en la campaña ‘Visitas Presidenciales’.<sup>14</sup>”

Cumprindo indicar que o próprio Tribunal Superior Eleitoral, em diversas oportunidades, já exarou importantes decisões nas quais reconheceu a ilegalidade de atos publicitários feitos pela Administração Pública e que representavam alguma forma de favorecimento de agentes políticos, o que demonstra ser recorrente o problema.

Em 2006, por exemplo, aquela Egrégia Corte decidiu ser ilícita propaganda da Caixa Econômica Federal que, em claro desvio de finalidade, veiculava informações que promoviam a imagem do então Presidente da República.

Representação que ataca peça publicitária patrocinada pela Caixa Econômica Federal, em que se atribui ao Presidente da República... a iniciativa de dotar a instituição de recursos destinados à habitação de 600 mil famílias. A propaganda dos produtos e serviços da Caixa Econômica Federal, empresa pública sujeita ao regime jurídico das empresas privadas, deve estimular suas finalidades econômico-sociais; não pode servir de pretexto para a promoção de agentes políticos (CF, art. 37, §1º), máxime em fase pré-eleitoral. Procedência do pedido”<sup>15</sup>.

Além da flagrante concorrência desleal criada pela publicidade feita com recursos públicos, há o risco de o ordenador de recursos exercer um controle indireto da Imprensa, que dificilmente desempenhará com rigor a sua função crítica. Afinal, resta bastante difícil fiscalizar os principais pagadores.

Ocorreria aquilo que autores espanhóis denominaram de “autoelogio delegado”, no qual a Administração transfere aos órgãos privados de comunicação a tarefa de traçar comentários favoráveis ao governo:

Nuestras observaciones apuntan pero no confirman que se podría estar produciendo una transición desde una lógica del autoelogio directo por parte del poder político (a menudo referido como ‘autobombo’)

13 Anildo Fábio de Araújo. Publicidade oficial e a lei eleitoral. Brasília a. 3 5, n. 139 jul./set. 1998. p. 171/172.

14 vide fls. 70 de: <https://flip.org.co/index.php/en/publicaciones/informes/item/969-el-precio-del-silencio>

15 TSE, Representação n.º 891, Rel. Min. José Delgado, DJ 08/06/2006

que implica un mal uso de la CSI para dar a conocer los éxitos de la administración en periodos cercanos al electoral (Cortés González, 2011: 19), hacia otra lógica que podríamos denominar de autoelogio delegado (una suerte de ‘autobombo indirecto’) en la que los presupuestos para CSI se inyectarían en el mercado de manera sesgada con relativa independencia de sus contenidos y modalidades discursivas concretas, contratando mayores cantidades con medios cuya línea editorial es afín a la tendencia política del partido que la promueve.<sup>16</sup>

Maria Helena Rolim Capelato, na obra *Multidões em Cena: propaganda política no varguismo e no peronismo*, bem aponta que, na era Vargas,

a cooptação do jornalismo deu-se por meio das pressões oficiais, mas também houve concordância de setores da imprensa com a política do governo [...] Muitos jornalistas não se dobraram às pressões do poder, mas, segundo Nelson Werneck Sodré, foram raríssimos os jornais empresariais que não se deixaram corromper por verbas e favores oferecidos pelo governo [...].<sup>17</sup>

Para além desses fatores, constitui, no mínimo, um grave problema de organização de prioridades de Poder Público a permissiva prática brasileira nessa seara.

Sim, porque em país em que sobram problemas nas mais diversas áreas, desde saúde e educação até segurança pública, autorizar que vultosos gastos com publicidade sejam realizados, diminuindo-se o orçamento de campos que deveriam receber maior atenção do governo, é revoltante! A indignação, aliás, como consignado no início desta justificativa, haveria até de ser maior.

Quando se questiona qualquer redução de gastos a primeira questão que se coloca é a de saber se eles são necessários, ou não. Resolvida essa questão afirmativamente, vale dizer, depois que se chega à conclusão de que um gasto é necessário é que se coloca a questão das prioridades. Quais são os gastos mais necessários. Qual a prioridade. E quando se chega à conclusão de que o gasto é desnecessário a questão está resolvida. Deve ser evitado. No caso dos gastos com propaganda, com certeza nem será ultrapassada a primeira questão, pois tais gastos são na verdade inteiramente desnecessários. Na empresa privada a propaganda é necessária para atrair clientela. Daí a divulgação insistente das qualidades de muitos produtos e serviços. É a disputa do mercado. A disputa do cliente porque este gera a receita sem a qual a empresa não pode sobreviver. Os órgãos do Estado não precisam fazer propaganda. Seus serviços, embora geralmente sejam de má qualidade, não são suficientes para atender aqueles que os procuram. Nenhuma entidade prestadora de serviços públicos precisa atrair clientes. Eles já existem, e muitos, em filas intermináveis porque a capacidade de atendimento é geralmente insuficiente. A propaganda governamental na verdade é feita para a promoção pessoal dos governantes, tanto que no passado veiculava seus nomes e fotografias. Já não pode fazê-lo mas veicula, ainda que indevidamente, mensagens que de algum modo, ainda que apenas em razão de circunstâncias, identificam os favorecidos com a divulgação<sup>18</sup>”

A despeito do declínio dos indicadores sociais e econômicos, a imprensa nacional relata que os gastos com publicidade dos entes públicos, tanto da administração direta quanto da indireta, aumentam continuamente. Os valores despendidos por órgãos e entidades vinculados à Administração Pública na execução de contratos de publicidade atingem somas de vulto, que muitas vezes traduzem o principal mecanismo de financiamento e sobrevivência de alguns veículos de comunicação. Assim, diante das

16 Miguel Álvarez-Peralta e Yanna G. Franco. Independencia periodística y fondos públicos: la publicidad institucional como distorsión de la competencia en el mercado informativo. *Historia y Comunicación Social*. v. 23, n. 2, 2018, p. 302.

17 Maria Helena Rolim Capelato. *Multidões em Cena: propaganda política no varguismo e no peronismo*. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2008. p. 87.

18 Hugo de Brito Machado. “Carga tributária e gasto público: propaganda e terceirização”. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/190>



conhecidas limitações do Erário, em que escolhas devem ser feitas a fim de que as necessidades mais urgentes da população possam ser satisfeitas com prioridade, a própria dimensão dos gastos com publicidade já realçaria a obrigação premente dos órgãos de fiscalização de investigar se os gestores públicos estão administrando eficazmente os recursos de que dispõem, inclusive no que se refere às despesas com publicidade, tradicionalmente infladas em períodos próximos às eleições<sup>19</sup>

Cada vez mais os usuários do Sistema Único de Saúde requerem ao Poder Judiciário que ordene aos gestores públicos do sistema a dispensação de tratamentos de saúde de alto custo. Uma justificativa destes gestores para negar estes tratamentos é a insuficiência de verbas. Os magistrados e também a doutrina jurídica nacional costumam não aceitar esta justificativa, especialmente devido à existência de verbas orçamentárias destinadas à publicidade governamental considerada supérflua<sup>20</sup>.

Haveria muito a escrever acerca do tema, mas os motivos nesta destacados são mais que suficientes para justificar o projeto de lei que ora se apresenta. Poder-se-ia ter lançado mão da técnica de disciplinar, detalhadamente, onde, quando e como se deve gastar o dinheiro público na seara do marketing. Poder-se-ia pretender criar uma norma estadual, versando sobre o processo licitatório já tão bem esmiuçado na [lei federal de 2010](#).

Elegeu-se, no entanto, não ingressar na seara das normas de contratação, uma vez que a lei federal se aplica no âmbito estadual e já é bastante precisa no que tange a essas regras. Qualquer tentativa de tratar de processo licitatório poderia ensejar confronto com a legislação federal vigente e suficiente.

O objetivo do projeto de lei em apreço é, por conseguinte, resgatar o espírito do texto constitucional: mostrar que, ainda que a licitação seja transparente, perfeita, faz-se necessário zelar para que os recursos públicos, o dinheiro oriundo dos impostos pagos pelos cidadãos não seja utilizado em área inócua e não sirva para fragilizar a Democracia, seja por favorecer alguém que tem quatro anos para se promover, seja por conferir a esse alguém forte instrumento para controlar a Imprensa.

Destaque-se que a lei que ora se propõe não vem para definir o que seja propaganda institucional, mas para proibir o uso de recursos públicos em toda e qualquer peça publicitária que não seja eminentemente informativa, educativa e de orientação social, deixando claro que não serão assim consideradas as enfadonhas (e até ofensivas à inteligência) peças de promoção que dão conta dos feitos do governante do momento.

É bem verdade que o projeto de lei em epígrafe não se limita a essa seca proibição, vai além.

No artigo 1º, §3º, veda-se que o agente público responsável por gerenciar os recursos investidos em propagandas informativas, educativas, ou de orientação social tenha participação em empresas potencialmente beneficiadas pela contratação dos serviços publicitários.

O artigo 2º veda o uso de dinheiro público para financiar empresas de publicidade e propaganda ou veículos de comunicação. De nada adiantaria proibir o uso de recursos públicos na contratação desses entes, dei-

19 Samuel Dal Farra Naspolini. A publicidade e a propaganda na administração pública. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 16, n. 2, 2019, p. 192.

20 Wilson Maingué Neto. Verbas para a Saúde Pública ou para a Publicidade Institucional do Governo? *Revista Em Tempo Univem*. v. 13, 2014, p. 267.

xando ao administrador a possibilidade de criar programas de incentivo, que findam por funcionar como meio de controlar a Imprensa e, por conseguinte, prejudicar a Democracia.

O artigo 3º impede que recursos públicos sejam usados para pagar influenciadores e formadores de opinião em geral, com o intuito de que façam pronunciamentos em favor do governante ou de políticas de seu governo.

Há notícias de que conhecidos apresentadores de TV receberam verbas para defender programas de governo, o que fere a ética e, sobretudo, a confiança da população, que não pode ser manipulada por aqueles que gozam de sua mais pura confiança. Quando um cidadão assiste a um programa de TV, ouve um programa de rádio, ou lê um blog, acredita que seu apresentador ou escritor favorito está se manifestando em um sentido, ou outro, por efetivamente pensar da forma que diz pensar. Não é justo, com os cidadãos, admitir que o dinheiro dos impostos seja utilizado para a vil finalidade de comprar apoio a uma pauta governamental, por mais justa que seja.

Assim, como obrigação estatal ou resultante do exercício do direito de acesso, sujeita-se ao dever de veracidade, ou seja, os órgãos e as entidades da Administração Pública têm o dever de difusão política de informações verídicas, com certeza, segurança e determinação quanto ao seu conteúdo, não se tolerando publicidade mentirosa, tendenciosa, maliciosa ou incompleta. Trata-se de componente subjacente do núcleo da transparência. O princípio da publicidade assegura o conhecimento da verdade na atuação estatal pelo direito a uma informação exata e honesta aos administrados...

No sistema europeu, o direito à informação compreende o direito a receber informação veraz. No brasileiro, é prerrogativa do usuário do serviço público a informação adequada sobre a sua prestação (condições, requisitos, preços, tarifas etc.) como apanágio do dever de veracidade da publicidade, requisito indispensável ao acesso e à fiscalização. O dever de veracidade não é exclusivo dos órgãos e entes administrativos dedicados à prestação de serviço público ou à exploração de atividade econômica. Essa obrigação (contemplada nas normas tutelares das relações de consumo e dos direitos dos usuários dos serviços públicos) impõe-se a toda informação prestada ou divulgada pelo poder público em razão dos fins da publicidade. Ela deve ser exata, honesta, veraz para adequado subsídio da formação de convicção sobre os negócios públicos. O reconhecimento dos direitos de quarta geração (democracia, informação) proporciona maior participação do cidadão na gestão da coisa pública e, segundo Paulo Bonavides, a democracia direta materialmente é possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação [...] (Lei n. 4.717/65) e a ação civil<sup>21</sup> [...]

O artigo 4º proíbe que empresas ou equipes sejam contratadas para monitorar redes sociais a fim de verificar a receptividade do público para com quem está no poder.

Houvesse bom senso, uma norma desse jaez sequer seria necessária. Primeiro, esse tipo de “serviço” não deixa de ser uma forma de censura. Ademais, por se tratar de contratação com dinheiro público, insta indagar onde essa tarefa traz informação, educação, ou orientação social à população. Trata-se de iniciativa flagrantemente inconstitucional. Como, infelizmente, poucos se preocupam em cumprir a Constituição Federal, faz-se necessário (urgente) tornar a prática claramente ilegal.

21 Wallace Paiva Martins Júnior. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 44/45.

O artigo 5º proíbe sejam feitos gastos com a contratação de shows e espetáculos, que não deixam de ser uma forma de promoção. Inúmeros são os exemplos de “cachês” elevadíssimos, pagos com dinheiro público, a pretexto de estimular a cultura.

O artigo 6º trata de uma questão que traz grande inconformismo à subscritora da presente. As várias entidades que compõem a Administração Direta e Indireta, os órgãos que integram os vários Poderes contam com um orçamento. Pois bem, no final do ano, é comum ouvir que “sobrou” dinheiro e, por isso, precisa ser gasto, para não ser “perdido”.

Dinheiro público não “sobra”. Dinheiro público, em regra, falta e, por conseguinte, sempre pode ser remanejado.

Como, pelo que pôde constatar esta Parlamentar, esse dinheiro que “sobra” costuma ser gasto das maneiras mais “criativas”, entendeu-se, por bem, determinar que a regra há de ser a devolução e não a divisão do montante em “bônus”, legalmente inexistentes, ou na realização de festas e/ou viagens de confraternização. Afinal, o dinheiro público é de todos e, justamente por isso, não pode ser particularizado.

O artigo 7º pretende deixar claro que o descumprimento das normas presentes no projeto proposto, descumprimento este que nada mais significa que afrontar a própria Constituição Federal, caracteriza improbidade administrativa.

A fim de não deixar margem a dúvidas, imperioso lembrar que o Artigo 37 da Constituição Federal zela justamente pelos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, os mesmos protegidos pela normativa que trata da probidade administrativa.

Ora, se o projeto proposto procura tutelar o Artigo 37 da [Constituição Federal](#), com os princípios que lhe são inerentes, por óbvio a afronta à lei proposta caracterizará improbidade administrativa.

A jurisprudência brasileira, reiteradamente, pune a promoção de autoridades públicas na propaganda oficial. E avança no tratamento da matéria ao considerar a ilicitude de prestações de informações pessoais e subjetivas em anúncios custeados pelo erário para defesa dos governantes sobre assuntos administrativos controvertidos ou de interesse próprio, sob o mote da inexistência de informação, educação ou orientação social (art. 37, § 1º, da Constituição Federal). Como consequência, caracteriza improbidade administrativa (sic)<sup>22</sup>.

O artigo 8º. objetiva não dar margem a dúvidas: a lei que ora se propõe criar obriga todos os ordenadores de recursos públicos e não apenas os gestores alçados ao poder, por meio do processo eleitoral. Determina, ainda, que as vedações constantes do diploma legal proposto se aplicam às entidades da administração indireta, não raras vezes utilizadas para desvios e corrupção, como ocorrera no episódio do Mensalão.

22 Wallace Paiva Martins Júnior. **Transparência administrativa**: publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 46.

O parágrafo único se justifica, pois muitos são os casos de OS's que, na área de saúde, são beneficiadas com a alocação de recursos da Administração, utilizando-os, não na atividade fim, mas na produção de cartilhas, prospectos e outros materiais publicitários, carentes de qualquer viés educativo, informativo ou de orientação social, sendo pura promoção. Esta Parlamentar se indigna, quando entidades do terceiro setor visitam seu gabinete, pedindo emendas, portando encartes publicitários de alto custo de impressão.

Qualquer pessoa minimamente justa, ao ler o projeto de lei ora apresentado, compreenderá que se trata de proposta suprapartidária. A pessoa justa também compreenderá que práticas inconstitucionais, ilegais, anti-éticas, imorais, perpetradas no âmbito dos mais diversos poderes, nas várias esferas, durante o domínio de diferentes líderes políticos procuram ser enfrentadas com a normativa em apreço.

A subscritora da presente está convencida de que a aprovação da norma proposta precisa ocorrer, e de forma rápida. Os artigos trazidos à elevada apreciação desta Casa podem até parecer despiciendos, mas são essenciais na preservação da República e da Democracia, com a transparência e veracidade, que toda República realmente democrática deve ostentar.

Mediante a aprovação do projeto que ora se apresenta, esta Assembleia Legislativa e o Estado de São Paulo poderão ser vanguarda no cuidado com os recursos públicos.

Àqueles que já estão ensaiando dizer que este projeto cerceia a Imprensa, aduz-se, sem medo de errar, ser o contrário, pois a censura se dá pela força e também pelo dinheiro.

#### PROJETO DE LEI Nº 7, DE 2020

Veda o uso de recursos públicos em publicidade e/ou propaganda governamental e institucional, fora das hipóteses constitucionais, e dá outras providências.

A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO DECRETA:

**Artigo 1º** – Fica vedado o uso de recursos públicos em publicidade e/ou propaganda governamental e institucional em todo o Estado de São Paulo.

§1º – A vedação de que trata o “caput” não se aplica a campanhas de caráter educativo, informativo, ou de orientação social, que objetivem esclarecer a população em questões atinentes à saúde, à educação, aos direitos sociais e à segurança em geral.

§2º – Não serão consideradas campanhas educativas, informativas, ou de orientação social, nos termos do parágrafo anterior, peças que façam promoção dos feitos governamentais e/ou institucionais, como a contratação de pessoal, a aquisição de equipamentos e maquinários, a realização de obras e eventos, ou mesmo a adoção de políticas e programas.

§3º – O responsável por gerenciar os recursos públicos investidos em campanhas educativas, informativas, ou de orientação social, fica impedido de ter qualquer participação, com ou sem poder de gestão, em empresas potencialmente beneficiadas na contratação.

**Artigo 2º** – Fica vedado o uso de recursos públicos em financiamentos a empresas de publicidade e/ou propaganda, bem como a veículos de comunicação de toda e qualquer natureza.

**Artigo 3º** – Fica vedado o uso de recursos públicos para pagar qualquer veículo de comunicação, jornalista, artista, comunicador, blogueiro, youtuber, apresentador de programa de rádio ou televisão e formadores de opinião em geral, para promover agentes políticos, com ou sem cargos, ou programas e realizações de governo e instituições.

**Artigo 4º** – Fica vedado o uso de recursos públicos para a contratação de agências e/ou equipes, com o fim de monitorar redes sociais e avaliar a popularidade de mandatários de cargos eletivos ou de detentores de quaisquer cargos públicos.

**Artigo 5º** – Fica vedado o uso de recursos públicos na contratação de shows e espetáculos, bem como no patrocínio de eventos de toda e qualquer natureza.

**Artigo 6º** – Os recursos públicos previstos em orçamento, quando não utilizados, devem ser devolvidos, restando proibido o pagamento de quaisquer modalidades de bônus ou prêmios a funcionários e colaboradores em geral.

**Parágrafo Único** – Os recursos de que trata o “caput” não poderão ser utilizados em comemorações de final de ano, viagens, festas, ou quaisquer contratações, que não estejam diretamente relacionadas ao objetivo final do órgão ou entidade.

**Artigo 7º** – As contratações realizadas em desacordo com o estatuído na presente lei serão nulas, ficando os responsáveis obrigados a ressarcir os cofres públicos, respondendo, ainda, por improbidade administrativa, nos termos da legislação vigente.

**Artigo 8º** – Subordinam-se ao disposto nesta Lei os órgãos do Poder Executivo, do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como as pessoas da administração indireta e todas as entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo Estado de São Paulo e pelos Municípios paulistas.

**Parágrafo Único** – O disposto nesta Lei aplica-se também às Organizações Sociais e demais Entidades do Terceiro Setor que recebem recursos públicos.

**Artigo 9º** – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

## REFERÊNCIAS

AHMED, Azam. VILLEGAS, Paulina (colab.) Con su enorme presupuesto de publicidad, el gobierno mexicano controla los medios de comunicación. *The New York Times*, 25 dez. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/es/2017/12/25/espanol/con-su-enorme-presupuesto-de-publicidad-el-gobierno-mexicano-controla-los-medios-de-comunicacion-pri-pena-nieto.html>. Acesso em: 01 set. 2021.

ALFIE, Alejandro. Datos de Jefatura de Gabinete: el gobierno gastó un 184% más en publicidad oficial durante el primer semestre del año. *Clarín, Política*, 30 jul. 2019. Disponível em: [https://www.clarin.com/politica/gobierno-gasto-184-publicidad-oficial-primer-semestre-ano\\_0\\_j0IgSKGZ3.html](https://www.clarin.com/politica/gobierno-gasto-184-publicidad-oficial-primer-semestre-ano_0_j0IgSKGZ3.html). Acesso em: 01 set. 2021.

ÁLVAREZ-PERALTA, Miguel; FRANCO, Yanna G. Independencia periodística y fondos públicos: la publicidad institucional como distorsión de la competencia en el mercado informativo. *História y Comunicación Social*, v. 23, n. 2, 2018. Disponível em: <https://revistas.ucm.es/index.php/HICS/article/view/62258>. Acesso em: 01 set. 2021.

ARAÚJO, Anildo Fábio de. Publicidade oficial e a lei eleitoral. *Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 139, p. 169-172, jul./set. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/399>. Acesso em: 01 set. 2021.

ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES. **El precio del silencio**: abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina. Buenos Aires : Asociación por los Derechos Civiles ; New York : Open Society Institute, 2008. Disponível em: <https://flip.org.co/index.php/en/publicaciones/informes/item/969-el-precio-del-silencio>. Acesso em: 01 set. 2021.

BARRETO, Lauro. **Propaganda política & Direito Processual Eleitoral**. Bauru: Editora Edipro, 2004.

CAPELATO, Maria Helena Rolim. **Multidões em cena**: propaganda política no varguismo e no peronismo. 2ª. Ed., São Paulo: Unesp, 2008. p. 87.

DOWLING, Johnnie. Boris Johnson spent £100m on a pointless Brexit ad campaign. He could have trained 3,000 teachers instead. *Independent*, 20 out. 2019. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/voices/brexit-preparation-boris-johnson-100m-ad-campaign-teachers-climate-change-a9129171.html#/comments>. Acesso em: 01 set. 2021.

FIGUEIREDO, Rubens. **Marketing político em tempos modernos**. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2008.

HENRÍQUEZ, Manuel; von WOLFERSDORFF, Jeannette. Iluminando el opaco gasto en publicidad del gobierno. *Ciper Académico*, 09 dez. 2019. Disponível em: <https://www.ciperchile.cl/2019/12/09/iluminando-el-opaco-gasto-en-publicidad-del-gobierno/>. Acesso em: 01 set. 2021.

KATALIN, Erdélyi. **Hungarian government spent €23 million of taxpayers' money on propaganda before the election**. 05 jul. 2018. Disponível em: <https://english.atlatszo.hu/2018/05/30/hungarian-government-spent-e23-million-of-taxpayers-money-on-propaganda-before-the-election/>. Acesso em: 01 set. 2021.

KOREH, Raya. Congress Should Strengthen Laws Outlawing Domestic Government Propaganda. 21 oct. 2019. Disponível em: <https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/congress-should-strengthen-laws-outlawing-domestic-government-propaganda>. Acesso em: 01 set. 2021.

Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2005/12/29/29/con>. Acesso em: 01 set. 2021.

MACHADO, Hugo de Brito. Carga tributária e gasto público: propaganda e terceirização. *Revista Jurídica Da FA7*, v. 3, n. 1, p. 107-117, 2006. DOI: <https://doi.org/10.24067/rjfa7;3.1:190>. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/190>. Acesso em: 01 set. 2021.

MAINGUÉ NETO, Wilson. Verbas para a Saúde Pública ou para a Publicidade Institucional do Governo? *Revista Em Tempo*, v. 13, p. 267-284, dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.26729/et.v13i0.483>. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/483>. Acesso em: 01 set. 2021.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa**: publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2004l.

NASPOLINI, Samuel Dal Farra. A publicidade e a propaganda na administração pública. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 16, n. 2, 2019. Disponível em: [https://es.mpsp.mp.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/413](https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/413). Acesso em: 01 set. 2021.

THE GUARDIAN. **Morrison defends \$36m for two ads before election as ‘entirely appropriate**. Disponível em: <https://www.theguardian.com/australia-news/2019/jan/31/morrison-defends-36m-for-two-ads-before-election-as-entirely-appropriate>. Acesso em: 01 set. 2021.

# CAPÍTULO 3

## EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004

Monica Herman Caggiano

### 1 UM GIGANTESCO DESAFIO AO PODER JUDICIÁRIO

Após longo período de reflexão e construção legislativa, eis que ao final do ano de 2004 foi promulgada e publicada<sup>1</sup> a **reforma** do Poder Judiciário, medida reiteradamente reclamada com a expectativa de se modernizar a engrenagem jurisdicional, assegurar-lhe a necessária agilidade, eficiência na solução dos litígios e a garantir menor nível de desmandos, a lisura e o equilíbrio, bem assim o sentido de segurança e de efetiva tutela para as relações que se processam no seio da nossa sociedade.

#### ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Tarefa das mais árduas, o espinhoso trajeto de tramitação desta propositura acabou sendo marcado por profundos e prolongados debates, constante pressão de *lobbies*, das mais diferentes nuanças – oriundos do próprio Judiciário, de segmentos da sociedade civil organizada, da mídia e da imprensa – e acompanhada, durante todo o seu percurso, por um profundo descrédito de todos.

Impactante, pois, referida Emenda Constitucional n. 45/2004, porquanto a par de poucos terem acreditado na sua real emergência, quando, a final, editada, a ausência de primor de técnica legislativa, a falta de precisão e a superficialidade com que trata determinados tópicos, impôs de imediato à comunidade jurídica uma nova e urgente tarefa: a de dissecá-la e neste ensaio de prática de verdadeira anatomia, identificar a exata extensão de seus efeitos e sua aptidão à, concretamente, alinhar a atuação do Poder Judiciário às demandas da sociedade brasileira do século XXI.

Para os operadores do Direito, o advento das novas regras implicará, certamente, num atento debruçar sobre novas competências, rearranjos estruturais e de organização do Poder Judiciário, revisitação do quadro normativo recursal, enfim temas que integram o cotidiano do advogado, do procurador e do promotor público. Para o Judiciário, no entanto, a inovação introduz uma monumental incumbência – a de extrair da aplicação e fórmulas adotadas na implementação dos preceitos reformulatórios a reconquista de sua credibilidade. E esta nos parece uma ingrata atribuição, porquanto tímidos e frágeis são os instrumentos para tanto concebidos pelo Constituinte.

<sup>1</sup> A Emenda Constitucional n. 45/2004 foi promulgada em 8 de dezembro de 2004, sendo publicada, no entanto, apenas em data de 31 de dezembro de 2004.

O presente estudo não tem a pretensão de exaurir a análise da mais recente remodelação constitucional aplicada ao Estatuto Fundamental de 1988. Isto seria até absurdo, porque a sua efetiva concreção processar-se-á paulatinamente, por intermédio de uma trajetória a integrar a edição de leis, resoluções e o reiterado pronunciamento dos Tribunais – enfim, o tempo irá comandar a sua fática consolidação. Neste espaço, porém, pretende-se tão somente oferecer um exercício de reflexão sobre o produto da referida reforma, tal como lançado. Assim, nesta primeira etapa, a perspectiva é a de examinar, genericamente, os instrumentos criados para, a seguir, em dois diferentes e subseqüentes blocos, serem abordadas as espinhosas questões atinentes à súmula vinculante e às novas configurações dos tribunais.

Múltiplas e multifárias as medidas novidadeiras introduzidas por força da E.C. n. 45/2004. Aproveitou o Constituinte a oportunidade, inclusive, para **alargar o já invejável catálogo dos direitos fundamentais do art. 5º**, inscrevendo o “**princípio da razoável duração do processo** (com) os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (**inciso LXXVIII**)

Das Medidas Inovatórias em Geral e a imposição de **reconhecimento das “decisões de Tribunal Penal Internacional** para cuja criação (o Brasil) tenha manifestado adesão” (§4º), o que irá provocar calorosas discussões sobre eventual redução da soberania – embora esta posição tenha resultado do exercício da soberania – a qualidade das decisões a que o país deva se subordinar, a solução de eventual conflito entre o pronunciamento da Corte Internacional e a de um Tribunal interno.

No bojo desta reformulação, conferiu-se, ainda, “**status**” **constitucional “aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos** aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”. (**art. 5º, § 3º**) tópico que, a seu turno conduzirá a refletir sobre eventual possibilidade de **recepção**<sup>2</sup> os acordos anteriores, em matéria de direitos humanos, com o mesmo efeito. Alcançar um consenso nestes domínios não nos parece tarefa cômoda e não há dúvida de que a opinião pública e a pressão internacional deverão marcar presença como ingredientes obrigatórios. No entanto, do exame, ainda que perfunctório do dispositivo, depreende-se que o Constituinte outorgou um tratamento muito exato, específico e restritivo à questão. Conferiu o pedestal constitucional tão só aqueles tratados e convenções que cuidassem de direitos humanos e que atendessem às regras de aprovação legislativa estabelecida para as emendas constitucionais. Em se afigurando excepcional o dispositivo, restrito o seu campo interpretativo, porquanto ausente a flexibilidade necessária a exercícios de hermenêutica.

De resto, circunscreveu o legislador sua atuação a incisões precisas sobre o Poder Judiciário, perseguindo praticamente três objetivos: **(1)** conferir **celeridade** a sua ação, como anunciado pelo atual inciso LXXVIII, do artigo 5º, com a estreia do *standard* da “razoável duração do processo”; **(2)** torna-lo imune à ação corrosiva, assegurando **lisura na prestação jurisdicional** e evitando os repetidamente denunciados desmandos; **(3)**

2 O instituto da RECEPÇÃO opera mediante a integração do quadro normativo (leis, decretos, regulamentos, etc.) editado sob a égide da ordem constitucional anterior ao novo panorama jurídico advindo da promulgação de uma nova Constituição ou de reforma efetuada, desde que com esta compatível.



**blindar o Supremo Tribunal Federal**, modelando-o de forma a assumir, na ordem jurídica brasileira, a postura de Corte Constitucional.

Nessa esteira, a par da criação do Conselho Nacional de Justiça (**art. 103-B**), providência complementada com a previsão do Conselho da Justiça Federal (**art. 105, p.ú., II**) e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (**art. 111-A, § 2º, II**), preconizou o Constituinte a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, tanto no âmbito da Justiça comum, vinculando-a ao Superior Tribunal de Justiça (**Art. 105, § 1º, I**), como também para a área especializada, trabalhista, onde a ligação foi estabelecida com o Tribunal Superior do Trabalho (**art. 111-A, § 2º, I**). A par disso, vedou expressamente o recebimento de auxílio ou contribuição por magistrado (**art. 95, p.ú., IV**) e instituiu a **quarentena** para os membros da magistratura – três anos de impedimento para atuar perante o juízo ou Tribunal do qual tenha se afastado por aposentadoria ou exoneração (**art. 95, p. ú. , V**), o que não obstruiu a possibilidade de patrocinar causas na área judiciária, em outras instâncias e entrâncias.

Complementando o mecanismo de controle, a Emenda Constitucional n. 45/2004 idealiza, também, uma figura inovadora na estrutura do Ministério Público, promovendo a estreia do Conselho Nacional do Ministério Público (**art. 130-A**), composto por quatorze membros (14) – uma quase reprodução do Conselho Nacional de Justiça e que, a exemplo do que se verifica neste último ambiente, acolhe um clima de clara preponderância da área do Judiciário (Ministério Público e do Poder Judiciário). De fato, geneticamente resultante do polêmico debate sobre a viabilidade de se estabelecer um sistema de controle em relação ao Poder Judiciário, o desenho final dos Conselhos e sua fórmula constitutiva<sup>3</sup> oferece uma solução frágil no que toca à exigência de fiscalização e imposição de limites, visando a adequação da prestação jurisdicional à perspectiva constitucional e à expectativa da comunidade. Configura, porém, o instrumento que a Constituição idealizou, considerando notadamente a prevalência do macroprincípio da independência<sup>4</sup> desta instituição, o que não pode ser desprezado.

**Avanços**, todavia, há. Neste escaninho, a tão reivindicada **transparência das decisões de perfil administrativo proferidas**, introduzida por força da alteração da norma do inciso X do art. 93 da Constituição<sup>5</sup>. Vale a pena lembrar, a este passo, a sinalização do Professor Cláudio Lembo, no começo dos anos 90, apresentando sua proposta no 5º Encontro Nacional de Direito Constitucional, onde registrou: “O princípio da publicidade e seu correlato direito fundamental à visibilidade exigem a publicação da integridade dos decisórios finais proferidos em procedimentos administrativos disciplinares desenvolvidos no âmbito do Judiciário. A coletividade necessita saber que o Judiciário é imparcial e age cumprindo os imperativos impostos pelo Estado

3 A constituição e a competência atribuída aos Conselhos evidenciam claramente que o controle visualizado permanece nas mãos e sob o domínio do próprio órgão, o que, a primeira vista, gera dúvidas sobre a eficácia do mecanismo. A matéria será analisada com maior profundidade na terceira etapa deste estudo.

4 Ainda que evidente se afigure a preponderância do Poder Judiciário, que detém o poder decisório no âmbito destes órgãos em razão da presença maciça de seus representantes, a AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros ajuizou, em data de 7 de janeiro/2005, ação Direta de Inconstitucionalidade apontando a desconformidade do art. 103—B aos princípios constitucionais que asseguram a independência do Poder Judiciário e a inamovibilidade de seus membros.

5 Inciso X, art. 93 da C.F (redação atual): “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e **em sessão pública**, ...”.

de Direito {...}. O mau juiz desfigura a instituição e, por isso, seus atos e atitudes devem ser conhecidos por toda a gente.”<sup>6</sup>

A busca de aprimoramento da atuação do Judiciário revela-se, ainda, por via de outros mecanismos coadjuvantes. Moldados, talvez, com o preciso escopo de fortalecer a peça central desta engrenagem e que se consubstancia na criação dos Conselhos. É o que se depreende do exame do novo requisito de aferição do merecimento de seus membros: **“produtividade e presteza no exercício da jurisdição” (art. 93, II, “c”)**. Ou, ainda, da inovadora hipótese obstrutiva de promoção: **“não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal....” (art. 93, II, “e”)**. E mais, houve **flexibilização** das possibilidades de remoção, aposentadoria e disponibilidade do magistrado, por interesse público, **reduzindo-se o quórum para maioria absoluta e outorgando-se, também, ao Conselho Nacional de Justiça esta competência, quando inerte o órgão de origem (art. 93, VIII)**.

No capítulo da garantia da efetividade e presteza da prestação jurisdicional, inseriu o Constituinte revisor **regras de reforço**, a exemplo da **abolição do recesso forense (art. 93, XII)**, da exigência de **proporcionalidade** do número de juízes à efetiva demanda judicial e à respectiva população (**Art. 93, XIII**), da possibilidade de **delegação de tarefas administrativas** – sem perfil jurisdicional – aos servidores (**art. 93, XIV**), da determinação de **imediate distribuição dos processos**, em todos os graus (**art. 93, XV**).

## O AVANÇO DO EFEITO VINCULANTE

Por derradeiro, é de se anotar a blindagem efetuada em relação ao Supremo Tribunal Federal, com o reforço do efeito vinculante e a introdução de mais um requisito de admissibilidade para os recursos extraordinários – **repercussão geral da questão**. Aliás, é de se remarcar **o avanço do efeito vinculante** das decisões do STF, obstando praticamente a renovação do debate de matérias que já contam com o seu pronunciamento. De fato, o alargamento da abrangência do § 2º, do art. 102, da Constituição para atribuir efeito vinculante também aos decisórios em ações diretas de inconstitucionalidade (Adin), acoplado à elaboração da figura da súmula vinculante consagra uma tendência que vem se robustecendo desde a edição da Emenda Constitucional n. 3/1993 (previu a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental) e que ensejou o advento das Leis de n. 9868, de 10 de novembro de 1999,<sup>7</sup> e 9 882, de 3 de dezembro de 1999<sup>8</sup>.

É certo que a mecânica consistente em se cometer efeito vinculante às decisões do Excelso Pretório, a par de bloquear o reiterado ingresso de casos similares a já apreciados e matérias decididas por consenso dos ministros julgadores, tem por finalidade desanuviar o Poder Judiciário, liberá-lo da avalanche de papéis que

6 A palestra **Direito Fundamental à Visibilidade e Processos Secretos** integra hoje o livro **O Futuro da Liberdade**, São Paulo, Loyola, 1999, p. 169.

7 Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

8 Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do artigo 102 da Constituição Federal.

se avolumam sobre as mesas dos magistrados, impedindo a **presteza** que, hoje, encontra na Constituição *status* de princípio.

O problema que se oferece à análise, contudo, é identificar em que medida o alongamento do efeito vinculante, como preconizado pelo Constituinte reformador, não invade, reduzindo-lhe o espectro de incidência, o cânone da inafastabilidade do controle do Judiciário (**art. 5º, XXXV**), entre nós acolhido pelo Estatuto Fundamental de 1988 como verdadeiro princípio conformador.

Mais ainda, não há que ignorar que, em território dominado pelo efeito vinculante – como o concebido pela reforma constitucional em exame – não teria tido espaço, nem viabilidade, a tutela da propriedade alcançada por via do acionamento do sistema de controle de constitucionalidade difuso, por ocasião do “bloqueio dos cruzados”, medida implantada pelo Plano Econômico do Presidente Collor de Mello, no início da década 90.

Atenta a esta espinhosa questão – provavelmente – a E. C. n.45/2004, ao cuidar do tópico súmula vinculante (**art. 103-A**), já previu a possibilidade de sua **revisão ou cancelamento**, procedimentos que podem vir a ser provocados, inclusive, pelos constitucionalmente titulados para o ajuizamento da Adin (**art. 103**). Mas, como este acionamento restou na dependência de legislação regulamentadora, infraconstitucional, é cedo, ainda, para visualizar o grau da blindagem do Poder Judiciário e o eventual efeito perverso em relação à concreta prestação jurisdicional e à construção e revitalização de um quadro jurisprudencial em contínuo desenvolvimento.

## II A EXPANSÃO DO EFEITO VINCULANTE

Na primeira parte desta análise, já foi identificada uma intensa inquietação com o exacerbado acolhimento, em sede de controle de constitucionalidade, do caráter vinculante em relação às decisões do Supremo Tribunal Federal, medida que, **privilegiando o reino do precedente**, busca respaldo, *prima facie*, na real e urgente exigência de se agilizar a atuação do Poder Judiciário, desafogá-lo e aparelhá-lo de molde a tornar mais célere a solução dos litígios. Desta ideia é que decorre, também, a elevação da tradicional e clássica expectativa de celeridade nos pronunciamentos dos tribunais à nobre postura de princípio constitucional, o que veio a ser *standartizado* mediante a inserção do cânone **da razoável duração do processo (C.F. – E.C. n. 45/2004 – art. 5º, LXXVIII)**, complementado pela exigência de “produtividade e **presteza no exercício da jurisdição**” (C.F. – E.C. n. 45/2004 – **art. 93, II, “c”**). Suportado talvez no objetivo de homenagear o novo princípio, o Constituinte revisor acabou por se exceder na dosimetria do caráter vinculante acoplado a pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal.

Forçoso convir que a ideia de vinculação às decisões proferidas por Cortes Superiores, **da valorização do precedente**, é própria desta especialíssima plataforma do controle incidente sobre a conformização das leis

e atos normativos primários<sup>9</sup> à Constituição. É o que os portugueses denominam de *processo de fiscalização de constitucionalidade*, os franceses de *contrôle de constitutionnalité des lois* e os americanos de *judicial review*. Enfim é o domínio da Justiça Constitucional. Neste peculiar cenário, a imposição de **respeito ao precedente** remonta mesmo à *common law*<sup>10</sup>, constituindo o cerne da doutrina conhecida por *stare decisis*<sup>11</sup>. Esta, transportada para a paisagem norte-americana, ofereceu suporte à imposição de observância das decisões da Suprema Corte quando declara a inconstitucionalidade de lei. Aliás, a própria configuração do *judicial review*<sup>12</sup> repousa sobre a necessidade da preservação dos “*standards*” nas decisões, pois reclama e tem por corolário a adoção de soluções idênticas para casos similares.

Não se afigura novidadeira, pois, a postura do Constituinte reformador (**E.C. n.45/2004**) ao **potencializar o prestígio do precedente**, ampliando o efeito vinculante, antes assegurado, tão só, em relação às decisões proferidas em ações declaratórias de constitucionalidade (**C.F. § 2º, art.102**)<sup>13</sup>. Alargou o círculo da vinculação para abarcar todas as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade. De fato, foi além: acoplou efeito vinculante também às súmulas editadas, fortalecendo o quadro sumular e reduzindo sensivelmente o acesso ao Judiciário de casos novos que, no entanto, viessem a se enquadrar em precedentes e súmulas portadoras deste caráter vinculante.

Em verdade, entusiasmado com a inspiração obtida a partir do clássico sistema do *stare decisis* anglo-saxônico, do modelo germânico (**§ 31, abs. 1 da Lei do Tribunal Constitucional alemão**) e, principalmente, do desenho das competências que a Constituição portuguesa atribuiu ao Tribunal Constitucional (**art. 282/ Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade**), o nosso legislador extrapolou as suas musas e adotou com todo o vigor a conotação vinculativa, acolhendo-a em terrenos em que não é reconhecida em outros ordenamentos, a exemplo da declaratória de constitucionalidade, hipótese que, tanto no panorama norte-americano, como no germânico<sup>14</sup>, no italiano<sup>15</sup> e no português<sup>16</sup>, é autorizado o reexame da matéria em qualquer outro tempo e caso.

Destarte, resta a este passo, examinar a abrangência do efeito vinculante, como entre nós plasmado pelo Constituinte revisor de 2004, identificar **a quem vincula**, qual a **área de domínio desta vinculação**, quais os

9 Atos normativos primários são os editados com fundamento diretamente na Constituição. São leis, resoluções do Senado, etc. que retiram a sua base no próprio texto da Lei Fundamental. Ao lado desses e neles respaldando-se, há os atos normativos secundários (decretos, portarias, ordens internas, resoluções). Ver ainda sobre a classificação dos atos normativos: **Curso de direito constitucional**, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, São Paulo, Saraiva.

10 Sistema legal oriundo da Inglaterra e praticado nos Estados Unidos da América. Tem por base a aplicação de precedentes.

11 “*Let the decision stand*” – deixe a decisão perdurar. Sustenta a autoridade do precedente, que deve ser aplicado em hipóteses similares.

12 Trata-se do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, controle de natureza jurisdicional, que encontra sua certidão de nascimento no célebre caso *Marbury v Madison*, na corte do Juiz Marshall (1803).

13 E.C. n. 3/93

14 Na Alemanha é polémico o tema atinente à eficácia das decisões que afirmam a constitucionalidade de norma que passa pelo processo de controle, questão ainda bastante controvertida e que não alcançou consenso. (V. a respeito Rui Medeiros, *A DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999.

15 “*Hoje, ..., é quase unânime a tese de que as decisões de constitucionalidade não produzem efeitos em processos ulteriores*” – Rui Medeiros, **A decisão de Inconstitucionalidade**, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, p. 785.

16 Em território português também não há efeito preclusivo em relação às decisões que rejeitam a arguição de inconstitucionalidade. Isto quer dizer que, reconhecida a constitucionalidade da norma atacada, a questão pode vir a ser ressuscitada pelo mesmo requerente ou por outro. (J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed., Portugal, Almedina, p. 993. Ver, neste sentido, ainda, L. Nunes de Almeida, *A Justiça Constitucional no Quadro das Funções do Estado*, in VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, José Manuel Cardoso da Costa, *A Justiça Constitucional*, p. 59)

seus **limites temporais**, enfim, qual o seu *modus operandi*. E, para tanto, impende, antes, visitar experiências e soluções anteriores, no segmento do Direito Comparado.

Em **ambiente norte-americano**, a regra do *stare decisis* não detém o poder de impor os pronunciamentos de declaração de inconstitucionalidade ao legislador, castrando-o quanto à competência, que lhe é própria, de produzir novo direito (lei), até porque isto viria lesar a separação de poderes, e nem mesmo de cercear a liberdade da Corte que proferiu a decisão de rever casos em que a matéria contida na lei inquinada de inconstitucionalidade venha a constituir objeto de nova análise. Esta observação, aliás, vem registrada até por Kelsen, o pai do sistema europeu de justiça constitucional, em trabalho que dedica ao exame comparativo, do controle de constitucionalidade, dissecando as linhas de *discrimen* entre o modelo austríaco e o americano<sup>17</sup>. Neste diapasão é que registra Kelsen o fato de que referido **princípio não pode ser concebido como absoluto, pois as questões constitucionais são sempre passíveis de reexame**. Daí, a viabilidade de detectarmos decisões da Suprema Corte entendendo, num caso, uma determinada lei não conforme à Constituição e, em outro, pronunciamento em sentido oposto. E mais ainda, não opera o *stare decisis* sobre o domínio da *coisa julgada*, que fica a salvo dos novos posicionamentos da Suprema Corte.

De se anotar, ainda, que em território norte-americano já se afigura robusto o entendimento de que o precedente não pode excluir a especificidade de interpretação e aplicação das normas constitucionais de conformidade com as exigências reais da sociedade, implicando, pois, a admissibilidade do que vem a ser denominado de *overruling*<sup>18</sup>.

Na **Alemanha**, o efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional atinge, por determinação legal, *os órgãos constitucionais da Federação e dos Länder, os tribunais e as autoridades (§ 31, Abs.1 da BverfGG – Lei do Tribunal Constitucional)*. Não se estende aos particulares e há razoável consenso no sentido de que não pode atingir o legislador, impedindo-o de reproduzir norma declarada inconstitucional pela Corte de Karlsruhe<sup>19</sup>. Aliás, identifica-se neste panorama plena consciência quanto ao **efeito perverso do excessivo alongamento do efeito vinculante** que acaba por produzir a estagnação do Direito e, mais particularmente, do Direito Constitucional, dinâmico. Daí a polêmica envolvendo a autovinculação da Corte as suas próprias decisões, o que implica em fator redutor *do potencial de inovação da justiça constitucional*<sup>20</sup>, o que seria absurdo. É de se registrar, de outra parte, preocupação com a exigência de **limites temporais para o efeito vinculante**, porquanto as situações mudam, as demandas sociais evoluem e a realidade constitucional passa a reclamar atenção. Sem atingir a qualidade de coisa julgada, limites temporais são impostos ao efeito

17 **Le controle de constitutionnalité des lois**, Hans Kelsen, in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1990, n. 1, p. 17.

18 Rui Medeiros, Op. cit., p. 813.

19 É acentuada, na realidade, a polêmica acerca da proibição do legislador alemão de reproduzir norma declarada inconstitucional pelo Tribunal (§ 31, Abs.1 da BverfGG). Muitos dos que apóiam a tese da vedação buscam respaldo nos caracteres de **coisa julgada e força de lei** (§ 31, Abs.2 da BverfGG) atribuídos à decisão de inconstitucionalidade. De qualquer forma, há consenso pacífico sobre a viabilidade de reorientação legislativa e reprodução das normas atingidas por decisão de inconstitucionalidade por força do limite temporal imposto a tais pronunciamentos. Ver ainda, Rui Medeiros, *A decisão de Inconstitucionalidade*, Op. cit., p. 778 e seguintes.

20 Ver neste sentido, Rui Medeiros, *A decisão de Inconstitucionalidade*, Op. cit., p. 773 e seguintes.

vinculante, liberando o legislador e a própria Corte Constitucional da observância de decisões anteriores; isto para impedir um processo – inevitável – de *petrificação da própria constituição*<sup>21</sup>.

O **cenário italiano** em matéria de controle de constitucionalidade é comandado a partir do art. 136 da Constituição, que se limita a assegurar eficácia *erga omnes* às decisões que acolhem a inconstitucionalidade de lei ou ato com força de lei. Coube à doutrina e à jurisprudência explicitar o alcance da decisão de inconstitucionalidade, em especial no que toca à posição do legislador e sua liberdade *de lege ferenda*. Assim é que, hoje, predomina o entendimento de que a sentença de acolhimento da inconstitucionalidade veda ao legislador a atividade de reprodução de norma idêntica à atacada. Porém esta **proibição não se estende para o futuro**. Neste sentido, a anotação de Rui Medeiros, com esteio nas lições de Assessandro Pizzorusso: “*Para o futuro, (desde que não se aplicando as mesmas fattispecies) {...}, o legislador é juridicamente livre de aprovar nova regulamentação idêntica, embora correndo o risco de a nova lei ser declarada inconstitucional pelos mesmos motivos*”<sup>22</sup>.

**Portugal**, na realidade, é que inspirou a marcha ascendente e progressiva do caráter vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal entre nós. Motivado pelo tratamento que o texto constitucional lusitano (**Constituição/art.282**)<sup>23</sup> ofereceu ao tema, avançou o Constituinte em território doméstico, culminando com a edição da E.C. n. 45/2004.

Assim é que, em razão do disposto no já referido art. 282, inciso 1, da Constituição portuguesa, às decisões declaratórias de inconstitucionalidade foi atribuída “*força obrigatória geral*”, fórmula sintetizada pela doutrina e jurisprudência na ideia de vinculação geral, impondo-se ao legislador e ao próprio Tribunal Constitucional<sup>24</sup>. Neste clima, entendeu-se que ao legislador restara vedada a reprodução de lei considerada inconstitucional, salvo se esta inconstitucionalidade tiver sido operada por força de vício formal e a nova norma venha a observar os preceitos constitucionais antes lesados.

Conquanto ainda robusta e respaldada em respeitável doutrina<sup>25</sup>, a tese da vinculação do legislador vem encontrando cada vez mais opositores<sup>26</sup>. Isto, em razão do prejuízo que a proibição da reprodução de normas atingidas por inconstitucionalidade declarada pelo Tribunal Constitucional importaria à própria evolução do Direito, conduzindo, ademais, a uma “*canonização da interpretação acolhida*”<sup>27</sup> por esse e introduzindo, assim, um flagrante desequilíbrio entre o Legislativo e a Corte Constitucional. Nessa esteira, o registro de Rui

21 Rui Medeiros, **A decisão de Inconstitucionalidade**, Op. cit., p. 780.

22 Ibid.

23 Art. 282 (Constituição portuguesa, com o aditamento da Reforma de 1982): “*I. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a ripristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. ...*” In: **Constituição da República Portuguesa**, Coimbra Editora, 6. ed., 2002. – grifo nosso.

24 Ver neste sentido J.J. Canotilho, op. cit., p. 983.

25 Ver neste sentido: Jorge Miranda, Canotilho, etc.

26 Nessa linha o magistério de Paulo Otero (*Ensaio sobre o caso julgado Inconstitucional*, Lisboa, 1993), que registra a inoportunidade da tese. Esta, a seu ver, implicaria numa preclusão da liberdade conformadora do legislador e numa dominação de elevado risco do Tribunal Constitucional. E, deste mesmo sentir Luís Nunes de Almeida (*Les Effets des arrêts du Tribunal Constitutionnelle au Portugal*, in *La Justice Constitutionnelle*, Paris, 1989.)

27 Rui Medeiros, op. cit., p. 826.

Medeiros da inviabilidade jurídica de “*qualquer proibição de reprodução da norma declarada inconstitucional, porquanto o legislador não se encontra assim numa posição subordinada em face do Tribunal Constitucional. Pelo contrário, a admissibilidade da renovação do acto conduz a uma solução de equilíbrio entre os dois órgãos de soberania*”<sup>28</sup>.

A Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988 impactou pelo privilegiado tratamento cometido aos direitos fundamentais, promovendo o seu alongamento não apenas no que toca à enumeração de direitos (alojando as, hoje célebres, três gerações) como, ainda, introduzindo um novo rol de garantias, concretizadas por ações judiciais que, de uma parte, propiciaram o polêmico fenômeno da politização da Justiça<sup>29</sup> e, de outra, abriram a porta para a invasão do Poder Judiciário por um número significativo de demandas girando em torno dos novos mecanismos de defesa das liberdades.

O efeito vinculante a ornamentar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal tem por direção, exatamente, desarticular esta explosão de litigiosidade, afastando do Judiciário o ônus de vir a se manifestar em centenas de casos absolutamente semelhantes. Buscou-se, para tanto, a **técnica do precedente**, bloqueando-se a possibilidade de ingresso de novos casos similares aos já decididos pelo Supremo Tribunal Federal e criou-se uma ligadura irremovível das instâncias inferiores a pronunciamentos do Excelso Pretório.

Esta obstrução iniciou sua trajetória com a promulgação da Emenda Constitucional n. 3/1993, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade e uma novíssima figura no campo da tutela dos direitos fundamentais: a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em particular, no tocante à **ação declaratória de constitucionalidade, atribuiu às decisões definitivas de mérito “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo” (C.F. § 2º, art. 102)**. Em 1999, foram editadas as Leis de n. 9.868, de 10 de novembro<sup>30</sup>, e 9.882, de 03 de dezembro, configurando este último texto a regulamentação do processo e do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, que a já referida E.C. n. 3/93 idealizara, por força da inserção do § 1º, ao artigo 102, da Constituição Federal. E, por via infraconstitucional, o documento acabou estendendo o efeito vinculante ao campo da arguição de descumprimento de preceito fundamental, estatuinto no § 3º do seu art. 10: “**A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público**”.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004 a redação do assinalado § 2º, art. 102 da Constituição passou a acoplar efeito vinculante às “*decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato nor-*

28 Id. p. 870

29 A politização do Judiciário ou judicialização da política, fenômeno que vem despertando a atenção dos especialistas e que se manifestou de forma mais evidente após o advento da Constituição Federal de 1988 implica no transporte de questões políticas para a esfera judicial. Como o magistrado, uma vez acionado, deve se manifestar sobre os casos submetidos a sua apreciação, a inserção dos novos instrumentos de defesa dos direitos fundamentais (ações civis públicas, mandados de segurança coletivos, o mandado de injunção, a omissão legislativa) ensejaram um infundar de litígios – muitos extremamente semelhantes, ingressando em esfera judicial. O sistema de controle de constitucionalidade que o Constituinte buscou aperfeiçoar, a seu turno, contribuiu para esta avalanche de ações a assolar o Poder Judiciário.

30 Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

*mativo federal, (que) produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.*

E, progredindo nesta empreitada, por via da inserção do art. 103-A fixou o desenho da nova figura jurídica: a súmula vinculante: “O Supremo Tribunal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, **aprovar súmula** que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, **terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei**”.

Pois bem, da mais breve incursão neste quadro da vinculação, idealizado pelo Constituinte doméstico, alguns registros evidenciam-se desde logo:

- (1) a inequívoca tendência em se adotar o modelo europeu de controle de constitucionalidade, erigindo-se o Supremo Tribunal Federal à Corte Constitucional;
- (2) não há, entre nós, de que questionar se as decisões proferidas pelo STF, em sede de controle de constitucionalidade, vinculam **a atividade do legislador. Este em nenhum momento foi abarcado pelo Constituinte que, de forma clara, exige a observância dos pronunciamentos vinculantes, apenas e tão somente, por parte do Poder Judiciário e dos órgãos do Poder Executivo**, nas três esferas de governo. Nada obsta, daí, que o legislador venha a reproduzir norma entendida inconstitucional pelo STF;
- (3) deixou o Constituinte de **constitucionalizar** o efeito vinculante que a Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, cometeu à decisão prolatada em arguição de descumprimento de preceito fundamental (§ 3º, art. 10). Parece-nos, portanto, revogada esta regra, porquanto **não pode vir a ser recepcionada pelo novo ordenamento**, afigurando-se, ademais, incompatível com esta. É que **esta qualificação de vinculante às decisões judiciais é acoplada em caráter especialíssimo** pelo Constituinte, que a concretiza de forma explícita nas hipóteses que contempla expressamente. Por comparecer como conotação peculiar e extraordinária não admite interpretações flexíveis, ampliadoras, nem por parte do legislador e nem mesmo para o aplicador dos princípios contidos no Estatuto Fundamental. O Constituinte revisional de 2004 poderia ter elevado a vinculação, preconizada na Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, a nível constitucional, convalidando a interferência do texto infra-constitucional. Não o fez; ao invés ampliou o domínio de abrangência da ideia de vinculação e deixou fora do seu círculo a hipótese da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Sob a nova incursão do Constituinte, destarte, o indigitado preceito do § 3º, art. 10, da Lei n. 9 882/99 não detém condições de resistência e, conseqüentemente, de sobrevivência;



- (4) contrariamente ao entendimento dominante no universo da prática da vinculação<sup>31</sup>, o Constituinte brasileiro **insiste em resguardar o efeito vinculante para as decisões proferidas em ações declaratórias de constitucionalidade**, degradando o instituto e transformando-o em mecanismo de preservação do poder, à disposição do governo para impedir a evolução jurisprudencial nas matérias de seu interesse;
- (5) a vinculação **não atinge os particulares**. Estes, a qualquer tempo, podem ressuscitar a questão, o que na prática apresenta-se perfeitamente viável no espectro das interpretações conforme à Constituição. De fato, se, de uma parte, é certo que a invalidação da lei ou ato normativo inquinado de inconstitucional ocasiona um quadro de inexistência da referida lei – ou ato – o que inviabiliza que este venha a servir de superfície, no futuro, para qualquer nova situação jurídica, de outra, também é verdade que, em se tratando de mera interpretação conforme, esta poderá sofrer alteração por parte dos particulares, até mesmo por via de mediação ou arbitragem.

Aspecto sensível no plano da **eficácia vinculante** toca de perto a sua **limitação no tempo**. Não se questiona aqui a prevalência da “*coisa julgada*” e nem o efeito “*erga omnes*”, aquela, consubstanciando-se em caráter específico da decisão proferida em sede judiciária e este próprio das decisões do sistema de controle de constitucionalidade concentrado. Já que as condições da vida em sociedade são mutáveis e considerando, ademais, que no acelerado processo de desenvolvimento do mundo contemporâneo emergem a toda hora reclamos e novas situações a solicitar a lente do jurista, do legislador e do Judiciário, impende verificar, em que medida este **efeito vinculante deve ou pode resistir ao tempo**; em outras palavras, mister é investigar se há **limites temporais a obstar a perpetuidade da vinculação e petrificar o direito**. E, nesta perspectiva, impõe-se, a nosso ver, a adoção das fórmulas já consagradas em outros ordenamentos, autorizando-se, **para o futuro**, a reformulação dos posicionamentos adotados – e agora vinculantes – do STF, mormente no plano das interpretações conformes, onde não se dá a invalidação plena e fatal do texto inquinado de inconstitucional, oferecendo-se-lhe uma interpretação mais próxima da norma fundamental.

O tema da **prevalência no tempo** das decisões do Supremo Tribunal Federal detecta questionamentos mais inquietantes no campo de outra figura inovadora do Constituinte revisor de 2004: a **súmula vinculante** que a seguir, será objeto do nosso exame.

Instituto estreante no campo processual, esta figura vem apresentada pelo Constituinte com contornos definidos, impondo-se-lhe, para a edição, tanto **requisitos de forma** – quórum qualificado de 2/3 dos membros do STF, como ainda **de fundo** – (a) reiteradas decisões sobre **matéria constitucional**; (b) controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública sobre a matéria; (c) grave insegurança jurídica; (d) relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Há, ainda, evidente **limitação quanto à matéria versada e inviabilizada, restando a sua elaboração sobre temário que não envolva questões**

31 Ver acima e, notadamente, as notas de ns. 6, 7 e 8 deste artigo.

**constitucionais.** Importa, contudo, registrar que a construção desta figura toda particular é que acaba por forçar a adoção entre nós do “precedente”, buscando o seu robustecimento e valorização. E, mais, ao desenhá-la, a Constituição promoveu o alongamento da ideia de vinculação, transbordando do espectro do controle de constitucionalidade para alcançar casos à margem do denominado *judicial review*.

Com efeito, preceitua o art. 103-A da Constituição, introduzido pela E.C. n. 45/2004:

**Art. 103-A: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.**

**§ 1º: A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.**

**§ 2º: Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.**

**§ 3º: Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.**

Ora, esta ideia emerge dentro de um **contexto circunscrito pela imposição de limites materiais, temporais e dos requisitos de fundo e de forma que devem ser observados** – a expectativa é a de que efetivamente o sejam – para a sua confecção. Ainda assim, significativa a inquietação, porquanto, a par de novidadeira, representa mecanismo otimizador da estagnação da jurisprudência e, mais que isto, relevante fator repressivo e inibidor do talento construtivo que lhe é próprio e que a posiciona como força motriz na renovação do direito.

A nova figura, como acima anotado, não opera no campo do controle de constitucionalidade; ao menos, aparentemente, não foi idealizada para incidir sobre esta esfera, principalmente no concentrado. No entanto, pode ser aplicada em sede de controle difuso, pois esta parece ser a perspectiva delineada no § 1º do art. 103-A, ao prever: “*A súmula terá por objetivo a validade, {.....} e a eficácia de normas determinadas*”. Assim é que, **por força sumular poderá ser declarada a invalidade de normas ou, ainda, cessada sua eficácia**, o que, em verdade somente é viável em terreno de controle de constitucionalidade.

De outra parte, há inequívoca interrogação a respeito do **potencial vinculativo** desta espécie de súmula. A quem vincula? Por quanto tempo vincula? Da leitura do texto constitucional depreende-se como razoavelmente correto o fato de que este vínculo jurídico-constitucional **não atinge o legislador, que mantém ampla liberdade de reproduzir normas similares àquelas atacadas, objeto de súmula, como ainda não alcança o particular**. Inviabiliza uma atuação inovadora tão só em relação ao Poder Judiciário – incluindo a Corte que a editou – e aos órgãos do Poder Executivo, nas três esferas governamentais. Neste contexto, pois, **não há**

óbices à reedição das normas pelo Poder Legislativo e, também, é viável sua aplicação, por exemplo, via arbitragem ou técnicas de mediação. A obstrução diz respeito única e exclusivamente aos órgãos do Poder Judiciário e aos da Administração Pública cuja atuação, contrariando à súmula, resta vedada.

A questão atinente à **limitação no tempo**, a própria Emenda Constitucional 45/2004 contemplou, preconizando a possibilidade de **revisão e cancelamento** (*art. 103-A caput e § 2º*), tanto por provocação como, ainda, pelo próprio órgão emissor, isto é o Supremo Tribunal Federal. É certo que para sua **remodelação cuidou o Constituinte de exigir procedimento próprio e atribuiu a tarefa ao legislador ordinário**, o que, em última análise, implica que, estabelecida a súmula vinculante, esta só possa se submeter a processo de revisão após a edição do texto regulamentador, restando na dependência da operosidade do legislador que, também, poderá permanecer omissa e hibernando por um bom período.

Ponto de acentuada polêmica, contudo, constitui a fórmula indicada para a **fixação da súmula vinculante**. Isto porque, se as hipóteses de revisão e cancelamento foram inequivocamente subordinadas à regência de lei ordinária posterior, em relação ao tratamento cometido à técnica de aprovação o Constituinte não logrou este grau de clareza. Em verdade, previu dois diferentes procedimentos para a sua aprovação: **(1)** de ofício; **(2)** por provocação.

No tocante a segunda modalidade, **por provocação**, legitimou os titulares da ação direta genérica de inconstitucionalidade (*art. 103*) para a sua propositura e advertiu para a possibilidade de o legislador ordinário vir a disciplinar todo o procedimento, ampliando ou reduzindo o campo do ajuizamento de propostas de novas súmulas e, até mesmo, de revisão e cancelamento destas. Aliás, dispondo “**sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei**” (*art. 103-A, § 2º*), acolheu o Constituinte a modalidade de construção de norma constitucional conhecida como “*de aplicabilidade imediata e eficácia contida*”<sup>32</sup>, o que, a nosso ver, permite a imediata operabilidade desta hipótese, **viabilizando a apreciação de propostas de aprovação desde logo, ainda que inexistam o documento legal de regulamentação**. Advindo este, todavia, o procedimento de provocação a ele deverá se sujeitar, observando as novas condições impostas.

A aprovação **de ofício**, por outro turno, não nos parece tenha curvado o Constituinte à edição de norma regulamentadora. O dispositivo constitucional apresenta-se autoexecutável, impondo-se a ligadura à lei posterior tão somente para os processos revisionais. Nada obsta, contudo, que a própria Corte Superior, por resolução, venha a disciplinar os trâmites da aprovação, sistematizando o procedimento.

Por derradeiro, demanda atenção o especialíssimo preceito do art. 8º, da E.C. n. 45/2004, que autoriza o Supremo a outorgar o **caráter vinculante a súmulas já em vigor**, anteriores à constitucionalização da espécie.

32 Na doutrina clássica norte-americana, as normas constitucionais podem se apresentar autoexecutáveis ou não autoexecutáveis. São os célebres tipos: mandatory provisions e as directory provisions. José Afonso da Silva é que, inspirado pelas lições do italiano Vezio Crisafulli (*La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milão, Giuffrè Ed., 1952, acabou apresentando uma tipologia revolucionária apontando: as normas de eficácia plena (autoexecutáveis) e mais duas categorias: as de eficácia contida e as de eficácia limitada ou reduzida (**Aplicabilidade das normas constitucionais**, São Paulo: Ed RT., 1982).

E para este particular escaninho, previu um procedimento de **confirmação, individualizado e submetido às condições de forma e de fundo estabelecidos para a atividade de aprovação**. Ainda aqui, não nos parece tenha demandado o Constituinte a edição de lei a dispor sobre o processo de confirmação de súmulas, para fins de outorga da qualificação de vinculante. Certo, no entanto, se nos afigura a exigência de regulamentação especial, cuidando da respectiva tramitação, a ser editada pelo STF.

De qualquer forma a atribuição de efeito vinculante às decisões do STF, ainda que em sede de controle de constitucionalidade, alinhada à nova modelagem assegurada às súmulas – vinculante, constituem fatores que corroboram a visão de um processo de blindagem do Poder Judiciário, bloqueando o acesso a uma solução judicial dos litígios. Isto, de certo, ofende o *standard* da inafastabilidade do controle judicial, inscrito, pelo Constituinte originário, no art. 5º, XXXV, da nossa Lei Maior, inicia um pernicioso percurso de petrificação do Direito, propiciando, assim, até uma involução do próprio Direito Constitucional, que avança por força da construção jurisprudencial produzida em panorama de controle de constitucionalidade e, enseja o desenvolvimento de outras receitas de solução da litigiosidade, mediante, por exemplo, mediação e arbitragem.

### III – A NOVA ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO

Como demonstrado ao início deste estudo, a Reforma concretizada por via da E.C. n. 45/2004, sintetiza um verdadeiro esforço de reengenharia, perseguindo, por força da introdução de novas estruturas e rearranjos no campo da atribuição de competências, assegurar ao Judiciário maior agilidade no desempenho de sua tarefa básica, qual seja, a prestação jurisdicional, e, concomitantemente, oferecer-lhe o instrumental apto a resgatar a ideia de lisura e da desejada densidade quanto à segurança jurídica que deve impregnar seus pronunciamentos.

Perquirindo o universo da referida reforma constitucional, o analista, de fato, vem a se surpreender com o volume e a qualidade das novas figuras estreatantes: os novos órgãos; a fixação de novos princípios; o rompimento de velhos tabus, a exemplo da sigilosidade das decisões de caráter administrativo que, agora, passam a se sujeitar, a seu turno, ao *standard* da transparência (*Constituição, art. 93, IX e X*); a projeção de uma Justiça mais próxima do cidadão, instalando-se a Justiça itinerante (*Constituição, arts. 107, § 2º, 115, § 1º, 125, § 7º*) e, acolhendo uma forte linha de descentralização, as Câmaras regionais (*Constituição, arts. 107, § 3º, 115, § 2º, 125, § 6º*); uma Justiça tecnicamente mais preparada (*Constituição, arts. 105, p.ú., I, 111-A, § 2º, I, 93, IV*), mais célere, sob a permanente vigilância da sociedade e, em especial, de organismos superiores. Contudo, a leitura mais detida impacta pela periculosidade das inovações, dentre as quais, um considerável número pode conduzir a sérias lesões à segurança jurídica, em razão do rompimento de princípios já consagrados no plano constitucional, como é o caso do respeito à coisa julgada (*Constituição, art. 5º, XXXVI*), a exigência de duplo grau de jurisdição e o dogma do juiz natural. Isto implica, afinal, numa excêntrica suspeita de que a nova configuração judiciária não passaria de um falso *front* para medidas autoritárias e invasivas, pois que viriam

a afrontar o desenho do Estado de Direito nos moldes plasmados pelo Constituinte originário; chegariam, até mesmo, a aniquilá-lo.

Pois bem, a última parte desta análise, focada sobre a reorientação constitucional a incidir sobre o Poder Judiciário, ensejando sua revitalização, será tratada em dois diferentes planos: o primeiro buscando uma sucinta apresentação da inovadora arquitetura utilizada para oferecer solidez e modernidade à estrutura do sistema judiciário, reservando para um segundo tópico o exame dos pontos de maior complexidade e que, sob a ótica constitucional, importam em elevado risco à preservação do modelo acolhido pela Constituição de 1988, o do Estado de Direito.

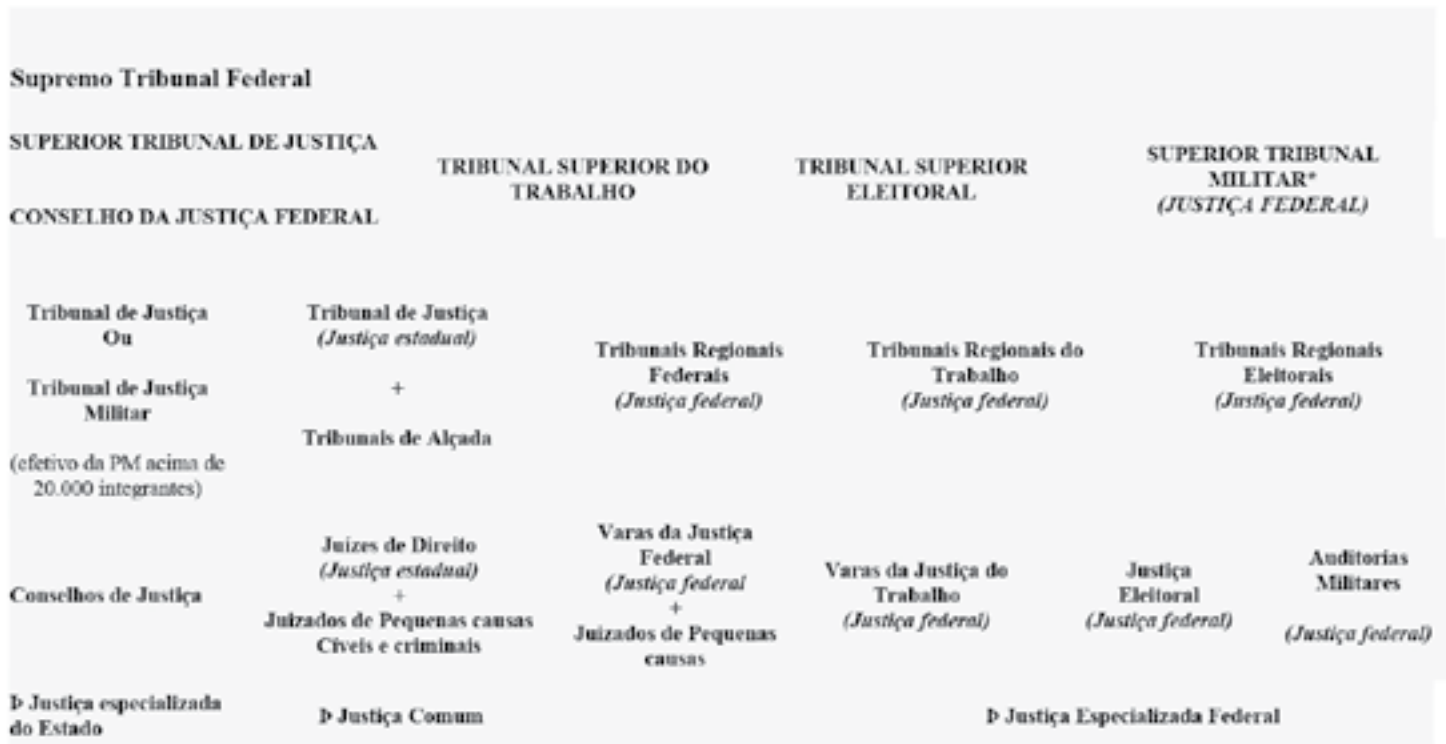
Desde a primeira das constituições republicanas – a de 1891, a figura do Supremo Tribunal Federal<sup>33</sup> preside, em território doméstico, a pirâmide do Judiciário, consagrando-se mesmo como cúpula deste Poder. Revolucionária na estruturação do Judiciário, a Constituição de 1988 introduziu novas figuras, preservando, no entanto, a postura sobranceira do STF. Criou o Superior Tribunal de Justiça, mediante processo de transformação do antigo Tribunal Federal de Recursos e os juizados especiais, no campo cível (pequenas causas) e criminal (infrações de menor potencial ofensivo). É verdade, também, que a E.C. n. 3/93 criou a ação declaratória de constitucionalidade, em tudo similar à draconiana advocatória<sup>34</sup>; concretamente, porém, restou assegurada a apreciação judicial de qualquer demanda, podendo esta galgar o mais elevado degrau desde que se discutisse questão constitucional. E tudo isto, atendido o cânone do devido processo legal, princípio altamente densificado, por compreender no seu bojo a ampla defesa, o juiz natural, o contraditório, o duplo grau, enfim a legalidade na sua amplitude democrática.

33 Ainda que a Constituição de 1934 tenha passado a denominá-lo de Corte Suprema, retomando a clássica nomenclatura de Supremo Tribunal Federal com o advento da Carta de 1937, a verdade é que em todos os momentos da história constitucional republicana brasileira coube ao Supremo Tribunal Federal este honroso posto de expoente máximo no plano jurisdicional.

34 A ação declaratória de constitucionalidade vem analisada na Parte II deste estudo dedicado à E.C. n. 45/2004.

## Artigo 2º

## Poder Judiciário

**Configuração****(Constituição de 5.10.1988)**

\* Em área estadual, também, pode (como de fato o foi) ser criada uma linha especializada na área militar: a Justiça Militar estadual, de primeiro e segundo grau (C.F. art. 125, § 3º).

A revisão constitucional de 2004 alterou, significativamente, esta estrutura, introduzindo na modelagem original o **Conselho Nacional de Justiça**, composto por quinze (15) membros, seis dos quais não pertencentes aos quadros da magistratura<sup>35</sup>, com a competência do “*controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes,...*”. (**art. 103-B, § 4º**). Ora, conquanto o novo colegiado seja presidido por Ministro do Supremo Tribunal Federal e a esta Corte seja cometida a apreciação das causas contra ele propostas, a função de controle com que foi agraciado não deixa dúvidas do pedestal a que este novo organismo foi erigido, passando a ocupar na pirâmide judiciária o seu ápice.

Deduz-se, daí, um novo desenho arquitetônico para o Poder Judiciário, superfície onde se identifica:

35 Art. 103-B, *caput*, da Constituição.

## Artigo 3º

## Poder Judiciário

(Constituição de 5.10.1988 com a redação da E.C. n. 45/2004)

Tabela do item Poder Judiciário (Constituição de 5.10.1988 com a redação da E.C. n. 45/2004)

## Conselho Nacional de Justiça

## Supremo Tribunal Federal

<b>Conselho da Justiça Federal</b> <i>(competência correicional e decisões com caráter vinculante)*</i>	<b>Conselho Superior da Justiça do Trabalho</b> <i>(competência correicional e decisões com caráter vinculante)**</i>	<b>Tribunal Superior Eleitoral</b>	<b>Superior Tribunal Militar</b> <i>(Justiça federal)</i>
<b>Superior Tribunal de Justiça</b>	<b>Tribunal Superior do Trabalho</b>		

<b>Tribunal de Justiça</b> ou <b>Tribunal de Justiça Militar</b>	<b>Tribunal de Justiça (Justiça estadual)</b> + <b>Câmaras Regionais</b>	<b>Tribunais Regionais Federais (Justiça federal)</b> + <b>Câmaras Regionais</b>	<b>Tribunais Regionais do Trabalho (Justiça federal)</b> + <b>Câmaras Regionais</b>	<b>Tribunais Regionais Eleitorais (Justiça federal)</b>
--	--	--	---	---

*(efetivo da PM acima de 20.000 integrantes)*

<b>Conselhos de Justiça Presididos por Juiz de Direito</b> + <b>Juizes de Direito</b>	<b>Juizes de Direito (Justiça estadual)</b> + <b>Juizados especiais</b> + <b>Justiça itinerante</b> + <b>Varas especializadas para questões agrárias</b>	<b>Varas da Justiça Federal (Justiça federal)</b> + <b>Juizados especiais</b> + <b>Justiça itinerante</b>	<b>Varas da Justiça do Trabalho (Justiça federal)</b> + <b>Justiça itinerante</b>	<b>Justiça Eleitoral (Justiça federal)</b>	<b>Auditorias Militares (Justiça federal)</b>
---	--	---	---	--	---

▷ Justiça

Especializada do Estado

▷ Justiça Comum

▷ Justiça Especializada Federal

\* Constituição, Art. 105, p.º, II \*\* Constituição, Art. 112, § 2º, II

Mais ainda, como acima ilustrado, no universo das linhas da justiça federal, atribuiu competência **correcional** aos Conselhos (*Conselho da Justiça Federal e Conselho Superior da Justiça do Trabalho, este recém criado*<sup>36</sup>), propiciando, ainda, às suas decisões **caráter vinculante**<sup>37</sup>, robustecendo a ideia de que o Poder Judiciário passará a vivenciar um clima de **permanente controle superior**, o que, não resta dúvida, investe contra a independência do magistrado<sup>38</sup>, podendo conduzir a sérios desvios na prestação jurisdicional, que impõe a observância da cláusula do “*devido processo legal*”.

Ainda, no escaninho da **Justiça Federal**, no campo da Justiça do Trabalho, admitiu o Constituinte reformador que **os juízes de direito (dos quadros da justiça estadual) possam apreciar e decidir litígios nas comarcas em que não haja vara especializada, de natureza trabalhista. (art. 112/Constituição).**

De relevância, a nosso ver, a determinação constitucional tendente a ampliar o espectro de atendimento do Poder Judiciário. A Justiça mais perto do cidadão, parece consubstanciar-se no elemento vetorial desta inovadora perspectiva atinente à introdução obrigatória do **juiz itinerante**, da viabilização de **o juiz de direito** – integrante da magistratura estadual – **vir a apreciar causas de perfil trabalhista onde inexista Justiça do Trabalho e do sistema de descentralização (criação de Câmaras regionais)** proposto em caráter facultativo, tanto em nível federal, como, ainda no estadual<sup>39</sup>. Mais ainda, nesta linha, a imposição aos Tribunais de Justiça (*esfera estadual*) de instalação de varas especializadas, com competência exclusiva para as questões agrárias<sup>40</sup> (*art. 126, caput*).

Em sede de **justiça estadual**, importa anotar, ainda:

**(1) A extinção dos Tribunais de Alçada (art. 4º da E.C. n. 45/2004)**, atendendo-se a uma perspectiva já antiga dos Estados da federação brasileira. Aliás, no panorama paulista, a Emenda Constitucional Estadual n. 08, de 20 de maio de 1999, já previa o fim dos Tribunais de Alçada no Estado de São Paulo, excluindo-os da estrutura do Poder Judiciário estadual. Suspensa, no entanto, a nova redação dada ao art. 54 da Constituição paulista, por força da Adin n. 2 011-1, até o advento da Reforma, veiculada por Emenda à Constituição Federal, o quadro dos Tribunais de Alçada permaneceu inalterado. Agora, sob reorientação da Constituição Federal, os Tribunais de Justiça estaduais devem, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da promulgação da E.C. 45/2004 (**6.06.2005**), promover a integração dos quadros dos Tribunais de Alçada na sua própria estrutura, elevando os juízes, membros daquelas Cortes, a posto de desembargador<sup>41</sup>.

36 Constituição, Art. 111, § 2º, II – preceito introduzido pela E.C. 45/2004.

37 O Conselho da Justiça Federal, na idealização original (parágrafo único do art. 105, detinha meras funções de supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus. Isto quer dizer que o Constituinte lhe propiciara tarefas de ordem técnica (supervisão administrativa e orçamentária) e de mero órgão de apoio para o próprio Tribunal.

38 A tônica da independência do Poder Judiciário já foi suscitada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, que ajuizou Ação Direta de inconstitucionalidade, rebelando-se contra a fórmula utilizada na criação do Conselho Nacional de Justiça, atacando-a por entendê-la antagônica **ao princípio constitucional da independência dos poderes, inerente ao standard da separação de poderes**, entre nós acolhido. Não há, até o momento, notícia de liminar.

39 Ver neste sentido, os artigos da C.F. acima citados: *arts. 107, § 3º, 115, § 2º, 125, § 6º*.

40 A Constituição do Estado de São Paulo já prevê a designação de juiz de direito com competência exclusiva para questões agrárias (art. 86).

41 Art. 4º, parágrafo único da E.C. n. 45/2004.



(2) A inovação na estrutura da **justiça militar estadual**. Esta foi alvo de reformulação mais significativa. De fato, nos antigos moldes, era preconizada uma primeira instância atribuída aos Conselhos de Justiça e uma segunda instância, um grau recursal, função cometida ao próprio Tribunal de Justiça do Estado ou, nas hipóteses de efetivo, da polícia militar, superior a vinte mil integrantes, a Tribunais de Justiça Militar, que poderiam vir a ser criados. O novo modelo altera esta estrutura. E o faz por via de um processo de esvaziamento, retirando-lhe competências. Em verdade, a reformulação acabou constitucionalizando medida já adotada por via da Lei n. 9 299, de 7 de agosto de 1996, que retirou da apreciação militar “*os crimes dolosos contra a vida cometidos contra civil*”<sup>42</sup>. Na nova configuração, no primeiro grau, posicionam-se juízes de direito e Conselhos de Justiça, estes sempre sob a presidência de juiz de direito, mantida, porém, em instância superior, o Tribunal de Justiça Militar ou, na ausência desse, o Tribunal de Justiça. (*C.F. art. 125, § 3º*). Nessa esteira, poder-se-ia ilustrar referida reorganização como infra esquematizado:

**ANTES DA E.C. N. 45/2004**

Tribunal de Justiça

Ou

Tribunal de Justiça Militar  
(efetivo da PM acima de 20.000 integrantes)**JURI**

Conselhos de Justiça

**DEPOIS DA E.C. N. 45/2004**

Tribunal de Justiça

Ou

Tribunal de Justiça Militar  
(efetivo da PM acima de 20.000 integrantes)Conselhos de Justiça  
Presididos por Juiz de Direito

+

Juizes de Direito

(2.1.) O **mecanismo de atuação** oferecido a esta nova estrutura, decorrente da revisão constitucional, é apreendido a partir **da análise das competências**, tema que passa a atender a renovadas regras. Com efeito, a primeira inovação neste domínio é a **inserção da figura do Júri**, que, em se tratando de civil, como vítima, desloca, chamando a si, a atribuição anteriormente cometida à Justiça Militar – de julgar “*os militares dos Estados nos crimes militares definidos em lei...*”. Preservada restou, todavia, a tare-

42 A Lei n. 9 299, de 7 de agosto de 1996 alterou os Decretos-leis n. 1.001 e 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar, criando polêmica e uma série de demandas girando em torno da viabilidade de, por via de lei, alterar competência preconizada em esfera constitucional.

fa cometida ao Tribunal, de decidir “sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças” (C.F., art. 125, § 4º – *preceito remodelado pela E.C. n. 45/2004*).

(2.2.) Outro fator de impacto constitui a inserção da competência outorgada a **juiz de direito, designado para atuar junto à Justiça Militar**, para, **singularmente, processar e julgar os crimes militares contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares**, restando aos **Conselhos de Justiça, necessariamente presididos por juiz de direito**, “processar e julgar os demais crimes militares” (C.F., art. 125, § 5º – *preceito introduzido pela E.C. n. 45/2004*).

O ponto nevrálgico da remodelação do Poder Judiciário, produto da E.C. n. 45/2004, parece repousar, essencialmente na configuração dos Conselhos. A estes, aliás, como acima apontado, contemplou o Constituinte revisor com poderes de controle que vão além da mera competência fiscalizatória, de uma singela vigilância, para alcançar o *status* de verdadeira postura de dominação. Controle, na acepção do *control* americano, ou seja, um sentido de comando.

Assim, o primeiro problema a enfrentar diz respeito à previsão arquitetônica do Conselho Nacional de Justiça, conforme delineamento do art. 103-B, que o idealiza composto por quinze membros, seis dentre os quais não integrantes das carreiras da magistratura. Até aí, desde que inexistisse o poder de controle (**cf. art. 103-B, § 4º**), não haveria inquietação, porque a **maioria do colegiado (9 membros)** é originária, de fato, do ambiente jurisdicional, e de meras tarefas fiscalizatórias poderia vir a ser encarregado. O tema ganha preponderância, no entanto, no momento em que se verifica **a presença desta função de controle (comando/dominação) nas mãos de personagens não integrantes do Poder Judiciário, abalando a ideia de independência do Poder**, *standard* colocado a salvo da ingerência do Poder reformador por conta do art. 60, § 4º, da Constituição, que o erige à cláusula intocável, compondo o cerne fixo do nosso Estatuto Fundamental, no seio do princípio da separação dos poderes. E não há, parece-nos, como insistir em que indigitada regra do § 4º, do art. 103-B, traduza simples competência de supervisão. Se assim fosse, o Constituinte, como o fez em outras matérias, teria utilizado os vocábulos vigilância ou fiscalização. Empregou, todavia, a expressão controle e foi além; contemplou este organismo com funções que, a este passo, o posicionam como a real cúpula do Judiciário<sup>43</sup>.

Na realidade, da mais breve incursão no elenco de competências que o mesmo preceito do § 4º, do art. 103-B, insculpe no âmbito do poder de controle, ressalta à evidência a soberana postura do CNJ, rompendo-se, em prol desta superioridade, cláusulas assecuratórias exatamente da independência do Poder Judiciário. Nesta linha, basta tentar compreender as duras tarefas que lhe foram conferidas por intermédio dos preceitos dos incisos III e V da já mencionada norma constitucional, *in verbis*:

43 Ver a nova configuração do Poder Judiciário, fls. deste trabalho.

b. C.F. art. 103-B, § 4º

*III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, {...}podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria{...} “;*

.....  
*V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;*

Ora, a par de ressuscitar a autoritária medida em que se consubstancia a **avocatória** – digna, aliás, do entulho autoritário com que se convencionou adornar o célebre pacote de abril/1977 que a previa<sup>44</sup> e que rompe com a ideia do duplo grau de jurisdição, própria do devido processo legal – o novo texto **atinge em cheio a força da coisa julgada**, autorizando a revisão – até mesmo de ofício – de casos julgados há menos de um ano. Convém advertir, contudo, que **não nos parece viável relativizar o princípio da certeza da coisa julgada**, sob pena de subverter a segurança jurídica. Não são tais valores dotados de plasticidade e uma interpretação flexível viria a romper todo o sistema de tutela dos direitos fundamentais, sistema que, dúvida não há, envolve e tutela também os membros do Poder Judiciário.

Demais disso, referida regra do inciso V, § 4º, art. 103-B, **colide frontalmente com garantias de independência** do Judiciário. Nesta esteira, basta lembrar a norma assecuratória de vitaliciedade (C.F. art. 95, I), que concebe a perda do cargo de juiz tão só mediante processo judicial. Daí porque, deve permanecer à margem do nosso ordenamento e **carente de qualquer respaldo constitucional a inovação do revisor ao autorizar a ruptura da coisa julgada** (*rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano*) e a reformulação de decisões de competência privativa e exclusiva do Judiciário.

No entanto, forçoso convir que esta linha de elevada periculosidade quanto à sobrevivência de históricos e clássicos *standards* integrantes da ideia de Estado de Direito veio a ser privilegiada pela reforma constitucional de dezembro de 2004. Neste diapasão, basta examinar a remodelação do **Conselho da Justiça Federal e do recém criado Conselho Superior da Justiça do Trabalho**. Os dois, idealizados sob idêntico padrão, conquistaram poderes correccionais, sobrepondo-se aos próprios Tribunais que integram. E mais que isto, contagiado pelo espírito vinculante, o Constituinte revisor acoplou esta perversa conotação, também, às decisões emanadas destes colegiados, fortalecendo ainda mais a supremacia de sua postura na estrutura judicial, como, de fato, retro apontado.

É verdade que a figura do Estado de Direito tem sido alvo, nos últimos anos, de sérios e relevantes ataques, até porque vem se dilacerando e se apresentando frágil diante dos novos fatos sociais, situações e demandas sempre em dinâmico processo de mutação. Configura, contudo, o único modelo a oferecer suporte à concre-

44 A avocatória foi medida preconizada pela Emenda Constitucional n. 7/77 à Constituição de 1967.

tização do regime democrático e, mais, foi o cânone adotado pelo Constituinte de 1988 como moldura para a organização e a estrutura do Estado brasileiro. Destarte, enquanto não promovida a alteração deste padrão, por via de nova Constituição, indisponíveis à ação reformadora restam os seus postulados básicos, a exemplo do sistema de tutela dos direitos fundamentais, a separação de poderes, a preservação da segurança jurídica, etc.

Fevereiro de 2005.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA**, L. Nunes de, *A Justiça Constitucional no Quadro das Funções do Estado*, in VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus.
- ALMEIDA**, L. Nunes de, *Les Effets des arrêtes du Tribunal Constitutionnelle au Portugal*, in La Justice Constitutionnelle, Paris, 1989.
- CANOTILHO**, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª Edição, Portugal, Almedina.
- \_\_\_\_\_. *Constituição da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 6ª Edição, 2002.
- COSTA**, José Manoel Cardoso da, *A Justiça Constitucional*.
- CRISAFULLI**, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milão, Giuffrè Ed., 1952. **FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva.
- \_\_\_\_\_. *Innovaciones En el Control de Constitucionalidad en Brasil*, in *Revista Costarricense de Drecho Constitucional*, Tomo IV, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, julho de 2003.
- HORTA**, Raul Machado, *Estudos de Direito Constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey Ed., 1995.
- KELSEN**, Hans, *Le controle de constitutionnalité des lois*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1990, n. 1.
- LEMBO**, Cláudio, *O Futuro da Liberdade*, São Paulo, Loyola, 1999.
- MEDEIROS**, Rui, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999.
- MIRANDA**, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- OTERO**, Paulo, *Ensaio sobre o caso julgado Inconstitucional*, Lisboa, 1993.
- SILVA**, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 17ª ed., São Paulo, Malheiros Editora, 2000.
- SILVA**, José Afonso da, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo, RT Ed., 1982.
- VERGOTTINI**, Giuseppe de, *Diritto Costituzionale Comparato*, Itália, Padova, CEDAM, 2004.

# CAPÍTULO 4

## CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E EFETIVIDADE DO DIREITO: O ACESSO À JUSTIÇA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS E O USO DE MÉTODOS DERIVADOS DAS CIÊNCIAS SOCIAIS PARA O APERFEIÇOAMENTO DAS FERRAMENTAS JURÍDICAS

Nathaly Campitelli Roque

### 1 A CARTA CIDADÃ: A PROMESSA E SEU ALCANCE

O advento da Constituição de 1988 é mais do que um marco jurídico na história do Brasil: é um termo final e um termo inicial na própria história brasileira. Simbolicamente, a edição da Carta de 1988 encerrou o modelo sócio-político-econômico iniciado em 1969, com o golpe militar e as decorrentes restrições às liberdades trazidas pelo Ato Institucional nº 5. E iniciou a construção do mais longo período democrático vivido no Brasil.

Buscar a efetividade dos direitos consagrados na Constituição Federal é a providência identificada pelos juristas como a mais adequada para afastar a crise de legalidade enfrentada desde há muito tempo. Porque, quando se entende que algo é reconhecido a alguém “por direito”, o que se quer dizer é que se atribuiu algo a alguém; que esse alguém pode reivindicar o que “é seu por direito”. E, para tanto, também deve ter reconhecidos os meios para concretizar o que lhe foi reconhecido.

As palavras de Piero Calamandrei, dirigidas à crise de legalidade na Itália, enquadram-se perfeitamente na situação vivida no Brasil:

Costuma-se dizer que as Constituições são uma polêmica legislativa contra o passado: as ‘declarações de direitos’, sinalizando o fim dos privilégios e dos abusos do antigo regime, refletem em fórmulas jurídicas a execração contra um passado já superado. Mas em nossa Constituição encontra-se uma polêmica de caráter social *não contra o passado mas contra o presente*. Em determinados artigos, especialmente naquela parte que regula as relações econômicas, não apenas o desejo e a promessa de uma sociedade mais justa, que a República se propõe a traduzir em realidade (o direito ao trabalho, o direito a uma existência livre e digna garantida a todo trabalhador), mas também a polêmica contra as injustiças da sociedade que vivemos, em que esse direito ao trabalho não está garantido, e resulta negada de fato a tantos cidadãos aquela existência livre e digna que a Constituição quis de direito assegurar a todos. Assim, exatamente por essas frias fórmulas legislativas, parte um ataque de conteúdo revolucionário contra essa sociedade que continuamos vivendo: nesses artigos, é colocada, em primeiro lugar, a questão social em termos tais que significam a transformação da presente sociedade e a aspiração para uma nova ordem<sup>1</sup>

<sup>1</sup> “A Crise da Justiça” *In A crise da Justiça* – Tradução e adaptação de Hiltomar Martins Oliveira, Belo Horizonte: Ed. Lider, 2004. p. 21-22. (grifo do autor).

A Carta Cidadã, assim, deve ser entendida como um diploma que dirige a correção das desigualdades<sup>2</sup> vividas na sociedade brasileira. E o fará tanto pelo reconhecimento das diversas liberdades e igualdades jurídicas e como concretização dessas diversas liberdades e igualdades no meio social.

As mesmas liberdades devem ser concretizadas aos que são juridicamente iguais na medida das semelhanças e diferenças juridicamente aceitas<sup>3</sup>. É o caso das liberdades individuais idênticas para homens e mulheres, da liberdade de exercício de profissões ou de cátedra. Assim, condições outras além das previstas na lei não podem ser obstáculos ao exercício da liberdade.

E, segundo o mesmo raciocínio, haverá tratamento diferenciado (normas de igualdade) em situações que a desigualdade cause situação considerada juridicamente injusta. É o caso da equiparação dos filhos, da proteção de grupos hipossuficientes, dentre outros.

Para fins de buscar essa efetivação de direitos, duas estruturas foram contempladas no texto constitucional: a jurisdição (art. 5º, XXXV, CF) e a administração pública. No primeiro caso, tal ocorrerá pelo exercício do direito de ação judicial, que terá o condão de impor o agir ou não agir a quem esteja juridicamente obrigado. No segundo caso, a atuação ocorrerá de ofício ou mediante a provocação da administração pública (pelo próprio interessado ou pelo Poder Judiciário), que agira de acordo com as diretrizes legais e planos determinados por políticas públicas. Tal decorre do exercício das cogentes competências constitucionais.

Em síntese, a Constituição de 1988 enuncia direitos e estabelece o compromisso de que o Estado Brasileiro proporcione a sua efetivação concreta. Dirigir o Estado por meio da Constituição implica, assim, em estabelecer rumos concretos para igualar politicamente as pessoas e (e para) proporcionar o amplo acesso às liberdades reconhecidas. E o instrumento consagrado será a via do Acesso à Justiça, tanto processual quanto material.

## 2 O QUE QUER DIZER “ACESSO À JUSTIÇA”?

Para que possamos apreender em que medida a via do Acesso à Justiça, tanto processual quanto material, é o instrumento da efetividade dos direitos, deve-se definir o que venha a ser tal expressão. E, como já reconhecido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no clássico estudo empírico comparativo “Acesso à Justiça”:

A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.<sup>4</sup>

2 Desigualdade e diferenças são conceitos juridicamente distintos. Essa distinção remonta à lição de Jean Jacques Rousseau, exposta no “Discurso sobre a origem da desigualdade entre os Homens”, pela qual a diferença decorre de circunstâncias naturais, enquanto a desigualdade decorre de determinações políticas.

3 Sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, ver em BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

4 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 8.

Pensamos que a busca por um conceito adequado de “acesso à justiça” envolve uma ampla investigação a ser encabeçada por filósofos e teóricos do direito. Isso porque compreender o que seja “acessar à justiça” envolverá como se entende o que seja Direito e o que seja Justiça, quais são os métodos adequados e quais são os resultados esperados. Assim, investigar o que venha a ser tal expressão significa questionar o próprio paradigma dogmático de fundamento positivista-normativista, segundo o qual o objetivo social da norma jurídica é tratado como um aspecto externo ao estudo do Direito.

Para fins do presente estudo, dispensaremos uma definição expressa, para atentar aos instrumentos jurídicos que o constituem (como é comum nos estudos sobre acesso à justiça) ou nos princípios que os orientam. Assim, diversas definições podem ser identificadas, cada qual a partir da questão que será objeto de estudo. E tal divergência de entendimentos pode confundir aquele que busca aprofundamento no tema.

A fim de facilitar nossa abordagem, propusemos agrupar as diferentes definições de *acesso à justiça* em três modalidades:

“a) *acesso à justiça* como *inafastabilidade da jurisdição*, em que se adota como premissa possibilidade dada a qualquer pessoa de ter seu litígio apreciado pelo Estado. Tal ideia decorre especialmente da ênfase dada à estatalidade da justiça e da primazia do Poder Judiciário como solucionador de conflitos. Assim, os estudos dessa natureza se vinculam a identificar os instrumentos pelos quais a população pode (pelo menos em teoria) acessar o Poder Judiciário;

b) *acesso à justiça* como *garantia fundamental de direitos*, que remete à ideia de que somente se pode garantir a efetivação de um direito se garantido for o acesso ao Poder Judiciário, que deve se desincumbir concretamente de sua função constitucional. Essa acepção se volta ao resultado da atuação do Poder Judiciário na efetivação de direitos e tem seu foco da efetividade dos instrumentos jurídico-processuais voltados a reduzir as dificuldades no acesso à justiça estatal (custo, demora, formalidade, litigantes habituais, tutela adequada de direitos, como destacado no já mencionado relatório de Cappelletti e Garth) e a propor novos instrumentos jurídico-processuais mais aptos a tal finalidade;

c-) *acesso à justiça* como *acesso ao direito*, em que se procura deslocar o eixo de pesquisa da proteção estatal para a participação do próprio jurisdicionado na solução de seus conflitos. Nesse sentido, compreende o estudo medidas preventivas de conflitos, baseadas no conhecimento dos direitos pela população em seu grau mais abrangente (direito de acesso à informações relevante a suas decisões particulares e de ser informado sobre seus direitos); o direito de participar das decisões do Estado em relação à implementação de tais direitos, por via direta ou por representantes (o que pode ter caráter preventivo ou repressivo, conforme o direito posto em causa) e reconhecimento do direito de buscar solução para os conflitos existentes por meios não estatais” (por exemplo, pela mediação, arbitragem ou técnicas terapêuticas como a psicoterapia familiar, a terapia com agressores, a constelação familiar etc.).<sup>5</sup>

Da leitura do texto constitucional, verifica-se haver um compromisso com a realização dos direitos, seja diretamente, com a previsão de remédios e ações constitucionais, seja por reconhecer diversos direitos com eficácia imediata, ou ainda pelo estabelecimento de competências para a Administração Pública para desenvolvimento de diversas políticas públicas de acesso a direitos (mesmo que por meio de normas programáticas).

<sup>5</sup> Essas ideias já foram por nós apresentadas no artigo “O que quer dizer Acesso à Justiça?” Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/06/15/o-que-quer-dizer-acesso-justica/>

A Constituição de 1988 se pretendeu efetiva. Pretendeu romper com as desigualdades sociais. Buscou estabelecer uma nova ordem efetiva. Uma nova ordem a ser construída, porque voltada a corrigir diversas disparidades e fazer do Brasil a potência que sempre se desejou: deixar de ser o “país do futuro” para se tornar “o país do presente”. E, para isso, confiou a suas instituições o mais amplo espectro de acesso a direitos e à justiça que cada um deles representa.

### **3 COMO CONCRETIZAR O ACESSO À JUSTIÇA? A NECESSIDADE DE NOVOS MODELOS DE ESTUDO**

Como antes antecipado, definir o que seja acesso à Justiça é questionar o modelo positivista-normativista atualmente predominante nos estudos dogmáticos de direito. Por esse modelo, o trabalho do jurista se encerra na fixação da moldura decisória (se seguido o positivismo proposto por Hans Kelsen) ou da melhor interpretação da norma jurídica. Ou seja, o trabalho do jurista é o reconhecimento da norma jurídica vigente e, conforme o modelo de trabalho, também envolverá a fixação precisa de seu sentido e/ou os vínculos de imputação decorrentes da coincidência entre norma jurídica e situação de fato.

A aplicação, neste contexto, torna-se mero exaurimento de um processo prévio de fixação de termos linguísticos. A fórmula mais aceita é o silogismo jurídico: fixada (e/ou interpretada) a norma, verificam-se os aspectos de fato relevante apontando naquela mesma norma jurídica e, como síntese, havendo a coincidência, deve ser imposta a consequência prevista também na norma jurídica.

Neste modelo, o trabalho do jurista parte da norma jurídica e para ele retorna. A realidade é seccionada em fatos relevantes para a aplicação daquela norma jurídica, desprezando-se todo o contexto não estabelecido de forma direta ou indireta pelas regras de direito.

Tal modelo tem méritos em auxiliar na fixação objetiva de sentido das regras de direito (a fim de evitar o arbítrio de qualquer autoridade) e, por consequência, de aumentar a confiabilidade na autoridade do aplicador da norma. Porém, quando se busca concretizar os direitos reconhecidos a um grupo (seja todo o povo brasileiro, seja algum grupo hipossuficiente), a mera fixação de sentido e/ou das relações de imputação se torna insuficiente.

Isso porque o objetivo estabelecido é outro: parte-se da realidade sócio-histórico-cultural e para a ela retornar. Busca-se reconhecer concretamente as desigualdades e obstáculos ao exercício de liberdades, a quem elas acometem e em que medida elas ocorrem e reverter tal quadro, com medidas precisas.

Nesta forma de pensar, a norma jurídica se apresentará como uma instância de intermediação. Nela estarão contidos os critérios objetivos a serem atentados por todos os envolvidos na relação jurídica de imputação. Será necessário o esforço para a interpretação do texto. Porém, a aplicação na norma é o fim objetivado. O aplicador objetivará alterar a relações sociais e suas consequências na vida do grupo.



Mesmo que aplicada a norma jurídica a situações perfeitamente individualizadas e existentes entre indivíduos juridicamente iguais, não há como descartar o impacto das alterações decorrentes da efetivação do mandamento jurídico quando se aborda o Acesso à Justiça. Assim, outras perguntas se colocam ao investigador-jurista: esse mandamento realmente orienta outras condutas, afastando dúvidas e organizando relações semelhantes? Esse mandamento pode criar discrepâncias, salientando problemas antes sequer percebidos? O instrumento jurídico deve ser aperfeiçoado? Como?

Se o jurista buscar responder a essas perguntas com base nos métodos apenas normativistas, não obterá resposta satisfatória. E correrá o risco de apoiar suas conclusões em suas experiências pessoais, em suas crenças íntimas ou defenderá a aplicação de modelos estrangeiros que não se adequam de forma precisa às particularidades brasileiras. E poderá defender uma solução que agrave ainda mais o problema social existente.

Ao se modificarem os questionamentos, novos métodos devem ser identificados. E há que se considerar a existência de diversos outros métodos, desenvolvidos por outras ciências que também estudam o direito (como a sociologia, a ciência política, antropologia e a psicologia). Essas ciências recorrem a estudos tanto estritamente teóricos quanto empíricos e contemplam métodos para o aprofundado conhecimento do impacto de um fato ou ato em um grupo social determinado.

Além disso, há diversos estudos empreendidos pela geografia e pela estatística, que podem trazer dados reais da composição do grupo social e das suas necessidades.

É natural que se identifiquem resistências. Trata-se de pensamentos consolidados há muito tempo, ensinados nos cursos de direito e reforçados pela prática judiciária. Eles formam nossa forma de ver o mundo jurídico. São nosso paradigma fundamental de percepção do que seja o Direito e de como devemos o estudar.

Também se espera o questionamento quanto à suposta “contaminação” do Direito por outras áreas do saber. É nosso dever lembrarmos que há diversas teorias do Direito inspiradas ou baseadas em métodos outros, que apreendem o direito do ponto de vista das relações de poder, das relações sociais ou dos valores sociais, ou ainda que se concentram nos casos concretos e tendências de julgamento dos tribunais.

Se há crise no Direito, essa crise passa pela forma pela qual o enxergamos. Será que ao reduzir o estudo do direito à fixação do que seja norma jurídica e a como devemos a interpretar não reduzimos também a nossa percepção do que seja o próprio Direito? Não seria o momento de o jurista se reapropriar de aspectos que foram encampados por outras áreas do saber e que possam contribuir para a eficiência do aperfeiçoamento das normas jurídicas? Pensamos ser um momento de crise o ideal para que esse tipo de reflexão seja realizado.

## 4 NOVOS MÉTODOS DE PESQUISA EM DIREITO: CONHECENDO O AMBIENTE DA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS

Amparando-se nos métodos normativistas e nas práticas de outros países, habitou-se no Brasil a perseguir o aperfeiçoamento de suas instituições jurídicas por meio exclusivamente normativo. É o que se verifica da ampla atividade legislativa complementar e ordinária após a edição do texto constitucional, da qual decorreram textos inovadores como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre diversos diplomas protetivos de direitos.

Também foram realizadas profundas reformas legislativas nos textos de diversos Códigos e Estatutos, alguns dos quais foram completamente substituídos (como é o caso dos Códigos Civil e de Processo Civil). E assim se pretendeu modernizar o sistema jurídico brasileiro de forma a adequá-lo ao texto constitucional.

Essas inovações e alterações legislativas são importantes e necessárias, especialmente para assinalar aos operadores do direito de que o sistema jurídico deveria ter outro tipo de tratamento.

Porém, mudar a lei não é (e nem nunca foi) suficiente para modificar a realidade social. Nas palavras de Maria Tereza Sadek:

Formalmente, desde a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil pode ser classificado como um Estado de Direito e como uma democracia. Liberdades e direitos individuais e coletivos são garantidos, bem como há o império da lei. Os preceitos legais, entretanto, apesar de sua indiscutível importância, nem sempre traduzem a realidade. Um olhar, ainda que superficial, sobre o cotidiano revela que proliferam práticas de desrespeito a direitos básicos, quer impetradas por organismos estatais, quer por agentes privados. Por outro lado, ainda que em menor grau que no passado, é baixa a conscientização da população tanto sobre seus direitos como sobre canais institucionais disponíveis para a solução de seus litígios. Tornaram-se lugares-comuns denúncias apontando o crescimento de comportamentos que contrariam os princípios de uma vida civilizada, da impunidade, e das dificuldades de acesso aos canais formais de resolução de conflitos.<sup>6</sup>

Ou seja, para que se efetive o direito, impõe-se conhecer o direito experimentado. Nas palavras de Miguel Reale, o direito experimentado é aquele vivido em um contexto sócio-histórico-cultural específico. Envolve os comportamentos efetivos dos executores e dos destinatários das regras de direito e, também, a formulação desta experiência pela ciência do direito<sup>7</sup>.

Assim, como desde muito tempo reconhecia Miguel Reale, deve o jurista reconhecer os resultados obtidos por estudos de áreas como Sociologia Jurídica e da Política Legislativa auxiliam o jurista na compreensão integral do fenômeno jurídico e da correta fixação dos sentidos normativos, variáveis que são no tempo e no espaço, tendo em vista o caráter dialético da própria experiência jurídica.<sup>8</sup>

6 SADEK, Maria Tereza (org). **Acesso à Justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 7.

7 Reale esclarece que a definição de “experiência jurídica” envolve uma série de propostas filosóficas e o conceito é de difícil precisão. A respeito, “O problema da experiência jurídica” e “Experiência jurídica pré-categorial e objetivação científica”, ambas em REALE, Miguel. **O direito como experiência** – introdução à epistemologia jurídica. 2. edição fac-similar com nota introdutiva do Autor. São Paulo: Saraiva, 2001.

8 Nos trechos acima, cf. Miguel Reale, “Estruturas fundamentais do conhecimento jurídico”. **O direito como experiência**, 2001. pp. 61-64.

Ou seja, para que haja a modernização da norma jurídica, seja pela via legislativa, seja pela atuação dos Tribunais, é imprescindível que seja amplamente conhecido e estudado seu contexto de aplicação. E é essa a tarefa que deve se incumbir o jurista, na realização dos direitos constitucionais: abrir-se aos métodos dessas ciências, sempre com o intuito de melhor utilizar o ferramental jurídico e oferecer os melhores caminhos aos operadores do Direito.

As ciências sociais desenvolveram diversos métodos de pesquisa, que são agrupados pelos estudiosos de Metodologia em dois grandes grupos: métodos de abordagem, que objetivam a busca de resultados amplos e abstratos, voltados que são à apresentação e análise dos resultados obtidos por experimentos ou reflexões (são exemplos os métodos dedutivo, indutivo, hipotético-dedutivo e dialético), e os métodos de procedimento, que objetivam a coleta de dados pelo pesquisador, exigindo dele uma atitude mais concreta em relação ao fenômeno estudado (são exemplos o método histórico, comparativo, monográfico, estatístico, tipológica, funcionalista e estruturalista)<sup>9</sup>.

O método a ser utilizado depende diretamente da questão que se pretende pesquisar. Se o objetivo é saber quantas mulheres atuam em nome próprio no Poder Judiciário, quais litígios são mais comuns em determinadas regiões do País e se os juízes são suficientes para atender a população de determinado local, diferentes métodos podem ser utilizados. E é viável a combinação de métodos, caso assim se imponha.

E não raro, pesquisas com fundamento nas ciências sociais trazem informações que demonstram que muitas das soluções pensadas pela doutrina são descompassadas com a realidade. Vale mencionar o pioneiro estudo liderado por Maria Tereza Sadek intitulado “Acesso à Justiça”.

Nesta obra, o grupo de pesquisadores por ela liderado analisou diversas experiências de acesso ao Poder Judiciário por meio dos Juizados Especiais Cíveis, a abrangência da Advocacia Gratuita e dos canais alternativos para a proteção de direitos e trouxe resultados inesperados, que confirmaram diversos pontos de ineficiência desses serviços e destacaram o sucesso de estratégias alternativas.

Assim, para que o *acesso à justiça* em qualquer de suas acepções seja efetivado, deve o jurista incorporar em sua prática de pesquisa o recurso a estudos das ciências sociais, muitos dos quais baseados em métodos empíricos diversos. Ganha-se tempo e poupam-se recursos, além de serem superados diversos pré-juízos que apenas retardam o aperfeiçoamento da tutela de direitos pelo Estado Brasileiro.

## **5 A ADOÇÃO DE RELATÓRIOS GERENCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO A PARTIR DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45: DADOS SOCIAIS COMO CRUCIAIS PARA DETERMINAR POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO**

Temos observado que há uma gradual abertura ao uso de métodos das ciências sociais com foco no aperfeiçoamento das instituições jurídicas. Há uma tendência ao uso de práticas empíricas, em especial, as análises

<sup>9</sup> MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia científica*. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2018. p. 84-85

estatísticas. Esse instrumento é especialmente eficaz para responder perguntas referentes a acesso a equipamentos públicos, consciência de direitos,

E tal ferramenta se revelou tão útil que passou a ser contemplada no próprio texto constitucional. Trata-se da obrigatoriedade de emissão de relatórios estatísticos periódicos, estabelecidos como uma das funções do Conselho Nacional de Justiça, pelos art. 103-B, IV e V, do Texto Constitucional.

Trata-se, em especial, do relatório “Justiça em Números”, editado anualmente. Editados desde 2009, tais relatórios trazem dados como os custos e gastos do Poder Judiciário, sua arrecadação pelas taxas judiciárias, a quantificação dos processos por juiz e por serventuário da justiça, dentre outros dados que nos permitem comparar, ano por ano, a velocidade do aumento do acervo e sua diminuição, o que permite verificar quais políticas, treinamentos e demais investimentos devem ser realizados.

Sua metodologia vem sendo aperfeiçoada ao longo dos anos e é detalhada em cada novo relatório. E tal aumenta a confiabilidade no tratamento dos dados obtidos ao longo da pesquisa.

Além disso, tais relatórios têm trazidos dados que permitem compreender como a litigância judicial ocorre no Brasil. É possível verificar quais são os temas mais discutidos por órgão jurisdicional e divisão jurisdicional (justiça estadual ou federal e justiças especiais), o tempo médio de duração do processo judicial (agora dividido em processo de conhecimento e execução), quais são os maiores órgãos jurisdicionais etc.

Como se trata de informação pública, deve o jurista se debruçar sobre esse e diversos outros relatórios produzidos não só pelo Conselho Nacional de Justiça, mas por diversas instituições públicas e privadas sobre temas relacionados a acesso à Justiça. São exemplos os relatórios da Defensoria Pública e do Ministério da Justiça, além das instituições especializadas em direitos humanos das mais diversas naturezas.

## **6 DOIS EXEMPLOS DE ESTUDOS EMPÍRICOS NO QUE REFERE AO ACESSO À JUSTIÇA: SERÁ QUE O PROBLEMA DE EXCESSO DE PROCESSOS É QUE O BRASILEIRO LITIGA DEMAIS?**

A título de encerrar o presente estudo, impõe-se demonstrar como o uso de pesquisas baseadas em métodos de ciências sociais trazer maior clareza nos aspectos referentes ao acesso à Justiça. A fim de verificar se é correta a afirmação de que o brasileiro comum é o responsável pelo grande número de causas que tramita perante o Poder Judiciário, analisaremos dois relatórios disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça: o relatório de vitimização realizado pelo IBGE e o relatório “Os cem maiores litigantes”, produzido pelo próprio Conselho Nacional de Justiça.

No primeiro relatório, realizado a pedido do Conselho Nacional de Justiça, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística realizou entrevistas no período de 27 de setembro de 2004 a 26 de setembro de 2009, dentre as pessoas de 18 anos ou mais<sup>10</sup>. Concluiu-se que:

- a) Para a maioria da população, recorrer à Justiça somente tem sentido se o conflito for mais grave;
  - b) Das 12,6 milhões de pessoas que estiveram em situação de conflito no período, a maioria demandava por problemas trabalhistas, família, crime, consumidor, INSS e outros;
  - c) Os homens procuram mais o Poder Judiciário que as Mulheres;
  - d) Nas metrópoles as pessoas procuram mais o Poder Judiciário;
  - e) As pessoas de renda mais alta procuram mais o Poder Judiciário; (5 s/m ou mais – 15,9%, face a 8,3% das faixas até 1 salário mínimo);
  - f) Mais de 90% das pessoas ouvidas buscaram solução para o conflito, sendo que mais da metade buscou a Justiça, seguida pelo Juizado Especial;
  - g) Como meios informais para solução do conflito há a mediação de parentes, de Associações. Destaco a constatação da busca pela Polícia para solucionar conflitos;
  - h) Como motivos para não procurar a justiça foram listados os seguintes (são cumulativos)
- Solução por outro meio – 27,6%  
 Demora excessiva: 15,9%  
 Cabia ao outro o ajuizamento da demanda – 9,1%  
 Não sabiam que podiam usar a justiça: 6,8%  
 Não acreditam na Justiça: 6,6%  
 Falta de provas: 6,1%  
 Custos: 6,0%  
 Medo da outra parte: 4,4%  
 Distância: 1,4%  
 Outros motivos: 16,1%

Das conclusões alcançadas pelo relatório, verifica-se que as pessoas com maior poder aquisitivo, maior grau de instrução e que moram em grandes centros buscam mais o Poder Judiciário. Salta aos olhos a desigualdade no acesso à solução formal e fica bastante evidente que muitos litígios são resolvidos por outros meios que não o oficial. O que nos leva a concluir que não é o brasileiro comum que leva todas as suas causas ao Poder Judiciário.

Em outra pesquisa, voltada a verificar as características da chamada “litigância habitual”, foi produzido em 2012 pelo CNJ relatório estatístico que procurou identificar quem são os 100 maiores litigantes, ou seja, as pessoas que mais figuram como autores ou réus de demandas judiciais<sup>11</sup>.

Neste relatório verificamos que são os maiores litigantes o Poder Público, em suas diferentes esferas, incluindo suas autarquias e fundações, Bancos, Telefonias, Comércio, Seguros/Previdência, Indústria, Serviços e Conselhos Profissionais.

10 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Panorama do acesso à justiça no Brasil, 2004 a 2009**. jul. 2011. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/69f08fa6be2b411e6566b84bdc1d4b5a.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2021.

11 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 Maiores Litigantes**. 2012. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf). Acesso em: 30 ago. 2021.

Nas Justiças Estaduais, os líderes são os bancos (12,9%), seguidos do setor público municipal (9,25%), setor público estadual (4,85%), setor público federal (3,11%), telefonia (2,38%), seguros e previdência (0,93%), comércio (0,92%), Indústria (0,44%), serviços (0,42%) e transporte (0,18%).

Ou seja, verifica-se que mais de um terço das demandas envolvem determinados grupos. Em parte, podemos entender que tal se deve à necessidade da via judicial para a cobrança de dívidas (como é o caso das execuções fiscais e demais ações de cobrança e execução), bem como o conhecimento cada vez maior dos direitos dos consumidores, como se verifica nos maiores réus do Juizados Especiais Cíveis.

A execução fiscal consiste em um problema sério: corresponde a 32% de toda a tramitação do Poder Judiciário, segundo o relatório Justiça em Números de 2013, sendo os que mais tempo demoram para serem solucionados (taxa de congestionamento de 85%).

Em que pese a defasagem dos dados, pode-se verificar dos relatórios “Justiça em Números” que a grande maioria dos casos ainda é referente a execuções fiscais (alcançam mais de 30% das ações ajuizadas no Brasil, conforme o relatório de 2019), o que leva a crer que a maioria dos casos é ajuizada por entes públicos na cobrança de dívida ativa. A análise dos temas mais recorrentes também confirma a atualidade do relatório de litigância habitual.

Ou seja: mesmo que possa parecer a alguns profissionais que pessoas comuns e pessoas carentes “congestionam” o Poder Judiciário ou que o brasileiro “tem espírito litigante”, os números trazidos pelos relatórios estatísticos demonstram justamente o contrário: há um acesso ao Poder Judiciário bastante desigual e praticamente centralizado em cem grandes litigantes.

Qualquer reforma legislativa ou política pública que vise a melhorar a prestação do serviço jurisdicional que não considerar essa realidade pode, em verdade, reforçar a desigualdade e afastar cada vez mais a pessoa comum dos meios jurisdicionais. E tal providência reforça a descrença na justiça, agravando a desconfiança que já existe.

Em conclusão, o acesso à Justiça deve ser perseguido com o manejo das ferramentas adequadas, superando-se o uso estrito dos modelos pautados pelo normativismo e o integrando a métodos das ciências sociais. Desta forma se pode devolver ao estudo do Direito aspectos do fenômeno jurídico que têm sido desprezados na construção do ferramental dogmático e, conseqüentemente, adequar as soluções jurídicas às necessidades de seus destinatários.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 traz a necessidade de serem repensados os métodos de estudo do Direito para além do paradigma do positivismo-normativista até então consagrado nos meios acadêmicos. Deve-se agregar a tal modelo a ideia de que a norma é um instrumento de interlocução entre poder e destinatário, e que

deve ser tomada como a medida do direito reconhecido. Deve-se tomar o direito na inteireza de sua concepção e tal é viável pelo acréscimo de métodos de estudo aos já consagrados.

Ao eleger a Carta Cidadã a efetividade do direito como meio de transformação social, elegeu o Acesso à Justiça como instrumento de sua implementação. Justiça acessível demanda mais do que reformas legislativas. Conhecer a realidade social é o primeiro passo para reconhecer os direitos consagrados. Só por essa via é possível verificar o nível de desigualdade jurídico-social e o quanto as liberdades individuais e coletivas não podem ser concretamente exercidas.

E assim, as medidas a serem adotadas pelo jurista podem ser as aptas a desfazer pré-juízo e pré-conceitos que há muito tempo apenas acirram as diferenças e contribuem para as crises de legitimidade apontadas por diversos estudiosos.

## REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. **Temas de direito processual** – oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. **Temas de direito processual** – oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CALAMANDREI, Piero. **A crise da justiça**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 5. reimp. Lisboa: Almedina, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 Maiores Litigantes**. 2012. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf). Acesso em: 30 ago. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Panorama do acesso à justiça no Brasil, 2004 A 2009. jul. 2011. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/69f08fa6be2b411e6566b84bdc1d4b5a.pdf>. Acesso em: 01 set. 2021.
- FERRAZ JÚNIOR., Tércio. Interpretação das normas constitucionais. In: **Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas**. Coord. Regina Quaresma e Maria Lúcia de Paula Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. O diálogo entre direito e história. In: **Diálogos entre direito e história: cidadania e justiça**. Coord. Gladys Sabina Ribeiro, Edson Alvisi Neves e Maria de Fátima Cunha Moura Ferreira. Niterói: EdUFF, 2009.
- LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **A carta da democracia** – o processo Constituinte da ordem pública de 1988. Rio de Janeiro: Topbooks, 2008.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 7. ed., São Paulo: Atlas. 2018.
- REALE, Miguel. **O direito como experiência** – introdução à epistemologia jurídica. 2. edição fac-simular com nota introdutiva do Autor. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ROQUE, Nathaly Campitelli, **O que é acesso à justiça?** 15 jun. 2018. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2018/06/15/o-que-quer-dizer-acesso-justica/>. Acesso em: 5 jan. 2021.
- SADEK, Maria Tereza (org). **Acesso à Justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

# CAPÍTULO 5

## O INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL E A MATERIALIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Grace Mendonça

O instituto da repercussão geral foi incorporado pela [Emenda Constitucional nº 45/2004](#) no ordenamento jurídico brasileiro<sup>1</sup> com o intuito de aprimorar a jurisdição constitucional, tornando-a mais racional mediante análise e definição, pela Corte Suprema, de temas que ultrapassam a mera subjetividade de determinada relação jurídica processual.

A par de seus importantes benefícios para o sistema de justiça, o instituto tem revelado consistência de vocação e força propulsora de um dos mais relevantes postulados do Estado Democrático de Direito encartados na Constituição da República: a segurança jurídica. Isso porque o instrumento carrega consigo a aptidão de viabilizar a uniformização de linhas interpretativas e de transformar a segurança jurídica em valor tangível, impactando positivamente no sistema de justiça e na sociedade.

Regulamentado inicialmente pelo art. 543-A e seguintes do CPC/73 (e, no CPC/15, pelos artigos 1.035 e seguintes), o novo pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário passou a ser exigido para os casos em que a intimação do acórdão recorrido se deu a partir de 03.05.2007 – data da entrada em vigor da Emenda Regimental no 21/2007, a qual regulamentou inicialmente o instituto no âmbito do Regimento Interno da Corte.

Ao longo dos anos o instituto recebeu normatização no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal no art. 13, com a redação das Emendas Regimentais nº 24/2008, nº 29/2009 e nº 41/2010; arts. 21, 340 e 341, com a redação das Emendas Regimentais nº 41/2010 e 42/2010; arts. 38, 57, 59, 60, 67, 78, 323-A e 325-A, com a redação da Emenda Regimental nº 42/2010; arts. 322-A e 328, com a redação da Emenda Regimental nº 21/2007; art. 324, com a redação das Emendas Regimentais nº 31/2009, nº 41/2010, nº 47/2012 e nº 49/2014; art. 328-A, com a redação da Emenda Regimental nº 23/08 e da Emenda Regimental nº 27/2008.

A sistemática detém dois objetivos nucleares: (i) a delimitação da competência recursal extraordinária da Suprema Corte, que se tornou adstrita às questões constitucionais dotadas de relevância social, política, econômica ou jurídica para além dos interesses subjetivos do recurso examinado; (ii) a uniformização da interpretação em matéria constitucional por intermédio da escolha de um recurso representativo de controvérsia, cuja decisão servirá de parâmetro para os demais juízos e tribunais do país em julgamento de casos análogos.

<sup>1</sup> O instituto da repercussão geral consta do art. 102, §3º da [Constituição da República](#).



Como desdobramento natural, o sistema de justiça tende a fluir com maior eficiência e menor onerosidade, evitando-se, a partir da decisão proferida no caso paradigmático, que controvérsias do mesmo teor sejam novamente submetidas à apreciação da Corte.

Embora o recurso extraordinário esteja inserido no âmbito do denominado controle difuso de constitucionalidade – marcado pela delimitação dos efeitos da decisão às partes –, a tendência de objetivação desse tipo de controle revela-se cada dia mais notória, com a incorporação de premissas e institutos próprios do controle concentrado de constitucionalidade, cuja decisão produz efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante.

Referida tendência torna-se bastante evidente ao se considerar que a competência recursal extraordinária da Suprema Corte é circunscrita, na repercussão geral, à apreciação e julgamento de recurso cuja relevância social, política, econômica ou jurídica transcenda os interesses subjetivos da causa, ou mesmo ao se ter em conta que a pacificação do tema, em julgamento submetido à sistemática, tem a capacidade de orientar a interpretação constitucional a ser adequadamente aplicada aos múltiplos litígios que contemplam a mesma questão constitucional.

Na linha de abstrativização da sistemática do controle objetivo de constitucionalidade na seara do recurso extraordinário, observa-se a previsão de intervenção de terceiros interessados (arts. 1035, § 4o, e 1.038, I, [CPC](#)), a possibilidade de realização de audiências públicas, a perspectiva de modulação dos efeitos da decisão e a suspensão de processos pendentes que versem sobre o mesmo assunto em trâmite em todo o território nacional.

Ciente de que a precisa interpretação da Constituição da República demanda também o conhecimento da percepção social a respeito do tema, a Corte Suprema tem aberto suas portas para ouvir a sociedade por intermédio da participação de especialistas, que podem ser admitidos no feito na qualidade de *amici curiae*, sobretudo quando a discussão envolver matérias de maior complexidade e que ultrapassam a seara jurídica. O objetivo precípua da intervenção “consiste na pluralização do debate constitucional, com vistas a municiar a Suprema Corte dos elementos informativos necessários ou mesmo trazer novos argumentos para o deslinde da controvérsia”.

O Supremo Tribunal Federal tem buscado, dessa forma, ouvir especialistas antes de decidir temas complexos também no controle difuso de constitucionalidade, agregando informações técnicas para subsidiar sua análise jurídica a respeito da interpretação da problemática que lhe é trazida, que se somam ao trabalho desenvolvido pelas partes por intermédio de seus advogados, dos pareceres técnicos, dos memoriais, dos despachos, das sustentações orais e, até mesmo, dos esclarecimentos de questões de fato.

Um processo substancialmente rico em informações técnicas favorece uma interpretação constitucional mais eficiente, capaz de abarcar as múltiplas nuances do tema em discussão, em especial quando o julgamento se realiza no âmbito de um recurso extraordinário com repercussão geral.

Como decorrência lógica, o instituto da repercussão geral ostenta habilidades diferenciadas que acabam por resguardar o próprio princípio da igualdade, encartado no art. 5º, *caput* da Constituição da República, porquanto se a interpretação atribuída pelo Supremo Tribunal Federal a determinada matéria é aplicada a casos semelhantes a percepção social de justiça restará reforçada. Nesse sentido, todos estão igualmente submetidos à lei, consoante explicitamente determina o legislador Constituinte originário, mas também à interpretação a ela conferida pelo Supremo Tribunal Federal, circunstância que alarga as bases de confiança da sociedade na entrega da prestação jurisdicional.

Quando, em casos semelhantes, a mesma orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral é aplicada, a finalidade pacificadora do instituto é alcançada e o princípio da igualdade é homenageado – a identidade entre demandas obtiveram a identidade de decisões, em um compasso interpretativo impulsionador de segurança jurídica.

Daí a importância da tese fixada pela Corte Suprema quando do julgamento de um recurso extraordinário com repercussão geral. Com efeito, após o julgamento do recurso extraordinário paradigmático, o Supremo Tribunal consolida o teor da tese jurídica de repercussão geral, a qual irá nortear a apreciação de todos os processos judiciais em tramitação no âmbito do Poder Judiciário versando sobre a mesma matéria. A tese retrata a compreensão definitiva do Colegiado sobre a interpretação da questão constitucional que lhe foi trazida por intermédio do recurso extraordinário, mas que não se limita ao caso concreto.

Nesse sentido, a definição da tese de repercussão geral ganha contornos mais gerais, de caráter amplo, que comunica aos jurisdicionados o entendimento dominante do Colegiado constitucional a propósito da questão que lhe fora submetida à apreciação, considerando exatamente sua expansão para além do caso concreto ou seu potencial para atingir outros conflitos de interesses sob a análise dos demais órgãos do Poder Judiciário.

Essa característica de reverberação do entendimento para outros processos vem conjugada com uma forte carga de responsabilidade na definição da tese, justamente para que se atinja o objetivo de pacificação dos conflitos e de fomento da segurança jurídica. Assim, ao sedimentar a interpretação da questão constitucional em uma tese de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal dá concretude à vocação do instituto de contribuir para a uniformização de entendimento, mediante a apresentação de diretriz interpretativa a ser seguida por juízes e tribunais em feitos similares, de modo a evitar o investimento de tempo na apreciação de casos idênticos e de conferir segurança jurídica aos jurisdicionados, que podem, até mesmo, antever a conclusão jurídica que será aplicada às suas demandas após a deliberação da Corte a respeito do tema.

A pacificação interpretativa é manifestada, portanto, em teses de repercussão geral cuidadosamente fixadas pelo Colegiado, as quais passam a nortear as decisões a serem tomadas pelas demais instâncias do Poder Judiciário, numa articulação uniformizadora de destacada relevância para a sociedade, por desestimular o avanço de controvérsias judiciais em rota de confronto com a tese já fixada.

A sistemática da repercussão geral, como já mencionado, tem a aptidão de impactar positivamente na funcionalidade do Sistema de Justiça brasileiro, na medida em que propicia maior racionalidade e eficiência, tornando a engrenagem mais fluida e menos onerosa. Seus salutares efeitos expandem-se para alcançar o litigante individual ou coletivamente considerado envolvidos em conflitos judiciais que aguardam equânime distribuição de Justiça.

Não por outra razão, um dos pressupostos para a submissão do recurso extraordinário à sistemática da repercussão geral reside na relevância social, política, econômica ou jurídica do tema para além da subjetividade consubstanciada no recurso paradigmático<sup>2</sup>. Para tanto, revela-se imprescindível a efetiva demonstração de tais pressupostos, mediante a apresentação de sólidos fundamentos no sentido de ser o tema objeto do **recurso extraordinário** verdadeiramente portador de ampla repercussão<sup>3</sup>.

Quando se estabiliza a correta interpretação constitucional, mediante a fixação de uma tese de repercussão geral, incrementa-se previsibilidade, assim como ganha maior solidez<sup>4</sup> o princípio da proteção da confiança, enquanto a irresignação, ínsita ao estado de dissenso interpretativo, é apaziguada, potencializando o senso de justiça material. Afinal, a dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica implica precisamente a proteção da legítima confiança, materializada também quando o órgão mais elevado do Poder Judiciário revela sua compreensão sobre tema de natureza constitucional.

A previsibilidade, intrínseca à concepção de segurança jurídica, que, segundo Canotilho<sup>5</sup>, proporciona aos cidadãos certeza e calculabilidade no que diz respeito às consequências e aos efeitos jurídicos dos atos normativos, também pode ser estendida à interpretação fixada à luz da sistemática da repercussão geral. Pelos mesmos fundamentos, pode-se afirmar que a definição da tese de repercussão geral propicia a *calculabilidade interpretativa* e, em decorrência, fomenta segurança jurídica.

Se, antes da sistemática da repercussão geral, à luz dos precedentes da Corte Suprema, era possível extrair a sua linha interpretativa a respeito de determinada questão constitucional, com o instituto da repercussão geral, uma vez fixada a tese, o posicionamento torna-se manifesto, estancando eventual hesitação hermenêutica. Nas contendas de índole constitucional, portanto, a partir da tese firmada, o Poder Judiciário proporciona maior segurança jurídica ao jurisdicionado, conferindo-lhe condições mais refinadas de calculabilidade interpretativa.

Aliás, a jurisprudência dominante da Corte desempenha destacado papel no julgamento de recursos extraordinários sob a sistemática da repercussão geral. Muito embora seja a partir do julgamento do recurso representativo da controvérsia que a tese será definida, o histórico jurisprudencial do Colegiado merece e vem

2 Conforme exigência constitucional, legal e regimental (art. 102, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.035, § 2º, do CPC/2015)

3 Nesse sentido, decisão exarada pelo Ministro Alexandre de Moraes no julgamento do RE nº 1.239.596.

4 O princípio da proteção da confiança não é aplicável apenas à Administração Pública, mas ao Estado em todas as suas atuações. Assim, destaca que “nem faria sentido que, ao agir, como legislador, como decisor político, na ordem interna ou externa ou como tribunal, o Estado pudesse deixar de o acatar”, conforme afirma Jorge Miranda em **Manual de Direito Constitucional**, vol. IV – direitos fundamentais. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. p. 369.

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2004. p. 263.

sendo prestigiado, afinal, rupturas interpretativas, a depender das circunstâncias, podem colocar em risco ou embaçar a percepção de segurança jurídica.

Esse aspecto não tem passado despercebido pelo Supremo Tribunal Federal. As situações de virada interpretativa normalmente são marcadas por elementos de caráter objetivo, como a inovação ocorrida no ordenamento jurídico – reveladora de descompasso entre a interpretação até então firmada e a contemporânea legislação de regência do tema – ou mesmo a presença no julgado de circunstâncias fáticas distintas daquelas que embasaram o entendimento firmado em precedentes<sup>6</sup>.

No contexto de valorização da jurisprudência, igualmente merecem destaque as hipóteses em que, ao estruturar a tese de repercussão geral, a Corte acaba por promover a complementação ou integração interpretativa, sem desacreditar a construção jurisprudencial existente<sup>7</sup>. Em outros casos também é possível constatar que a tese firmada em repercussão geral altera a jurisprudência anterior para alargar sua base protetiva do cidadão<sup>8</sup>.

Não obstante, uma vez mantido o cenário legislativo e as balizas sobre as quais se assentou a jurisprudência, a Corte Suprema tem reafirmado a solidez de seus precedentes, incrementando segurança jurídica<sup>9</sup>.

Um julgamento sob a sistemática da repercussão geral não significa, dessa forma, a abertura sem limites de determinada discussão constitucional, desconectando-a do histórico jurisprudencial do Colegiado, numa perspectiva de descontinuidade interpretativa. Sem elementos objetivamente apresentados, a guinada jurisprudencial implicaria degradação da segurança jurídica e, por conseguinte, perda de riqueza, porquanto não há crescimento, inclusive nas vertentes social e econômica de um país, em ambiente cercado por incertezas ou indefinições.

Se a cada julgamento sob a sistemática da repercussão geral o Supremo Tribunal Federal se orientasse pela desconsideração, sem freios, da jurisprudência construída, a insegurança jurídica e a instabilidade restariam consolidadas. Aliás, esvaziado estaria o próprio instituto da repercussão geral que exige, como antecedente necessário, a demonstração de aspectos que transcendam o caso concreto, no plano social, político, jurídico e econômico, eixos que, já na largada do julgamento, estariam comprometidos caso a jurisprudência pacificadora de tema constitucional, firmada ao longo dos anos, fosse ignorada, sem o respaldo em elementos objetivos devidamente apontados. A incerteza, própria de um reinício, comprometeria a segurança jurídica.

6 Menciona-se, nesse sentido, a decisão firmada por meio da Tese nº 15 (RE 570.177), em que o Tribunal entendeu que o serviço militar obrigatório poderia ser remunerado com valor abaixo do salário mínimo, não incidindo em ofensa à garantia constitucional do salário mínimo, pois os praças não poderiam ser considerados trabalhadores na acepção do art. 7º da CR/88.

7 O que ocorreu, por exemplo, quando da apreciação do Tema nº 19 (RE 565.089), em que a Corte esclareceu que a interpretação a ser conferida à garantia constitucional de revisão geral anual à remuneração e subsídio de servidores públicos (art. 37, X, CR/88). Reafirmou o Tribunal que os servidores públicos têm direito à referida garantia, mas que tal direito pode não gerar necessariamente um reajuste caso este se revele impossível em virtude da prestação de contas.

8 Como exemplo, cite-se o tema nº 130. Tese fixada: “A responsabilidade de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º da Constituição Federal.” Redação de tese aprovada em 09/12/2015. Até então, a responsabilidade objetiva da concessionária era reconhecida apenas em favor do usuário do serviço público.

9 A título exemplificativo, decisão proferida no RE nº 1.258.934, de Relatoria do Ministro Presidente Dias Toffoli, objeto do Tema nº 1085, com a seguinte ementa: “Recurso extraordinário. Tributário. Taxa de utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX). Majoração da base de cálculo por portaria ministerial. Delegação legislativa. Artigo 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/1998. Princípio da legalidade. Ausência de balizas mínimas definidas em lei. Atualização. Índices oficiais. Possibilidade. Existência de repercussão geral. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema.”

A compreensão de que a revisitação descomedida da jurisprudência significaria contrassenso com os propósitos perseguidos pelo instituto da repercussão geral não implica a defesa do engessamento interpretativo, mas, tão somente, a necessidade de moderação quanto à mudança de orientação jurisprudencial, de modo a não lançar mácula sobre os pilares de sustentação da segurança jurídica, promovendo verdadeiro estado de incerteza. Afinal, a jurisprudência não se apresenta como uma posição estanque do Tribunal, mas antes, como o resultado de um processo hermenêutico, alicerçado em princípios, comandos e conceitos constitucionais.

É certo que o dinamismo das relações jurídicas recomenda o avanço interpretativo, em especial em matéria constitucional, tanto que, pela sistemática adotada, a própria tese de repercussão geral pode ser revisada. A mudança, contudo, merece vir acompanhada da indispensável robustez de fundamentação, bem como da inserção de mecanismos niveladores, a exemplo da modulação e das cláusulas de transição, cruciais à preservação da segurança jurídica<sup>10</sup>.

Quando esforços são concentrados no sentido de materializar a segurança jurídica, tornando-a aliada no processo de alavancagem social, econômica, jurídica e política do país, o instituto da repercussão geral pode se tornar um forte instrumento de cooperação, já que o enfrentamento da questão constitucional, objeto do recurso extraordinário paradigma, demanda o exame de seus impactos ou externalidades nas mesmas esferas, de modo a trazer a necessária uniformização de entendimento, inclusive prestando reverência, sempre que possível, ao histórico jurisprudencial da Corte. Nesse sentido, quanto mais bem estruturada for a tese de repercussão geral, desembaraçando imprecisões interpretativas a respeito do tema em suas múltiplas vertentes, mais eficiente será o seu alcance, em prol da sedimentação da segurança jurídica.

Trata-se, portanto, de instrumento a serviço da jurisdição constitucional capaz de aquietar incertezas, de estabilizar linhas interpretativas e de propiciar ao jurisdicionado a ampliação dos níveis de cognoscibilidade acerca da posição da Suprema Corte, bem como de previsibilidade e calculabilidade normativa e interpretativa, elementos estruturais da segurança jurídica enquanto postulado do Estado Democrático de Direito.

O trabalho interpretativo, a partir da fixação de teses de repercussão geral, ganha estatura pacificadora, revelando a virtude do instituto de viabilizar a interpretação de leis e atos normativos à luz da Constituição da República, sob o estandarte da segurança jurídica. A aptidão do instituto de materializar esse importante postulado do Estado Democrático de Direito atesta o acerto da inovação trazida pelo legislador Constituinte reformador, tornando ainda mais robustos os princípios e comandos constitucionais.

<sup>10</sup> Cite-se, a título exemplificativo, a decisão proferida pelo STF ao julgar o Tema nº 335, em que a jurisprudência restou alterada para considerar ausente afronta ao princípio da isonomia na previsão editalícia segundo a qual as alterações corriqueiras de saúde não seriam aptas a ensejar a remarcação do teste físico em concurso público. Justamente pela jurisprudência em sentido contrário, aplicável de longa data, o Ministro Relator fez destaque em seu voto para resguardar a segurança jurídica. Eis o trecho: “Em casos como este, em que se altera jurisprudência longamente adotada, parece sensato considerar seriamente a necessidade de se modularem os efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica. Essa tem sido a praxe neste Supremo Tribunal Federal, quando há modificação sensível de jurisprudência.”

## REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2004.

MIRANDA, Jorge em **Manual de direito constitucional**, vol. IV – direitos fundamentais. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

# CAPÍTULO 6

## REFLEXÕES SOBRE DESAFIOS E (IN)CONSTITUCIONALIDADES DOS JULGAMENTOS VIRTUAIS NO STF

Ana Carolina Andrada Arrais Caputo Bastos

Julia de Baère Cavalcanti d'Albuquerque

### INTRODUÇÃO

A pandemia decorrente do novo coronavírus (Covid-19) provocou profundas transformações na sociedade, sobretudo quanto à reunião de pessoas. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a [Emenda Regimental \(ER\) n. 53/20 em 18/03/2020](#), ampliando indistintamente a modalidade de julgamentos virtuais no âmbito da Corte. Não estabeleceu, contudo, data para que a mudança deixasse de surtir efeito. Assim, embora a medida tenha sido apresentada como alternativa para o contexto atual, a falta de vinculação com o fim da pandemia leva a crer que se trata de algo em caráter definitivo.

Considerando, então, que “*todos os processos de competência do Tribunal*” poderão ser apreciados em listas a partir de agora, de forma presencial ou eletrônica (art. 21-B do [Regimento Interno do STF – RISTF](#)), não há dúvida de que essa alteração mudará substancialmente a dinâmica da Suprema Corte. Faz-se necessário, portanto, analisar se está de acordo com os princípios, os direitos e as garantias fundamentais previstos na Constituição Federal (CF/88) e na legislação de regência.

### 2 O MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DE DELIBERAÇÃO

Por ter se tornado uma realidade no direito brasileiro com o passar dos anos, poucos ainda questionam a compatibilidade dos julgamentos virtuais com o modelo de deliberação escolhido pela CF/88. Uma das razões para isso talvez seja a conveniência com que alguns receberam a novidade. Ademais, era natural e esperado que o uso de novas tecnologias também fosse incorporado ao mundo jurídico. As aparentes vantagens desse modelo, contudo, não deveriam ter diminuído um debate indispensável entre os juristas. Afinal, ele encontra respaldo no texto constitucional?

É preciso lembrar que o art. 93, IX reforça que os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos (art. 5º, LX c/c art. 37) e suas decisões fundamentadas. Acrescenta que apenas a lei pode limitar a presença das partes e de seus advogados ou restringi-la a estes, em vista do interesse público à informação (art.

5º, XIV) e dos princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV). Encerra, em especial, dois princípios fundamentais: o da publicidade e da motivação das decisões judiciais.

Nem sempre foi assim. Em março de 1978, o Professor José Carlos Barbosa Moreira escreveu – com base em dados históricos e no direito comparado – sobre a importância de ambas as garantias, inerentes ao Estado de Direito, constarem na CF/67 então vigente. Segundo ele, asseguravam não só a legitimidade do processo, mas da própria justiça. Entendia que “a motivação das decisões judiciais, como expressão da ‘justificação formal’ dos atos emanados do Poder a que compete, por excelência, a tutela da ordem jurídica e dos direitos subjetivos, constitui garantia inerente ao Estado de Direito<sup>1</sup>”.

O fato de a CF/88 inseri-las no texto e reforçá-las em outros dispositivos tem sua razão de ser. Evidenciam a escolha do Constituinte em estabelecer a motivação obrigatória e pública como mecanismo de controle das decisões judiciais e evidente limite para a revisão dos atos dos demais Poderes eleitos democraticamente. Vale lembrar que a nossa “Constituição Cidadã” é de um período de redemocratização pós-regime militar, em que o constitucionalismo conquistava cada vez mais espaço a nível mundial, mas, com ele, cresciam os questionamentos sobre a legitimidade da justiça constitucional.

## 2.1 DELIBERAÇÃO ABERTA E PÚBLICA X FECHADA OU SECRETA

A publicidade a que se refere o art. 93, IX da CF/88 pressupõe dois comandos: um dirigido aos Tribunais, de um modo geral, e outro aos advogados e aos jurisdicionados. Com relação aos primeiros, há uma imposição de que as decisões adotadas nos julgamentos sejam expostas publicamente no exato momento em que proferidas, de modo que os possíveis interessados tomem conhecimento da motivação daquelas razões de decidir de forma concomitante. Tanto é assim que as sessões são, como regra, realizadas a portas abertas e a única limitação quanto ao ingresso aos locais de deliberação restringe-se ao traje adequado.

Pode-se dizer que – diante da escolha por julgamentos públicos e decisões fundamentadas – o formato aberto de deliberação passa a ser consectário natural e indispensável para assegurar ambas as garantias fundamentais (de publicidade e de fundamentação) e, portanto, do devido processo legal. A opção brasileira difere do modelo fechado ou secreto adotado, por exemplo, pela Corte Constitucional italiana, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e pelo Conselho Constitucional francês.

Na maioria desses países, prevalece a premissa de que o debate constitucional entre os juízes deve ocorrer longe de olhares e pressões externas. Deliberam em espaços fechados, onde cada magistrado tem ampla liberdade para expor o seu ponto de vista acerca de determinada questão jurídica e, desse modo, buscar o convencimento dos demais ou um consenso possível. Não se pode dizer que é um formato melhor ou pior do que

1 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. Temas de Direito Processual (segunda série). São Paulo: Saraiva, 1980. p. 95.



o escolhido pelo direito brasileiro. É simplesmente diferente. Cada qual revela um valor jurídico maior a ser resguardado pela lei fundamental.

No Brasil, privilegiou-se o acesso à informação (art. 5º, XIV), a publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX), a transparência na construção das decisões judiciais e a importância de serem devidamente fundamentadas (art. 93, IX), bem como a efetiva contribuição da advocacia na administração da justiça (art. 133). Daí a necessidade de se assegurar o segundo comando, qual seja a presença das partes, dos advogados e interessados nas sessões de julgamento ou na realização de atos quando a lei não dispuser em sentido contrário. São esses os preceitos jurídicos que mereceram maior atenção do Constituinte.

Nesse sentido, destaque-se trecho da ementa de acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello, decano do STF à época: “o novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais<sup>2</sup>”. A máxima se aplica, com maior razão, ao STF.

Frise-se que, até maio de 2020, relatório e votos só eram tornados públicos com o acórdão. Embora se reconheça que houve um avanço, o atual sistema de votação ainda se situa entre o pior dos dois mundos (aberto e fechado). Diminuiu-se o acesso e a participação substancial dos advogados e dos jurisdicionados, sem que – com isso – fosse assegurado um ambiente mais propício a debates espontâneos e interação concreta entre os Ministros.

## 2.2 GARANTIA DE PRESENÇA OU DE ACESSO CONCOMITANTE

O segundo comando do art. 93, IX da CF/88 foi de tal modo resguardado pelas transmissões ao vivo da **TV Justiça** (desde 2002) e da **Rádio Justiça** (desde 2004) que geraram críticas sobre a superexposição do STF à opinião pública. Não houve, contudo, estudos suficientes para medir a influência dessa maior abertura do processo deliberativo da Corte; o quanto o uso da televisão, do rádio e da internet<sup>3</sup> influencia o discurso argumentativo dos Ministros da Corte, tendo em vista saberem que estão sendo acompanhados por inúmeros interessados em tempo real. Faltam dados científicos para dizer se isso teria contribuído para o fortalecimento da democracia ou simplesmente transformado os julgamentos do Tribunal em acontecimentos midiáticos.

Seja como for, é preciso ter em conta que a criação da TV Justiça (Resolução-STF n. 232/02<sup>4</sup>) foi prevista pela Lei n. 10.461/02 (curiosamente sancionada por um membro do STF, Ministro Marco Aurélio, quan-

2 STF, Tribunal Pleno, **MI 284/DF**, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Relator p/ acórdão Ministro CELSO DE MELLO, DJ 26/06/1992. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1507126> / <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur153011/false>. Acesso em: 30 ago. 2021.

3 Além da divulgação feita pela TV Justiça e pela Rádio Justiça, as sessões do STF são transmitidas ao vivo por seu canal no YouTube e por sua conta no Twitter.

4 Dispõe sobre a TV Justiça e dá outras providências. Disponível em <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO232.PDF>.

do exerceu a Presidência da República de forma interina)<sup>5</sup>. A Rádio Justiça<sup>6</sup>, por sua vez, tem origem em um documento assinado entre o STF, a Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica e a Radiobrás. São iniciativas, portanto, que tiveram a participação de outros Poderes, a revelar o interesse comum em reforçar o compromisso constitucional com a publicidade.

A essa altura, poderia o STF – sozinho e por simples norma regimental – diminuir o alcance dessas garantias, ainda mais sem critério pré-estabelecido, dependendo apenas do designo de cada Relator? Em 2019, o filtro para apreciação no ambiente virtual era a classe processual ou a “jurisprudência dominante”. Atualmente, basta a vontade do Relator ou do Ministro vistor, com a concordância daquele, para um processo ser excluído da cobertura pela TV ou pela Rádio Justiça.

O que deve orientar, então, a escolha entre o julgamento presencial, por videoconferência ou virtual? Em qualquer cenário, atrai-se o ônus argumentativo. Do contrário, “a ausência de justificativa pública e institucional para essas escolhas deixa margem para uma grave suposição: de que a opacidade do ambiente eletrônico poderia ser vista pelo Supremo não como um obstáculo, mas como uma oportunidade de escolher quais decisões colegiadas devem ser afastadas da apreciação e do escrutínio públicos”<sup>7</sup>.

No ato de assinatura do contrato de operação da Rádio Justiça, o então Presidente do STF, Ministro Maurício Corrêa, afirmou que ela tinha igual importância que a TV Justiça, porque alcançaria segmento distinto da sociedade. Referia-se às pessoas que ainda não têm acesso à televisão. “Com isso, eu creio que a cidadania se apresenta com mais vigor, porque quanto mais a população seja informada do que é o Judiciário, tanto melhor para o cidadão”, disse sua Excelência<sup>8</sup>. É notório o empenho em ampliar a garantia constitucional de acesso prevista no art. 93, IX da CF/88 nos últimos anos.

O argumento de que posteriormente as mídias poderiam dar a devida atenção aos temas julgados não convence. Primeiro, porque a CF/88 garante acesso concomitante aos julgamentos ou à prática dos atos processuais. Isso se torna ainda mais evidente no art. 133 da CF/88 que assenta a indispensabilidade da advocacia à administração da justiça. Por óbvio, o advogado estaria impedido de exercer seu relevante papel e seria reduzido a um mero espectador dos resultados das deliberações do STF.

Entre os instrumentos que lhe asseguram esse dever de contribuir com a atividade jurisdicional destacam-se a realização de sustentação oral após a leitura do relatório, a propositura de questão de ordem para o bom andamento do processo, a intervenção na tribuna para prestar esclarecimento de matéria de fato capaz de influir no resultado do julgamento. No ambiente virtual, isso se artificializa ou simplesmente desaparece.

<sup>5</sup> “Trabalha na perspectiva de informar, esclarecer e ampliar o acesso à Justiça, buscando tornar transparentes suas ações e decisões. Este é o maior propósito da emissora do Judiciário”. Disponível em <http://www.tvjustica.jus.br/index/conheca>.

<sup>6</sup> “Ao tratar os temas jurídicos em profundidade, a Rádio Justiça busca evitar que assuntos importantes e complexos sejam abordados superficialmente”. Disponível em <http://www.radiojustica.jus.br/radiojustica/sobreRadio!showHistoriaRadio.action?menuSistema=mn317>.

<sup>7</sup> GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Opacidade do plenário virtual, Zika e censura nas escolas: obstáculo ou estratégia?** Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/opacidade-plenario-virtual-zika-censura-escolas-12052020>. Acesso em: 30 ago. 2021.

<sup>8</sup> Disponível em [https://www.conjur.com.br/2004-abr-20/contrato\\_assinado\\_correa\\_gushiken\\_bucci](https://www.conjur.com.br/2004-abr-20/contrato_assinado_correa_gushiken_bucci)

É importante registrar que, até maio de 2020, o relatório e os votos dos Ministros sequer eram disponibilizados no sítio eletrônico do STF durante as sessões de julgamento virtual, o que impedia sobremaneira que a atuação dos advogados fosse semelhante a que faziam nas sessões presenciais. A mudança veio com a Resolução-STF n. 675/2020, assinada em 22/04/2020, e só ocorreu em razão dos apelos feitos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e por associações de advogados<sup>9</sup>.

### 3 RESTRIÇÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS POR NORMA REGIMENTAL?

Apesar de soar extemporânea, há uma questão que ainda merece ser enfrentada: a legitimidade da criação dos julgamentos virtuais por norma regimental. É certo que os Tribunais podem dispor sobre competência e funcionamento de seus órgãos jurisdicionais e administrativos por meio de seus Regimentos Internos, mas desde que observem as normas de processo e as garantias processuais das partes (art. 96, I, “a” da CF/88). Assim, podem fixar regras sobre o que será julgado por Turma, Seção, Câmara, Órgão ou Corte Especial e Plenário. A dúvida é saber se podem alterar a forma de fazê-lo (virtual ou presencial), especialmente em razão dos comandos do art. 93, IX da CF/88.

A primeira lei<sup>10</sup> que introduziu a possibilidade de análise no ambiente eletrônico foi o [Código de Processo Civil \(CPC/15\)](#) no art. 945. A norma previa que, “*a critério do órgão julgador, o julgamento dos recursos e dos processos de competência originária que não admitem sustentação oral poderá realizar-se por meio eletrônico*”. Antes de entrar em vigor, contudo, foi revogada pela Lei n. 13.256/16. Note-se que a ementa da mencionada lei esclarece que as mudanças se justificavam “*para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial*”.

Havia, portanto, a intenção de se inaugurar um novo modelo de julgamentos no Brasil, mas foi abandonada logo no nascedouro. Seria precipitada a sua implementação no âmbito do STF e do Superior Tribunal de Justiça (STJ)? O Congresso Nacional, soberano no juízo de conveniência e oportunidade sobre as alterações na ordem jurídica, entendeu que sim. É certo que a abordagem do assunto requer amplo e profundo debate parlamentar, por todo o impacto que trariam à administração da justiça.

Há quem defenda que os julgamentos virtuais já teriam sido autorizados pela [Lei n. 11.419/06](#), o que é facilmente refutado pela simples leitura do art. 1º, pois vincula o uso do meio eletrônico apenas à “*tramitação de processos judiciais*”, isto é, “*comunicação de atos e transmissão de peças processuais*”. Ademais, não usa – em nenhum dos 22 (vinte e dois) artigos – os termos “apreciar”, “julgar”, “julgamento”.

Não há dúvida de que a matéria é tipicamente processual, porque diz respeito às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem as relações processuais, e mais

<sup>9</sup> Disponível em <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/08/Resolucao675.pdf>

<sup>10</sup> O Plenário Virtual, que existe desde 2007, não foi criado por lei; está disciplinado nos arts. 322 e seguintes do RISTF. De todo modo, não é dele que se trata (embora algumas reflexões possam servir).

do que isso, tem estreita relação com os atos destinados a realizar a *causa finalis* da jurisdição. Por isso, é de competência privativa da União (art. 22, I da CF/88), conforme consta na [Ação Direta de Inconstitucionalidade \(ADI\) n. 2970](#)<sup>11</sup>, Relatora Ministra Ellen Gracie. O Plenário do STF declarou – à unanimidade – que as normas regimentais que instituíam sessão secreta de julgamento nas ações criminais perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) ofendem a CF/88.

A par de assegurar a não intromissão de um Poder nas atribuições de outro, com vistas a preservar o princípio da harmonia entre os Poderes (art. 2º da CF/88), o Plenário também assentou que “ante a regra fundamental insculpida no art. 5º, LX, da Carta Magna, a publicidade se tornou pressuposto de validade não apenas do ato de julgamento do Tribunal, mas da própria decisão que é tomada por esse órgão jurisdicional”.

Sendo assim e com a revogação do art. 945 do CPC/15, não se pode falar sequer em delegação legislativa aos Tribunais para adotarem esse tipo de regra processual. Quisesse o legislador ter autorizado a realização de julgamentos virtuais, o teria feito como em outros 25 (vinte e cinco) artigos do Código, transferindo aos órgãos do Poder Judiciário a decisão de fazê-lo ou não. Como destaca Paulo Mendes de Oliveira, são “situações em que o próprio legislador antevê, por razões de conveniência ou em virtude de peculiaridades locais, ser adequado que os regimentos internos disciplinem determinadas questões processuais, ocupando-se a legislação de aspectos mais amplos do trâmite dos processos perante as cortes”<sup>12</sup>.

Em suma, a adoção dos julgamentos virtuais por iniciativa exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, ou seja, sem qualquer respaldo legal afrontaria o art. 22, I da CF/88, por invadir competência privativa da União para legislar sobre direito processual e – como restringe direitos e garantias fundamentais das partes e do processo – também contraria os comandos do art. 93, IX c/c os limites impostos pelo art. 96, I, “a” da CF/88.

#### 4 DECISÃO COLEGIADA OU SIMPLES SOMATÓRIO DE POSIÇÕES INDIVIDUAIS?

Além das críticas antigas sobre os ritos decisórios e hábitos deliberativos do STF<sup>13</sup>, as inconsistências do novo modelo não tardariam a aparecer. A mais grave talvez seja quanto à dificuldade de se proclamar o resultado dos julgamentos, o que ocorreu na lista n. 103/20 (sessão de 29/05 a 05/06/20), em que constavam três processos de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia apensados para análise conjunta: ADI n. 5367, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 367 e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 36.

11 STF, Tribunal Pleno, **ADI 2970/DF**, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, DJ 12/05/2006.

12 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. O poder normativo dos tribunais. Regimentos internos como fonte de normas processuais. **Civil Procedure Review**, v. 11, n. 2, maio/ago. 2020. p. 53.

13 MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. **Folha de São Paulo**, Opinião, 01/02/2010. <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>.

Após o voto da Relatora, que julgava improcedente a ADC e procedentes os pedidos formulados na ADI (para declarar a inconstitucionalidade de diversos dispositivos) e na ADPF (para declarar outros tantos não recepcionados pela CF/88), o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes abriu a divergência e foi seguido pelos Ministros Gilmar Mendes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Rosa Weber. Os demais Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello acompanharam a Relatora.

Houve um impasse diante da ausência do Ministro Dias Toffoli, por motivo de licença médica, e da fundamentação diversa apresentada pelo Ministro Edson Fachin. Sua Excelência julgava parcialmente procedente a ADC para dar interpretação conforme à norma suscitada. Com isso, acompanhava a Relatora apenas em parte na ADI e na ADPF. Considerando que o art. 97 da CF/88 exige a maioria absoluta dos membros do STF – seis votos – para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, surgiu dúvida acerca da maioria efetivamente formada.

Se o debate tivesse sido presencial, a situação poderia ter sido logo resolvida, fosse em razão de eventual reajuste de voto ou simples esclarecimento sobre a posição externada por cada Ministro. O julgamento, porém, foi suspenso para se colher o voto do Ministro Dias Toffoli, em clara tentativa de se buscar um consenso, uma maioria mais evidente. Ainda que pudesse ser considerado um caso isolado, transparece que as deliberações do órgão de cúpula do Poder Judiciário, guardião da CF/88, única ou última palavra no controle de constitucionalidade, foram limitadas a um sistema de votação muito distante do anterior.

Antes de o problema vir à tona, é possível que tenha havido conversas nos bastidores e o compartilhamento de minutas dos votos, o que sempre existiu na história recente do STF. Ao contrário do que costumava acontecer, contudo, não foram capazes de propiciar ambiente minimamente maduro para a construção de uma decisão viável. Está claro que a estrutura dos julgamentos virtuais assim não permite.

Sobre o tema, registre-se a valiosa contribuição de André Rufino do Vale<sup>14</sup>, que afirma ser comum nas Cortes Constitucionais a “*busca cooperativa de consensos razoáveis para a tomada de decisão*”. Alerta que, ao final, há dois métodos para aferir a posição colegiada e que podem levar a resultados distintos. Com efeito, a escolha de como serão colhidos os votos é crucial para definir a decisão do grupo, mas – seja ela qual for – será sempre mais vantajosa do que a perspectiva monológica do juiz e de sua decisão individual (o que é comprovado, por exemplo, pelo Teorema de Condorcet).

## 5 O DISCURSO E O PAPEL POLÍTICO DO STF

Mas, afinal, a decisão colegiada seria um simples somatório de posições individuais? A resposta é desenganadamente negativa, haja vista tudo o que o STF representa para a democracia brasileira. A doutrina na-

14 VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015, p. 151; 347-348. <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18043>

cional e estrangeira há muito reflete sobre o papel dos juízes constitucionais e merece destaque o pensamento de Gustavo Zagrebelsky<sup>15</sup> de que eles exercem função política, mas sem pertencer à política; e o de Giovanni Sartori<sup>16</sup> de que o constitucionalismo é uma solução jurídica para um problema político e, por isso, despoliticá-lo seria retirar a política da política.

O próprio processo de escolha dos Ministros do STF – nomeação pelo Presidente da República após a aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 101, parágrafo único da CF/88) – denuncia o papel político da Corte. Daí a importância de se observar as garantias fundamentais do art. 93, IX (julgamentos públicos, decisões fundamentadas e acesso ou presença nas sessões de deliberação) e, conseqüentemente, de se estabelecer práticas transparentes de decisão e de argumentação. Assim, é possível eliminar a discricionariedade, controlar eventual abuso de poder, resguardar a credibilidade dos pronunciamentos da Corte e atestar, ao menos em tese, que foram suficientemente amadurecidos.

Muito embora os Ministros possam reconsiderar seu posicionamento até a proclamação do resultado, uma primeira análise empírica demonstra que poucos se dispõem a acessar novamente o sistema de votação virtual e, se for o caso, rever o seu ponto de vista. É intuitivo lembrar do clássico “*12 Homens e uma Sentença*” do consagrado cineasta Sidney Lumet, em que um dos jurados, ao expor diferentes interpretações sobre os mesmos fatos, dá ensejo a uma série de reflexões antes ignoradas pelos onze colegas.

Inevitável, ainda, não falar da importância do Ministro Marco Aurélio nesse contexto. Com recém completados 30 (trinta) anos de STF, o “*Senhor Voto Vencido*” nos mostra o quão valiosas são suas contribuições para as decisões construídas no colegiado e como podem acabar se tornando a jurisprudência da Corte. No julgamento da [ADPF 187](#) (Marcha da Maconha), em que pese não ter divergido, fez importante referência à teoria de Habermas para ressaltar o pluralismo das sociedades contemporâneas<sup>17</sup>.

Como transpor a teoria de Habermas<sup>18</sup> e também a de Alexy<sup>19</sup>, Atienza<sup>20</sup>, Dworkin<sup>21</sup>, Luhmann<sup>22</sup>, Perelman<sup>23</sup>, Rawls<sup>24</sup> – citando alguns dos grandes juristas modernos – para a limitada realidade dos julgamentos virtuais? Algo talvez impossível, na medida em que os pressupostos de cada uma delas parecem não encontrar eco no frio mundo das listas eletrônicas compostas apenas de votos escritos. Essas tentativas de emprestar mais coerência, previsibilidade e racionalidade ao discurso jurídico seriam esvaziadas.

15 ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos**. El Tribunal Constitucional y la política. Madrid: Trotta, 2008. p. 11.

16 SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: a preliminary discussion. **The American Political Science Review**, v. 56, n. 4, p. 853-864, Dec. 1962. <https://www.jstor.org/stable/1952788>

17 STF, Tribunal Pleno, **ADPF 187/DF**, Relator Ministro CELSO DE MELLO, DJe 29/05/2014.

18 HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

19 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e apresentação à edição brasileira: Cláudia Toledo. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

20 ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

21 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

22 LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. New York: Oxford University Press, 2004.

23 PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

24 RAWLS, John. **A lei dos povos e a ideia de razão pública revisitada**. Lisboa: Edições 70, 2014.

Na verdade, desafios antigos se tornaram ainda mais complexos. Basta pensar nas diferentes variações do mesmo tema: limites à criatividade da função jurisdicional<sup>25</sup>, legitimidade das sentenças aditivas<sup>26</sup>, mito do legislador negativo, ativismo judicial<sup>27</sup> e dever de autocontenção (*self-restraint*). Some-se a isso o fenômeno da hiperjudicialização da vida no Brasil, destacado pelo Ministro Luis Roberto Barroso<sup>28</sup>, e as concepções de Estado de Direito e de constitucionalismo simbólico de Marcelo Neves<sup>29</sup> quanto à realidade sul-americana. Intensificam-se muitas dessas reflexões.

## 6 AUSÊNCIA NO PLENÁRIO FÍSICO X AUSÊNCIA NO VIRTUAL

Uma das maiores críticas feitas à sistemática dos julgamentos virtuais foi afastada há não muito tempo. Atendendo ao apelo da OAB no Ofício n. 42/2020-PCO, assinado pelo Presidente Felipe Santa Cruz e pelo Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais Marcus Vinicius Furtado Coêlho, o Ministro Dias Toffoli propôs a alteração de regras dos julgamentos virtuais que contrariavam as normas relativas ao quórum de oito Ministros para exame de matéria constitucional (art. 143 parágrafo único do RISTF c/c art. 22 da Lei 9.868/99 c/c art. 8º da Lei n. 9.882/99) e de seis votos para declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo (art. 97 da CF/88 c/c art. 173 *caput* do RISTF).

A proposta, aprovada na sessão administrativa encerrada no dia 1º de julho, resultou na Resolução n. 690/20 (altera a Resolução n. 642/19 sobre julgamentos em lista nas sessões presenciais e virtuais do STF). Até então, a presença dos Ministros no ambiente eletrônico era presumida e eventual ausência, isto é, falta de expressa manifestação formal era computada como adesão ao voto do Relator. Isso divergia da diretriz do art. 173 parágrafo único do RISTF (c/c art. 23 parágrafo único da Lei 9.868/99) que determina a suspensão do julgamento quando as ausências nele puderem influir.

Pouco atentaram, contudo, ao fato de que o art. 173 parágrafo único do RISTF é norma originária e nos remete à época em que, sob a égide da CF/69, o STF detinha competência normativa primária para dispor sobre direito processual. Com a CF/88, as disposições do RISTF que não conflitavam com a nova ordem constitucional foram recepcionadas e passaram a vigorar com força de lei, de modo que só podem ser alteradas por lei em sentido formal, observando-se o devido processo legislativo<sup>30</sup>.

Sendo assim, não havia dúvida de que também deveria ser observado nos casos de ausência em meio eletrônico. Do contrário, admitir-se-ia que a ausência no plenário físico fosse, de fato, ausência; no virtual, presen-

25 Cabe mencionar, no ponto, o clássico: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

26 A própria sentença norte-americana que deu origem ao modelo de controle difuso (*judicial review*) – *Marbury v. Madison* – é considerada como aditiva *sui generis*.

27 Não por acaso, surgiram termos como “*supremocracia*”. Nessa linha, leia-se: VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista Direito GV**, São Paulo., v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/supremocracia>. Acesso em: 30 ago. 2021.

28 BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

29 NEVES, Marcelo. *La concepción de Estado de derecho y su vigencia práctica en Suramérica, con especial referencia a la fuerza normativa de un derecho supranacional*. In Heidelberg: Instituto Max Planck de Derecho Comparado y Derecho Público Internacional, 2009, p. 51-78.

30 STF, Tribunal Pleno, **AP 470 AgR-vigésimo sexto/MG**, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, Relator p/ acórdão Ministro ROBERTO BARROSO, DJe de 17/02/2014.

ça. Dito de outro forma, seria tolerar que, no mesmo Tribunal e com a mesma composição, uma ação pudesse ter resultados distintos se analisada presencialmente ou de forma eletrônica. A discrepância de orientações não se sustentava sobretudo em cenário de “*equiparação das competências do plenário virtual e presencial*”<sup>31</sup>.

A alteração superveniente, portanto, era a medida mais consentânea com a CF/88. Ao contrário da regra de que “quem cala consente”, a manifestação formal dos Ministros, ainda que de forma sucinta, assegura uma série de direitos e de garantias fundamentais, na medida em que conferem maior segurança jurídica, legitimidade e estabilidade às decisões do STF. Pode impedir, inclusive, que eventual inércia implique reversão de jurisprudência consolidada.

## 7 O PLENÁRIO VIRTUAL NÃO É UMA EXPERIÊNCIA BEM-SUCEDIDA

Os julgamentos em meio eletrônico no STF existem há 20 (vinte) anos, quando a preliminar formal de Repercussão Geral passou a ser exigida nos RE contra acórdãos publicados a partir de 3 de maio de 2007, haja vista a mudança introduzida pela [Emenda Constitucional \(EC\) n. 45/04 \(Reforma do Judiciário\)](#). Desde então, a ferramenta foi aperfeiçoada e permite não só aferir a existência ou não do pré-requisito de admissibilidade, mas também o exame de mérito dos recursos no chamado Plenário Virtual.

Apesar de todo o esforço, o acervo atual do STF segue com 29.193 (vinte e nove mil cento e noventa e três) processos<sup>32</sup>, sendo que as classes recursais – Agravo de Instrumento (AI), ARE e RE – representam 15.039 (quinze mil e trinta e nove). As ações de controle concentrado – ADC ADI, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e ADPF – somam apenas 1.982 (mil novecentos e oitenta e dois) do total, menos do que os Habeas Corpus – 4.159 (quatro mil cento e cinquenta e nove), e as Reclamações – 3.473 (três mil quatrocentos e setenta e três).

O fato de que – de 2010 a 2019 – o número de recursos (AI, RE e ARE) providos tenha sido inferior a 5% é bastante significativo<sup>33</sup>. Invertendo a lógica, demonstra que 95% dos casos já haviam recebido, pelo menos em tese, uma decisão justa. De acordo com Michele Taruffo, a justiça das decisões judiciais decorre da combinação de valores associados a três critérios autônomos (não é “um” valor geral e unitário resultante de qualquer soma algébrica)<sup>34</sup>. Caberia ao STF essa verificação? Em todos os casos? De certo que não.

Fica evidente que o STF não precisa julgar mais, ou seja, procurar outras formas de dar vazão à enorme quantidade de demanda que lhe são submetidas. Precisa julgar de forma mais eficiente. A falta de critérios objetivos (legais e regimentais) para a seleção dos casos representativos da controvérsia constitucional, afe-

31 DAMARES, Medina. **Julgamento eletrônico no plenário virtual do STF: reflexos para a advocacia**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/julgamento-eletronico-no-plenario-virtual-do-stf-reflexos-para-a-advocacia-22042020>. Acesso em: 31 ago. 2021.

32 Acervo do STF atualizado até 21/06/20 e disponibilizado pela Secretaria de Gestão Estratégica. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/acervostf2.pdf>

33 <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=competencia recursal>

34 TARUFFO, Michele. **Verso la decisione giusta**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2020. p. 367.



tação e julgamento no Plenário Virtual ainda é um desafio a ser enfrentado pela Corte. Não seria o caso de se reconhecer definitivamente a prioridade de julgamento das ações do controle concentrado em relação aos RE?

Com a recente ER n. 54/20, de 1º de julho, a possibilidade de rever a existência de Repercussão Geral agora passou a constar expressamente no art. 323-B do RISTF<sup>35</sup>. Antes, era autorizada com base em dois precedentes: RE 584247<sup>36</sup> e RE 607607<sup>37</sup>. O que foi criado para objetivar a gestão, passou a ser só mais uma instância de revisão. Essa é apenas uma das sugestões antigas<sup>38</sup> (e polêmicas) que também virou norma regimental.

Ao invés de auxiliar no modo como se julgam os processos, as novas tecnologias deveriam interferir nos critérios de como são analisados. Os Plenários físico e virtual já não teriam examinado número suficiente de casos para orientar boa parte dos subsequentes? Por que não voltar os olhos para a correta identificação, por meio de inteligência artificial, da *ratio decidendi* de todos esses *leading cases*, os quais já ocuparam tempo e atenção da Corte?

## 8 CONSTITUCIONALIDADE CIRCUNSTANCIAL?

A despeito dos questionamentos feitos, não se pode ignorar que o atual momento é singular. Enquanto durar a pandemia provocada pelo Covid-19, vale refletir se – em alguma medida – poder-se-ia considerar os julgamentos virtuais no STF compatíveis com a CF/88. A ideia surge a partir de fenômeno defendido recentemente, o da inconstitucionalidade circunstancial: “*uma lei pode ser inconstitucional em razão de sua incompatibilidade com a realidade vivida em determinado momento, o que faz com que ela não se amolde ou passe a não mais se amoldar às exigências constitucionais, ainda que momentaneamente*”<sup>39</sup>.

Houve um contraponto, refutando a sua viabilidade no direito brasileiro<sup>40</sup>. Em uma primeira análise, entretanto, parece algo não só defensável como necessário em situações excepcionais como a presente. Durante a normalidade, devemos seguir utilizando as técnicas comuns, compatíveis com o “*meio-termo*” aristotélico entre o excesso e a falta<sup>41</sup>. Ou, simplesmente, “*as normas*”. Nas palavras do Ministro Eros Grau, lembrando os ensinamentos de Carl Schmitt, elas “*só valem para as situações normais*”<sup>42</sup>.

Essa criatividade interpretativa, como alguns preferirão chamar, não denota desapego ao texto constitucional. Ao contrário, assegura-lhe a capacidade de enfrentamento de questões mais sensíveis – que a própria CF/88 assim

35 Já era possível rever a sua existência: RE 584247 QO/RR, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, DJe 02/05/2017; RE 607607 ED/RS, Relator Ministro LUIZ FUX, DJe 12/05/2014.

36 STF, Tribunal Pleno, RE 584247 QO/RR, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, DJe 02/05/2017.

37 STF, Tribunal Pleno, RE 607607 ED/RS, Relator Ministro LUIZ FUX, DJe 12/05/2014.

38 Sobre o tema: BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 696-713, dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4824>. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4824>. Acesso em: 31 ago. 2021.

39 FREIRE, Alonso; FRAZÃO, Carlos Eduardo; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; RUFINO, Victor Santos. **O fenômeno da inconstitucionalidade circunstancial**. 25 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-fenomeno-da-inconstitucionalidade-circunstancial-25042020>. Acesso em: 31 ago. 2021.

40 NASCIMENTO, Roberta Simões. Existe uma inconstitucionalidade ‘circunstancial’? 06 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/existe-uma-inconstitucionalidade-circunstancial-06052020>. Acesso em: 31 ago. 2021.

41 ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Lisboa: Quetzal Editores, 2009.

42 STF, Tribunal Pleno, Rcl 3034 AgR/PB, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 27/10/2006.

identifica e privilegia – no contexto atual. A abertura para um recorte temporal de compatibilidade de normas com a lei fundamental tem respaldo ao menos no Título V que trata “*da defesa do Estado e das instituições democráticas*” em casos de calamidade pública, estado de defesa e do estado de sítio.

O art. 136 da CF/88, por exemplo, esclarece que as restrições a determinados direitos fundamentais e a ocupação ou o uso temporário de bens e serviços públicos no estado de defesa têm duração específica (até trinta dias) e só podem ser prorrogadas uma única vez, por igual período, se persistirem as razões que as justificaram. Assim, se o direito ao sigilo de correspondência – tão caro à democracia – pode expressamente sofrer temperamentos nessa hipótese, por que não reconhecer que outros direitos e garantias de igual ou menor relevância também o sejam em situações análogas? É dizer, possam ser interpretados sob uma perspectiva circunstancial?

A lógica em relação aos julgamentos virtuais no STF seria a mesma. Em que pese o STF não ter fixado um marco temporal acerca da sua ampliação indiscriminada (e sem critérios objetivos), defende-se que a medida – pensada para um contexto de exceção – poderia ser, de algum modo, considerada compatível com a CF/88 enquanto durarem os efeitos que a justificaram e desde que os limites aos princípios, direitos e garantias fundamentais fossem restringidos dentro do estritamente indispensável. Por certo, isso não se sustentaria em um cenário pós-pandemia, isto é, depois de vencido o estado de calamidade.

## 9 CONCLUSÃO

Embora se pudesse antever a ruptura do modelo constitucional de deliberação do STF, a pandemia antecipou definitivamente uma nova era. Os julgamentos virtuais, porém, ainda desafiam profundas reflexões como a sua introdução por meio de norma regimental. Há muitas questões sensíveis em jogo, sobretudo os princípios da publicidade e da motivação das decisões judiciais; as garantias da ampla defesa e do contraditório; a indispensabilidade do advogado à administração da justiça; o interesse público à informação e, inclusive, a harmonia e a separação dos Poderes.

Quem julga mais não necessariamente julga melhor. Espera-se do STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário, guardião da CF/88, única ou última palavra no controle de constitucionalidade, qualidade e não quantidade. Afinal, “*o Direito é a arte do bom e do justo*”, como ensina Celso desde a época dos romanos. Como produto humano (*ars*), o direito (*ius*) não extrai sua característica fundamental da estrutura formal da norma, como na concepção kelseniana, mas do seu conteúdo de valor (*bonum et aequum*)<sup>43</sup>. Essa estreita relação entre Direito, sociedade e moral é que deve orientar o uso de novas tecnologias. É preciso ser receptivo a elas, mas não perder de vista princípios, direitos e garantias fundamentais.

43 CARDILLI, Riccardo. *Bona fides tra storia e sistema*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014. p. 2.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e apresentação à edição brasileira: Cláudia Toledo. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Lisboa: Quetzal Editores, 2009.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. Temas de Direito Processual (segunda série). São Paulo: Saraiva, 1980
- BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 696-713, dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4824>. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4824>. Acesso em: 31 ago. 2021.
- BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **MI 284/DF**, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Relator p/ acórdão Ministro CELSO DE MELLO, DJ 26/06/1992. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1507126> / <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur153011/false>. Acesso em: 30 ago. 2021
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- CARDILLI, Riccardo. **Bona fides tra storia e sistema**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014.
- DAMARES, Medina. **Julgamento eletrônico no plenário virtual do STF**: reflexos para a advocacia. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/julgamento-eletronico-no-plenario-virtual-do-stf-reflexos-para-a-advocacia-22042020>. Acesso em: 31 ago. 2021.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- FREIRE, Alonso; FRAZÃO, Carlos Eduardo; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; RUFINO, Victor Santos. **O fenômeno da inconstitucionalidade circunstancial**. 25 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-fenomeno-da-inconstitucionalidade-circunstancial-25042020>. Acesso em: 31 ago. 2021.
- GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Opacidade do plenário virtual, Zika e censura nas escolas: obstáculo ou estratégia?** Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/opacidade-plenario-virtual-zika-censura-escolas-12052020>. Acesso em: 30 ago. 2021.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. New York: Oxford University Press, 2004.
- MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. **Folha de São Paulo**, Opinião, 01/02/2010. <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. Existe uma inconstitucionalidade ‘circunstancial’? 06 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/existe-uma-inconstitucionalidade-circunstancial-06052020>. Acesso em: 31 ago. 2021.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. O poder normativo dos tribunais. Regimentos internos como fonte de normas processuais. **Civil Procedure Review**, v. 11, n. 2, maio/ago. 2020.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- RAWLS, John. **A lei dos povos e a ideia de razão pública revisitada**. Lisboa: Edições 70, 2014.
- SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: a preliminary discussion. **The American Political Science Review**, v. 56, n. 4, p. 853-864, Dec. 1962. <https://www.jstor.org/stable/1952788>.
- TARUFFO, Michele. **Verso la decisione giusta**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2020.
- VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015, p. 151; 347-348. <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18043>
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo:, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/supremocracia>. Acesso em: 30 ago. 2021.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos**. El Tribunal Constitucional y la política. Madrid: Trotta, 2008.

# CAPÍTULO 7

## VIDA QUE VEM DA PALHA: UM OLHAR FEMININO PARA O PRINCÍPIO DA INTERDEPENDÊNCIA NO CENÁRIO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Liane Maria Santiago Cavalcante Araujo

### INTRODUÇÃO

Após esforços para garantir sua independência, no século XVIII, no contexto do capitalismo industrial, observa-se, no século XIX, o despontar da condição de agente do ser feminino. Para além da busca pelo bem estar da mulher, ganha ênfase o debate acerca da conquista de espaços e da construção de novos sentidos para uma outra visão de mundo.

Não raras são as vezes em que o universo feminino transita entre a ordem e o caos de equilibrar os encargos da maternidade e do lar com uma vida pessoal e profissional ativa, em uma jornada diária de “apenas” vinte e quatro horas. Em virtude desse desafio, a mulher contemporânea se destaca ao implementar em sua rotina um conceito de produtividade e eficiência que vai muito além da otimalidade de Pareto.

Assim, o olhar feminino para a realidade parte da multidimensionalidade do ser mulher, especialmente a partir do século XXI, período marcado por uma inegável crise humanitária (sanitária, ambiental, social, econômica e cultural). É nesse contexto de complexidade que permeia as relações indivíduo-indivíduo, indivíduo-sociedade e indivíduo-mundo, que as mulheres desnudam a interdependência que há entre o ser para si, o ser para o outro (humano ou não humano) e o ser para o mundo.

Diante disso, propõe-se, por meio da presente pesquisa, o seguinte questionamento: em que medida a condição de agente da mulher é capaz de promover mudanças que contribuam para a efetiva construção de uma sociedade livre, justa e solidária no Brasil, em meio à sociedade em rede? Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa, e realizada no campo teórico, por meio do método indutivo.

Para responder ao questionamento central suscitado, propõe-se a análise da experiência de um grupo de mulheres em Morrinhos, no interior do Ceará, que compõe a Associação Comunitária das Mulheres de Currealinho – ACOMC, a partir da missão, visão e valores adotados por esse ser feminino coletivo dedicado ao artesanato de palha de carnaúba. Destarte, analisa-se a contribuição desse grupo para o bem estar da sociedade local e para a transformação da realidade subjacente, a partir da capacidade de agente de transformação que essas mulhe-

res nordestinas assumem em seus processos da vida, por meio da criação de uma associação 100% feminina. Com isso, vislumbra-se uma efetiva transformação da realidade local no interior do Ceará, diante do conceito de sociedade em rede, no século XXI.

A partir desse enfoque, a presente pesquisa abre espaços na ciência para o etnoconhecimento, privilegiando a interpretação do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil prescrito no artigo 3º, inciso I, da Constituição brasileira de 1988, à luz da experiência feminina local e da interação entre o ser para si, o ser para o outro e o ser para o mundo.

## 1 EMANCIPAÇÃO ENTRE CORPO E MENTE NO SER FEMININO: O IDEAL DE INDEPENDÊNCIA FEMININA EUROPEU NO SÉCULO XVIII

Em meio ao desenvolvimento do capitalismo industrial, no século XVIII, a figura feminina encontrava-se excluída do contexto da educação formal, das universidades e das chances de trilhar uma carreira de nível superior. Nesse cenário, casar-se originava uma relação jurídica de dependência legal perante o marido, a impossibilidade de gerir seus próprios bens e de exercer algum ofício sem a permissão do cônjuge varão.

Não por acaso, o primeiro documento que defende os direitos individuais e coletivos do ser humano como universais se chama “Declaração Universal dos Direitos do *Homem* e do *Cidadão*”, de 1789. Em resposta a esse fato Olympe de Gouges publica, na França, a “Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã”, em 1791, na qual a expressão “homem” não corresponde ao sinônimo de humanidade, mas sim ao representante do sexo masculino.

No documento, constam os direitos de igualdade de educação, voto, propriedade privada, acesso aos cargos públicos, reconhecimento dos filhos nascidos fora do casamento e herança; além do direito à segurança e de resistência à opressão. Gouges conclama, em sede de Conclusão:

Mulher, desperta. A força da razão se faz escutar em todo o Universo. Reconhece teus direitos. O poderoso império da natureza não está mais envolto de preconceitos, de fanatismos, de superstições e de mentiras. A bandeira da verdade dissipou todas as nuvens da ignorância e da usurpação. O homem escravo multiplicou suas forças e teve necessidade de recorrer às tuas, para romper os seus ferros. Tornando-se livre, tornou-se injusto em relação à sua companheira.<sup>1</sup>

Ao lado de Gouges, destaca-se a atuação de Mary Wollstonecraft, também na França, com destaque para sua obra “*Reivindicação dos direitos da mulher*”. Segundo ela, a independência constitui a “[...] grande benção da vida e a base de toda virtude; e tal independência quero garanti-la sempre, pela contenção de minhas necessidades, ainda que eu vá viver em uma terra deserta.”<sup>2</sup>

1 GOUGES, Olympe de. Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã. França, set. 1791. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html>. Acesso em: 13 dez. 2020.

2 WOLLSTONECRAFT, Mary. *Reivindicação dos direitos da mulher*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 17.

Essa contenção a que se refere aplica-se à necessidade feminina de encarar a beleza como fator de poder da mulher, em virtude de ensinamentos assimilados durante a infância. Nessa perspectiva, o corpo feminino é apresentado como uma prisão da qual a mulher se ocupa, com o intuito de adorná-lo. Enquanto isso, os homens dedicam-se a ocupações e objetivos que promovem uma mente aberta, diante de várias possibilidades. Nessa linha, é preciso reconhecer o fato de que “[...] a dependência do corpo produz de forma natural a dependência da mente [...]”<sup>3</sup> a fim de que se torne possível superá-lo.

Wollstonecraft contesta, na Europa do século XVIII, o discurso que legitimava a submissão da mulher ao homem, em uma relação de dependência, como um dado da natureza.<sup>4</sup> Nesse ponto, “[...] as diferenças entre a crença e a razão não se reduzem simplesmente a um contraste entre a intolerância, o preconceito, a superstição e a ignorância de um lado; a verdade, o pensamento no sentido estrito e o conhecimento, de outro”<sup>5</sup> É preciso compreender que esta visão estática deve dar lugar à multiplicidade que se encontra na participação social, elemento dinâmico que vai além de dualismos que conduzem a excessos racionalistas.

Assim, deve-se privilegiar “um pensamento das multiplicidades”, que privilegia a aplicação de epistemologias híbridas ou da diversidade, uma vez que “[...] todo sistema de pensamento deveria encontrar seu equilíbrio entre as verdades científicas e os valores fundados nas crenças de ordem simbólica e mítica.”<sup>6</sup> Isto porque o saber não se reduz à ciência, embora esta seja um tipo de saber.

Diante disso, não se pretende detalhar os feitos e fatos do movimento feminista, do século XVIII até o século XXI. O que se propõe, isto sim, é promover a compreensão do ideal original de independência da mulher, no cenário interdependente da sociedade em rede, a partir do ideal de emancipação entre corpo e mente no universo feminino.

Para tanto, confrontam-se as possibilidades da sociedade em rede, que surge no século XX, simultaneamente, nos diferentes lugares do mundo físico, de formas diversas; com o reconhecimento da diversidade de impactos ocasionados perante a vida humana, a depender da história, da cultura e das instituições nas quais se encontra inserida. Segundo Castells “A Galáxia da Internet é um novo ambiente de comunicação. Como a comunicação é a essência da atividade humana, todos os domínios da vida social estão sendo modificados pelos usos disseminados da Internet [...]”<sup>7</sup>. Nessa medida, tanto as oportunidades quanto os desafios são igualmente numerosos.

3 FLORIANI, Dimas. Ciência, etnociências e saberes locais: apontamentos para refletir sobre o debate teórico e as práticas do socioambientalismo contemporâneas. SHIRAIISHI NETO, Joaquim; LIMA, Rosirene Martins; SOARES, Ana Paulina Aguiar; SOUZA FILHO, Benedito (org.). **Problema ambiental: naturezas e sujeitos em conflitos**. São Luís: EDUFMA, 2019. p. 37.

4 Cf. WOLLSTONECRAFT, Mary. **Reivindicação dos direitos da mulher**. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 17

5 FLORIANI, Dimas. Ciência, etnociências e saberes locais: apontamentos para refletir sobre o debate teórico e as práticas do socioambientalismo contemporâneas. SHIRAIISHI NETO, Joaquim; LIMA, Rosirene Martins; SOARES, Ana Paulina Aguiar; SOUZA FILHO, Benedito (org.). **Problema ambiental: naturezas e sujeitos em conflitos**. São Luís: EDUFMA, 2019. p. 37-38.

6 FLORIANI, Dimas. Ciência, etnociências e saberes locais: apontamentos para refletir sobre o debate teórico e as práticas do socioambientalismo contemporâneas. SHIRAIISHI NETO, Joaquim; LIMA, Rosirene Martins; SOARES, Ana Paulina Aguiar; SOUZA FILHO, Benedito (org.). **Problema ambiental: naturezas e sujeitos em conflitos**. São Luís: EDUFMA, 2019. p. 37-38.

7 CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 225.

Pompeu e Araújo<sup>8</sup> enfatizam que os processos de globalização hegemônica são estabelecidos pelos detentores do capital financeiro e assumem dimensões mundiais, na sociedade em rede. Com isso, criam e impõem linguagens, ideologias e crenças alinhadas com a rejeição e marginalização de ideias contrapostas, no ambiente virtual; e alcançam o ser humano onde quer que ele se encontre. Nessa medida, Beck<sup>9</sup> apresenta a humanidade como a comunidade reunida por meio da interconexão da internet.

Destarte, trata-se, sobretudo, da importância da emancipação do pensamento, no que diz respeito às amarras reducionistas e fragmentadas do modelo cartesiano e da racionalidade econômica inerentes ao capitalismo industrial, na sociedade em rede. Nesse contexto, e em virtude do caráter sistêmico que regula as interações do homem e da mulher com eles próprios, com a sociedade e com o mundo físico que os recebe, ganha destaque, no universo feminino do século XXI, o princípio da interdependência, que será analisado a seguir.

## 2 SOCIEDADE EM REDE, UNIVERSO FEMININO E PRINCÍPIO DA INTERDEPENDÊNCIA: DO TUDO AO NÓS

No que se refere à sociedade em rede, Castells alerta que “Sem meias palavras: se incluirmos no modelo de crescimento a metade da população que está excluída atualmente, o modelo de produção e consumo industrial que criamos não é ecologicamente sustentável”.<sup>10</sup> Essa exclusão a que ele se refere diz respeito à exclusão das redes, notoriamente vivenciada pela população vulnerável em tempos de pandemia, no âmbito da educação.

Com razão, Amartya Sen<sup>11</sup> assevera que a base racional do mecanismo de mercado encontra-se ajustada à lógica dos bens privados, e não dos bens públicos. Nesse ponto, cumpre destacar, com Castells a “[...] mais significativa contradição no surgimento da sociedade de rede: aquela que existe entre nosso superdesenvolvimento tecnológico e nosso subdesenvolvimento institucional e social”<sup>12</sup>.

O desafio fundamental desse cenário conectado consiste em enfrentar a ausência de atores e instituições capazes de lidar com os processos de mudanças promovidos pela tecnologia. Castells identifica esses atores como “nós”, os seres humanos. Em todo caso, o autor reconhece que “Nossas diferenças profissionais, étnicas, de gênero, geográficas e culturais levam a consequências muito diferentes na relação de cada um de nós com a sociedade de rede”<sup>13</sup>. Nesse caso, cumpre enfatizar que o “nós” diferencia-se do “tudo”, caracterizado como uma mera soma dos **elementos** que compõem o todo.

No universo feminino, o conflito entre o interesse individual e coletivo se acentua, sobremaneira, com a experiência da maternidade. Diante do processo de gerar outra vida, a relação que se constrói entre mãe e filho

8 POMPEU, G. V. M.; ARAÚJO, L. M. S. C. Dignidade humana e combate ao racismo ambiental: acordo regional de Escazú e Programa E-Carroceiros, em Fortaleza, Ceará. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v. 21, n. 1, p. 169-190, jun. 2020.

9 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião do Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

10 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 228.

11 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

12 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 229.

13 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 229.

vai do “*tudo*” – na gestação, em que o espaço ocupado por uma única pessoa, no mundo físico, corresponde à existência de dois seres humanos (mãe e bebê); ao “*nós*” – com o parto, quando há o corte do cordão umbilical que unia, no espaço físico, dois seres humanos. Nesse momento, mãe e filho constituem a célula primeira do sistema social: a família.

Por outro lado, todo sistema é um “*nós*”; logo, é mais que a simples soma (reducionista) dos elementos que o compõem. Nesse caso, a gestação é um processo da vida compartilhado por dois seres: a gestante e o gestado. Logo, a gestante corresponde, simultaneamente, a dois sistemas: o “*tudo*”, que ocupa o mesmo lugar *no mundo físico*; e o “*nós*”, *no que se refere aos seus elementos*<sup>14</sup>.

Com o parto, a relação de dependência da criança perante sua genitora se perpetua, mas agora em uma união que se diferencia e se limita no mundo físico. Neste caso, mãe e filho formam o “*nós*”, dois seres que passam a ocupar espaços físicos diferentes. Essa lógica, vivenciada no processo da maternidade, amplia o contato do universo feminino com a ideia de vínculo e limite proposta por Ost<sup>15</sup>, em prol do bem estar próprio e de um outro ser individual. Tudo isso no contexto do primeiro ser coletivo com o qual a criança entra em contato: a família.

É nessa perspectiva que se propõe um olhar feminino para o princípio da interdependência, no cenário constitucional brasileiro, a partir da apreciação de duas características inerentes ao ser humano e aos demais sistemas vivos: a emergência e a especificidade. Segundo Maréchal,

A emergência significa que o inter-relacionamento de elementos de um certo nível (por exemplo neurônios) no seio de um sistema (o cérebro) se traduz pelo surgimento de novas propriedades (a capacidade cognitiva) desconhecidas dos níveis inferiores. Neste sentido, um sistema é mais do que a soma de suas partes. Mas, ao mesmo tempo em que emergem novas lógicas de regulação, cada nível continua a realizar atividades ignoradas pelos níveis nos quais está inserido. Trata-se, então, do fenômeno da especificidade que se pode ilustrar pelo fato de que um ser vivo não tem consciência do funcionamento das suas células. [...] Um sistema é, assim, menos do que a soma das suas partes.<sup>16</sup>

Já a especificidade aduz que cada indivíduo deve observar e vigiar comportamentos que atentam contra a sustentabilidade do todo, ignorados durante muito tempo pelos níveis imediatamente superiores (das sociedades, por exemplo) nos quais estão inseridos<sup>17</sup>. Trata-se do princípio da imposição descendente, que preleciona que “[...] um sistema não pode ser regulado por um dos seus subsistemas”<sup>18</sup>

Com razão, se o ser humano decide adotar, como objetivo do ser coletivo (humanidade), o crescimento econômico capitalista predatório, com foco apenas no bem estar humano, isso não muda o fato de que a en-

14 ARAUJO, Liane Maria Santiago Cavalcante. **Análise do princípio da eficiência administrativa nas compras públicas sustentáveis da agricultura familiar a partir da proposição de modelo teórico e metodológico de eficiência ecossocioeconômica**. 2020. Tese. (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2020.

15 OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

16 MARÉCHAL, Jean Paul. **Humanizar a economia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 109.

17 ARAUJO, Liane Maria Santiago Cavalcante. **Análise do princípio da eficiência administrativa nas compras públicas sustentáveis da agricultura familiar a partir da proposição de modelo teórico e metodológico de eficiência ecossocioeconômica**. 2020. Tese. (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2020.

18 MARÉCHAL, Jean Paul. **Humanizar a economia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 8.



tropia por ele produzida resultará em consequências indesejadas, provenientes do nível superior (sistema ambiental). Assim, deve-se equilibrar, em uma balança, o princípio da imposição descendente, de um lado, com o da imposição mínima, de outro<sup>19</sup>. Por outro lado, “Christian Laval e Pierre Dardot <sup>20</sup>[...] identificam o princípio político do *comum* como o horizonte alternativo que pode suscitar uma oposição progressista à altura das tarefas impostas pelo nosso tempo histórico”<sup>21</sup>, no século XXI.

O caráter comum do meio ambiente ecologicamente equilibrado surge, assim, como um princípio político, que deve orientar não somente a relação mãe e filho, mas também o Poder Público, a esfera privada, o ser individual e a coletividade com um todo (BRASIL, 1988, artigo 225), ou seja, o “*nós*”: a nação brasileira. Esta, por sua vez, é composta por um conjunto de seres individuais, a quem cabe exercer o dever ativo de sustentabilidade<sup>22</sup> nas esferas individual e coletiva, de modo a defender e preservar o meio ambiente para as atuais e futuras gerações. A expressão *comum* traduz

[...] um ato consciente de instituição do inapropriável, que, concomitantemente: 1) aglutina pessoas envolvidas em uma mesma atividade (co-atividade); 2) de forma recíproca e democrática, institui as regras (incessantemente renovadas, sempre instituintes e nunca instituídas de forma inerte ou necrosada) de uso de um bem comum; e 3) gesta relações de co-obrigação entre uma coletividade que se produz por meio de sua própria práxis política autônoma.<sup>23</sup>

A noção do comum como um princípio político vai além da concepção de bens específicos ou *res communis*. Assim, no cenário pandêmico da Covid-19, mostra-se atual e oportuno o questionamento de Rachel Carson que enuncia: “Será que caímos em um estado de entorpecimento que faz que aceitemos como inevitável aquilo que é inferior ou prejudicial, como se houvéssemos perdido a vontade ou a visão para exigir o que é bom?”<sup>24</sup>. Com efeito, a crise humanitária instaurada confirma a suspeita de Beck (grifo do autor), segundo a qual o “[...] *o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade*”<sup>25</sup> de forma silenciosa, como a primavera relatada por Carson, no século XIX (2003).

Nessa linha, e em atenção aos limites planetários que extrapolam fronteiras geográficas e jurisdições nacionais, Castells<sup>26</sup>, a importância de se pesquisar o papel dos Estados e dos atores não-estatais para a construção de estilos de vidas sustentáveis. É nessa medida, e a partir do comum como um princípio político, que se analisa a capacidade de agente de um ser coletivo composto por mulheres, voltado para o artesanato de palha de carnaúba, no município de Morrinhos, Ceará.

19 MARÉCHAL, Jean Paul. **Humanizar a economia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

20 DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **Comum**: ensaio sobre a revolução no século XXI. São Paulo: Boitempo, 2017. [edição eletrônica em formato .epub].

21 FERREIRA, Pedro Pompeo Pistelli. A práxis instituinte do comum em oposição à racionalidade neoliberal. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1458. abr. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2019/45043>. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2179-89662020000201455&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662020000201455&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 09 nov. 2021.

22 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

23 FERREIRA, Pedro Pompeo Pistelli. A práxis instituinte do comum em oposição à racionalidade neoliberal. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1458. abr. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2019/45043>. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2179-89662020000201455&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662020000201455&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 09 nov. 2021.

24 CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. São Paulo: Gaia, 2003. s.p.

25 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião do Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 96.

26 CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

### 3 DO SER MULHER INDIVIDUAL AO SER COLETIVO FEMININO: A ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA DAS MULHERES DE CURRALINHO, NO INTERIOR DO ESTADO DO CEARÁ

Para enfrentar o descompasso entre os sistemas jurídico e ambiental a que se referem Araújo e Pinheiro, é preciso refletir acerca da coexistência do superdesenvolvimento tecnológico e do subdesenvolvimento institucional e social da sociedade de rede. Nesse mister, destaca-se a figura e trajetória feminina, em meio aos atores não-estatais que agem ativamente para a conformação e a tomada de decisão da Governança do Sistema Terra.

Com efeito, em seus contextos individuais e coletivos, as mulheres frequentemente tomam decisões após enfrentarem um confronto entre as racionalidades econômica, social e ambiental. Entre a vida pessoal e profissional, a mulher não raro concilia a administração de carreira, família e lar. Em meio à complexidade desse processo da vida,

[...] cada nível de organização só recebe e difunde a informação de que tem necessidade para desempenhar a sua função. Depois, para alcançar um determinado fim, um sistema pode utilizar, consoante o ambiente com o qual se confronta, vários caminhos diferentes, capacidade dita de <<equifinalidade>>. Daqui, pode concluir-se com René Passet <<[...] que a quantidade de pressão manifestada em cada nível [de um sistema] corresponde sempre ao estrito mínimo indispensável para garantir a emergência da finalidade de nível superior; e que são preservados os graus de liberdade que permitem as adaptações necessárias aos acasos e à mudança>>.<sup>27</sup>

Por essa lógica, são os princípios da interdependência, da imposição descendente e da imposição mínima que viabilizam uma interação entre os sistemas que compõem os outros sistemas. Esse é o caso do sistema ambiental, quando o agir social está conectado com a criação e a promoção de meios de vida sustentáveis. Nesse contexto, faz-se imprescindível a contribuição dos povos e comunidades tradicionais locais, que são denominados como seres coletivos.<sup>28</sup>

O funcionamento *eficiente* de um sistema *sustentável* vai depender, intrinsecamente, da sua organização e, no campo relacional, do tipo de relações que edifica e sustenta perante o que o rodeia<sup>29</sup>. Além disso, a construção de estilos de vida sustentáveis passa pelo uso das tecnologias da informação e comunicação (TIC) como medida de superar a limitação das possibilidades de atuação.<sup>30</sup>

Por esse raciocínio, cada cultura local deve reconhecer seus vínculos e limites com o sistema de recursos naturais e tecnológicos existentes em seus modos de transformação e apropriação da natureza.<sup>31</sup> É exatamente

27 MARÉCHAL, Jean Paul. **Humanizar a economia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 109.

28 LEFF, Enrique. Los derechos del ser colectivo y la reapropiación social de la naturaleza. In: **Os saberes ambientais, sustentabilidade e olhar jurídico**: visitando a obra de Enrique Leff. Organização Belinda Pereira da Cunha et al. Caxias do Sul: Educs, 2015. p. 12-31.

29 MARÉCHAL, Jean Paul. **Humanizar a economia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

30 ARAUJO, Liane Maria Santiago Cavalcante; TASSIGNY, Mônica Mota. De smart cities a smart universities: o papel das Universidades para a construção de cidades e comunidades sustentáveis. In: VEIGA, Fábio da S. V.; FINCATO, Denise P. (coord.). BRITO, Ruben M. G. P. de (org.). **Estudos de Direito, desenvolvimento e novas tecnologias**. Porto: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, p. 238-252, 2020.

31 LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental**: a reapropriação social da natureza. Tradução de Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

te nessa medida que se vislumbra importante contribuição do universo feminino. Ao atravessar o processo do tudo ao nós, a mulher transita entre as esferas de existência do ser individual e do ser coletivo.

Nessa medida, destaca-se, no presente estudo, a Associação Comunitária das Mulheres de Currálinho (ACMC), no interior do Estado do Ceará. Trata-se de um grupo de mulheres que trabalha com a carnaúba das esteiras a que se refere José de Alencar, em sua obra “Iracema”.

A Comunidade de Currálinho fica localizada a 4km da sede do município de Morrinhos, a 208 km ao norte da capital Fortaleza. Às margens do Rio Aracati, as 158 famílias que reúnem em seus núcleos cerca de 627 pessoas. Aos pés da Serra do Mucuripe, a gruta de São Miguel Arcanjo e os balneários dos rios são os principais atrativos turísticos do município.

As principais fontes de renda do local são a agricultura familiar, manejo sustentável da carnaúba e o artesanato. A organização comunitária das mulheres e jovens é o coração da comunidade. Além do Centro de Artesanato, promovem oficinas, ações sócio-ambientais, como reciclagem e os quintais produtivos, além de outras ações voluntárias voltadas ao desenvolvimento local. □.

É nessa região norte no Estado do Ceará, às margens do rio Acaraú, que a ACMC foi fundada, em 2004. Segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Morrinhos abriga 20.700 pessoas, em uma extensão de 411,586 m<sup>2</sup>, distribuídos no Bioma da Caatinga. O município conta com esgotamento sanitário adequado em apenas 21,4% do seu território e apresenta 92,4% de suas vias públicas arborizadas. O percentual de trabalhadores do emprego formal com rendimento médio mensal superior a dois salários mínimos é de somente 10,2%, o que situa o município entre os três piores, junto a Parambu (8,71%) e Martinópolis (9,71%).<sup>32</sup>

Conforme dados do IBGE, Morrinhos foi elevado à categoria de município, com essa denominação, pela Lei Estadual nº 3.798, de 06 de setembro de 1957. Assim, possui apenas 64 anos de emancipação política. Entre 5.565 municípios brasileiros, assume a posição 4.444º no Ranking IDHM 2010, com Índice de Desenvolvimento Humano calculado em 0,588.<sup>33</sup> Já a comunidade de Currálinho conta com uma população de 158 famílias, com um total de 627 pessoas, e sua principal fonte de renda é a agricultura familiar, o trabalho artesanal com a palha da carnaúba e a extração dessa palha. A palha seca das carnaúbas é extraída de uma espécie de árvore típica do Sertão Nordeste.

É nesse contexto local que surge a Associação Comunitária das Mulheres de Currálinho, composta apenas por seres individuais femininos que, juntos, deram origem a um ser coletivo. A sede da Associação foi construída, originalmente, com a finalidade de abrigar uma capela para a Comunidade local. Com o passar dos anos, e em razão de mudanças na gestão da diretoria da Associação, o propósito da edificação mudou com vistas a viabilizar outros projetos, pautados na valorização sociocultural e geração de renda por meio do artesanato.

32 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Panorama Morrinhos**, Ceará, Brasil, 2017. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ce/morrinhos/panorama2017>. Acesso em: 13 dez. 2020.

33 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Panorama Morrinhos**, Ceará, Brasil, 2017. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ce/morrinhos/panorama2017>. Acesso em: 13 dez. 2020.

As transformações começaram a partir de uma parceria com a Central de Artesanato do Ceará – CeART, mediante a primeira capacitação para o desenvolvimento de uma coleção capaz de agregar valor ao trabalho tradicional realizado por essas mulheres cearenses, no ramo do artesanato da palha da carnaúba. Desde então, a rotina dessas mulheres se transformou. Entre feiras, oficinas, parcerias e encontros, a vida acontece para as artesãs da comunidade de Curralinho, que têm em mente a meta de melhorar, a cada dia, o seu trabalho<sup>34</sup>.

No início as mulheres reuniam-se em um galpão alugado, onde recebiam as encomendas e organizavam a produção. Em 2015 passaram para um casarão antigo, que pouco tempo depois precisou ser desocupado. Foi aí que surgiu a oportunidade de conseguirem uma sede própria com o Fundo Socioambiental Casa apoiado pela Caixa Econômica Federal.

O projeto contemplado entre os 5 melhores do Brasil começou a ser executado em maio de 2016. Além de apoio para compra de maquinário e matéria prima, construíram a sede própria, inaugurada em novembro do mesmo ano. A sede conta com um espaço para reuniões e trabalho, loja física e uma brinquedoteca, que garante que os filhos e as filhas das mães artesãs estejam mais próximos e as mulheres possam trabalhar com mais tranquilidade.

Desde então, muitas outras oportunidades surgiram. O grupo passou a receber muitos visitantes interessados na experiência das artesãs, conseguiram parceria com a Empresa Ypióca, captaram um recurso para ampliação e aquisição de equipamentos pelo Projeto São José III, do governo do estado do Ceará.<sup>35</sup>

Em 2020, a APMC passou a fazer parte da Rede Artesanato Solidário (ARTESOL), uma Organização da Sociedade Civil, sem fins lucrativos, fundada em 1998, classificada em seu sítio oficial como uma instituição “[...] independente e apartidária, que apoia os artesãos de todo o território nacional e atua como um centro de pesquisa, de reflexão e de formação para políticas públicas”<sup>36</sup>. É no sítio oficial da Artesol e por meio de suas redes sociais que as mulheres da APMC comercializam seus produtos.

Ademais, o grupo reúne mais de 14 anos de atuação focada em projetos na área Comunitária, com foco em melhorias na qualidade de vida das pessoas que residem na comunidade de Curralinho. Assim, as ações da APMC não se restringem ao artesanato de palha de carnaúba, produzem impactos nos campos do lazer, cultura, educação, desenvolvimento local, inclusão social, agricultura, segurança alimentar, acesso à água e saúde. Tudo isso com foco no desenvolvimento local. É com esse pensamento e esse protagonismo social que as mulheres da APMC afirmam que buscam “[...] desenvolver um trabalho social na comunidade fazendo a inclusão das Mulheres Artesãs no mercado de trabalho e valorizar a cultura do artesanato que há anos vem sendo trabalhado na comunidade de mãe para filha.<sup>37</sup>

Nessa medida, encontra-se aí a interação entre os processos da vida pessoal e profissional dessas mulheres que apostam na “Valorização do ser humano através da geração de emprego e renda com vista no desen-

34 ARTESANATO SOLIDÁRIO – ARTESOL. As mãos que criam, criam o quê? ARTESOL, Rio de Janeiro, s.d. Disponível em: <https://www.artesol.org.br/mulherescurralinho>. Acesso em: 16 set. 2021.

35 ARTESANATO SOLIDÁRIO – ARTESOL. As mãos que criam, criam o quê? ARTESOL, Rio de Janeiro, s.d. Disponível em: <https://www.artesol.org.br/mulherescurralinho>. Acesso em: 16 set. 2021.

36 ARTESANATO SOLIDÁRIO – ARTESOL. Quem somos. ARTESOL, Rio de Janeiro, s.d. Disponível em: <https://www.artesol.org.br/quem-somos>. Acesso em: 16 set. 2021.

37 ARTESANATO SOLIDÁRIO – ARTESOL. As mãos que criam, criam o quê? ARTESOL, Rio de Janeiro, s.d. Disponível em: <https://www.artesol.org.br/mulherescurralinho>. Acesso em: 16 set. 2021.

volvimento produtivo e socioambiental para as mulheres e jovens, bem como o pleno acesso aos seus direitos sociais”.<sup>38</sup> Destarte, a atuação desse ser coletivo feminino é uma demonstração prática da teoria da reapropriação social da natureza, de Enrique Leff, a qual preconiza a promoção da aplicação do princípio da interdependência entre um sistema social e seus subsistemas: os indivíduos que o compõem.<sup>39</sup>

Com razão, ao compreender que “[...] cada órgão só pode existir se o corpo inteiro tiver a capacidade de manter a sua estrutura”<sup>40</sup>, as mulheres vivenciam a cultura da palha no cenário individual e coletivo, de modo a compatibilizar suas diferentes funções como mãe, dona de casa, esposa e profissional com o processo produtivo que transforma a realidade não apenas de sua família, mas de toda a Comunidade de Currealinho.

Nessa perspectiva, a ACMC viabiliza o exercício da capacidade de agente dessas mulheres, no processo coletivo da vida, por meio de ações que demonstram atender à lógica segundo a qual há diferenças entre o resultado do somatório de indivíduos e o corpo político por eles formado<sup>41,42</sup> denomina “ser coletivo”. Com razão, o sistema da sociedade é mais que a mera soma dos indivíduos que a compõem, constitui um nível inferior do sistema ambiental, que se complexifica em meio a “[...] um processo de mestiçagens étnicas e de hibridações culturais, para constituir identidades inéditas que vão se inventando através de estratégias de poder para se enraizar em um território, para reapropriar sua natureza e sua cultura.”<sup>43</sup>

Ademais, os valores da Associação incluem: *respeito*, tanto à dignidade da pessoa humana quanto à diversidade; *amor*, com o reconhecimento da necessidade da prática do amor próprio para fortalecer o amor ao próximo; *solidariedade*, para a construção de um mundo sem violência; *mobilização*, com vistas a articular parcerias e alianças em prol da atuação em rede; *sustentabilidade*, com o objetivo de contribuir para que as atuais e futuras gerações vivam em um mundo com equidade de gênero, justiça social e ambiental; *excelência*, no que concerne à sua atuação, às relações construídas, à comunicação e à transformação da sociedade; e, por fim, *transparência*, como atributo das ações da ACMC, por intermédio da divulgação de balanços de sustentabilidade e contábeis<sup>44</sup>. Tais valores são a reprodução local do que dispõe o artigo 3º, inciso I, da Constituição de 1988, que enumera os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, e vão além.

É assim que se vislumbra, no protagonismo local das mulheres da Comunidade de Currealinho, em Morrinhos, no interior do Ceará, Nordeste do Brasil, uma verdadeira lição acerca do constitucionalismo brasileiro, qual seja: para “construir uma sociedade livre, justa e solidária”; “garantir o desenvolvimento nacional”; “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”; e “promover o bem

38 ACMC ARTESANATOS. Sobre. **YouTube**, 2012. Disponível em: [https://www.youtube.com/channel/UC7bwtwTrKCQGq\\_W0zW0J1kQ/about](https://www.youtube.com/channel/UC7bwtwTrKCQGq_W0zW0J1kQ/about). Acesso em: 16 set. 2021.

39 LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental**: a reapropriação social da natureza. Tradução de Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

40 MARÉCHAL, Jean Paul. **Humanizar a economia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 108.

41 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2018.

42 LEFF, Enrique. Los derechos del ser colectivo y la reapropiación social de la naturaleza. In: **Os saberes ambientais, sustentabilidade e olhar jurídico**: visitando a obra de Enrique Leff. Organização Belinda Pereira da Cunha et al. Caxias do Sul: Educs, 2015, p. 12-31.

43 LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental**: a reapropriação social da natureza. Tradução de Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 298.

44 ACMC ARTESANATOS. Sobre. **YouTube**, 2012. Disponível em: [https://www.youtube.com/channel/UC7bwtwTrKCQGq\\_W0zW0J1kQ/about](https://www.youtube.com/channel/UC7bwtwTrKCQGq_W0zW0J1kQ/about). Acesso em: 16 set. 2021.

de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”<sup>45</sup>, é preciso pensar e colocar em prática um agir social que considera o todo muito mais do que a soma das partes.

Isto porque, “[...] o pensamento é o que se passa em nossas cabeças, mas também o que sai delas. Logo, [...] pensar é categorizar e classificar as coisas, os seres, o mundo natural e social, mas também significar e simbolizar esses diferentes entes”<sup>46</sup> no mundo físico, a partir do desenvolvimento local. Nessa perspectiva, ao colocar isso em prática a contribuição da APMC, uma Associação 100% feminina, vai além do contexto local e alcança as redes, em endereço eletrônico no qual são anunciados e vendidos os produtos feitos a partir da carnaúba.

Assim, é possível comprar um dos 90 produtos da Associação Comunitária das Mulheres de Curralinho, pela internet, de qualquer lugar do mundo, por meio das redes sociais, capazes de conectar essas fornecedoras locais a consumidores regionais, nacionais e internacionais. Com isso, constata-se a inclusão desse ser coletivo na sociedade de rede, o que fortalece a economia local e valoriza o trabalho e a cultura das artesãs de Morrinhos, no Ceará. Entre os itens comercializados, encontram-se almofadas, bolsas, caminhos de mesa, chapéus e mini chapéus, itens de escritório, jogos americanos, luminárias, quadros bordados e vasos. Tudo feito com palha de carnaúba, insumo local.

Em 2020, as artesãs receberam do Estado do Ceará um investimento de R\$250.053,79, da Secretaria do Desenvolvimento Agrário, por meio do Projeto São José. Com isso, a Associação passou a ter um acompanhamento técnico, realizou a construção da Central de Artesanatos e promoveu a aquisição de equipamentos. Segundo informações da sócia e representante comercial da APMC, “O São José foi muito importante porque sofríamos com a falta de espaço para produzir e estocar. Com a Central do Artesanato, a autonomia das nossas artesãs ficou mil vezes melhor e, hoje, contamos até com uma brinquedoteca para os filhos das nossas Artesãs”.<sup>47</sup>

Cumprido destacar a parceria entre o poder público e a iniciativa privada, por meio do Projeto São José, em meio à pandemia. Nesse contexto, a APMC foi reconhecida por Lafaete Almeida, coordenador do Projeto, em virtude de seu empreendedorismo. Segundo ele, “Um exemplo é a Associação Comunitária das Mulheres de Curralinho, onde potencializamos a produção de artesanato e agora essas mulheres inovam com vendas digitais”.<sup>48</sup>

45 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 20 set. 2018. Artigo 3º, incisos I a IV.

46 FLORIANI, Dimas. Ciência, etnociências e saberes locais: apontamentos para refletir sobre o debate teórico e as práticas do socioambientalismo contemporâneas. SHIRAIISHI NETO, Joaquim; LIMA, Rosirene Martins; SOARES, Ana Paulina Aguiar; SOUZA FILHO, Benedito (org.). **Problema ambiental: naturezas e sujeitos em conflitos**. São Luís: EDUFMA, 2019. p. 35-47. ISBN 978-85-7862-829-1. p. 37.

47 CEARÁ. Secretaria do Desenvolvimento Agrário. **440 mil cearenses serão beneficiados com o Projeto São José IV**: a iniciativa prevê ações de inclusão produtiva, implantação de sistemas de abastecimento de água, saneamento rural, capacitações, intercâmbios e elaboração de estudos técnicos. 25 nov. 2020. Disponível em: <https://www.sda.ce.gov.br/2020/11/25/440-mil-cearenses-serao-beneficiados-com-o-projeto-sao-jose-iv/>. Acesso em: 09 nov. 2021.

48 CEARÁ. Secretaria do Desenvolvimento Agrário. **440 mil cearenses serão beneficiados com o Projeto São José IV**: a iniciativa prevê ações de inclusão produtiva, implantação de sistemas de abastecimento de água, saneamento rural, capacitações, intercâmbios e elaboração de estudos técnicos. 25 nov. 2020. Disponível em: <https://www.sda.ce.gov.br/2020/11/25/440-mil-cearenses-serao-beneficiados-com-o-projeto-sao-jose-iv/>

De fato, a pandemia e a proibição do exercício de atividades não-essenciais por meio de decreto estadual ensejaram a comercialização dos produtos dessas artesãs por meio da internet. Para tanto, foi construída uma rede de cooperação junto ao Sindicato dos Trabalhadores Rural Agricultores e Agricultoras Familiares de Morrinhos, que fica encarregada da entrega dos produtos em Sobral ou Fortaleza, com a negociação de uma taxa de entrega. Ademais, a APMC também envia produtos para outros Estados, por meio dos Correios e de companhias aéreas.

Há, contudo, uma importante ressalva a ser feita acerca da missão desse ser coletivo, qual seja: “Ser referência na promoção da valorização, pessoal e profissional, da mulher e contribuindo para o alcance de sua independência econômica, por meio do empreendedorismo, bem como o pleno acesso aos seus direitos.”<sup>49</sup>. É preciso ir além da independência econômica. O que a mulher precisa, no século XXI, é de um contexto de interdependência que viabilize às mulheres o cultivo saudável de suas mentes.

## CONCLUSÃO

Em meio à sociedade em rede, conclui-se que a emancipação entre corpo e mente, no ser feminino, suplantou o ideal de independência feminina do século XVIII, quando se originam, na Europa, as bases do feminismo. Diante de uma sociedade conectada, que encontra na internet meio hábil para novos processos de comunicação, constata-se a importância do princípio da interdependência, a partir do movimento do “*tudo*” ao “*nós*”, vivenciado de forma intensa no universo feminino.

Verifica-se que o ser feminino encontra na própria experiência da gestação e do parto uma vivência que lhe permite apreciar as circunstâncias de ir do “*tudo*” ao “*nós*”, no exato momento em que assume o papel de mãe e corresponde às necessidades do outro ser a quem deu vida. Destarte, constata-se que a maternidade revela um processo da vida que observa três princípios complementares: interdependência, imposição descendente (de hierarquização das finalidades) e imposição mínima. E, exatamente por esse motivo, deve ser considerada uma experiência relevante para a concepção de uma lógica constitucional interdependente, capaz de lidar com o descompasso entre o superdesenvolvimento das tecnologias e o subdesenvolvimento institucional e social vigentes que caracteriza a sociedade em rede.

Destarte, conclui-se que a condição de agente da mulher assume um caráter essencial no contexto da construção do ser coletivo humanidade, a partir da sua realidade local. Isso se verifica mediante a análise de um ser coletivo feminino e das iniciativas locais por ele protagonizadas, na Comunidade de Currálinho, em Morrinhos, no interior do Ceará. Nesse caso, constata-se que a experiência individual e coletiva das mulheres artesãs que compõem a Associação Comunitária das Mulheres de Currálinho apresenta ao mundo a potência do ser individual e coletivo feminino para transformar a realidade que lhe é subjacente.

49 APMC ARTESANATOS. Sobre. **YouTube**, 2012. Disponível em: [https://www.youtube.com/channel/UC7bwtwTrKCQGq\\_W0zW0J1kQ/about](https://www.youtube.com/channel/UC7bwtwTrKCQGq_W0zW0J1kQ/about). Acesso em: 16 set. 2021.

Isto porque, esse ser coletivo feminino se destaca enquanto ator social e protagonista da transformação da realidade de 158 famílias, a partir do artesanato com insumos locais (palha da carnaúba). Em especial, a APMC promove ações que ultrapassam a barreira que se impõe, por vezes, entre o pensar e agir, no cenário local. É exatamente esse fortalecimento do empreendedorismo local e essa potência da capacidade de agente do ser feminino que promovem uma conciliação entre os sistemas sociais que atravessam a vida dessas artesãs, especialmente no que se refere aos seus contextos individuais (pessoais e profissionais) e seus espaços de vida coletivos, que se encontram intrinsecamente relacionados.

Nesse ponto, o comum se destaca como um princípio político, em meio a diversas iniciativas do coletivo feminino em prol da Comunidade de Currálinho, nos setores econômico, social, ambiental e cultural da população local, desde 2004 a 2016, com benefícios experimentados por mulheres e homens de todas as idades, conforme demonstra o Quadro 1 acima. Por esse motivo, a transição do ser mulher individual ao ser coletivo feminino APMC vivenciada pelas mulheres de Currálinho, no interior do Estado do Ceará, merece especial destaque.

Em 2020, no contexto da pandemia, destacam-se parcerias com o Governo do Estado do Ceará, por meio da Secretaria do Desenvolvimento Agrário (Projeto São José) e com o Sindicato dos Trabalhadores Rural Agricultores e Agricultoras Familiares de Morrinhos, além do uso da internet enquanto ferramenta de comercialização dos produtos locais, haja vista a proibição do exercício de atividades não-essenciais por meio de decreto estadual.

Observa-se que, nesse momento de crise humanitária, as mulheres da APMC foram capazes de construir uma rede de cooperação para fins de armazenamento e transporte dos seus produtos para Sobral ou Fortaleza, no Ceará, e também para outros Estados, por meio dos Correios e de companhias aéreas. Logo, é notória a inclusão desse ser coletivo feminino no contexto da sociedade em rede e a capacidades dessas mulheres de promover mudanças aptas a contribuir para a efetiva construção de uma sociedade livre, justa e solidária no Brasil, para além do texto da norma constitucional, inserido nos incisos I a IV, do artigo 3º, da Constituição de 1988.

Com isso, é inegável a capacidade que a mulher possui de promover relações interdependentes em meio ao seu processo da vida, articulando o esforço estritamente necessário para conduzir seus contextos e processos, desde a esfera pessoal à profissional, em benefício próprio, de terceiros, da coletividade e do próprio mundo físico que as recebe.

Por fim, cumpre destacar que, após esforços para garantir sua independência, no século XVIII, no contexto do capitalismo industrial, o universo feminino enfrenta, no século XIX, um outro desafio: o despontar da condição de agente do ser feminino, a partir da emancipação entre corpo e mente. Para além da busca pelo bem estar da mulher, ganha ênfase o debate acerca da conquista de espaços e da construção de novos sentidos para uma outra visão de mundo.



Se, por um lado, constata-se que não é necessário que o ser individual feminino possua ou pareça possuir “super poderes”; por outro, o exercício da capacidade de agente da mulher, para além de seu bem estar, exige mais do que independência. Desta feita, conclui-se que, em meio à sociedade em rede, a mulher precisa lutar por interdependência. Somente assim se torna possível pensar na efetivação da potência do ser individual feminino para além de seu universo particular, com benefícios para a coletividade.

## REFERÊNCIAS

- ACMC ARTESANATOS. Sobre. **YouTube**, 2012. Disponível em: [https://www.youtube.com/channel/UC7bwtwTrKCQGq\\_W0zW0J1kQ/about](https://www.youtube.com/channel/UC7bwtwTrKCQGq_W0zW0J1kQ/about). Acesso em: 16 set. 2021
- ARAÚJO, Liane Maria Santiago Cavalcante. **Análise do princípio da eficiência administrativa nas compras públicas sustentáveis da agricultura familiar a partir da proposição de modelo teórico e metodológico de eficiência ecossocioeconômica**. 2020. Tese. (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2020.
- ARAÚJO, Liane Maria Santiago Cavalcante; PINHEIRO, Ana Carla. Compras públicas e desenvolvimento sustentável: o desnível de tempo entre o caminhar dos sistemas ambiental e jurídico no Brasil. Associação Internacional de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade. *In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE GOVERNANÇA E SUSTENTABILIDADE*, 9. 2017, Alicante. **Anais do 9º Seminário Internacional de Governança e Sustentabilidade**. Alicante: Universidad de Alicante, 2017.
- ARAÚJO, Liane Maria Santiago Cavalcante; TASSIGNY, Mônica Mota. De smart cities a smart universities: o papel das Universidades para a construção de cidades e comunidades sustentáveis. *In: VEIGA, Fábio da S. V.; FINCATO, Denise P. (coord.). BRITO, Ruben M. G. P. de (org.). Estudos de Direito, desenvolvimento e novas tecnologias*. Porto: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, p. 238-252, 2020.
- ARTESANATO SOLIDÁRIO – ARTESOL. As mãos que criam, criam o quê? **ARTESOL**, Rio de Janeiro, s.d. Disponível em: <https://www.artesol.org.br/mulherescurralinho>. Acesso em: 16 set. 2021.
- ARTESANATO SOLIDÁRIO – ARTESOL. Quem somos. **ARTESOL**, Rio de Janeiro, s.d. Disponível em: <https://www.artesol.org.br/quem-somos>. Acesso em: 16 set. 2021.
- BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: novos conceitos para uma nova realidade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião do Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 20 set. 2018.
- CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. São Paulo: Gaia, 2003.
- CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- CEARÁ. Secretaria do Desenvolvimento Agrário. **440 mil cearenses serão beneficiados com o Projeto São José IV: a iniciativa prevê ações de inclusão produtiva, implantação de sistemas de abastecimento de água, saneamento rural, capacitações, intercâmbios e elaboração de estudos técnicos**. 25 nov. 2020. Disponível em: <https://www.sda.ce.gov.br/2020/11/25/440-mil-cearenses-serao-beneficiados-com-o-projeto-sao-jose-iv/>. Acesso em: 13 dez. 2020.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **Comum**: ensaio sobre a revolução no século XXI. São Paulo: Boitempo, 2017. [edição eletrônica em formato .epub].
- FERREIRA, Pedro Pompeo Pistelli. A práxis instituinte do comum em oposição à racionalidade neoliberal. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1458. abr. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2019/45043>. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2179-89662020000201455&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662020000201455&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 09 nov. 2021.
- FLORIANI, Dimas. Ciência, etnociências e saberes locais: apontamentos para refletir sobre o debate teórico e as práticas do socioambientalismo contemporâneas. SHIRAIISHI NETO, Joaquim; LIMA, Rosirene Martins; SOARES, Ana Paulina Aguiar; SOUZA FILHO, Benedito (org.). **Problema ambiental**: naturezas e sujeitos em conflitos. São Luís: EDUFMA, 2019.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GOUGES, Olympe de. **Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã**. França, set. 1971. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html>. Acesso em: 13 dez. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Panorama Morrinhos**, Ceará, Brasil, 2017. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ce/morrinhos/panorama2017>. Acesso em: 13 dez. 2020.

LEFF, Enrique. *Los derechos del ser colectivo y la reapropiación social de la naturaleza*. In: **Os saberes ambientais, sustentabilidade e olhar jurídico**: visitando a obra de Enrique Leff. Organização Belinda Pereira da Cunha et al. Caxias do Sul: Educs, 2015, p. 12-31.

LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental**: a reapropriação social da natureza. Tradução de Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2018.

MARÉCHAL, Jean Paul. **Humanizar a economia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

POMPEU, G. V. M.; ARAÚJO, L. M. S. C. Dignidade humana e combate ao racismo ambiental: acordo regional de Escazú e Programa E-Carroceiros, em Fortaleza, Ceará. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 21, n. 1, p. 169-190, jun. 2020.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

WOLLSTONECRAFT, Mary. **Reivindicação dos direitos da mulher**. São Paulo: Boitempo, 2016.

# CAPÍTULO 8

## **ATIVISMO JUDICIAL POSITIVO: UMA ANÁLISE A RESPEITO DO OBJETIVO REAL E OS CONTRAPONTO CONTEMPORÂNEOS DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

**Solange Almeida Holanda Silveira**

### **1 INTRODUÇÃO**

O tema “Ativismo Judicial” caminha em debates de grande relevância no âmbito do judiciário brasileiro contemporâneo, mas com apresentação atuante de forma negativa, visto que o conceito do Ativismo Judicial atualmente não condiz com o propósito desse fenômeno, desde o seu regimento, de corrigir omissões causadas por certos órgãos que detêm o compromisso de ofertar obrigatoriamente os direitos fundamentais de uma sociedade. Desse modo, vê-se a necessidade de buscar apontamentos que venham aclarar e aprimorar o entendimento sobre a criação desse fenômeno e as atuações conflitantes vivenciadas atualmente por alguns “membros dos poderes” que mais se alinham às atuações arbitrárias do que mesmo ativistas.

Em conformidade com os posicionamentos atuais sobre o tema, depara-se com a discussão principal que é entender se esta função ativista contemplada pelo Poder Judiciário torna-se legítima ou se caminha na contramão com a intenção de invadir a competência dos demais poderes. Logo, a pesquisa ora apresentada destina-se a elucidar o que é ativismo judicial e os fundamentos das amplas ações proferidas pelo Poder Judiciário, à luz do princípio da separação dos poderes, e, também, a retirar dúvidas a respeito de atuações ativistas e arbitrárias.

Desta feita, segue-se a análise com a finalidade de esclarecer um dos maiores conflitos sobre o tema em ênfase, que circula em torno da legitimidade e violação ao princípio dos poderes frente ao fenômeno do ativismo judicial administrado pelo Supremo Tribunal Federal (doravante STF). Aborda-se previamente a evolução histórica do ativismo judicial, do Poder Legislativo e a simples aplicação da lei em um Estado Democrático de Direito impulsionado pela Constituição Federal, visto que o objetivo da República Federativa do Brasil está elencado em assegurar direitos e garantias fundamentais.

Com esse suporte, analisa-se a expansão da jurisdição constitucional que, de certa ordem, contribui com a escalada do Poder Judiciário. Sucessivamente, faz-se essencial dissertar a respeito da diferença entre judicialização e ativismo judicial, ainda que um seja decorrente do outro, pois se apresentam de maneiras distintas.

Seguidamente, se desenvolve uma abordagem pertinente à origem do ativismo judicial a partir de sua conceitualização e a atual concretização administrada no Brasil.

Em suma, chega-se ao fulcro principal do estudo, entrelaçado a evolução histórica do princípio da separação dos poderes, em que se esbarram numerosas críticas estruturadas por renomados doutrinadores, alguns defensores e outros, opositores; uma vez que em pleno século XXI vivencia-se um panorama conflituoso praticado pelo judiciário brasileiro com a utilização do fenômeno ativismo judicial. Com isso, busca-se aprofundar a reflexão sobre a necessidade de haver uma reforma entre os poderes, ou se realmente hoje se experimenta uma violação ao princípio da separação dos poderes.

## 2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

- *Origem do Ativismo Judicial*

Os debates mais acalorados dos últimos tempos trouxeram entendimentos conflituosos em certas decisões ministradas pelo STF, como infidelidade partidária, ficha limpa, união estável homoafetiva, aborto de fetos anencéfalos, pesquisa com células tronco e outros. Logo, esses assuntos requerem atenção especial na busca de soluções alinhadas aos princípios constitucionais. Desta feita, é inegável que os nossos tribunais, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, estejam empreendendo um papel diligente na vida institucional brasileira.

Esse papel diligente é denominado pelos doutrinadores de ativismo judicial. De acordo Tassinari<sup>1</sup> o ativismo judicial teve seu ensaio em 1803, nos Estados Unidos da América, momento em que iniciou as primeiras análises sobre esse fenômeno, mais precisamente no caso sobre a investidura de William Marbury como juiz de paz. Nesta ocasião, deu-se o início de um novo contorno do controle de constitucionalidade das leis que nos dá ciência de que todas as normas que entrarem em desconformidade com o texto constitucional serão devidamente anuladas, ou seja, é a *Law repugnant to the Constitution is void*, nos escritos do *chief justice* John Marshall, de 1803.

O caso Marbury vs Madison ensejou a maior colaboração norte-americana ao Direito Constitucional; foi o momento em que se proclamou o princípio da supremacia do Poder Judiciário, pois indicou o *judicial review* ou “controle pelo judiciário” da constitucionalidade das leis. O condutor de tal parecer foi o juiz Marshall, que o fez, contudo, no cenário de dubitável jogo político: as leituras simplórias, puras e reflexíveis do Direito não possuíam o menor espaço. A deliberação foi política, uma vez que Marshall abraçou o choque de ideias do direito com o presidente norte-americano, Thomas Jefferson.

Desse modo, prossegue Tassinari<sup>2</sup>, o surgimento do termo ativismo judicial ocorreu em 1947, nos Estados Unidos da América, na fala do historiador e político do partido democrata Arthur Schlesinger Jr., quando dis-

1 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

2 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

sertava o tema em seu artigo relacionado às reflexões sobre as áreas de atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos, no período do *New Deal*.

Permaneciam duas áreas: a primeira partilhava que a Suprema Corte podia executar um papel de realizações de políticas para fomentação do bem-estar social com sustentação nas visões políticas dos juízes; e a segunda, apoiava, sobretudo, o contrário, enfatizando uma apresentação de moderação judicial, assentindo as políticas públicas aos poderes eleitos pelo povo. O parecer pela primeira área foi denominado de ativismo judicial.

- *Finalidade do Ativismo Judicial*

Encontram-se, precipuamente, dois pontos substanciais acolhidos como prerrogativa – quase que de forma indubitável – no ativismo: 1) a anteparo contramajoritário, quando o Judiciário protege e assegura os direitos da minoria que não conquistaria no Parlamento; e 2) a determinação de condutas ou recusas ao Poder Público em atuação proativa, no papel de guardião das políticas públicas que englobam direitos fundamentais.<sup>3</sup>

De acordo com esse entendimento, enfatiza-se que a finalidade do fenômeno ativismo judicial tem fundamental relevância nas concretizações dos direitos fundamentais, uma vez que, com todas as leis, normas, decretos, desenvolvimento de políticas públicas e outros, ainda que estejam claramente positivados na Constituição Federal, percebe-se que o Brasil ainda incorre severamente na contramão de cumprir com as obrigações e ofertas de serviços públicos que estão diretamente ligados ao princípio da dignidade humana, a responsabilidade com o mínimo existencial para o desenvolvimento dos seus cidadãos.

De outro modo, existem também discordâncias a essa atuação, tendo em consideração: a) a ausência de legitimidade democrática dos juízes (por não serem eleitos pelo povo), limitando-se apreciar a ânsia do povo; b) o perigo sério e agudo de politização judicial e c) a probabilidade de exceder o exercício de suas funções institucionais, ou seja, a competência institucional do Judiciário.

O ativismo judicial é aplicado com bastante autocontrole em países do sistema jurídico da *common Law*, como os Estados Unidos e a Inglaterra, uma vez que, orientados por resistente engajamento a precedentes que direcionam as deliberações judiciais, atenuam a possível insegurança jurídica.

No Brasil, o caso *Chatô* – Assis Chateaubriand, poderoso empresário da mídia na década de 40 – também convida a uma análise acerca do debate do ativismo nessa conjectura bastante interligada com a provável perda da autonomia judicial e da abrangência política das deliberações não previstas em lei. Por certo, em famoso caso copiosamente noticiado à época, Chateaubriand manteve relacionamento extraconjugal com uma adolescente, nascendo, então, uma criança do referido relacionamento, Tereza.

*Chatô* não pôde assumir a paternidade, por ir de encontro à regra vigente à época ([Decreto-Lei 4.737/1942](#)). Conforme a lei, a paternidade só poderia ser demandada após o divórcio. *Chatô* logo deu início

3 SALOMÃO, Luiz Felipe.. **Ministro Luís Felipe Salomão, do STJ, fala sobre ativismo judicial**. 2017. PODER JUDICIÁRIO – RJ. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5930989>. Acesso em: 02 set. 2020.

à luta pela guarda da criança. O juiz substituto da 4ª Vara de Órfãos e Sucessões do Rio de Janeiro designou a guarda à mãe, cumprindo a lei. Reassumindo o cargo, o Juiz Titular, Nelson Hungria, revogou a liminar. Ativismo? Ou arbitrariedade?<sup>4</sup>

Na área da saúde, que se considera um dos direitos fundamentais mais relevantes pra uma sociedade, o ativismo judicial é bastante evidente e está entrelaçado à visão do mínimo existencial e à intitulada reserva do possível. A judicialização da saúde passa pela elucidação do responsável pela saúde do paciente, o juiz ou o médico. A datar de 2010, ocorreu o acréscimo de mais de 1.000% de ações judiciais sobre saúde, acarretando custo superior a R\$ 1,3 bilhão. Dez medicamentos mais caros respondem por quase 90% dos gastos com a área no Ministério da Saúde. Nos setores privados, o dispêndio chega a R\$ 320 milhões em procedimentos sem cobertura.

Desse modo, sobressai-se com a análise que o ativismo precisa ser estruturado e refletido à luz de experiências já sedimentadas. Logo, suscitam-se mais reflexão sobre o desenvolvimento do fenômeno ativismo judicial. Convém uma reestruturação no conceito e finalidade desse fenômeno, ou seria mais pertinente oportunizar melhor capacitação cognitiva para os que atuam na linha desse fenômeno, de forma que não viabilize o desvio de finalidade, e, com isso, venha gerar conflitos desmedidos para a sua interpretação.

Nessa linha sequencial dos escritos, traz-se o conceito de ativismo judicial por renomados doutrinadores com correntes positivas e negativas:

A doutrina disserta sobre conceitos para o ativismo judicial e declara que é uma atuação que tem a finalidade de encontrar por meio de uma hermenêutica jurídica ampla assegurar e efetivar o real valor normativo constitucional, de modo que garanta o direito das partes de forma célere e eficiente, observando as resoluções litigiosas e as necessidades advindas da morosidade ou omissão do legislativo ou até mesmo do executivo. Diante de numerosas demandas que a lei se apresenta suficiente, ou de situações que estabelecem convicta interpretação do texto da lei, é a ocasião em que pede maior diligência do interprete nas decisões<sup>5</sup>.

Ainda na linha dos conceitos, tem-se a fundamentação de Barroso sobre o ativismo judicial, a qual disserta que esse fenômeno está entrelaçado à participação mais expansiva e acentuada do judiciário na realização dos valores e fins constitucionais com maior manifestação no espaço diligente dos outros dois poderes.<sup>6</sup>

De acordo com a explanação de Valle<sup>7</sup> (2012, p. 30),

4 SALOMÃO, Luiz Felipe. **Ministro Luís Felipe Salomão, do STJ, fala sobre ativismo judicial**. 2017. PODER JUDICIÁRIO – RJ. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5930989>. Acesso em: 02 set. 2020.

5 MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montal, de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre, S.A. Fabris, 2012. p. 16.

6 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 12, n. 96. 2010. Disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230>. Acesso em: 20 set. 2020. p. 9.

7 VALLE, Maurício Dalri Timm do. O direito constitucional tributário brasileiro pelas mãos de José Roberto Vieira. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 3, p. 285-322, set./dez. 2017. ISSN 2236-7284. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v62i3.55219>. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/55219>. Acesso em: 31 ago. 2021. p. 30.

Na vivência Italiana, salienta-se o alargamento da doutrina do direito efetivo que abranda os riscos atinentes a uma enorme concentração de poderes em prol da Corte Constitucional”. Seguramente, opera o direito efetivo como um expressivo instrumento de delimitação do ativismo judicial, à medida que determina as fronteiras dos debates e conduzem o objeto da própria diligência da corte Constitucional.

Na Espanha, o Tribunal Constitucional atua como objeto garantidor do seguimento do consenso político. Nesse caso, refere-se a um intermediário para equilibrar a expressão das forças políticas, enfatizando que o interesse da função jurisdicional só pode albergar espaço à custa de outro fenômeno, a emergência de ações delitivas nos demais setores institucionais.<sup>8</sup>

Atualmente, percebe-se certa inclinação para expandir a proteção a bens jurídicos essenciais, sobretudo direitos fundamentais, aperfeiçoando a aplicabilidade normativa e operando o judiciário de forma mais reflexiva, com o comprometimento da interpretação alinhada a normas e princípios sem entrar em desconformidade com a Constituição Federal, uma vez que o objetivo do Ativismo judicial é atuar com empenho nas resoluções de conflitos e não agir arbitrariamente frente às deliberações.

- *Evolução do fenômeno no Brasil*

Nesse tópico, pretende-se discutir esse fenômeno arguido e operado no modelo correto e alinhado ao texto constitucional, a partir do entendimento de que a atuação do judiciário, ainda que de forma expansiva, como já foi declarado, não deveria ser vista como um instrumento invasivo à competência dos outros dois poderes e sim como instrumento positivo e materializado na busca da superação das desigualdades sociais e regionais como bem fundamentado nos artigos 1º, 2º e 3º da Constituição Federal.

O artigo 1º disserta que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como principais fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, além da relevante declaração no parágrafo único desse artigo, de que todo poder emana do povo exercido por representantes eleitos ou diretamente nos termos desta constituição.

Já o artigo 2º da Constituição Federal define bem a diligência dos Poderes quando disserta que são independentes e harmônicos entre si o Legislativo, Executivo e Judiciário. Também o artigo 3º, que estabelece objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil como construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>8</sup> VALLE, Maurício Dalri Timm do. O direito constitucional tributário brasileiro pelas mãos de José Roberto Vieira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 3, p. 285-322, set./dez. 2017. ISSN 2236-7284. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdupr.v62i3.55219>. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/55219>. Acesso em: 31 ago. 2021. p. 30.

Todavia, as mudanças evolutivas sobre o ativismo judicial apresentam-se com intuito de certificar a essencialidade de o Poder Judiciário atuar ativamente. Logo, o intitulado ativismo judicial trabalha na garantia e concretização dos direitos fundamentais positivados pela Constituição face à inércia dos Poderes Executivo e Legislativo.

Por esse entendimento, atesta-se positivo e eficaz o fenômeno ativismo judicial, diante da inércia dos outros dois Poderes, logo, o Poder Judiciário tem perícia em sua atuação quando utiliza desse instrumento para fazer jus dos direitos dos cidadãos, trazendo ainda a expansão e proteção dos direitos por meio da adoção de decisões judiciais que, futuramente, serão integrados ao ordenamento jurídico brasileiro, sob a forma de normas, ou até mesmo estabelecerem políticas, atribuições específicas do Legislativo e Executivo.<sup>9</sup>

O referido autor também acentua que existem duas formas de ativismo judicial:

o ativismo judicial inovador (criação, ex novo, pelo juiz de uma norma, de um direito) e o revelador (criação pelo juiz de uma norma, de um direito, desde os valores e princípios constitucionais, ou a partir de uma regra lacunosa como o artigo 71 do CP, que tutela o crime continuado). Assim sendo, observa-se que nesta última situação o juiz traz inovações ao ordenamento jurídico, mas não criando normas e sim complementando a compreensão de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.<sup>10</sup>

Nesse entendimento, pode-se afirmar que o intitulado ativismo inovador caracteriza-se nos casos em que o juiz adiciona decisão contemporânea no sistema de normas e no caso do ativismo revelador, em que a decisão deliberada traz a luz a uma norma existente, em que sob o enfoque adotado ainda não havia sido normatizada.<sup>11</sup>

O Brasil, desde o início da sua história, sempre apresentou um perfil memorioso de autoritarismo no qual vivenciou o coronelismo, o absolutismo, o patrimonialismo que coincide para que o ativismo não seja visto com bons olhos por alguns que receiam que o judiciário incorra com autoritarismo.<sup>12</sup>

Ocorre que a análise aprofundada do ativismo judicial e toda sua historicidade revela dois vieses relevantes que exigem mais reflexões sobre o tema. Assim, as atuações são denominadas por alguns como positivas, céleres e concretizadoras de direitos, e, por outros, são consideradas instrumento de risco potencial ao sistema democrático de direito, uma vez que os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) estão entrando em desarmonia com o princípio das respectivas separações.

Ao analisar o ativismo judicial sobre o aspecto autoritário que muitos declaram, torna-se essencial o entendimento a respeito do artigo 2º do Código Processual Civil que fundamenta sobre o princípio da Inércia da jurisdição, que, por sua vez, entra em conflito com o ativismo judicial devido à nomenclatura de “ativismo” ter sua

9 GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em: 20 set. 2020.

10 GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em: 20 set. 2020.

11 GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em: 20 set. 2020.

12 LEITE, Roberto Basilone. **O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional**. São Paulo: LTr, 2014. p. 110.



aplicação julgada por alguns, visto que é uma prática natural e enfática. Decerto observa-se um viés negativo do ativismo. No Sistema Democrático de Direito, os Poderes se fiscalizam mutuamente, sendo inconcebível que haja um poder mais proeminente que outro.

Não obstante, deve-se ter um entendimento aprofundado de que o ativismo se apresenta em vários casos com um perfil diligente e mais aberto do judiciário, com o objetivo de salvaguardar a Constituição e assim garantir a concretização desses direitos.<sup>13</sup> Diante da reflexão em que o Direito é uma ciência social, que sofre constantes inovações tendo que se moldar às situações com periodicidade de tempo, e com o desenvolvimento do meio social, observa-se que os direitos fundamentais com o passar dos tempos ganham novas roupagens, pois não se pode mais comparar com os direitos fundamentais de 20 anos passados, e assim sucessivamente.

De acordo com Lustosa<sup>14</sup>, compreende-se que os poderes Legislativo e Executivo sofrem numerosos questionamentos pela impossibilidade de atender a algumas demandas sociais com certa celeridade que algumas situações exigem. Para tanto, o sistema democrático declara que seja resguardada a competência política destes, visto que os membros têm poder de representatividade popular, pois foram eleitos pelo povo. Lustosa disserta que vários pesquisadores analisam as formas de manifestação dos magistrados nos atos normativos que constituem as políticas públicas entre eles.

Com isso, analisa-se que alguns procedimentos acontecem de forma antidemocrática, nesse entendimento, Salgado *et. al.*<sup>15</sup> chegam à conclusão de que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro traz benefícios para o ativismo judicial ao acolher que todos os tribunais e juízes sejam habilitados em discorrer sobre a inconstitucionalidade de uma lei. Desse modo, o judiciário deve atuar de forma razoável, obedecendo aos limites Constitucionais, uma vez que, em seus textos, estão os fundamentos relevantes para atender uma sociedade.

- *Opiniões Contrárias ao Ativismo Judicial*

Alguns doutrinadores posicionam-se contrários ao fenômeno ativismo judicial assentado na reflexão do princípio da separação dos poderes, no qual juízes e tribunais não possuem legitimidade democrática em suas deliberações para interferir contra atos legalmente constituídos pelo poder eleito pelo povo, visto que o entendimento sobre negatividade do ativismo judicial está alicerçada exatamente nas ações atípicas e excessivas, produzidas pelos membros do judiciário invadindo as competências dos outros poderes.<sup>16</sup>

Por outro viés, vislumbra-se o poder judiciário como Legislador positivo diante de vultosas omissões e deficiências nas produções legislativas que estão diretamente relacionadas aos direitos da minoria, que de forma cruel são menosprezadas pelos legisladores.<sup>17</sup>

13 LEITE, Roberto Basílone. **O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional**. São Paulo: LTr, 2014. p. 110.

14 LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficiência administrativa e ativismo judicial**. Curitiba: Editora Íthala, 2015. p. 239-252.

15 SALGADO, Maria José *et.al.* **El control de constitucionalidade en la democracia**. Dirigido por Osvaldo A. Gozaíni. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2015.

16 PAULA, Alexandre Sturion de. **Ativismo judicial no processo civil: limites e possibilidades constitucionais**. Campinas: Servanda, 2012.

17 VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin**. 2011. 255f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

Na mesma esteira, aborda Zagrebelsky<sup>18</sup> (2011) em seus escritos sobre uma composição híbrida do ativismo Judicial, no intuito de exemplificar os variados conceitos que estão delineados na permanência do caráter conservador, e outros que contemplam o caráter inovador do direito, na busca de estruturar certo equilíbrio nas relações, pois, sabe-se que a Corte Constitucional brasileira sustenta, em seu texto, manter os padrões constitucionais razoáveis e também na mesma harmonia de introduzir novas decisões acolhendo o fator social de Direito.

Por conseguinte, Cunha Júnior<sup>19</sup> (2008) disserta que os dois posicionamentos são capazes de concretizar as deliberações de acordo com a demanda social e realizar com eficiência um direito fundamental mediante uma reflexão que esteja em conformidade com o texto fundamental, através das práticas dos princípios constitucionais de natureza expositiva com a finalidade de executar normas constitucionais.

O reconhecimento da capacidade reflexiva com autonomia de dizer o direito é *sui generis*, pois é resultante do caráter das normas Constitucionais, de modo que, caso houvesse essa interpretação ou sequer ocorresse às mudanças constitucionais, as duas sem alterações no texto da lei, ocorreria um engessamento da aplicação da Constituição Federal.<sup>20</sup>

Seguindo o entendimento positivo da interpretação observa-se a necessidade de facilitar a aplicabilidade e promover a estabilidade dos conceitos judiciais, a [Emenda Constitucional 45/2004](#) principiou as súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro como ferramentas de vinculação de precedentes judiciais. Os enunciados das súmulas com característica vinculante sustentam maior segurança jurídica e aperfeiçoamento da aplicação das leis em situações concretas, movimento este de enriquecimento dos precedentes judiciais seguido inclusive pelo [Código de Processo Civil 2015](#).

Ainda assim, com relação ao debate negativo do ativismo judicial, disserta Leal<sup>21</sup> (2011) que as especificidades de atuação do judiciário estão restritas no tocante a criar políticas públicas ou arguir rumo às deliberações tomadas pelos outros poderes. Desta feita, entende-se que a competência de ações invasivas aos poderes Legislativo e Executivo, em que os tribunais não estão habilitados e nem vocacionados para despachar nesse direcionamento, pois, na maioria das deliberações, os juízes podem colocar em risco programas que ainda que não demonstrem eficiências imediatas, mas foram estruturadas pelos representantes do povo, que são membros eleitos pelo povo e que estão legalmente agindo para atender à demanda da sociedade. Além disso, a invasão de competências causa insegurança jurídica, que também traz prejuízos ao Estado democrático de direito.

Desse modo, quando os debates estão alinhados aos temas democracias estáveis, os tribunais se organizam pela estabilidade entre o ativismo e autocontenção. Na contemporânea democracia brasileira, a conquista para esse modelo ainda caminha a passos largos e dependerá substancialmente da positividade ou negativida-

18 ZAGREBELSKI, Gustavo. **A crucificação e a democracia**, São Paulo: Saraiva, 2011.

19 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **O Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

20 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **O Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

21 LEAL, Mônica Clarissa Henning. **Ativismo judicial e déficits democráticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

de nas deliberações arguidas nas ações que necessitaram o fenômeno ativismo judicial e da aplicação do princípio da razoabilidade pelos membros do Supremo Tribunal Federal.<sup>22</sup>

- *Judiciário na investidura de Legislador Positivo*

Com as experiências atuais de providências evolutivas do Poder Judiciário, entende-se em sua justiça uma ação positiva, ou seja, um instrumento concretizador diante das omissões e negligências advindas do Legislativo em relação às demandas sociais almejadas pela sociedade, que são burladas pelos legisladores que se encontram no pleito, de modo que essas omissões perpassam para os legisladores futuros, criando a permanência para a descrença da atuação nesse referido poder.<sup>23</sup>

Em decorrência desse pensamento, Barroso enfatiza que a confiança depositada no Poder Judiciário é um resultado das decisões proativas desse poder que se denomina fenômeno garantidor das normas pragmáticas, e também na função de fazer valer o direito.<sup>24</sup>

A Constituição da República, no Título que trata dos Direitos Fundamentais, eleva-os, em sua grande maioria, à categoria de normas de aplicabilidade imediata, sendo certo que com esse tratamento visa efetivar, no campo das relações sociais, o princípio da igualdade e o princípio fundamental da redução das desigualdades sociais.

Nesta junção de reflexão, pode-se fortalecer ainda mais esse segmento, com exposição de alguns exemplos da ação proativa do poder Judiciário e o fenômeno ativismo judicial. Assim, pode-se claramente apontar que alguns governantes negligenciam dois direitos fundamentais mais importantes para atender a sociedade: educação e saúde.

A educação no Brasil, quando passa por exames dos mais importantes para atingir a sua classificação entre os países, e aqui torna-se essencial especificar o Instituto que avalia e aplica o referido exame (Instituto de PISA), o Brasil sempre se posiciona entre os mais deficitários de ensino e aprendizagem, ou seja, evidencia-se que o sistema educacional não está acompanhando o nível de capacitação adequada para ofertar ao seu alunado (meus escritos).

A saúde, eleita a mais essencial dos direitos fundamentais, também atravessa numerosas dificuldades por não ter o devido tratamento e cuidado pelos representantes que detém a administração e autonomia para tal realização com esmero e qualidade.

Desse modo, quando o debate se inclina para o entendimento da estruturação da Constituição Nacional de cada país, das minuciosas às grandiosas avaliações, entram em conflitos. Nessa sequência faz-se necessário uma breve reflexão nos artigos abaixo citados (BRASIL, 1988):

22 VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de direito**: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. 2011. 255f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

23 VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de direito**: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. 2011. 255f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

24 BARROSO, Luís Roberto Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **SYN)THESIS**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 20 set. 2020.

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

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

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

Temos, aqui, os mais relevantes regimentos para a estruturação do desenvolvimento e capacitação dos indivíduos de uma sociedade, nos quais seus autores, responsáveis por essa concretização, jamais poderiam incorrer em imensuráveis negligências, das quais vivenciamos no Brasil.

**Art. 2º** São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL, 1988)

Nessa sequência, nos deparamos com os protagonistas que têm compromisso e obrigatoriedade com a realização dos direitos fundamentais, garantindo o mínimo existencial, a busca da redução das desigualdades sociais e regionais e também da tão sonhada isonomia, sempre debatida com excelência e bem fundamentada na Constituição Federal, mas, com raríssimas concretizações em atendimento a minoria, o povo mais sofrido das omissões governamentais. (meus escritos).

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

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

Com esse último artigo, percebe-se com precisão a relevante finalidade da República Federativa do Brasil, a fundamentação de suas normas e princípios para o desenvolvimento de sua sociedade, o compromisso pautado na oferta do mínimo existencial, direcionado a demanda dos hipossuficientes. Nesse interim, observa-se o encontro inegável da negligência e falta de políticas públicas para atender o povo, demonstrando total omissão dos administradores públicos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreende-se a postura do Poder Judiciário com o compromisso de garantir os Direitos Fundamentais, entre outros direitos, com resguardo da função típica do judiciário na defesa do ordenamento jurídico, e, com isso, tem o dever ao poder público para o cumprimento da obrigação. Assim, o fenômeno ativismo judicial não viola os demais órgãos quando atua frente às omissões estatais e para o resguardo da concretização dos direitos fun-

damentais, visto que, com a presente finalidade, não há o que se fazer observações sobre prejuízos jurídicos ao princípio da separação dos poderes.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal é reconhecido como guardião da Constituição e garante ao Judiciário tal atuação, com base no princípio da dignidade humana. Estende-se a compreensão também ao debate sobre a inaplicabilidade da reserva do possível e relevância da concretização dos direitos fundamentais, onde os conceitos doutrinários justificam o direito pátrio e o papel do judiciário em garantir dos direitos sociais.

Em suma, compreende-se que, mesmo com toda a fundamentação alcançada pela Constituição Federal após a procedência do neoconstitucionalismo, existe um universo que separa o alcance constitucional e toda sua ideologia da realidade social, pois com toda manifestação de Direitos fundamentais em normas constitucionais não apresentam prerrogativa de se fazerem concretizar por si só.

Assim, em meio ao retraimento dos Poderes Legislativo e Executivo, na realização dos direitos fundamentais e estruturação de políticas públicas, o poder Judiciário adota a relevante função de transformação do ideário constitucional em realidade.

Nessa esteira, compreende-se em muitos casos que, para concretizar os direitos dos indivíduos, o julgador excede o liame da modesta aplicação da lei e assume uma conduta proativa a fim de concretizar a ânsia de justiça que se espera sobre a jurisdição, e isso diz respeito ao denominado ativismo judicial.

A reflexão conclusiva é que o ativismo, em diversos casos, torna-se essencial, não podendo admitir omissões das atividades legislativas e fazendo com isso que o cidadão hipossuficiente fique à mercê de tamanhas negligências e imperícias na realização dos seus direitos. O contramajoritarismo é uma ferramenta que favorece a democracia na mesma proporção que efetivam direitos banidos pelo legislador.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (SYN)THESIS, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 20 set. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96. 2010. Disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230>. Acesso em: 20 set. 2020.
- BRASIL. Código de Processo Civil (1973). *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm). Acesso em: 31 ago. 2021.
- BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 31 ago. 2021.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Diário Oficial de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [www.mec.gov.br/legis/default.shtm](http://www.mec.gov.br/legis/default.shtm). Acesso em: 20 ago. 2018.
- BRASIL. Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA) Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/avaliacao-e-exames-educacionais/pisa>. Acesso em: 02 ago. 2020.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *O Controle Judicial das Omissões do Poder Público*: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em: 20 set. 2020.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. **Ativismo judicial e déficits democráticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEITE, Roberto Basilone. **O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional**. São Paulo: LTr, 2014.

LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficiência administrativa e ativismo judicial**. Curitiba: Editora Íthala, 2015.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montal, de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre, S.A. Fabris, 2012.

PAULA, Alexandre Sturion de. **Ativismo judicial no processo civil: limites e possibilidades constitucionais**. Campinas: Servanda, 2012.

SALGADO, Maria José *et al.* **El control de constitucionalidade en la democracia**. dirigido por Osvaldo A. Gozaíni. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2015.

SALOMÃO, Luiz Felipe. **Ministro Luís Felipe Salomão, do STJ, fala sobre ativismo judicial**. 2017. PODER JUDICIÁRIO – RJ. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5930989>. Acesso em: 02 set. 2020.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org). **Ativismo Jurisprudencial e Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF, Curitiba: Juruá, 2009.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin**. 2011. 255f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução de Mônica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

#### BIBLIOGRAFIAS CONSULTADAS

BULLOS, Uadi Lammego. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011. DOI: [10.17808/des.38.189](https://doi.org/10.17808/des.38.189). Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/189>. Acesso em: 9 jan. 2019.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

DWORKIN, Ronald M. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Globo; Publifolha, 2009.

FERNANDES, Ricardo Vieira Carvalho. **Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. Confluências: Revista interdisciplinar de sociologia e direito**, Niterói, RJ, v. 12, n. 2, p. 106-128, out. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/34336>. Acesso em: 31 ago. 2021.

GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. **Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22345/aspectos-teoricos-do-movimento-neoconstitucional> Acesso em: 31 ago. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of ‘judicial activism’. **California Law Review**, Califórnia, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, Oct. 2004. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3481421>. Acesso em: 31 ago. 2021.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

LEITE, Evandro Gueiros. **Ativismo Judicial**. **BDJur**: Brasília, 5 maio 2008. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dou10anos/article/view/3457/3580>. Acesso em: 31 ago. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 17. ed. rev. atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. *In*: MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial**. [online – acesso em: 12 jan. 2019].

- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Forense: Rio de Janeiro, 2002.
- MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.
- PEREIRA, Micheli. Atuação do poder judiciário na defesa dos direitos fundamentais: uma tensão entre constitucionalismo e democracia. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 6, 2009. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/55>. Acesso em: 31 ago. 2021.
- PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./ jun. 2017. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril\\_v54\\_n214\\_p189](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189). Acesso em: 31 ago. 2021.
- RAMOS, Adriana Monteiro. Da falta de normatividade constitucional à judicialização e ao ativismo judicial. **Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 7, n. 10, p. 233-246, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/74>. Acesso em: 31 ago. 2021.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- VALLE, Maurício Dalri Timm do. O direito constitucional tributário brasileiro pelas mãos de José Roberto Vieira. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 3, p. 285-322, set./dez. 2017. ISSN 2236-7284. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v62i3.55219>. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/55219>. Acesso em: 31 ago. 2021.
- VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

# CAPÍTULO 9

## MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 778.889/PE

Silvia Araújo Amorim Pereira Barretto

Silvia Pozzi

### 1 INTRODUÇÃO

A maior compreensão social quanto à necessidade da quebra de antigos padrões culturais, aliada às disponibilidades tecnológicas, tem levado as normas legais brasileiras a se adaptarem para abrangerem as mudanças do mundo contemporâneo.

Adaptações acontecem tanto formalmente, através da criação de novas leis, quanto materialmente, através da alteração da interpretação das normas legais sem alteração da letra da lei.

O ordenamento jurídico brasileiro possui como norma superior a Constituição Federal Brasileira e nela se encontra descrito o Supremo Tribunal Federal (STF) como órgão pertencendo ao poder legislativo. Ele é o responsável por realizar novas interpretações da letra da lei maior para fundamentar suas decisões, levando em conta as alterações na sociedade. Esta interpretação são as mutações constitucionais.

Apesar da possibilidade de novos entendimentos da lei maior, se deve ressaltar a necessidade de preservar a força normativa e a integridade constitucional e não utilizar a mutação constitucional de acordo com os elementos do poder da ocasião dos debates para fundamentar uma decisão.

O objetivo deste trabalho é analisar o caso que chegou ao STF em que uma servidora pública adotante requeria os mesmos direitos das servidoras públicas gestantes, contrariando as normas infraconstitucionais existentes. Para tanto, precisamos compreender os desafios atuais da Constituição Brasileira, considerando a possibilidade de sua modificação através da interpretação do Supremo Tribunal Federal tendo como pano de fundo o pluralismo democrático.

O presente estudo se baseia em bibliografia disponível sobre a conceituação do tema e também na decisão do RE 778.889/PE que o Supremo Tribunal Federal, sem mudança formal no texto constitucional, deu nova interpretação à letra da lei.



## 2 A CONSTITUIÇÃO

Podemos conceituar a Constituição de duas maneiras, de acordo com Barroso<sup>1</sup>: do ponto de vista político e do ponto de vista jurídico.

Do ponto de vista político, a Constituição advém do poder Constituinte quando este cria ou reconstrói o Estado, sendo então o conjunto de decisões que instituem os órgãos de poder e disciplinam as relações que estes manterão entre si e com a sociedade.

Já do ponto de vista jurídico, podemos conceituar a Constituição em dois sentidos: o material, quanto ao conteúdo de suas normas, e o jurídico, quanto à posição da Constituição no sistema normativo.

Em sentido material, a Constituição organiza o exercício do poder político, definindo os direitos fundamentais, valores e fins públicos a serem realizados.

Já do ponto de vista jurídico, em sentido formal, a Constituição é a norma fundamental e superior que limita o conteúdo do ordenamento jurídico e regula o modo de produção das todas suas normas.

Assim, temos que a Constituição reconstrói ou cria o Estado, organizando e limitando o poder político, dispondo sobre os direitos fundamentais, valores e fins públicos e disciplinando o modo de produção e os limites de conteúdo das normas que integrarão a ordem jurídica por ela instituída<sup>2</sup>.

A aplicabilidade da Constituição depende de sua interpretação, o que não quer dizer somente ler o que está escrito e fazer uma análise literal ou gramatical. A interpretação da Constituição pode abranger mais do que palavras frias escritas em uma folha de papel. Para tanto, temos a hermenêutica jurídica que traz a metodologia da exegese Constitucional.

## 3 HERMENÊUTICA JURÍDICA

A hermenêutica estuda os pressupostos, a metodologia e a interpretação do direito. É a maneira de comunicar o direito. O intérprete do direito se utiliza da hermenêutica para mediar a relação que existe entre o sistema jurídico e a sociedade. O intérprete faz a lei falar.

O sistema jurídico não é perfeito e em algum momento percebe-se que alguma norma é imprecisa, o que Hart chama de textura aberta, que gera incerteza nas zonas limítrofes<sup>3</sup>.

No positivismo hartiano, a textura aberta desloca às autoridades jurídicas o poder de solucionar o caso concreto por uma escolha. Esta escolha, porém, não pode se basear somente em regras jurídicas, conforme estabelece Dworkin, porque não são somente as normas positivadas que são juridicamente vinculativas. Também os princípios vinculam juridicamente os agentes públicos.

1 BARROSO, Roberto, L. **Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

2 BARROSO, Roberto, L. **Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

3 HART, Herbert. L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 166.

Para Dworkin, princípio é “[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade<sup>4</sup>”.

Dworkin entende que há uma diferença lógica entre regras e princípios, uma vez que havendo a incidência simultânea de mais de uma regra, só uma delas será considerada válida e aplicável, o que não ocorre com os princípios. Quando os princípios se interpõem, vale a força relativa de cada um, não havendo a exclusão de um ou de outro<sup>5</sup>.

O pensamento de Dworkin defende os direitos individuais, o direito à igual consideração e respeito, que entende serem constitutivos da democracia. O que interessa é descobrir se o indivíduo tem ou não um direito, e se tiver, este deve ser assegurado pelo poder público. Assim, o juiz tem o dever de articular, com os princípios, argumentação que favoreça o direito das partes<sup>6</sup>.

## 4 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

### 4.1 FORMAÇÃO

Em 1988, a Assembleia Nacional Constituinte promulgou a atual Constituição Federal, a Constituição Cidadã, que estabeleceu o Poder Judiciário como o responsável por exercer jurisdição, onde jurisdição significa a aplicação da lei ao caso concreto.

### 4.2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

O papel do STF é de guardião da Constituição da República. Para isto, ele tem a capacidade de realizar o controle de constitucionalidade de normas e atos. Pelo fato de o controle de constitucionalidade ser realizado após o nascimento da lei ou a prática do ato, se entende que a principal função é garantir a ordem e a coerência do sistema normativo, para que as leis e seu fundamento de validade estejam em conformidade. Assim, tem-se a garantia de existência da própria Constituição, de modo que se possa assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental.

O controle de constitucionalidade repressivo pode ser exercido, basicamente, de duas formas: a primeira diz respeito ao controle difuso de constitucionalidade, em que cada Magistrado poderá reconhecer, incidentalmente, no julgamento de um caso concreto, a inconstitucionalidade de determinado ato normativo.

4 DWORKIN, Ronald. O império do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 90.

5 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42.

6 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 202.

A segunda é pertinente ao controle concentrado de constitucionalidade, em que a análise da adequação do ato normativo à Constituição da República será feita de forma abstrata, ou seja, desvinculada da existência de um caso concreto. Neste caso, o controle da constitucionalidade é feito pelo Supremo Tribunal Federal.

### 4.3 ALTERAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal é considerada rígida, uma vez que sua forma somente pode ser alterada por um trâmite complexo, conforme dispõe seu artigo 60:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II – do Presidente da República;

III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Além da rígida a maneira para emendar a constituição, o teor das matérias deve respeitar as limitações estabelecidas pelos parágrafos do artigo 60. Desta maneira, visa-se conferir à Constituição e seus princípios o status de norma máxima, sob a qual o Estado Democrático de Direito deve perdurar.

Contudo, há também a maneira informal de alteração da constituição, considerando que a sua interpretação pode ser diversa, conforme o desenvolvimento da sociedade e sua realidade.

### 4.4 MUTABILIDADE CONSTITUCIONAL

Como já dito, a Constituição pode ser modificada através de um processo formal ou informal. No processo formal, a modificação se dá, no Brasil, através de PECs (Projeto de Emenda Constitucional), que possui rito e características próprias definidas em nossa Carta Magna, conforme já abordado em tópico anterior.

Já o processo informal se trata de uma mudança na interpretação do dispositivo normativo, sem, no entanto, alterar seu texto. Tal processo é denominado Mutação Constitucional.

Barroso, em sua obra *Direito Constitucional Contemporâneo*, define, brilhantemente, a mutação constitucional:

Com efeito, a modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstancia resulta a rigidez constitucional. Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais.<sup>7</sup>

Importante observar que na mutação constitucional não há alteração no texto normativo, o que ocorre é somente uma nova interpretação. Nas palavras de Barroso:

a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto.<sup>8</sup>

Tal situação ocorre porque as relações sociais se transformam ao longo do tempo, possibilitando ou até mesmo exigindo um novo olhar, uma nova perspectiva da norma, adequada ao novo contexto social na qual está inserida.

Com as transformações sociais, se torna necessário esse novo olhar, visto que o direito reflete e influencia a realidade social, sendo um instrumento na busca da pacificação social. O mesmo autor ressalta:

O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. Pelo contrário, em uma relação intensa e recíproca, em fricção que produz calor mas nem sempre luz, o Direito influencia a realidade e sofre a influência desta. A norma tem a pretensão de conformar os fatos ao seu mandamento, mas não é imune às resistências que eles podem oferecer, nem aos fatores reais do poder. No caso das mutações constitucionais, é o conteúdo da norma que sofre o efeito da passagem do tempo e das alterações da realidade de fato. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram esse condicionamento recíproco entre norma e realidade.<sup>9</sup>

Assim, a mutação constitucional amplia e adequa o significado do dispositivo normativo a seu tempo, visto que o direito deve, acima de tudo, representar a realidade social de seu tempo e alcançar seu objetivo principal que é a pacificação social.

A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal

7 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

8 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

9 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito.<sup>10</sup>

Nas palavras de Vargas:

Portanto, as transformações informais e espontâneas operadas no sentido, no significado e no alcance da Constituição, sem qualquer modificação formal, são denominadas de mutação constitucional.<sup>11</sup>

Portanto, para que a Constituição seja eficiente tem que ser uma Constituição de seu tempo, pois a partir do momento que ela se dissocia de sua realidade social, perde sua força normativa.

#### 4.5 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS LIMITES

A interpretação da norma constitucional encontra limites dentro da própria constituição, na própria letra da lei e seus princípios, implícitos e/ou explícitos.

A semântica da norma positivada possui flexibilidade interpretativa, porém não é absoluta, uma vez que a nova interpretação não pode colidir com os princípios fundamentais da Carta Magna, sob pena de violar o poder Constituinte.

Tal entendimento é defendido por Barroso:

Como intuitivo, a mutação constitucional tem limites, e se ultrapassá-los estará violando o poder Constituinte e, em última análise, a soberania popular. É certo que as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, libertam-se da vontade subjetiva que as criou. Passam a ter, assim, uma existência objetiva, que permite sua comunicação com os novos tempos e as novas realidades. Mas essa capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição. Por assim ser, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder Constituinte reformador.<sup>12</sup>

Mesmo posicionamento é defendido por Mendes:

A nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo Constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional.<sup>13</sup>

Ainda segundo Barroso, não é possível interpretação além do permitido, podendo gerar mutações inconstitucionais:

10 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 165.

11 VARGAS, Denise Soares. **Mutações constitucionais via decisões aditivas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

12 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 165.

13 MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

As mutações que contrariem a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito.<sup>14</sup>

Assim, o próprio texto da norma constitucional estabelece os limites aos quais a mutação deve se ater, e o que ultrapassar tal limite será declarado como mutação inconstitucional.

## 5 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: RE778.889/PE

O Recurso Extraordinário 778.889/PE tratou a questão sobre a possibilidade de a lei instituir prazos diferenciados para a licença maternidade concedida às servidoras gestantes e às adotantes e também da diferenciação do prazo de licença em função da idade da criança adotada.

A reclamante era servidora pública da justiça federal que obteve guarda provisória, para fins de adoção, de menor impúbere que estava com um ano e um mês de vida. Conforme as leis atinentes, teria um total de 45 dias de licença maternidade, porém entendia que fazia jus a 180 dias, prazo igual às servidoras gestantes que parissem filhos com vida.

A literalidade da Constituição e das leis que tratam das questões, encontram-se abaixo:

### Constituição de 1988:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

### Lei nº 8.112/1990

Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada.

Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.

### Lei 11.770/2008:

Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal. [...].

Art. 2º É a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei.

### Decreto nº 6.690/2008:

Art. 2º Serão beneficiadas pelo Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante as servidoras públicas federais lotadas ou em exercício nos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. [...].

§ 3º O benefício a que fazem jus as servidoras públicas mencionadas no caput será igualmente garantido a quem adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, na seguinte proporção: [...].

I – para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o art. 71-A da Lei nº 8.213, de 1991 [Regime Geral da Previdência]:

a) sessenta dias, no caso de criança de até um ano de idade;

b) trinta dias, no caso de criança de mais de um e menos de quatro anos de idade; e

c) quinze dias, no caso de criança de quatro a oito anos de idade.

II – para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o art. 210 da Lei nº 8.112, de 1990 [Regime Especial de Previdência Estatutário]:

a) quarenta e cinco dias, no caso de criança de até um ano de idade; e

b) quinze dias, no caso de criança com mais de um ano de idade.

Foi negado em primeira instância o mandado de segurança impetrado pleiteando o benefício de 180 dias. Em segundo grau a decisão foi mantida. A fundamentação da negativa da liminar foi, basicamente, que uma gestante passava por alterações físicas, situação diversa da de uma adotante, o que justificaria o tratamento distinto, concernente aos dias de licença. Tal entendimento baseava-se na decisão do STF, referente ao RE 197.807, em 2000, que manifestou o seguinte entendimento:

(i) o deferimento da licença prevista no art. 7º, XVIII estaria vinculado ao “fato jurídico gestação” e (ii) a situação da mãe adotante não seria equiparável à situação da mãe gestante, uma vez que, no primeiro caso, não ocorreria gravidez ou parto, não havendo que se falar em licença gestante, cujo fim precípuo era proteger a saúde da mãe<sup>15</sup>.

A reclamante, então, interpôs Recurso Extraordinário, invocando violação ao art. 7º, XVIII, c/c art. 39, §3º, CF<sup>16</sup> e ao art. 227, §6º, CF<sup>17</sup>. A decisão do STF gerou repercussão geral, ou seja, o assunto discutido na ação passa a ser de interesse da coletividade.

O relator Ministro Roberto Barroso explanou, brilhantemente, o processo histórico do reconhecimento da família antes da Constituição de 1988 e após sua promulgação, com o reconhecimento da licença maternidade como um direito da criança.

Detalhou a evolução histórica sobre os direitos da criança e do adolescente no Brasil, sendo estes os que beneficiam o menor. Reconheceu que as crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado, demandando esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas, sendo assim, impossível lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa.

Em seu voto, o Ministro Barroso entendeu que o sentido e o alcance que se deve dar ao artigo 7º, XVIII, da Constituição, considerando os compromissos de valores e princípios assumidos pela sociedade brasileira, ao conferir à dignidade da pessoa humana status de princípio fundamental, seria o da licença maternidade à adoção com prazo idêntico ao que tem o filho biológico, independente da idade da criança adotada.

15 Ementa do julgado: “Não se estende à mãe adotiva o direito à licença, instituído em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7º, da Constituição Federal, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria” (RE 197.807, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 30.05.2000, DJ, 18.08.2000).

16 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Art.39 – §3º Aplica-se aos servidores ocupantes do cargo público o disposto no artigo 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Grifo)

17 Art. 227 – § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Mesmo que em 2000 o STF tenha se manifestado em sentido diverso, e sem alteração literal do artigo 7º, XVIII, o significado que lhe foi atribuído se alterou, demonstrando-se um caso de mutação constitucional, uma vez que a mudança da compreensão da realidade social alterou o próprio significado do direito.

Tal mutação se encaixou dentro dos limites constituídos pelos princípios constituições, como a dignidade da pessoa humana, igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor. O entendimento anterior do artigo 7º, XVIII, da Constituição violava o princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.

## CONCLUSÃO

A força normativa da Constituição deve ser preservada, uma vez que esta é a norma suprema. O controle de constitucionalidade feito pelo STF deve englobar, além de assegurar a normatividade da Constituição, sua correta interpretação de modo a adequá-la às novas realidades, mesmo que literalmente o texto não seja alterado.

Temos, então, a mutação constitucional, que é a maneira informal da alteração da Carta Magna. Essa mutação tem que se ater aos limites impostos pela própria Constituição, garantindo a segurança jurídica, mas também a modernização da interpretação de acordo com o desenvolvimento da sociedade.

No caso apresentado, a interpretação da licença maternidade para mães adotantes evoluiu juntamente com a evolução do tratamento social dado às crianças adotadas, uma vez que passaram de crianças institucionalizadas para crianças merecedoras de um lar com amor e estrutura para inseri-las na sociedade.

Mesmo o artigo 7º, XVIII, da Constituição, tendo a grafia “gestante”, o entendimento do direito exarado é muito mais abrangente, considerando toda a mudança no entendimento do tema desenvolvida pós promulgação da Carta Magna.

Assim, a mutação constitucional é instrumento essencial para modernizar a Constituição conforme a evolução da sociedade, devendo o STF utilizar seu poder sem viés político, tendo como objetivo o respeito aos princípios fundamentais.

## REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 12, n. 96. 2010. Disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230>. Acesso em: 20 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Roberto, L. **Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.



- BRASIL. Emendas Constitucionais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro\\_emc.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm) Acesso em: 20 jan. 2020.
- CONJUR. **Consultório jurídico**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br>>. Acessado em: 05 abr. 2018.
- CORTUCCI, Andrea Mancini. **Mutação Constitucional, entre a interpretação e a justiça constitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo 2016.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GONÇALVES DA SILVA, Lucas. **Mutação Constitucional pela Justiça Constitucional: tipologia e limite**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2009.
- HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- IGLESIAS, Francisco. **Trajectoria política do Brasil: 1500–1964**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KNOERR, Cibele Fernandes Dias. **Decisões Intermediárias da Justiça Constitucional como Mutação da Constituição**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2011.
- LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira, MORAIS, Carlos Blanco de. **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva. 2016.
- MIGALHAS. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Disponível em: <https://migalhas.com.br/arquivos/2019/10/art20191023-03.pdf> Acesso em: 21 fev. 2020.
- MIGALHAS. **Anotações para o voto Ministro Luís Roberto Barroso (Texto base para voto oral. Voto escrito em elaboração)**. Disponível em: <https://migalhas.com.br/arquivos/2019/10/art20191024-03.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2020.
- PAIM, Antônio; BARRETTO, Vicente. **Evolução do pensamento político brasileiro**. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da USP, 1989.
- PEDRA, Anderson Sant'Ana. **Tribunal Constitucional como Órgão de Norma Positiva: condições e limites para a edição de enunciados normativos**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2011.
- STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, volume 14, 2018, no. 1. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2451/1585>. Acesso em: 01 set. 2021.
- VARGAS, Denise Soares. **Mutações constitucionais via decisões aditivas**. São Paulo: Saraiva. 2014.

# CAPÍTULO 10

## O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: AVANÇO OU RETROCESSO NO UNIVERSO FEMININO

Maria Cristina Zainaghi

### INTRODUÇÃO

Ao pensarmos em elaborar um trabalho sobre a visão constitucional, e seu impacto no universo jurisdicional feminino, nos deparamos com a necessidade de se cumprir o princípio básico, inserto no artigo 5º da Constituição Federal, no inciso LXXVIII, ou seja, razoável duração do processo.

Abordaremos o princípio processual constitucional, seu histórico e aplicação no ordenamento pátrio, principalmente a necessidade de sua aplicabilidade nas demandas de família, muitas vezes norteadas por violência e riscos à própria integridade física da mulher e dos filhos do casal.

A importância de se priorizar as demandas de família, mesmo quando não são de natureza alimentar e meio assecuratório do direito das partes litigantes.

Dizemos isso, pois, muitas vezes as Varas de Família assoberbadas de processos priorizam demandas alimentícias, como se outros temas não devessem ter a mesma prioridade.

Nos parece que deveríamos priorizar demandas que tenham caráter de urgência, e nelas relativizar as questões probatórias, utilizando mais a equidade do que a lei, como aliás é previsto no próprio Código de Processo Civil, notadamente nas demandas que tratem de direito de família.

### 1 O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

#### 1.1 HISTÓRICO

Historicamente, o princípio da razoável duração vem inserto em diversos ordenamentos jurídicos, a saber: [Convenção Americana dos Direitos e Deveres do Homem, datada de 1948](#), que em seu artigo 18, estabelece:

Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Veja que a resposta rápida ao jurisdicionado é antiga e, até hoje, não obtivemos uma solução plena.

Outro diploma legislativo a mencionar a necessidade de se informar rapidamente, no caso ao réu, foi o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, onde se vê no item “a”, do inciso 3, do artigo 14<sup>1</sup> a igualdade das pessoas nos tribunais, como também o direito à ampla defesa e rapidez na solução.

No Brasil, entretanto, a razoável duração como direito fundamental demorou a aparecer, sendo inserida na Constituição Federal com a inclusão do inciso LXXVIII, no artigo 5º, por determinação da [Emenda Constitucional nº 45 de 2004](#). Assim tivemos esse princípio inserido como um direito fundamental, que *in verbis* assevera:

a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A inclusão expressa, não elidiu a afirmativa que tal princípio já existia no direito brasileiro desde 1992, quando o Brasil subscreveu o Pacto de São José da Costa Rica, pois em seu artigo 8º assevera que:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Posteriormente, em 2015, mais especificamente no dia 16 de março, com a promulgação do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105), passamos também a ter o princípio da razoável duração do processo na norma infraconstitucional. (artigo 4º CPC)

A solução da causa deve ser obtida em tempo razoável (art. 4º do CPC; art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República), aí incluída a atividade necessária à satisfação prática do direito (o que significa dizer que não basta obter-se a sentença em tempo razoável, devendo ser tempestiva também a entrega do resultado de eventual atividade executiva). A garantia de duração razoável do processo deve ser compreendida,

---

#### 1 ARTIGO 14

1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exigir, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.
2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presume sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.
3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:
  - a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;
  - b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;
  - c) De ser julgado sem dilatações indevidas;
  - d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exigir, de ter um defensor designado ex-officio gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;
  - e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;
  - f) De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento;
  - g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

então, de forma panorâmica, pensando-se na duração total do processo, e não só no tempo necessário para se produzir a sentença no processo de conhecimento. (CÂMARA, 2015. p. 6).

## 1.2 O PRINCÍPIO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da razoável duração do processo foi inserto, como já dito, em 2004, quando na reforma constitucional inseriu-se no artigo 5º o inciso LXXVIII, buscando assim evitar que a máxima de Rui Barbosa<sup>2</sup> se faça real em nosso ordenamento.

Ademais, o Código de Processo Civil repetiu, expressamente, o princípio da razoável duração, estabelecendo, como dito, no artigo 4º, o direito de as partes obterem, em prazo razoável, a solução integral do mérito.

Nos parece problemático o estabelecimento do que vem a ser razoável, pois a observância do princípio deve ser analisada por duas dimensões:

uma intraprocessual, ligada ao dever de adequação do procedimento, conforme os contornos do direito material subjacente, e outra extraprocessual, referente à organização da atividade jurisdicional como um todo (DONIZZETTI, 2015. p. 4).

Quando falamos de um processo finalizado em um prazo razoável, devemos entender que este princípio está ligado também ao princípio do devido processo legal, pois quando pensamos em um processo rápido o mesmo também não pode deixar de ser justo. Assim, a justiça deve obedecer aos ritos processuais (devido processo legal), mas isso atrelado ao prazo razoável, para a concessão da resposta por parte do órgão jurisdicional.

Portanto não podemos deixar de lembrar o devido processo legal, para tanto nos valeremos de Nelson Nery Junior, que diz:

O devido processo legal (processo justo) pressupõe a incidência da isonomia; do contraditório; do direito à prova; da igualdade de armas; da motivação das decisões administrativas e judiciais; do direito ao silêncio; do direito de não produzir prova contra si mesmo e de não se auto incriminar; do direito de estar presente em todos os atos do processo; da presunção de inocência; do direito ao duplo grau de jurisdição no processo penal; do direito à publicidade dos atos processuais; do direito à duração razoável do processo [...] (NERY JUNIOR, 2016. p. 118-119).

Temos ainda, como importante princípio norteador da razoável duração, o contraditório e a ampla defesa, pois a resposta deve ser concedida em prazo razoável, sem deixar, todavia, de respeitar o contraditório e a ampla defesa.

O processo deve ser concedido em tempo razoável, mas permitindo que os requeridos se utilizem de todos os meios probatórios que assegurem o seu direito de contradizer o requerente.

Não podemos esquecer também, que nem toda celeridade pode olvidar do respeito à publicidade, a motivação das decisões judiciais, como garantidor do próprio devido processo legal. Todos princípios que hoje

<sup>2</sup> “A justiça atrasada não é justa; senão injustiça qualificada e manifesta.” (Rui Barbosa:1921)

também estão presentes na legislação infraconstitucional, com destaque com a preocupação do legislador ao princípio da publicidade que deverá estar previsto nos processos digitais.

É fato notório que o trâmite de informações sobre a via internet tem uma facilidade muito maior de divulgar informações sobre a vida privada de uma pessoa. Não é necessário, para tanto, fazer parte de uma rede social, por exemplo: basta uma busca com o nome da pessoa nos sites específicos para isso. Em vez disso, na estruturação do processo eletrônico, cada Tribunal deverá ter o cuidado de não expor informações desnecessárias e que possam comprometer/constranger a pessoa, mesmo que o processo não siga em segredo de justiça (p.ex., informações sobre o montante objeto de um processo de execução). Ao mesmo tempo, deverá haver ponderação necessária no sentido de divulgar, nos sítios ligados ao Poder Judiciário, que realmente interessa. (PAULA, 2017. p. 571).

### 1.3 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A CELERIDADE PROCESSUAL

Em poucas palavras, como já vimos, a celeridade do processo foi inserta no diploma constitucional após a Emenda nº 45/04.

O que nos preocupa e sempre preocupou é que essa inserção não alterou a tendência à morosidade do Poder Judiciário.

Neste sentido nos parece interessante o posicionamento de Nelson Nery ao asseverar que:

Para que se dê efetividade a garantia constitucional da celeridade e duração razoável do processo judicial é necessário equipar-se o Poder Judiciário do aparato logístico de que precisa para dar cumprimento ao comando constitucional, constituído de melhoria da capacitação técnica dos juízes e dos elementos materiais necessários ao bom desempenho das funções dos magistrados e dos auxiliares da justiça. (2016. p. 366)

Assim, diante das modificações legislativa, vemos que a buscada celeridade seria melhor encontrada na modificação da estrutura, inclusive, nas alterações já obtidas na digitalização do processo.

## 2 A AÇÕES DE FAMÍLIA

Como nos ensina Bauman, a sociedade de hoje vive em dois mundos distintos, onde

nem o matriarcado nem o patriarcado são sinais distintivos dos tempos atuais; na verdade, o que ocorre é uma contínua negociação e renegociação dos papéis masculinos e femininos sob o impacto da história ou da bibliografia, ou de ambos os papéis: papéis agora líquidos, não fixos e sobretudo nada cimentados definitivamente “na alegria e na tristeza, na riqueza e na pobreza, até que a morte nos separe (2018, p. 75).

Diante desse momento, a tolerância e a paciência quase acabaram, o que faz com que as demandas se multipliquem, inclusive, num momento complicado como o vivido, onde as pessoas acabaram convivendo mais e, conseqüentemente, brigando mais.

Nessa realidade faz-se necessário trabalharmos mais as demandas afeitas às relações de família, inclusive com a simplificação do procedimento e, também, uma maior preocupação a composição das partes.

Afinal, como nos ensina Mauro Cappelletti e Bryant Garth,

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (1988, p. 8).

Assim, vemos claramente que as ações de família, principalmente, necessitam desse posicionamento de garantir ao jurisdicionado o direito de ação, com igualdade entre as partes e também adotando critérios socialmente justos e, ainda, em tempo razoável.

## 2.1 NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

As questões de família na Constituição Federal vieram inseridas no Capítulo VII, que trata da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso.

Assim, o artigo 226<sup>3</sup> estabelece um rol de proteção a família, sendo que no artigo a seguir (227)<sup>4</sup> teremos os deveres impostos à família, à sociedade e ao Estado, no tocante às crianças. No artigo 229<sup>5</sup> a Magna Carta estabelece o direito de assistência recíproca entre as partes.

Como vemos, os artigos estabelecem direitos vagamente, mas não especificamente ao direito feminino. Assim, apesar de estabelecer no parágrafo 5º do artigo 226 a igualdade entre homem e mulher nos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, não protege os direitos da mulher que pode sofrer abuso, físico e mental.

É interessante perceber que na vanguarda dos direitos, se estabelece igualdade de direitos, esquecendo que tal igualdade deve sopesar quem são as partes, para que essa igualdade seja real.

Assim deveríamos estar usando a igualdade Aristotélica, para quem a igualdade consistia em tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na proporção da desigualdade.

3 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

4 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

5 Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

## 2.2 NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Nesta linha, o Código de Processo Civil de 2015 tratou das demandas de família em um único Capítulo X, do Título III do Livro I.

Aqui no artigo 693 do CPC estabeleceu-se um único procedimento às ações de divórcio, separação contenciosa, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação. Sendo que para as ações de alimentos, a aplicação do CPC será subsidiária.

Assim, previu o legislador, no artigo 694<sup>6</sup> do CPC, um maior enfoque às soluções consensuais, inclusive prevendo que o juiz se valha de profissionais de outras áreas para a mediação.

Outra providência que o legislador tomou foi no sentido de evitar a contrafé<sup>7</sup> nas ações de família, para que assim não se instigasse de imediato as partes.

Ademais ficou-se estabelecido que nos procedimentos das ações de família a citação sempre será para a audiência preliminar, visando a conciliação das partes.

Inclusive, é possível que se divida a audiência de conciliação em quantas outras se fizerem necessárias (art. 696 do CPC)<sup>7</sup>, visando a composição das partes.

## 3 AS DEMANDAS PROCESSUAIS DE URGÊNCIA

### 3.1 BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE O TEMA

Desde o Código de Processo Civil de 73, nós dedicamos muitos procedimentos de urgência às questões de direito de família. O mesmo foi repetido, ainda que de forma mais genérica, no Código de Processo Civil de 2015.

Assim como se estabeleceu no CPC, as tutelas provisórias podem ser de urgência ou de evidência.

As tutelas de urgência são divididas em: antecipada e cautelar. As tutelas antecipadas podem ser utilizadas nas hipóteses, por exemplo, de garantir a visitação de um dos genitores.

As tutelas cautelares, que visam garantir a efetivação de um direito, ainda são muito utilizadas, como veremos, nas ações que solicitam a retirada de um cônjuge do lar conjugal (separação de corpus). Medida cautelar típica, garante a integridade do cônjuge<sup>8</sup> que esteja sendo sofrendo violência física ou mental.

6 Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

7 Art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.

8 Cabe aqui esclarecer que, na maioria das vezes, a violência aqui estabelecida é contra a mulher, praticada por seu marido.

Outras medidas também são utilizadas de forma cautelar, que embora não impactam tanto quanto a anterior, são também muito importantes no âmbito do direito de família, como por exemplo a ação de busca e apreensão (usada para buscar as crianças); arrolamento de bens (ação de natureza cautelar, que visa relacionar os bens que posteriormente serão divididos entre o casal, ou ainda inventariado).

### 3.2 AS TUTELAS DE URGÊNCIA NOS TRIBUNAIS

Nas demandas que ensejam pedidos de tutelas de urgência nas ações de família, em regra o mesmo deve ao fato de que em algumas circunstâncias a violência doméstica leva a cônjuge-varoa a requerer a tutela cautelar de separação de corpus.

Preocupante observar que, em primeira instância, o juiz indefere o pedido obrigando a parte a se valer dos Tribunais para alterar tal entendimento.

Esse é o caso do agravo de instrumento nº 2257608-79.2016.8.26.0000, que teve a relatoria da Desembargadora Christine Santini, da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 14/03/2017.

Agravo de Instrumento. Separação de corpos – Decisão que indeferiu o afastamento do agravado do lar conjugal – Circunstâncias constantes dos autos que indicam que a vida em comum tornou-se insustentável – Afastamento do varão do lar conjugal que se mostra necessário para preservação da incolumidade física e psíquica da virago – Reforma da decisão agravada, para o fim de determinar o afastamento do varão do lar conjugal, mantida a ordem de retorno da agravante ao lar. Dá-se provimento ao recurso.<sup>9</sup>

Em demanda do Tribunal de Justiça do Pará, verificamos a problemática da celeridade processual, posto que a demanda trata da intempestividade do recurso, com menção do CPC de 73. Mas o julgamento se dá em 2017, claro caso de desrespeito à razoável duração do processo:

EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPUS COM PEDIDO DE LIMINAR C/C GUARDA, ARROLAMENTO DE BENS E ALIMENTOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTEMPESTIVO. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO NÃO RESPEITADO. ART. 522 DO CPC. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISAO UNANIME. I – O art.522 do CPC dispõe: Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. II – No presente caso, o prazo para a interposição do recurso pelo agravante iniciou-se em 05/11/2015 fluindo até o dia 14/11/2015. De acordo com o que se depreende dos autos, tendo a peça recursal sido protocolizada tão somente no dia 16/11/2015, tem-se a intempestividade do recurso a ensejar o não conhecimento deste. Importante ressaltar ainda, que o documento juntado aos autos, é totalmente ilegível, sendo impossível auferir a possível alegação de tempestividade. III. Recurso Conhecido e Desprovido. (2017.01224406-86, 172.388, Rel. GLEIDE PEREIRA DE MOURA, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 2017-03-13, publicado em 2017-03-29)

<sup>9</sup> Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/438531703/agravo-de-instrumento-ai-22576087920168260000-sp-2257608-7920168260000/inteiro-teor-438531736>



Para não nos estendermos mais, uma utilização da cautelar de separação de corpus, desta vez do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C ARBITRAMENTO DE ALUGUEL E EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO DE BEM INDIVISÍVEL. PARTILHA DE IMÓVEL COMUM. LIMINAR DE FIXAÇÃO DE ALUGUÉIS EM FAVOR DO DEMANDANTE INDEFERIDA. INSURGÊNCIA DO VARÃO. ADMISSIBILIDADE. PEDIDO DE CITAÇÃO POR HORA CERTA NÃO ANALISADO PELA DECISÃO OBJURGADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO NÃO CONHECIDO QUANTO AO TEMA. MÉRITO. INDENIZAÇÃO PELO USO EXCLUSIVO DO IMÓVEL COMUM. REQUISITOS DA TUTELA DE URGÊNCIA NÃO PREENCHIDOS, NOTADAMENTE QUANTO AO PERIGO DE DANO OU RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA URGÊNCIA A JUSTIFICAR A CONCESSÃO DE LIMINAR INAUDITA ALTERA PARTE. ELEMENTO INDISPENSÁVEL AO DEFERIMENTO DA MEDIDA. SIMPLES ALEGAÇÃO DE MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO QUANTO À SOLUÇÃO DE MÉRITO DA LIDE QUE NÃO ENSEJA, POR SI SÓ, A CONCESSÃO DA TUTELA. PARTES QUE, QUANDO DA SEPARAÇÃO DE CORPUS, SINALIZARAM PELA COMPENSAÇÃO DE VALORES PELO USO EXCLUSIVO DO BEM POR OCASIÃO DA VENDA DO BEM. RISCO DE LESÃO RECHAÇADO. REQUISITOS DO ART. 300 DO CPC NÃO PREENCHIDOS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4005901-42.2017.8.24.0000, de Itajaí, rel. André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 06-02-2018).

## 4 CONCLUSÃO

Como visto, em breve síntese, o princípio fundamental da razoável duração do processo suscita muita discussão, mas é de extrema importância para garantir a dignidade do jurisdicionado, notadamente, quando tratamos de direitos das mulheres, nas hipóteses em que essas sofrem violência no âmbito conjugal e, portanto, necessitam de uma resposta rápida para que se possa garantir a sua integridade física e mental.

Claro que o princípio é de notória importância no ordenamento jurisdicional como um todo, pois a morosidade é uma injustiça manifesta.

Assim, se pensarmos de forma mais garantista ao acesso jurisdicional, principalmente no âmbito dos direitos femininos, talvez fosse o momento de se estabelecer prioridade no andamento processual de demandas que, por sua índole, visam preservar a integridade física e mental da parte que deveria ser considerada hipossuficiente por sua vulnerabilidade ainda que momentânea.

## REFERÊNCIAS

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios diversos de derecho procesal**. Librería Bosch: Barcelona/Espanha: 1985.
- BACRE, Aldo. **Teoría general del proceso**. Tomo I. Editora Abeledo-Perrot: Buenos Aires.
- BARBOSA, Rui. **Oração dos estudantes**. Martin Claret: São Paulo: 2003
- BAUMAN, Zygmunt e LEONCINI, Thomas. **Nascidos em tempos líquidos** – transformações no terceiro milênio. Rio de Janeiro: Zahar, 2018
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

- BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 31 ago. 2021.
- BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em: 31 ago. 2021.
- BÜLOW, Oscar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais.** Campinas: LZN Editora: 2003.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** Editora Atlas: São Paulo. 2015.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 4. ed. Coimbra: Almedina. 2000.
- CAPPELLETI, Mauro. Tutela dos interesses difusos. In **Ajuris** 33/169: 1984.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de processo civil.** São Paulo: Editora Classic Book, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil:** vol. I. São Paulo: Acadêmica/ Saraiva. 1942.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Declaração Americana dos Direitos e Deveres dos Homens. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao\\_america-na.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_america-na.htm). Acesso em: 31 ago. 2021.
- COSTA, Henrique Araújo e COSTA, Alexandre Araújo. **Conceito de Ação: Da Teoria Clássica à Moderna. Continuidade ou Ruptura?** Disponível em: [http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/452/mod\\_resource/content/2/Texto-base\\_-\\_Unidade\\_1.pdf](http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/452/mod_resource/content/2/Texto-base_-_Unidade_1.pdf). Acesso em: 01 set. 2021.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil.** Campinas: Editora Red Livros, 1999.
- COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.
- COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil.** 3. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.
- DI IORIO, Alfredo J. **Lineamentos de la teoria general del derecho processal.** Ediciones Depalma: Buenos Aires. 2000.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** Salvador: Jus Podivm. 2010.
- DONIZETTI, Elpidio. **Novo Código de Processo Civil comentado.** São Paulo: Editora Atlas. 2015.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ECHANDÍA, Devis. **Teoria general del proceso.** 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado.** Trad. Fenando de los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1981.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1947.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal.** 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- PAULA, Wesley Roberto de. Processo judicial eletrônico e internet: intimidade, privacidade e a publicidade processual. Antinomias entre as garantias constitucionais sob a ótica do CNJ. **Revista Forense**, 414/571. 2017.
- REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues. **Curso de direito processual.** Volume III. São Paulo: Saraiva, 1968.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

# CAPÍTULO 11

## MULHER: DE OBJETO A INDIVÍDUO PELA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO CÓDIGO CIVIL

Catharina Orbage de Britto Taquary

### 1 A FIGURA DA MULHER NA SOCIEDADE PATRIARCAL: UMA INTRODUÇÃO

O papel da mulher que se tem hoje na sociedade brasileira é muito diferente do que a vivenciada por gerações passadas. Há quem diga que nada mudou, contudo, esse tipo de senso comum não tem mais espaço dentro do Estado Democrático de Direito.

Quando é feita a análise da figura da mulher na estrutura social, de imediato, se tem a visão da complexidade das relações sociais. Desde a Antiguidade ser mulher significava ser uma filha que respeitasse a hierarquia dos pais e irmãos, além de ser uma esposa e mãe que respeitasse o comando de seu marido. Esse ciclo repetitivo se perpetuou por diversas gerações e, ainda, continua visto.

O patriarcado significa literalmente “governo do pai”. Atualmente por ser conceituado como um termo que se refere a sistemas sociais onde o poder está concentrado nas mãos de homens adultos. Nesse tipo de sistema, os homens detêm autoridade sobre as mulheres, filhos e propriedades, levando à subordinação feminina<sup>1</sup>.

Essa subordinação feminina ou submissão feminina já foi analisada em diversos momentos e vale destacar que o exercício feminino no contexto patriarcal não necessariamente significa uma escolha pela mulher às atividades que as desempenhava.

Em muitos aspectos o exercício de suas funções enquanto filha, esposa, mulher, mãe foram impostas pela característica fundamental do patriarcado, qual seja a noção dos papéis tradicionais de gênero e que em muitas sociedades não eram viáveis e nem se permitiam modificações em face das repulsas e julgamentos violentos.

Historicamente, o patriarcado tem se manifestado no âmbito social, jurídico, instituições políticas e econômicas de diferentes culturas. O patriarcado também teve uma forte influência na civilização moderna, apesar do fato de que muitas culturas se moveram em direção a um sistema social mais igualitário no século passado<sup>2</sup>.

Os papéis tradicionais de gênero consideram os homens fortes, decisivos, racionais e protetores, enquanto as mulheres são vistas como emocionais, irracionais, fracas, nutridoras e submissas. Destaca-se que tais pa-

1 MARINOVA, Jivka. *Gender Stereotypes and Socialization Process*. 2003. PP. 01-09. Disponível em: <https://www.un.org/womenwatch/daw/egm/men-boys2003/EP3-Marinova.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021.

2 MALTI-DOUGLAS, Fedwa. *Men, Women, and God(s)*. Nawal El Saadawi and Arab Feminist Poetics. Voices Revived. 2018. p. 100.

péis de gênero são restritivos tanto para homens quanto para mulheres, uma vez que era degradante para um homem ter algum tipo de característica feminina e simultaneamente era pouco atraente para uma mulher ter algum tipo de característica masculina<sup>3</sup>.

Importante destacar que os papéis impostos às mulheres de submissão e subordinação tinham, também, relações diretas com a religião. A ideologia que mistificava esse papel secundário da mulher foi amplamente divulgada pelos Aparelhos Ideológicos de Estado.

Os papéis de gênero são um conjunto de normas sociais e comportamentais que, dentro de uma cultura específica, são amplamente consideradas socialmente adequadas para indivíduos de um sexo específico. A percepção dos papéis de gênero inclui atitudes, ações e traços de personalidade associados a um gênero particular naquela cultura<sup>4</sup>.

A imposição de um comportamento socialmente adequado para determinada cultura domava os comportamentos e, conseqüentemente, as ideias, as falas e o próprio papel do indivíduo dentro da estrutura social.

Os papéis de gênero são considerados predominantemente dentro de um contexto familiar, bem como na sociedade em geral e podem ser referidos coletivamente como estereótipos de gênero que são transferidos aos membros durante o fluxo de socialização dentro de um contexto cultural<sup>5</sup>.

No âmbito da relação familiar, a divisão de tarefas por gênero se torna ainda mais complexa quando os homens deveriam ser provedores e as mulheres mantenedoras do lar. Os homens ficariam a cargo do intelecto e a mulher da emoção. É uma forma de dominação ideológica.

O processo de socialização é um processo permanente e vários fatores como família, amigos, escola, etc. podem ser afetados enquanto fatores de socialização. Assim, observa-se que os comportamentos de gênero adequados de mulheres e homens que são aprendidos durante o processo de socialização, em sua maioria, estão associados a crenças estereotipadas de gênero que estão enraizadas na sociedade patriarcal; eles são transferidos por meio de fatores de socialização para a próxima geração<sup>6</sup>.

Quando, então, algumas mulheres começam a se destacar pela forma de pensar, por modificarem seus estigmas e buscarem novas formas de comportamento (se submetendo aos mais cruéis julgamentos sociais) é que um movimento timidamente feminista começa a surgir na história da humanidade.

3 MARINOVA, Jivka. *Gender Stereotypes and Socialization Process*. 2003. pp. 01-09. Disponível em: <https://www.un.org/womenwatch/daw/egm/men-boys2003/EP3-Marinova.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

4 MARINOVA, Jivka. *Gender Stereotypes and Socialization Process*. 2003. pp. 01-09. Disponível em: <https://www.un.org/womenwatch/daw/egm/men-boys2003/EP3-Marinova.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

5 MARINOVA, Jivka. *Gender Stereotypes and Socialization Process*. 2003. pp. 01-09. Disponível em: <https://www.un.org/womenwatch/daw/egm/men-boys2003/EP3-Marinova.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

6 MARINOVA, Jivka. *Gender Stereotypes and Socialization Process*. 2003. pp. 01-09. Disponível em: <https://www.un.org/womenwatch/daw/egm/men-boys2003/EP3-Marinova.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

A partir dos Séculos XV e XVIII passa-se observar algumas denúncias discretas sobre a forma como as mulheres eram tratadas. Parte dos historiadores credita essa evolução aos ideais iluministas que foram desenvolvidos no mundo a partir da Revolução Francesa em 1789.

Apesar de não se ter o momento exato do nascimento do movimento feminista, verifica-se que não há mais espaço no mundo para as sociedades patriarcais, nem para tentativas de opressão de direitos e garantias.

## 2 A MULHER E AS RELAÇÕES FAMILIARES NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

No Brasil os primeiros movimentos feministas nascem a partir da Década de 70. Porém, o que se observa aqui é que o papel da mulher está intimamente ligado com as relações familiares.

O Código Civil de 1916 traz uma realidade social e familiar típica do patriarcado. O primeiro aspecto da vasta lista desta análise está na ideia de que as famílias não eram constituídas por vontade própria, mas por acordos mútuos e, naturalmente, com benefícios para ambas as famílias: tanto a da mulher quanto a do candidato a esposo<sup>7</sup>.

A mulher, enquanto objeto, era trocada em face de outros e melhores benefícios para os negócios familiares. Ela deixava de ser propriedade da família de origem para ser integrante da família do marido.

Assim, tem-se em um primeiro aspecto que a família era matrimonializada, ou seja, não havia outra forma de se constituir uma família que não fosse pelo casamento, caracterizando não somente a objetificação da mulher, mas também a ausência de qualquer outra forma de constituição familiar.

Tratava-se de uma dominação por poder em que a mulher era dominada e desde o início da sua vida era condicionada para ser uma “boa” esposa. Não à toa as mulheres consideradas “rebeldes” ficaram famosas por seus atos e acabaram perdendo a vida (salvo poucas exceções) para o patriarcado.

Outro aspecto interessante é que as relações familiares previstas pelo Código Civil de 1916 tinham o caráter indissolúvel. Ou seja, não havia forma de extinção daquela sociedade conjugal.

A mulher que vivesse uma situação abusiva não poderia fazer nada além de aceitar sua condição de esposa. A primeira possibilidade de dissolução da sociedade conjugal por vontade do homem foi a partir do desquite em 1942.

Somente a partir de vinte e seis anos após a entrada em vigor do Código Civil de 1916 que poderia haver o fim da sociedade conjugal com fatores que não fossem a morte de um dos cônjuges ou por nulidade/anulação do casamento.

7 BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1916. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm). Acesso em: 21 set. 2021.

O desquite era uma modalidade de fim da sociedade conjugal e da separação dos bens, contudo, não havia, mesmo pelo desquite, o fim do vínculo conjugal. Isto significa que mesmo com o fim do matrimônio os ex-cônjuges não poderiam se casar novamente.

Os efeitos do desquite estavam condicionados ao fim da coabitação e da fidelidade, mas não ao casamento que era tido como indissolúvel e eterno. A liberdade da pessoa humana neste momento era relativizada em prol do processo patriarcal de socialização.

O desquite poderia se tornar ainda pior caso derivasse da modalidade judicial, uma vez que a ação de desquite condicionava seus fundamentos em adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos contínuos.

O desquite também poderia ser realizado pelo mútuo consentimento dos cônjuges, que casados por mais de dois anos e que perante o juiz manifestassem seu acordo mútuo. Já o adultério poderia deixar de figurar como motivo para o desquite se o autor desse motivo para que o réu o cometesse ou se o cônjuge inocente lhe perdoasse. Perdão esse que seria caracterizado pela contínua coabitação.

Como a mulher que não era independente nem financeiramente e nem psicologicamente pela imposição social do patriarcado poderia sair de casa tranquilamente quando a relação conjugal se tornasse frustrante e/ou abusiva?

Observem que não há espaço na sociedade para a mulher. O desquite era pela vontade do homem e não pela vontade comum. A mulher desquitada sofria de um novo estigma: a rejeição social. Vejam que a figura da mulher na sociedade vaga de um julgamento a outro.

Então, acompanhando os primeiros movimentos da Década de 70 no Brasil, tem-se a promulgação da Lei nº 6.515/1977 também chamada da Lei do Divórcio, a qual revoga o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial e alterou o desquite para a separação judicial<sup>8</sup>.

O patriarcado não caminhava com as próprias pernas. A Igreja Católica o apoiava com seus pilares “tradicionais” que excluía da “Casa de Deus” as mulheres desquitadas, separadas e mães solas.

Naturalmente, a família fruto desta época era totalmente hierarquizada. Não havia uma igualdade de administração. Havia uma hierarquia em que o homem era o chefe da família e o próprio “dono” do pátrio poder.

Igualmente não se poderia falar de famílias que não fossem heteroparentais. Famílias constituídas, em sua maioria, pelo fator biológico (trinômio casamento-sexo-reprodução). Não se permitiam e nem se quer abordavam a possibilidade de se constituir famílias homoparentais sem que isso fosse a caracterização da própria heresia.

Da mesma maneira, até 1949 não haveria possibilidade de ter filhos reconhecidos fora da estrutura familiar. Filhos havidos fora dessa relação estariam automaticamente marginalizados. Contudo, com o advento da

8 BRASIL. Lei nº 6.515/77. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm). Acesso em 21 set. 2020.

Lei nº 883/49 seria possível esse reconhecimento (dito pela referida Lei como “reconhecimento de filhos ilegítimos”) se o cônjuge concordasse – esse filho, entretanto, não seria detentor de direitos<sup>9</sup>.

Observa-se que é uma sucessão de agressões à dignidade da pessoa humana. Mulheres subjugadas enquanto sua condição de gênero, crianças não sendo reconhecidas e uma circulação crescente de Aparelhos Ideológicos de Estado fundamentados na hierarquia e domínio masculino.

### 3 ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 nasce sob um contexto de muitas lutas sociais. É o marco do fim da Ditadura Militar no Brasil e inicia um processo de redemocratização na sociedade brasileira.

A sociedade brasileira, através dos seus movimentos, exigia o fim do autoritarismo e buscava pelo Estado Democrático de Direito. A Carta Magna teve a participação popular em sua elaboração, justamente por isso, foi promulgada.

Fundamentada em direitos de primeira, segunda e terceira geração, os vetores liberdade, igualdade e fraternidade lançam para o Estado e para a sociedade novos paradigmas e percepções que desmercadorizam o indivíduo e buscam a observância desse cidadão enquanto ser humano.

É a partir desta nova perspectiva que surge a dignidade da pessoa humana. Trata-se de um conceito multifacetado utilizado na religião, filosofia, política e direito. Há um consenso razoável de que constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais em geral, mesmo quando não expressamente escrito nas constituições<sup>10</sup>.

A dignidade humana, então, é um valor fundamental, mas não deve ser considerada como um valor absoluto. Os valores, morais ou políticos, entram no mundo do direito comumente assumindo a forma de um princípio. Embora os princípios e direitos constitucionais frequentemente se sobreponham este não é o caso aqui<sup>11</sup>.

A melhor forma de categorizar a dignidade humana não é como um direito autônomo, mas sim como um princípio jurídico com caráter constitucional. Como valor fundamental e princípio constitucional, a dignidade humana serve tanto como justificativa moral quanto como fundamento normativo dos direitos fundamentais<sup>12</sup>.

9 BRASIL. Lei nº 883/49. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1930-1949/L0883.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L0883.htm). Acesso em: 21 set. 2020.

10 BARROSO. Luís Roberto. Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse. *Int'l & Comp. L. Rev.* v. 35, n. 2, p. 331-393, 2012. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol35/iss2/2>. Acesso em: 31 ago. 2021.

11 BARROSO. Luís Roberto. Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse. *Int'l & Comp. L. Rev.* v. 35, n. 2, p. 331-393, 2012. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol35/iss2/2>. Acesso em: 31 ago. 2021.

12 BARROSO. Luís Roberto. Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse. *Int'l & Comp. L. Rev.* v. 35, n. 2, p. 331-393, 2012. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol35/iss2/2>. Acesso em: 31 ago. 2021.

O primeiro papel de um princípio como a dignidade humana é ser uma fonte de direitos – e, consequentemente, de deveres – incluindo direitos não enumerados que são reconhecidos como parte de uma sociedade democrática madura<sup>13</sup>.

O outro grande papel desempenhado pelo princípio da dignidade humana é interpretativo. A dignidade humana faz parte do conteúdo central dos direitos fundamentais, como igualdade, liberdade ou privacidade<sup>14</sup>.

Portanto, necessariamente informa a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando para definir seu significado em casos particulares. Além disso, nos casos que envolvem lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades na lei, a intersecção entre direitos constitucionais e tensões entre direitos e objetivos coletivos, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Assim, em sua aplicação mais básica, qualquer estatuto que viole a dignidade humana, de imediato ou conforme aplicado, seria nulo<sup>15</sup>.

Assim, tem-se que mesmo que a dignidade da pessoa humana não seja vista como um direito autônomo, mas como um princípio constitucional, este permeia todo o ordenamento jurídico e os seus inter-relacionamentos, promovendo novas perspectivas na promoção da liberdade, igualdade e da cidadania.

#### 4 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz uma nova interpretação para as relações privadas. A legislação civilista que era inteiramente privada ganha um novo aliado: o direito civil constitucional.

Aos poucos a sociedade começa a perceber que a dignidade da pessoa humana está antes do interesse particular e a própria autonomia da vontade vai ser articulada conforme o interesse público.

É sob o contexto dos movimentos sociais que o Código Civil de 2002 é promulgado. Nasce com alguns vícios pela demora em sua publicação, mas desenvolve um novo modelo de exercício civilista, qual seja a interpretação constitucional para o Direito Civil.

A hermenêutica constitucional transforma a rotina das relações privadas e da sociedade em si. Essas modificações são passíveis de verificação em diversos aspectos. Contudo, nesta pesquisa firmou-se a análise para as relações familiares.

Ao desenvolver, na própria Carta Magna, questões como a família, o Código Civil de 2002 naturalmente acompanhou as modificações não somente legislativas, mas oriundas da própria evolução social.

13 BARROSO. Luís Roberto. Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse. *Int'l & Comp. L. Rev.* v. 35, n. 2, p. 331-393, 2012. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol35/iss2/2>. Acesso em: 31 ago. 2021.

14 BARROSO. Luís Roberto. Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse. *Int'l & Comp. L. Rev.* v. 35, n. 2, p. 331-393, 2012. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol35/iss2/2>. Acesso em: 31 ago. 2021.

15 BARROSO. Luís Roberto. Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse. *Int'l & Comp. L. Rev.* v. 35, n. 2, p. 331-393, 2012. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol35/iss2/2>. Acesso em: 31 ago. 2021.



A família anteriormente vista como hierarquizada assume sua forma democrática e igualitária, visto que tanto homem quanto mulher se tornam iguais em deveres e direitos. A própria constituição da família é alterada, sem mais restrições e/ou impedimentos para uma caracterização de forma pluralizada.

A partir da percepção constitucional a família passa a ser passível de constituição por diversas formas, as heteroparentais abrem espaço para as famílias homoparentais, monoparentais, não sendo mais necessário reconhecer a união homoafetiva para a caracterização da família.

Há, portanto, a mudança significativa da família composta somente de forma biológica e moldada pelos interesses patriarcais (anteriormente apresentada em 1916) para a família afetiva, ou seja, a constituição da relação familiar pelo afeto como sendo um laço tão importante quanto a própria consanguinidade.

A família passa a ser um instrumento e não mais um fim. Busca-se uma família pelo afeto, pelo cuidado e não mais pela obrigação. Não à toa o número de divórcios se torna crescente e o procedimento praticamente imediato. A família deixa de ser uma obrigação para se tornar uma vontade: a efetividade da autonomia da vontade.

Não obstante as transformações legislativas a partir da interpretação constitucional são variadas como, por exemplo, a Lei nº 11.924/2009 que alterou o artigo 57 da Lei nº 6.015/73, a qual permite que o (a) enteado (a) “adote” o nome de família de seu padrasto e/ou de sua madrasta em face de acordo mútuo e sem prejuízo de outros apelidos de família<sup>16</sup>.

É, portanto, na instituição familiar, consagrada como um dos bens mais preciosos para o Estado e para a sociedade, que o indivíduo vai desenvolver e efetivar um dos institutos mais caros para o Estado Democrático de Direito: a sua dignidade.

É neste sentido que o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 versa sobre a proteção especial que o Estado tem com a família, base da sociedade, podendo ser caracterizada pelo casamento, pela união estável, formada por qualquer dos pais e seus descendentes<sup>17</sup>.

A família deve ser fundamentada na dignidade da pessoa humana. O direito à proteção especial fornecida pelo Estado é previsto pelos artigos 227 e 230 da Carta Magna, quando dentre outros aspectos facilitará a constituição e a manutenção da família e da sua prole com dignidade, bem-estar e garantindo à vida<sup>18</sup>.

Evidente que essas modificações na hermenêutica constitucional e civilista nas relações familiares afetam diretamente as mulheres. A liberdade de escolha transforma as novas gerações de brasileiras que não se vêm mais obrigadas a casarem e se tornarem mães.

16 BRASIL. Lei nº 11.924/2009. Altera o art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/11924.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11924.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

17 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

18 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

Atualmente, apesar de ainda existir preconceitos de várias espécies (por exemplo, diferenças salariais), as mulheres conquistaram sua liberdade e sua autonomia da vontade em que é possível efetivar direitos e deveres igualitários.

Seria ingênuo acreditar que a sociedade está pronta para ter as mulheres em cargos de chefia, liderando as mudanças, mas, ao mínimo, hoje é possível ver que a imposição de relações e julgamentos não são mais aceitos.

A liberdade e a igualdade garantidas pela Constituição Federal de 1988 permitiu que os movimentos sociais ganhassem voz em “alto e bom som”. A ressignificação social e o acultramento serão contínuos processos de socialização que ainda se notarão em novas e futuras gerações.

## 5 IDENTIDADE E IGUALDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

É interessante observar como as relações igualitárias podem desenvolver diversos aspectos que promovem uma inclusão e uma íntima relação com a dignidade da pessoa humana.

A Organização Mundial da Saúde – OMS apresenta diversos conceitos relacionados ao gênero com o intuito de fomentar a igualdade e, por sua vez, a prevenção da violência contra a mulher<sup>19</sup>.

1. Igualdade de gênero: igualdade no tratamento de mulheres e homens nas leis e políticas, e igual acesso a recursos e serviços dentro das famílias, comunidades e sociedade em geral<sup>20</sup>.
2. Equidade de gênero: Equidade e justiça na distribuição de benefícios e responsabilidades entre mulheres e homens. Programas e políticas que empoderem especificamente as mulheres são frequentemente necessários para alcançar isso<sup>21</sup>.
3. Violência de gênero: Violência envolvendo homens e mulheres, em que geralmente a vítima é a mulher; e que é derivado de relações de poder desiguais entre homens e mulheres. A violência é dirigida especificamente contra uma mulher porque ela é uma mulher ou afeta as mulheres de forma desproporcional<sup>22</sup>.

Inclui, mas não se limita a danos físicos, sexuais e psicológicos (incluindo intimidação, sofrimento, coerção, e / ou privação de liberdade dentro da família ou na comunidade em geral)<sup>23</sup>.

19 WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. **Promoting Gender Equality To Prevent Violence Against Women**. PP. 01 – 18. Disponível em: [https://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/gender.pdf](https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/gender.pdf). Acesso em: 22 set. 2020.

20 WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. **Promoting Gender Equality To Prevent Violence Against Women**. PP. 01 – 18. Disponível em: [https://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/gender.pdf](https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/gender.pdf). Acesso em: 22 set. 2020.

21 WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. **Promoting Gender Equality To Prevent Violence Against Women**. PP. 01 – 18. Disponível em: [https://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/gender.pdf](https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/gender.pdf). Acesso em: 22 set. 2020.

22 WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. **Promoting Gender Equality To Prevent Violence Against Women**. PP. 01 – 18. Disponível em: [https://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/gender.pdf](https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/gender.pdf). Acesso em: 22 set. 2020.

23 WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. **Promoting Gender Equality To Prevent Violence Against Women**. PP. 01 – 18. Disponível em: [https://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/gender.pdf](https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/gender.pdf). Acesso em: 22 set. 2020.

Inclui aquela violência que é perpetrada ou tolerada pelo estado. Esta definição amplamente aceita de gênero baseada a violência agora é frequentemente expandida para incluir a violência que resulta de relações de poder desiguais entre homens e entre mulheres (por exemplo, violência homofóbica)<sup>24</sup>.

4. Violência contra mulheres: Qualquer ato público ou privado de violência baseada em gênero que resulte, ou seja, provável resultar em dano físico, sexual ou psicológico ou sofrimento às mulheres, incluindo ameaças de tais atos, coerção ou privação arbitrária de liberdade.
5. Violência do parceiro íntimo: Qualquer comportamento de um homem ou mulher dentro de um relacionamento íntimo que causa danos físicos, sexuais ou psicológicos àqueles no relacionamento. Esta é a forma mais comum de violência contra as mulheres.

A teoria feminista assumiu que há alguma identidade existente, entendida por meio da categoria das mulheres, que não apenas inicia os interesses e objetivos feministas no discurso, mas constitui o sujeito para o qual a representação política é buscada. Contudo, política e representação são termos controversos<sup>25</sup>.

Por um lado, a representação serve como termo operativo dentro de um processo político que busca estender visibilidade e legitimidade às mulheres como sujeitos políticos; por outro lado, a representação é a função normativa de uma linguagem que se diz revelar ou distorcer o que se presume ser verdadeiro sobre a categoria das mulheres<sup>26</sup>.

Para a teoria feminista, o desenvolvimento de uma linguagem que represente plena ou adequadamente as mulheres parece necessário para fomentar a visibilidade política das mulheres. Isso parecia obviamente importante, considerando a condição cultural generalizada em que as vidas das mulheres eram deturpadas ou nem representadas<sup>27</sup>.

Recentemente, essa concepção predominante da relação entre a teoria feminista e a política foi questionada dentro do discurso feminista. O próprio assunto das mulheres não é mais entendido em termos estáveis ou permanentes<sup>28</sup>.

Os domínios da “representação” política e linguística estabelecem de antemão o critério pelo qual os próprios sujeitos são formados, de modo que a representação se estende apenas ao que pode ser reconhecido como

24 WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. **Promoting Gender Equality To Prevent Violence Against Women**. PP. 01 – 18. Disponível em: [https://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/gender.pdf](https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/gender.pdf). Acesso em: 22 set. 2020.

25 BUTLER, Judith. *Subjects of Sex/Gender/Desire*. In: BUTLER, Judith. **Gender Trouble: feminism and the subversion of identity**. New York: Routledge, 2006. pp. 1-46. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203824979>. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/mono/10.4324/9780203824979-6/subjects-sex-gender-desire-judith-butler?context=ubx&refId=87490468-df23-40f8-975f-fa217fc0c54f>. Acesso em: 31 ago. 2021.

26 BUTLER, Judith. *Subjects of Sex/Gender/Desire*. In: BUTLER, Judith. **Gender Trouble: feminism and the subversion of identity**. New York: Routledge, 2006. pp. 1-46. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203824979>. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/mono/10.4324/9780203824979-6/subjects-sex-gender-desire-judith-butler?context=ubx&refId=87490468-df23-40f8-975f-fa217fc0c54f>. Acesso em: 31 ago. 2021.

27 BUTLER, Judith. *Subjects of Sex/Gender/Desire*. In: BUTLER, Judith. **Gender Trouble: feminism and the subversion of identity**. New York: Routledge, 2006. pp. 1-46. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203824979>. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/mono/10.4324/9780203824979-6/subjects-sex-gender-desire-judith-butler?context=ubx&refId=87490468-df23-40f8-975f-fa217fc0c54f>. Acesso em: 31 ago. 2021.

28 BUTLER, Judith. *Subjects of Sex/Gender/Desire*. In: BUTLER, Judith. **Gender Trouble: feminism and the subversion of identity**. New York: Routledge, 2006. pp. 1-46. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203824979>. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/mono/10.4324/9780203824979-6/subjects-sex-gender-desire-judith-butler?context=ubx&refId=87490468-df23-40f8-975f-fa217fc0c54f>. Acesso em: 31 ago. 2021.

sujeito. Em outras palavras, as qualificações para ser um sujeito devem primeiro ser satisfeitas antes que a representação possa ser estendida<sup>29</sup>.

O sujeito feminista acaba sendo discursivamente constituído pelo próprio sistema político que deve facilitar sua emancipação. Isso se torna politicamente problemático se for possível demonstrar que esse sistema produz sujeitos de gênero ao longo de um eixo diferencial de dominação ou que produz sujeitos que se presume serem masculinos<sup>30</sup>.

A questão do “sujeito” é crucial para a política, e para a política feminista em particular, porque os sujeitos jurídicos são invariavelmente produzidos por meio de certas práticas excludentes que não “aparecem” uma vez que a estrutura jurídica da política foi estabelecida<sup>31</sup>.

Em outras palavras, a construção política do sujeito procede com certos objetivos legitimadores e excludentes, e essas operações políticas são efetivamente encobertas e naturalizadas por uma análise política que toma as estruturas jurídicas como fundamento.

O poder jurídico inevitavelmente “produz” o que pretende meramente representar; portanto, a política deve preocupar-se com esta dupla função do poder: a jurídica e a produtiva<sup>32</sup>.

Com efeito, a lei produz e, em seguida, oculta a noção de “um sujeito perante a lei”, a fim de invocar essa formação discursiva como uma premissa fundacional naturalizada que posteriormente legitima a hegemonia regulatória da própria lei<sup>33</sup>.

Não é suficiente indagar como as mulheres podem se tornar mais plenamente representadas na linguagem e na política. A crítica feminista também deve compreender como a categoria de “mulheres”, o sujeito do feminismo, é produzida e contida pelas próprias estruturas de poder através das quais a emancipação é buscada<sup>34</sup>.

De fato, a questão da mulher como sujeito do feminismo levanta a possibilidade de que pode não haver um sujeito que está “diante” da lei, aguardando representação na ou pela lei. Talvez o sujeito, assim como a

29 BUTLER, Judith. *Subjects of Sex/Gender/Desire*. In: BUTLER, Judith. **Gender Trouble**: feminism and the subversion of identity. New York: Routledge, 2006. pp. 1-46. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203824979>. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/mono/10.4324/9780203824979-6/subjects-sex-gender-desire-judith-butler?context=ubx&refId=87490468-df23-40f8-975f-fa217fc0c54f>. Acesso em: 31 ago. 2021.

30 BUTLER, Judith. *Subjects of Sex/Gender/Desire*. In: BUTLER, Judith. **Gender Trouble**: feminism and the subversion of identity. New York: Routledge, 2006. pp. 1-46. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203824979>. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/mono/10.4324/9780203824979-6/subjects-sex-gender-desire-judith-butler?context=ubx&refId=87490468-df23-40f8-975f-fa217fc0c54f>. Acesso em: 31 ago. 2021.

31 BUTLER, Judith. *Subjects of Sex/Gender/Desire*. In: BUTLER, Judith. **Gender Trouble**: feminism and the subversion of identity. New York: Routledge, 2006. pp. 1-46. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203824979>. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/mono/10.4324/9780203824979-6/subjects-sex-gender-desire-judith-butler?context=ubx&refId=87490468-df23-40f8-975f-fa217fc0c54f>. Acesso em: 31 ago. 2021.

32 BUTLER, Judith. *Subjects of Sex/Gender/Desire*. In: BUTLER, Judith. **Gender Trouble**: feminism and the subversion of identity. New York: Routledge, 2006. pp. 1-46. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203824979>. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/mono/10.4324/9780203824979-6/subjects-sex-gender-desire-judith-butler?context=ubx&refId=87490468-df23-40f8-975f-fa217fc0c54f>. Acesso em: 31 ago. 2021.

33 BUTLER, Judith. *Subjects of Sex/Gender/Desire*. In: BUTLER, Judith. **Gender Trouble**: feminism and the subversion of identity. New York: Routledge, 2006. pp. 1-46. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203824979>. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/mono/10.4324/9780203824979-6/subjects-sex-gender-desire-judith-butler?context=ubx&refId=87490468-df23-40f8-975f-fa217fc0c54f>. Acesso em: 31 ago. 2021.

34 BUTLER, Judith. *Subjects of Sex/Gender/Desire*. In: BUTLER, Judith. **Gender Trouble**: feminism and the subversion of identity. New York: Routledge, 2006. pp. 1-46. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203824979>. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/mono/10.4324/9780203824979-6/subjects-sex-gender-desire-judith-butler?context=ubx&refId=87490468-df23-40f8-975f-fa217fc0c54f>. Acesso em: 31 ago. 2021.

invocação de um “antes” temporal, seja constituído pela lei como fundamento fictício de sua própria reivindicação de legitimidade<sup>35</sup>.

A suposição predominante da integridade ontológica do sujeito perante a lei pode ser entendida como o traço contemporâneo da hipótese do estado de natureza, aquela fábula fundacionalista constitutiva das estruturas jurídicas do liberalismo clássico<sup>36</sup>.

Além das ficções fundacionalistas que sustentam a noção de sujeito, entretanto, existe o problema político que o feminismo encontra ao supor que o termo mulher denota uma identidade comum. Em vez de um significante estável que comanda o consentimento daqueles a quem pretende descrever e representar, as mulheres, mesmo no plural, tornaram-se um termo incômodo, um local de disputa, um motivo de ansiedade<sup>37</sup>.

É uma questão produzida pela própria possibilidade das múltiplas significações do nome. Se alguém “é” uma mulher, isso certamente não é tudo o que se é; o termo não é exaustivo, não porque uma “pessoa” pré-convertida transcende a parafernália específica de seu gênero, mas porque o gênero nem sempre é constituído de forma coerente ou consistente em diferentes contextos históricos e porque o gênero se cruza com a raça, classe, etnia, sexo, e modalidades regionais de identidades discursivamente constituídas. Como resultado, torna-se impossível separar o “gênero” das interseções políticas e culturais nas quais ele é invariavelmente produzido e mantido<sup>38</sup>.

O pressuposto político de que deve haver uma base universal para o feminismo, que deve ser encontrada em uma identidade assumida como existindo transculturalmente, muitas vezes acompanha a noção de que a opressão das mulheres tem alguma forma singular discernível na estrutura universal ou hegemônica do patriarcado ou da dominação masculina<sup>39</sup>.

A noção de um patriarcado universal tem sido amplamente criticada nos últimos anos por sua falha em dar conta do funcionamento da opressão de gênero nos contextos culturais concretos em que existe. Onde esses vários contextos foram consultados dentro de tais teorias, foi para encontrar “exemplos” ou “ilustrações” de um princípio universal que é assumido desde o início<sup>40</sup>.

35 BUTLER, Judith. *Subjects of Sex/Gender/Desire*. In: BUTLER, Judith. **Gender Trouble**: feminism and the subversion of identity. New York: Routledge, 2006. pp. 1-46. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203824979>. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/mono/10.4324/9780203824979-6/subjects-sex-gender-desire-judith-butler?context=ubx&refId=87490468-df23-40f8-975f-fa217fc0c54f>. Acesso em: 31 ago. 2021.

36 BUTLER, Judith. *Subjects of Sex/Gender/Desire*. In: BUTLER, Judith. **Gender Trouble**: feminism and the subversion of identity. New York: Routledge, 2006. pp. 1-46. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203824979>. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/mono/10.4324/9780203824979-6/subjects-sex-gender-desire-judith-butler?context=ubx&refId=87490468-df23-40f8-975f-fa217fc0c54f>. Acesso em: 31 ago. 2021.

37 BUTLER, Judith. *Subjects of Sex/Gender/Desire*. In: BUTLER, Judith. **Gender Trouble**: feminism and the subversion of identity. New York: Routledge, 2006. pp. 1-46. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203824979>. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/mono/10.4324/9780203824979-6/subjects-sex-gender-desire-judith-butler?context=ubx&refId=87490468-df23-40f8-975f-fa217fc0c54f>. Acesso em: 31 ago. 2021.

38 BUTLER, Judith. *Subjects of Sex/Gender/Desire*. In: BUTLER, Judith. **Gender Trouble**: feminism and the subversion of identity. New York: Routledge, 2006. pp. 1-46. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203824979>. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/mono/10.4324/9780203824979-6/subjects-sex-gender-desire-judith-butler?context=ubx&refId=87490468-df23-40f8-975f-fa217fc0c54f>. Acesso em: 31 ago. 2021.

39 BUTLER, Judith. *Subjects of Sex/Gender/Desire*. In: BUTLER, Judith. **Gender Trouble**: feminism and the subversion of identity. New York: Routledge, 2006. pp. 1-46. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203824979>. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/mono/10.4324/9780203824979-6/subjects-sex-gender-desire-judith-butler?context=ubx&refId=87490468-df23-40f8-975f-fa217fc0c54f>. Acesso em: 31 ago. 2021.

40 BUTLER, Judith. *Subjects of Sex/Gender/Desire*. In: BUTLER, Judith. **Gender Trouble**: feminism and the subversion of identity. New York: Routledge, 2006. pp. 1-46. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203824979>. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/mono/10.4324/9780203824979-6/subjects-sex-gender-desire-judith-butler?context=ubx&refId=87490468-df23-40f8-975f-fa217fc0c54f>. Acesso em: 31 ago. 2021.

A urgência do feminismo em estabelecer um status universal para o patriarcado, a fim de fortalecer a aparência das próprias reivindicações do feminismo de ser representativo, ocasionalmente motivou o atalho para uma universalidade categorial ou fictícia da estrutura de dominação, considerada para produzir a experiência subjugada comum das mulheres<sup>41</sup>.

Embora a reivindicação do patriarcado universal não goze mais do tipo de credibilidade que gozava antes, a noção de uma concepção geralmente compartilhada de “mulheres”, o corolário dessa estrutura, foi muito mais difícil de deslocar<sup>42</sup>.

A identidade do sujeito feminista não deve ser o fundamento da política feminista, se a formação do sujeito ocorre dentro de um campo de poder regularmente plantado através da afirmação desse fundamento. Talvez, paradoxalmente, “representação” se mostre fazer sentido para o feminismo apenas quando o assunto “mulheres” não for presumido em lugar nenhum<sup>43</sup>.

## 6 CONCLUSÃO

A sociedade é uma constante evolução. O ordenamento jurídico acompanha as vozes dos movimentos sociais que buscam enfatizar e demonstrar suas necessidades. É neste contexto que o Estado Democrático de Direito afirmado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se torna ainda mais sólido.

As mulheres ainda sofrem violências simbólicas e reais em suas casas, em seus trabalhos e dentro da sociedade. A mudança de paradigma de um patriarcado para uma democracia passa por um lento e cansativo acultramento.

Ilude-se, inclusive, quem pensa que o patriarcado atinge somente as mulheres ou que as relações familiares subjuguem somente as “donas de casa”. O sistema patriarcal aflige todos que a ele se submetem.

A transformação do Código Civil através da sua interpretação constitucional é o primeiro passo de longas e difíceis mudanças que ainda estão por vir. A legislação conseguiu ouvir o primeiro grito de socorro, mas não foi o único e nem o último.

Ser mulher no Brasil é lutar diariamente para ser ouvida, para que todas sejam ouvidas. A Carta Magna trouxe o que faltava para a teoria: a proteção integral da mulher. Porém, para que essa proteção, como tantas outras, seja efetivada é preciso que a sociedade compreenda que não diz respeito à roupa, à classe social, aos

41 BUTLER, Judith. *Subjects of Sex/Gender/Desire*. In: BUTLER, Judith. **Gender Trouble: feminism and the subversion of identity**. New York: Routledge, 2006. pp. 1-46. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203824979>. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/mono/10.4324/9780203824979-6/subjects-sex-gender-desire-judith-butler?context=ubx&refId=87490468-df23-40f8-975f-fa217fc0c54f>. Acesso em: 31 ago. 2021.

42 BUTLER, Judith. *Subjects of Sex/Gender/Desire*. In: BUTLER, Judith. **Gender Trouble: feminism and the subversion of identity**. New York: Routledge, 2006. pp. 1-46. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203824979>. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/mono/10.4324/9780203824979-6/subjects-sex-gender-desire-judith-butler?context=ubx&refId=87490468-df23-40f8-975f-fa217fc0c54f>. Acesso em: 31 ago. 2021.

43 BUTLER, Judith. *Subjects of Sex/Gender/Desire*. In: BUTLER, Judith. **Gender Trouble: feminism and the subversion of identity**. New York: Routledge, 2006. pp. 1-46. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203824979>. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/mono/10.4324/9780203824979-6/subjects-sex-gender-desire-judith-butler?context=ubx&refId=87490468-df23-40f8-975f-fa217fc0c54f>. Acesso em: 31 ago. 2021.

filhos, aos companheiros (as). Diz respeito especificamente à autonomia da vontade permitida e viabilizada dentro do Estado Democrático de Direito.

Autonomia da vontade que não faz distinção entre gêneros, escolhas sexuais e relações familiares. Autonomia da vontade essa que caminha lado a lado, paralelamente a um princípio essencial à dignidade e vida do ser humano: a sua liberdade.

Ser mulher no Brasil deve significar ser livre, sem amarras, sem julgamentos, sem apelidos ou formas pejorativas. Devem traduzir-se de questões que promovem igualdade, segurança e proteção pelo Estado e por seus cidadãos.

O acultramento leva tempo, mas o caminho não precisa ser sangrento. O Estado precisa ser o agente ativo e transformador da mudança, do posicionamento e do fomento de uma sociedade justa e igualitária para as mulheres e para todos os grupos que sofrem em suas minorias.

Somente assim, através de políticas públicas e modificação de sistemas arcaicos e impregnados de processo de socialização patriarcal que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 terá cumprido sua missão: a de efetivar o Estado Democrático de Direito para todos os seus cidadãos.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse*. **Int'l & Comp. L. Rev.** v. 35, n. 2, p. 331-393, 2012. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol35/iss2/2>. Acesso em: 31 ago. 2021.
- BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1916**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 21 set. 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 set. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 11.924/2009**. Altera o art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l11924.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11924.htm). Acesso em: 23 set. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 6.515/77**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm). Acesso em 21 set. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 883/49**. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1930-1949/L0883.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L0883.htm). Acesso em: 21 set. 2020.
- BUTLER, Judith. *Subjects of Sex/Gender/Desire*. In: BUTLER, Judith. **Gender Trouble: feminism and the subversion of identity**. New York: Routledge, 2006. pp. 1-46. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203824979>. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/mono/10.4324/9780203824979-6/subjects-sex-gender-desire-judith-butler?context=ubx&refId=87490468-df23-40f8-975f-fa217fc0c54f>. Acesso em: 31 ago. 2021.
- MALTI-DOUGLAS, Fedwa. **Men, Women, and God(s)**. Nawal El Saadawi and Arab Feminist Poetics. *Voices Revived*. 2018.
- MARINOVA, Jivka. **Gender Stereotypes and Socialization Process**. 2003. Disponível em: <https://www.un.org/womenwatch/daw/egm/men-boys2003/EP3-Marinova.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. **Promoting Gender Equality To Prevent Violence Against Women**. PP. 01 – 18. Disponível em: [https://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/gender.pdf](https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/gender.pdf). Acesso em: 22 set. 2020.

# CAPÍTULO 12

## ENCANTAMENTOS E DESAPONTAMENTOS COM A INICIATIVA POPULAR APÓS 32 ANOS DE VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Victoria Catherine Rodrigues Villas Boas

Jumária Fernandes Ribeiro Fonseca

*“[...] o quebrantamento do espírito da Constituição configura a maior das inconstitucionalidades.”*

*Paulo Bonavides*

*Teoria constitucional da democracia participativa*

### 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pátria Amada Brasil, brindada com a Constituição cidadã em 05 de outubro de 1988, com a promessa de ser transformadora do cenário político e social vigente até então; verdadeiro divisor de águas entre um Estado autoritário e um Estado democrático, onde foram consagrados a ampliação de direitos e das garantias fundamentais ao lado de diversas normas garantidoras da atuação independente das instituições democráticas no País.

Durante a vigência do regime militar (1964 a 1985<sup>1</sup>), estabelecido por diversos Atos Institucionais, não havia espaço para interação com corpo social, legítimos<sup>2</sup> detentores do poder. Por isso, a luta em defesa da democracia atraiu esforços de vários segmentos da sociedade, homens e mulheres que clamavam por terem voz e vez na vida pública, em busca de espaço para uma maior e melhor aproximação com Estado.

Com a instauração da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) em 1º de fevereiro de 1987, resultante da Emenda Constitucional nº 26 de 1985, houve uma expressiva participação de diferentes movimentos organizados – conferindo uma identidade comum aos sindicatos, associações profissionais, associações de bairro, índios, mulheres, dentre outros, que lotaram os corredores do Congresso Nacional, para tentar fazer ecoar as diversas propostas de emendas populares, que refletiam seus anseios, suas necessidades, suas convicções – abordando parlamentares Constituintes, convocando-os a ouvirem suas ideias e aspirações, numa “sadia prática lobista<sup>3</sup>”, de forma a dar visibilidade a cada uma das demandas apresentadas, tornando o espaço público rico e democrático, com a formação de diversos fóruns de debates, plenários e comitês pró-participação popular.

1 1985 início da redemocratização do Brasil com a população pedindo eleições diretas e uma Constituinte exclusiva.

2 Para Georges Burdeau *apud* Telles Júnior (2011, p. 308). “Não há poder legítimo além daquele que é instituído pela coletividade que ele rege.” TELLES JUNIOR, Godoffredo O poder do povo *In*: CLEVE, Clemerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (org). **Doutrinas essenciais direito constitucional**: vol. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

3 Termo usado por Bernardo Cabral em **Breve histórico da Assembleia Nacional Constituinte e a atual Constituição Federal de 1988**, publicado em 05 de dezembro de 2004. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/breve-historico-da-assembleia-nacional-Constituinte-e-a-atual-constituicao-federal88/>. Acesso em 25 set. 2020.



**Esse ambiente de oportunidades para a participação dos “reais” detentores do poder, foi uma conquista relevante para a cidadania brasileira e está consagrada no Artigo 1º, parágrafo único.** Todo o poder emana do povo (*núcleo principiológico*), que o exerce por meio de representantes eleitos (*democracia representativa*) ou, diretamente (*democracia participativa*), nos termos desta Constituição.

Como desdobramento deste dispositivo, o art. 14 da CF/88 apresenta como formas de participação ativa e direta dos cidadãos nos rumos e nas decisões políticas do Estado – o Plebiscito, o Referendo e a Iniciativa Popular – corolários de um Estado democrático.

Neste estudo, cingir-se-á na análise da iniciativa popular por ter potencial para tornar-se um canal de vocalização das demandas oriundas das necessidades coletivas junto ao Poder Legislativo, atenuando os déficits de representação política ao possibilitar a participação dos cidadãos com a apresentação de proposições legislativas ao lado de outros atores institucionais – (art. 61 da CF/88), em certa e justa medida concretizando a Soberania popular.

Não obstante possuidora desta capacidade, os contornos democráticos dados ao instituto, não foram suficientes para despertar maiores interesses da população, pois apenas quatro projetos foram aprovados até o momento.

Razão pela qual, imagina-se que as exigências estabelecidas no art. 61, §2º da CF/88 (para a esfera federal)<sup>4</sup>, tenha constituído um fator de desestímulo à utilização do instituto, pois prevê um processo complexo de coleta de assinaturas, somando-se a isso, a possibilidade de desvirtuação do projeto com a inserção de emendas parlamentares e seus substitutivos, que, por vezes, subvertem os reais anseios da sociedade, além de esbarrar em um obstáculo de “logística técnica” para conferência dos dados na Câmara dos Deputados Federais.

Deste modo, com o propósito de compreender as questões que dificultaram e/ou dificultam o interesse dos cidadãos para utilizar deste canal de vocalização de demandas coletivas, buscar-se-á examinar, partindo, ainda que de forma abreviada, da abordagem histórica e conceitual do instituto; apresentar cada um dos projetos já aprovados; analisar a complexidade das exigências formais para a deflagração do processo legislativo e, por fim, investigar os possíveis limites para o Poder Legislativo, especificamente no que se refere as alterações no projeto, de tal modo a não desnaturar sua essência, em descompasso com os anseios da população.

Entender essa jornada é o grande desafio a que se propõe.

## 2 OS ENCANTAMENTOS – ORIGENS DO INSTITUTO NO BRASIL

O histórico da organização político-administrativa do Brasil, fora marcado por alternância entre regimes ditatoriais com estrutura de poder fortemente centralizada e reduzida permeabilidade do poder público à par-

<sup>4</sup> Art. 62, §2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído em pelo menos cinco Estados, com não menos de três décimos por cento de cada um deles)

ticipação, outras vezes por regimes de perfil democrático, os quais se mostravam mais receptivos aos problemas postos pela sociedade.

Dentre as Constituições já vigentes, merece destaque a atual – cunhada como “Constituição Cidadã”, por ter sido a precursora da iniciativa popular, pois sob a regência do regime militar estabelecido no Brasil a partir de abril de 1964 até 1985, com seu caráter espúrio, marcado pela prática de diversas ações desumanas e cruéis, com a total exclusão do povo do processo político, não havia espaço para “debates” de temas que influenciavam o cotidiano da vida dos brasileiros.

Certamente que a presença marcante de diversos segmentos da sociedade acompanhando os trabalhos da ANC, numa expressão de “maturidade” de cultura política, atuaram como mecanismos de controle para coibir, em alguma medida, as ações das elites na definição dos temas e/ou interesses a serem inseridos na nova Constituição. Neste contexto, o movimento por eleições diretas para Presidente da República que acabou frustrado com a aprovação da PEC 05/83<sup>5</sup>, desencadeou o levante das “Diretas Já” que nas palavras do insigne Tancredo Neves expressavam um “[...] sentimento de entusiasmo em todo o País. De Rio Branco a Natal, de Belém a Porto Alegre, as multidões se reuniram, em paz, cantando, para dizer que era preciso mudar, que a Nação, cansada do arbítrio, não admitia mais as manobras que protelassem o retorno das liberdades democráticas.”<sup>6</sup>

Inobstante isso, o “espírito” de mudanças permaneceu latente e, com a instauração da ANC, em 1º de fevereiro de 1987, resultante da Emenda Constitucional nº 26 de 1985, o clamor das vozes retumbantes dos mais diversos rincões do País – gigante pela própria natureza – ecoaram nos corredores do Congresso Nacional com apresentação de diversas sugestões para a elaboração do texto constitucional.

Em reportagem publicada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, para celebrar os 30 anos da promulgação da CF/88, foi veiculada matéria intitulada “Participação dos movimentos sociais foi imprescindível para que Constituição se tornasse cidadã”<sup>7</sup>, em que registra:

A sociedade encontrou diversas formas de interferir no processo Constituinte. Além dos canais institucionalizados pelo Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte – por meio de sugestões, audiências públicas, emendas populares –, foram criados fóruns de debate e de acompanhamento das atividades da Assembleia Nacional Constituinte – ANC por todo o Brasil

5 Dante de Oliveira era deputado federal pelo PMDB de Mato Grosso do Sul e foi o responsável pela elaboração do **Projeto de Emenda Constitucional (PEC 05/1983)** que propunha a alteração na Constituição para permitir que as eleições presidenciais de 1985 acontecessem de forma direta, ou seja, pelo **voto popular**. Para que essa proposta se efetivasse, era necessária a aprovação pelo Congresso Nacional por 2/3 dos parlamentares.

6 Discurso de Tancredo Neves ao ser eleito. Disponível em: HISTÓRIA DO BRASIL.NET. [https://www.historiadobrasil.net/documentos/tancredo\\_neves.htm](https://www.historiadobrasil.net/documentos/tancredo_neves.htm). Acesso em 29 set 2020.

7 Informações disponíveis em: 30 anos da Constituição Federal. 05 jul. 2018. <https://cnts.org.br/noticias/participacao-dos-movimentos-sociais-foi-imprescindivel-para-que-constituicao-se-tornasse-cidada/> Acesso em: 07 out. 2020.

Como resultado desse envolvimento da sociedade, foram contabilizadas 122 (cento e vinte e duas) emendas populares – reunindo um total de 12 milhões<sup>8</sup> de assinaturas, 83<sup>9</sup> (oitenta e três) delas atenderam aos requisitos exigidos no regimento interno da ANC<sup>10</sup>; dentre estas, destaca-se a PEC nº 21 (20705-3)<sup>11</sup> – cujo objeto foi a Participação Popular na elaboração de projetos de lei, e foi subscrita por mais de 303 mil assinaturas<sup>12</sup>, resultando no teor do disposto no art. 61, §2º, posteriormente regulamentado pela Lei nº 9.709 de 18 de novembro de 1998 – Lei Almino Afonso<sup>13</sup>.

A CF/88 estendeu sua aplicabilidade aos Estados e Municípios, conforme prevê, respectivamente, os artigos 27, § 4º e 29, XI, os quais terão autonomia para regulamentar a matéria, podendo estabelecer requisitos distintos daqueles adotados em âmbito federal.

No entanto, ressentiu-se de não ter sido mantido na redação final a previsão de iniciativa popular para proposta de emenda constitucional, conforme sugerido pela Comissão de Sistematização da ANC, onde contemplava o instituto tanto em matéria constitucional como para a legislação ordinária e complementar.

Segundo Pereira (2016, p. 1709):

A iniciativa popular legislativa tem potencial para funcionar como uma das mais dinâmicas ferramentas de participação direta, tendo em vista duas características que a distinguem. De um lado, seu caráter predominantemente ativo e de “*baixo para cima*”, já que corresponde à formulação de uma proposta, e não de uma mera resposta aos governantes, o que a torna apta a funcionar de uma proposta, e não de uma mera resposta aos governantes, o que a torna apta a funcionar como um canal de vocalização de demandas que surjam espontaneamente no seio da sociedade civil.

Para Fachin; Silva, (2017, p. 181) “[...] é uma forma de promoção da cidadania integral de um povo livre e soberano, fazendo com que o povo deixe de ser uma figura simbólica e passe a ser um sujeito político empírico, real e concreto, titular ativo de uma cidadania que vai além do espaço eleitoral representativo.”

8 Disponível em: 30 anos da Constituição Federal. 06 set. 2018. <https://cnts.org.br/noticias/projetos-de-iniciativa-popular-um-dos-avancos-da> Acesso em: 07 set. 2020.

9 Dentre as 83 emendas populares – 36 foram aprovadas, 4 parcialmente aprovadas, 8 prejudicadas e 38 rejeitadas, Dados disponível em: <https://www6g.senado.gov.br/apem/search?keyword=emenda%20popular;f1-nome=EMENDA%20POPULAR>. Acesso em: 30 set. 2020.

10 O art. 24 do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte – RIANC estabelecia o seguinte: “Fica assegurado, no prazo estabelecido no §1º, do artigo anterior, a apresentação de proposta de emenda ao Projeto de Constituição, desde que subscrita por 30.000 (trinta mil) ou mais eleitores brasileiros, em listas organizadas por, no mínimo, 3 (três) entidades associativas, legalmente constituídas, que se responsabilizarão pela idoneidade das assinaturas, [...]”

11 Inclui, onde couber, na Subseção II (Disposições Gerais), Seção VIII (Do Processo Legislativo), Capítulo I (Do Legislativo), Título V (Da Organização dos Poderes e Sistema de Governo), o seguinte:

“Art. – Fica também assegurada a iniciativa popular no processo de emenda da Constituição, mediante proposta subscrita por um número mínimo de eleitores igual a um por cento do eleitorado nacional.

Art. – Fica assegurada a iniciativa popular da lei, no processo legislativo, mediante proposta subscrita por setenta mil eleitores no mínimo.

§ 1o. – Apresentada a proposta, o Congresso a discutirá e votará em caráter prioritário, no prazo máximo de cento e oitenta dias.

§ 2o. – Decorrido este prazo, o projeto vai automaticamente à votação.

§ 3o. – Não tendo sido votado até o encerramento da sessão legislativa, o projeto estará reinscrito para a votação na sessão seguinte da mesma legislatura, ou na primeira sessão da legislatura subsequente.

Dados disponíveis em: <https://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-M/51050.html> Acesso em 29 set 2020

12 Dados coletados do site Brasil de Fato. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/especiais/30-anos-da-Constituinte>. Acesso em: 27 set. 2020.

13 Intitulada Lei Almino Afonso. BONAVIDES, Paulo. A primeira emenda à Constituição por iniciativa popular. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 179, jul./set. 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224179/000862400.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 out. 2020.

Por tais razões, práticas participativas – produzidas e reproduzidas historicamente nas relações sociais, certamente contribuirão no aprimoramento e no desempenho das instituições estatais, reforçando a validade social do próprio sistema jurídico.

Ao final do processo Constituinte, a redação do artigo 61, § 2º estabeleceu critérios formais que inviabilizam a sua utilização, com a exigência de assinatura de 1% do eleitorado nacional, distribuído em pelo menos cinco Estados, e em cada um deles, no mínimo três décimos por cento dos eleitores. Com tais requisitos Ferreira Filho (1995, p.202) “[...] afirma ser o instituto meramente decorativo, tendo em vista o rigor das exigências constitucionais estabelecidas para sua apresentação.”

### 3 CONCRETIZANDO SONHOS – PROJETOS DE LEI JÁ APROVADOS

A iniciativa popular vista como ponte de aproximação com o Poder Legislativo, anda envolto em muita fantasia. Pois, no plano da realidade, após mais de três décadas de vigência da Constituição, apenas quatro projetos foram aprovados o que por si só, revela que os contornos democráticos dados ao instituto, não foram suficientes para despertar maiores interesses da população para participar da vida cívica do Estado.

Ressalte-se que as matérias propostas em cada um deles foram de grande relevância social, com temas voltados para coibir a corrupção eleitoral, direito a moradia e crime hediondo. Apesar desta ínfima quantidade, cada um deles traz além das peculiaridades que lhe são próprios, uma história que é a expressão de um clamor por mudanças estruturais necessárias, e muito contribuíram com o aprimoramento do ordenamento jurídico brasileiro. Vejamos cada um deles.

#### 3.1 LEI Nº 8.930/94. O CASO DANIELA PEREZ – A DOR, A INDIGNAÇÃO E A CORAGEM DELAS – PROJETO DE LEI DE INICIATIVA POPULAR Nº4.146/93<sup>14</sup>

Era dezembro de 1992, a atriz Daniella Perez, filha da autora de telenovelas Glória Perez, foi brutalmente assassinada pelo ator Guilherme de Pádua e sua esposa, Paula Nogueira Thomaz. O fato, bastante divulgado pela mídia, gerou uma indignação popular, visto que Daniella era conhecida atriz da Rede Globo.

A revolta da mãe da vítima deu-se com as benesses concedidas aos autores do crime, apesar de tratar-se e homicídio qualificado, tiveram direito a fiança e, quando condenados, puderam cumprir parte da pena em regime semiaberto.

Relata Gohn (1985, p.50), em publicação intitulada “Mulheres – atrizes dos movimentos sociais: relações político-culturais e debate teórico no processo democrático” que

<sup>14</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Ordinária nº4146 de 09 de setembro de 1993**. Da nova redação ao artigo primeiro da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que “Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do Artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=219155>. Acesso em: 20 jan. 2021.

As mulheres emergiram na cena pública brasileira, após 1975, por meio de seus diferentes papéis sociais – como mães que lutavam por seus filhos desaparecidos nos porões da ditadura militar; como mães moradoras nas periferias que clamavam por creches nos locais de moradia.

Foi pelo protagonismo de uma mulher, uma mãe, com uma dor profunda pela perda da filha de 22 (vinte e dois) anos de idade, assassinada cruelmente, reage diante da percepção da impunidade que tornou sua dor mais insuportável.

Glória Perez coordenou uma campanha para a coleta de 1,3 milhão de assinaturas, e apresentou projeto de lei (PL nº 4.146/93) que incluía o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos. Em 1994, o projeto foi sancionado.

Importante lembrar que antes da iniciativa popular encabeçada por essa mãe e mulher, apenas o homicídio simples (Artigo 121, *caput*) praticado em atividade típica de grupo de extermínio, era hediondo.

Houve a coleta de assinaturas<sup>15</sup> porém o projeto de lei foi encaminhado com mensagem do Poder Executivo, o que, além de permitir a regular tramitação no Congresso Nacional, evitou a necessária avaliação da presença dos requisitos constitucionais para apresentação de proposta de iniciativa popular; portanto, em sua origem não é considerado como tal.

### **3.2 LEI Nº 9.840/99 – LEI CONTRA A CORRUPÇÃO ELEITORAL – MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL (MCCE) – PROJETO DE LEI DE INICIATIVA POPULAR Nº 1.517/99<sup>16</sup>**

Sabe se que a corrida para alcançar a vitória nas eleições, torna se um ambiente favorável para a difusão de “falsas promessas” pelos candidatos, o que, por vezes, ilude o eleitor com a crença de obter alguma vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive de emprego público. Essa prática costumeira, perdurou por muitos anos na disputa eleitoral.

Com o intuito de moralizar o processo eleitoral, punindo as práticas de captação ilícita de sufrágio, o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE) que contava com, aproximadamente, 35 entidades, entre elas a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), elaborou o [Projeto de Lei nº 1.517/99](#) que propôs alterações nas leis eleitorais nº 9.504/97 e na Lei nº 4.737/65, estabelecendo punições como a cassação do mandato de candidatos envolvidos com compra de votos e no uso eleitoral da máquina administrativa.

O projeto foi apresentado com a seguinte justificativa.

<sup>15</sup> MSC 571/1993.

<sup>16</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.517, de 18 de agosto de 1999. Modifica a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 e altera dispositivos da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=38166>. Acesso em: 20 jan. 2021.

No Brasil já se tornou habitual que candidatos, na época de eleições distribuam favores, bens e até dinheiro a eleitores. ‘Visando obter seu voto. Ora, essa prática desvirtua inteiramente o sentido do voto. Ele deixa de ser o exercício do poder dos cidadãos na escolha dos seus representantes no governo e a eleição se transforma num negócio. Isto permite também que candidatos inescrupulosos se aproveitem das carências populares conseguindo os votos dos eleitores mais pobres pela satisfação de suas necessidades imediatas – uma cesta básica, uma conta atrasada, uma consulta médica, um saco de cimento. Esta conduta se toma ainda mais perversa porque para esse tipo de político é importante que existam muitos pobres, e que estes continuem sempre pobres, para que possa de novo envolvê-los na eleição seguinte. Com isso se falseia o próprio processo eleitoral, numerosa população brasileira mais carente forma um verdadeiro “exército eleitoral de reserva”. convocado a cada eleição para manter no poder os de sempre.’<sup>17</sup>

Apesar de ter alcançado mais de um milhão e sessenta mil assinaturas, o projeto tramitou como sendo de autoria do então deputado Albérico Cordeiro e aposto por mais 59 deputados, o que evitou a necessária avaliação dos requisitos constitucionais da iniciativa popular e, após regular tramitação, em 28 de setembro de 1999 foi promulgada Lei 9.840 que tipificou o crime de compra de votos.

### **3.3 LEI Nº 11.124/2005 – SISTEMA NACIONAL DE HABITAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL – PROJETO DE LEI Nº 2.710/92<sup>18</sup> – MOVIMENTO POPULAR MORADIA**

A CF/88 trouxe uma importante inovação ao dedicar um título específico para a Política Urbana (art. 182), que recebeu os contornos jurídicos definidos para sua aplicabilidade com a publicação da Lei nº 10.257/01 – intitulado Estatuto da Cidade, onde foram estabelecidas diretrizes gerais da política urbana, tendo como uma de suas finalidades reverter a segregação espacial presente na maioria das cidades brasileiras.

Com o objetivo de criar um fundo público para o atendimento das demandas por moradia popular, as Comunidades Eclesiais de Base, ligadas, principalmente, à igreja católica, apoiaram o movimento popular de moradia, com o intuito de alcançar a quantidade de assinaturas necessárias para a apresentação do projeto de lei de iniciativa popular de nº 2.710, de 1992, alcançando mais de um milhão de assinaturas.

Tendo em vista que a Câmara dos Deputados não teria condições de verificar a autenticidade de todas elas, o referido projeto de lei foi atestado pelo Deputado Nilmário Miranda (PT) e, após aprovado – Lei nº 11.124 de 16 de junho de 2005, dispôs sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS) que teve como objetivo principal implementar políticas e programas que promovam o acesso à moradia digna para a população de baixa renda, criou o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) e instituiu o Conselho gestor deste fundo.

### **3.4 LEI COMPLEMENTAR 135/2010 – LEI DA FICHA LIMPA – PROJETO DE LEI Nº 168/1993<sup>19</sup> – MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL (MCCE)**

<sup>17</sup> Dados coletados do Diário da Câmara dos Deputados. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD15SET1999.pdf#page=173>. Acesso em: 13 out. 2020.

<sup>18</sup> BRASIL. Câmara Dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.710, de 19 de janeiro de 1992. Cria o Fundo Nacional de Moradia Popular – FNMP, e o Conselho Nacional de Moradia Popular – CNMP, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18521>. Acesso em: 28 set. 2020

<sup>19</sup> Junto ao qual foram pensados diversos outros: PL 518/09, PLP 35/03, PL 404/2008, PL 446/2009

A Lei Complementar de nº 135, de 4 de junho de 2010, comumente conhecida como Lei da Ficha Limpa, é fruto do projeto de lei de iniciativa popular nº 168/93 encabeçada pelos membros do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE) e contou com o apoio da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), da Central Única dos Trabalhadores (CUT), além de organizações não governamentais, sindicatos, associações e confederações, os quais deram início à campanha da “Ficha Limpa” com o objetivo de impedir a candidatura de políticos condenados por crimes considerados graves.

Essa árdua missão, foi iniciada com a apresentação do Projeto de Lei Complementar 168/1993 e após 17 anos fora convertido na Lei Complementar 135/2010, somente foi possível pela ampla mobilização de todas as instituições apoiadoras do projeto, com mais de um milhão e meio de assinaturas.

Sua aprovação representou um importante marco para a cidadania, implementando um novo momento no Direito Eleitoral, mudanças relevantes no sistema que passou a considerar como requisito para a elegibilidade, a vida pregressa do candidato e assim proteger a moralidade e a probidade administrativa, regulamentando os parâmetros estabelecidos no art. 14, §9º da CF/88. A lei impede a candidatura de políticos condenados criminalmente por órgão colegiado e aumenta de três para oito anos o período de inelegibilidade dos candidatos após o cumprimento da pena.

#### **4 OS DESENCANTAMENTOS – AS LIMITAÇÕES PRESENTES NO USO DO INSTITUTO**

Como visto, há na iniciativa popular um potencial construtivo capaz de despertar o engajamento dos cidadãos na vida cívica do Estado, este instituto poderia ter se tornado um divisor de águas no cenário das decisões políticas do Estado pois, os motivos que levaram a mobilização social para sua inserção na CF/88 foi o de oportunizar o compartilhamento de ideias e/ou necessidades advindas da sociedade civil, essencial para a construção de uma democracia participativa.

Inobstante tais predicados, é necessário o preenchimento dos requisitos formais e materiais constantes na CF/88, na lei nº 9.709/98 e no Regimento Interno da Câmara dos Deputados Federais (RICDF), o que, aliada à inexistência de um logística técnica para realizar a conferência dos dados dos subscritores do projeto de lei e a possibilidade de desvirtuamento da matriz ideológica ali presente, através de emendas parlamentares, são entraves que esvaziaram o interesse do corpo social na sua utilização.

Isto se confirma pois, formalmente, nenhum projeto de lei de iniciativa popular foi aprovado no Brasil, todos os que foram apresentados até agora, ainda que tenham conseguido o número necessário de assinaturas<sup>20</sup>, não tramitaram conforme o procedimento próprio previsto no RICDF, porque a Câmara dos Deputados Federais não possui estrutura “logística” capaz de efetuar a conferência do preenchimento dos requisitos para

<sup>20</sup> Cada apoiador do projeto de iniciativa popular tem de escrever nome completo, endereço, número do título eleitoral e assinatura. Entretanto, de acordo com a legislação, só são válidas assinaturas feitas de próprio punho pelo eleitor. Fonte: Agência Senado

recebimento da proposta. Consequentemente, as quatro proposições que foram aprovadas até o momento, foram cadastradas como de iniciativa do Presidente da República ou de parlamentar, razão pela qual, o instituto tem perdido credibilidade.

Sinais de que essa desvirtuação é uma prática inconstitucional, devido a inobservância do devido processo legislativo, foi constatado com deferimento de medida cautelar em sede do MS 54530 MC/DF (Projeto de iniciativa popular intitulado – 10 medidas contra a corrupção) em razão de ter sido autuado projeto de lei de iniciativa popular como sendo de iniciativa parlamentar, o que sinaliza para a necessidade de serem revistas as formas de análise dos pressupostos formais na Câmara dos Deputados Federais.

Nesse viés, com o propósito de trazer maior celeridade e economicidade ao árduo e moroso processo de coleta de assinaturas reduzindo as exigências formais previstas na CF/88, já tramitaram no Congresso Nacional várias<sup>21</sup> Propostas de Emenda Constitucional, no entanto todas foram arquivadas.

Atualmente, estão em curso no Congresso Nacional o PL nº 2024/2011 e o PL nº 7005/2013<sup>22</sup>, o primeiro com o propósito de permitir que sejam subscritos por meio de assinatura digital devidamente certificada e o segundo, para que os projetos de lei que não alcançarem o número mínimo de assinaturas tramitem na forma “sugestão legislativa”.

Fato é que, por mais que estejamos na “era digital”, a democracia digital ainda não é uma realidade para “todos” os brasileiros. Ainda que a exigência de assinatura digital certificada, possa facilitar o processo e ter maior participação, é necessário que sejam criados espaços públicos onde o cidadão que não tenha acesso a essa certificação possa ter o direito de também participar.

Diante da obrigatoriedade de subscrição de cidadãos distribuídos em pelo menos cinco Estados, sugere-se a criação deste um “espaço popular” nas Assembleias Legislativas e na própria Câmara dos Deputados Federais, onde o interessado em aderir ao projeto possa fazê-lo de forma presencial em uma destas Casas Legislativas ou via plataforma criada para tal finalidade.

Somando se a isso, segundo palavras de Pereira (2016, p. 1.745), “A política tem um preço, que não é módico. Não há, no Brasil, normas disciplinando o financiamento da campanha para coleta de assinaturas de iniciativa popular”.

A mesma autora em artigo intitulado “A iniciativa popular no sistema constitucional brasileiro: fundamentos teóricos, configuração e propostas de mudanças”, ensina que:

[...] o maior obstáculo não reside no número de assinaturas requerido, mas no requisito **de ordem geográfica traduzido na exigência de que estas estejam distribuídas em pelo menos cinco Estados**, com adesão de, no mínimo, 0,3% do eleitorado de cada um deles, bem como na forma burocratizada de

21 PEC 194/2003, PEC 201/2003, PEC 203/2007, PEC 286/2013 e a PEC 5/2015.

22 Última tramitação datada de 13/03/2018 – para apensar o PL nº 2024/2011 ao PL nº 7005/2013. Informações disponíveis em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=515598>. Acesso em: 19 jan. 2021.



conferência das assinaturas. Apesar de o percentual determinado quanto aos Estados ser relativamente baixo, a imposição de que sejam coletadas assinaturas em diversos lugares diferentes aumenta sobremaneira a dificuldade e, conseqüentemente, o volume de recursos financeiros necessário para empreender a campanha de formalização da iniciativa popular. (PEREIRA, 2016, p.1741). (grifo nosso).

Neste contexto, a coleta de assinaturas por meio digital reduzirá substancialmente os custos inerentes à todo processo, o que, certamente, se funcionar de forma adequada, poderá servir de estímulo para difusão e utilização deste importante canal de efetivação do modelo de democracia direta.

Para Bonavides (2001, p. 58):

Concretizar a democracia é, num certo sentido, em termos de fazê-la eficaz, remover esses bloqueios, desobstruir caminhos de participação, afastar obstáculos que lhe foram erguidos ou lhe são levantados com frequência, para estancar-lhe a correnteza das ideias.

Além dos obstáculos acima apontados, no curso do processo legislativo poderá ocorrer emendas parlamentares que estabeleçam verdadeiro divórcio entre o texto do projeto de lei e a previsão legislativa, o que conflita com a feição democrática da iniciativa popular, isto porque de acordo Peres ([2018?], p. 17-18) a

[...] submissão às inúmeras possibilidades de mudança no interior do processo legislativo e pela relutância à participação dos cidadãos nos atos que compõem este processo, ficam sujeitos a sofrer deturpações passíveis de ocasionar a perda da sua essência, qual seja, a expressão da vontade direta do povo e o exercício da soberania popular no contexto do Estado Democrático de Direito.

Enfim, todas as condicionantes ora apontadas, aliadas à possibilidade de desvirtuação do projeto de lei, reveste-se de indiscutível relevo jurídico, em face do que dispõe a própria Constituição da República que prevê a iniciativa popular como um dos instrumentos de efetivação da soberania popular, qualquer desvirtuação realizada no projeto de lei que altere substancialmente o anseio popular, afronta um dos pilares da democracia. Segundo Chauí (1995, p. 430)

Há, na prática democrática e nas ideias democráticas, uma profundidade e uma verdade muito maior e superior ao que a ideologia democrática percebe e deixa perceber. Dizemos que uma sociedade – e não um simples regime de governo – é democrática, quando, além de eleições, partidos políticos, divisão dos três poderes da república, respeito à vontade da maioria e das minorias, institui algo mais profundo, que é condição do próprio regime político, ou seja, quando institui direitos.

Por tais razões, há um “choque entre interesses/direitos” de um lado, a legitimidade dos parlamentares para fazerem adequações nas proposições passíveis de ocasionar a perda da sua essência – diga se de passagem uma verdadeira usurpação do mandato representativo a eles confiado – e de outro, o povo como titular da soberania popular, de ter respeitada a sua vontade.

Face a essas condicionantes, encontrar caminhos para dar plena efetividade à vontade popular e em linha de sintonia com as conquistas já alcançadas, é necessário utilizar de instrumentos hermenêuticos dinâmicos para dar efetividade/concretização aos preceitos constitucionais que preveem a democracia participativa.

A leitura do preâmbulo, revela que ali estão presentes os valores que devem orientar a interpretação da CF/88, partindo da indicação “Nós, representantes do povo brasileiro”. A Soberania popular é pedra basilar do nosso ordenamento jurídico, previstas no art. 1º, parágrafo único e art. 14, os quais revelam que o titular do poder é o povo.

Portanto, os institutos ali previstos podem e devem ser usados de forma complementar diante de alterações essenciais no projeto de lei originariamente apresentados, porque a descaracterização da soberania popular, deve ser percebida como uma deficiência existente no sistema jurídico, não pode ser vista como algo natural ou normal, e, por tais razões, é factível, nessa ordem de ideias que a iniciativa popular seja submetida ao crivo de um referendo.

Sabe-se que essa “fórmula” para ser implementada na esfera federal depende do aval do Congresso Nacional – art. 49, XV da CF/88, o que requer vontade política para aprovação. Situação que merece maiores aprofundamentos, o que não foi possível explorá-los nos estreitos limites deste artigo.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões ora apresentadas, e sem pretensão conclusiva, permitiu constatar que a iniciativa popular ainda se encontra demasiadamente afastada de seus propósitos. Embora tenha representado um importante passo para a formalização da democracia participativa em países que a adotam, no Brasil, ainda há um sinuoso caminho a percorrer para que haja o aprimoramento da legislação e a população seja estimulada a usar o instituto.

A inclusão do instituto na CF/88, foi uma grande conquista advinda das lutas dos diversos movimentos sociais presentes na Assembleia Nacional Constituinte, em favor de um maior engajamento da sociedade civil nas decisões políticas do Estado.

Imagina-se que, os poucos projetos de iniciativa popular que foram aprovados após 32 anos de vigência da CF/88, se deve às complexas exigências relativas ao processo de coleta de assinaturas, à inexistência de uma “logística técnica” para conferência destes dados, aliada à possibilidade de descaracterização do projeto de lei, foram/são fatores que desestimulam a utilização do instituto e o engajamento do corpo social.

Para que não se perca a oportunidade de usufruir do potencial construtivo inerente à iniciativa popular, alterações na legislação aliada à possibilidade de submissão ao crivo de um referendo popular do projeto de lei que tenha sofrido alterações na sua essência, poderá ser o caminho para resgatar o espírito de civismo que outrora levou a população a lutar pela inclusão da iniciativa popular na CF/88.

## REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. A primeira emenda à Constituição por iniciativa popular. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 179, jul./set. 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224179/000862400.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 out. 2020.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. **Bases históricas da Constituição de 1988**. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituente/bases-historicas](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituente/bases-historicas). Acesso em 20 set. 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.517, de 18 de agosto de 1999**. Modifica a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 e altera dispositivos da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=38166>. Acesso em: 20 jan. 2021.
- BRASIL. Câmara Dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.710, de 19 de janeiro de 1992**. Cria o Fundo Nacional de Moradia Popular – FNMP, e o Conselho Nacional de Moradia Popular – CNMP, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18521>. Acesso em: 28 set. 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Ordinária nº 4146 de 09 de setembro de 1993**. Da nova redação ao artigo primeiro da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que “Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do Artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=219155>. Acesso em: 20 jan. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Ordinária nº 4146 de 09 de setembro de 1993**. Da nova redação ao artigo primeiro da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que “Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do Artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=219155>. Acesso em: 20 jan. 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 31 ago. 2021.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 1995.
- CRUZ, Paulo. Democracia e cidadania. **Novos Estudos Jurídicos**, Ano. V. nº10, abril 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26257>. Acesso em: 31 ago. 2021.
- FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Christiane Peter da. Democracia representativa no Brasil: breves reflexões sobre a participação do povo como sujeito político. **Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná**, ano 4, n. 6, p. 165-183, jun. 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/6256>. Acesso em: 31 ago. 2021.
- FEREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **A reconstrução da democracia**. São Paulo. Saraiva, 1995.
- GOHN, Maria da Glória. Mulheres – atrizes dos movimentos sociais: relações político-culturais e debate teórico no processo democrático. **Política & Sociedade**, n. 11, out. 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1255/1200>. Acesso em: 19 set. 2020.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. A iniciativa popular no sistema constitucional brasileiro: fundamentos teóricos, configuração e propostas de mudanças. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 4, p. 1707-1756, 2016. DOI: <https://doi.org/10.12957/rdc.2016.26257>.
- PERES, Sophia Salerno. **Da (in)eficácia da iniciativa popular legislativa como instrumento de efetivação da democracia no Brasil**. [2018?]. Disponível em: [https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/sophia\\_peres.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/sophia_peres.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.
- TELLES JUNIOR, Godoffredo O poder do povo *In*: CLEVE, Clemerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (org). **Doutrinas essenciais direito constitucional**: vol. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

# CAPÍTULO 13

## CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E A REGRA DE JULGAMENTO PARA AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: MAIORIA OU SUPERMAIORIA?

Paula Pessoa Pereira

### 1 OBSERVAÇÕES INICIAIS

Os mecanismos de tomada de decisão coletiva, em particular a regra de votação majoritária para o contexto do Plenário do Supremo Tribunal Federal, conquanto se apresente como questão essencial para se entender o funcionamento adequado e efetivo da jurisdição constitucional do Brasil, no quadro do estado constitucional, recebeu pouca atenção da doutrina constitucional e processual, e, de uma forma geral, no direito comparado.

A despeito do opaco debate doutrinário acerca da regra de decisão (protocolo de votação) para a jurisdição colegiada constitucional, em especial para os tribunais constitucionais, o mesmo não ocorreu no âmbito das deliberações legislativas e Constituintes, a exemplo da experiência brasileira, sendo, na verdade, uma antiga conhecida.<sup>1</sup>

Esse debate, acerca de qual regra de decisão (maioria, supermaioria, unanimidade) para o processo de tomada de decisão coletiva, não encontra correspondência em outras jurisdições comparadas, salvo a norte-americana,<sup>2</sup> em razão, com grande probabilidade, do modelo de deliberação e processo decisório interno adotado nos tribunais constitucionais.<sup>3</sup>

No contexto brasileiro, na primeira oportunidade de rediscussão do projeto constitucional, constituído em 1891, a questão da jurisdição constitucional e da função do Supremo Tribunal Federal, como intérprete final da constituição e garantidor da unidade do direito, foram postas em xeque. Isso porque o modelo constitucional, desenhado na Constituição da República de 1891, apresentava-se insuficiente e com sérios inconvenientes práticos, motivo pelo qual esse foi um dos grandes temas na arena da organização do Poder Judiciário.

<sup>1</sup> Este capítulo versa argumentos jurídicos debatidos em capítulo específico da tese apresentada pela autora na Universidade Federal do Paraná, intitulada Supermaioria como regra de decisão na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal. PEREIRA, Paula Pessoa. Doutorado, 2017.

<sup>2</sup> A respeito, da história constitucional norte-americana, especificamente quanto às discussões legislativas sobre propostas de protocolo de votação por supermaioria para a Suprema Corte americana, ver WARREN, Charles. **Congress, the Constitution and the Supreme Court**. Boston: Little, Brown and Company, 1925; WARREN, Charles. Legislative and judicial attacks on the Supreme Court of the United States, **American Law Review**, 1913, v. 47, 1913. p. 1-34; CULP, Maurice S. A survey of the proposals to limit or deny the power of judicial review by the Supreme Court of the United States, **Indiana Law Journal**, v. 4: iss. 6, article 2, 1929. p. 386-398.

<sup>3</sup> Sobre o argumento da ausência de uma agenda de pesquisa, voltada para os problemas e questões do processo decisório interno das cortes constitucionais, notadamente, a forma da deliberação intra-corte e mecanismos de tomada de decisão coletiva, cf. PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication and democracy. Comparative perspectives: USA, France and Italy. **Ratio juris**, v. 11, n. 1, march 1998, p. 38-50; FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. **Texas Law Review**, v. 82, p. 1671-1704, 2004; PASQUINO, Pasquale; RANDAZZO, Barbara. **Come decidono le Corti Costituzionale (e altri Corti)**. How Constitutional Courts make decisions. Atti del Convegno Internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007. Milano: Giuffrè, 2009.

Assim, na Constituinte de 1934, quando pela primeira vez se abordou, de forma direta e aberta, o problema do protocolo de votação para as decisões de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (regra de maioria absoluta ou qualificada) a subcomissão, encarregada de elaborar o anteprojeto constitucional, considerou a experiência jurisdicional comparada norte-americana como parâmetro normativo. Sugeriu-se, portanto, a regra de supermaioria (ou maioria qualificada) como regra de decisão, em detrimento da maioria absoluta. Essa proposta, porém, a exemplo do modelo comparado, ficou restrita ao âmbito das discussões legislativas.

O propósito do presente ensaio é, portanto, analisar as discussões desenvolvidas no espaço do legislativo ordinário e do Constituinte acerca da regra de julgamento adequada ao desenho institucional da jurisdição constitucional brasileira, notadamente da jurisdição exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

## 2 CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E A REGRA DE JULGAMENTO PARA AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM DEBATE LEGISLATIVO

A Constituição de 1891, quando atribuiu aos juízes e tribunais federais competência para processar e julgar as causas em que alguma das partes fundamenta o seu direito na Constituição Federal, ou propostas contra o governo da União, fundadas em dispositivo da constituição (art. 60<sup>4</sup>), nada mais fez do que atribuir implicitamente, pela primeira vez no Estado de Direito republicano, aos tribunais, competência para apreciar a inconstitucionalidade das leis e dos atos do poder público. Desenho institucional que antecipou as linhas do que viria a ser, mais tarde, o recurso extraordinário e sua vocação para o perfil de “técnica processual” constitucional.<sup>5</sup>

A preocupação com o desenvolvimento de uma jurisdição constitucional, que garantisse a supremacia da constituição no ordenamento jurídico, por meio da afirmação de suas normas, quando contestada em face de outros atos do poder público; principalmente por parte do Poder Legislativo, que até então era considerado o ramo do poder do estado representativo da vontade popular, já circundava os propósitos do governo provisório da República.

Os republicanos históricos, em face da prática jurisdicional vivenciada nos estados brasileiros, bem como em face da notícia referente aos acontecimentos políticos e jurídicos, sucedidos nos Estados Unidos, país que

4 Art. 60, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1981: “Aos juízes e Tribunaes Federaes: processar e julgar: (...) §1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá um recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar a applicação; b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas; c) quando dous ou mais tribunaes locais interpretarem de modo differente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos tribunaes referidos ou pelo procurador geral da Republica.” Redação esta que foi dada pela Emenda Constitucional, de 3 de setembro de 1926, que modificou a redação original do art. 59, que disciplinava sobre essa matéria. A disciplina jurídica da organização da justiça federal foi complementada, na vigência da Constituição da República de 1891, com a Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, que tornou ainda mais explícito o desenho da jurisdição constitucional para o Supremo Tribunal Federal, conforme prescrição do art. 22.

5 Themistocles Cavalcanti afirma que, não obstante as limitações técnicas que esse recurso extraordinário traz para uma ampla investigação das questões de constitucionalidade, a atribuição que lhe foi conferida, por certo, tem o objetivo de garantir a unidade do direito e a supremacia da constituição, por meio da composição da jurisprudência. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. O Supremo Tribunal Federal e a Constituição. In: **Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal**: conferências e estudos realizados na Universidade de Brasília de 11 a 14 de outubro de 1978. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1982.

norteou toda a estrutura e idealização do imaginário constitucional republicano brasileiro, perceberam a necessidade de se pensar a organização do Poder Judiciário de forma a conferir máxima aplicabilidade à constituição.

Tanto é assim que o governo provisório da República, ao dispor sobre a organização da justiça federal e a instituição do Supremo Tribunal Federal, publicou o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, documento legislativo que precedeu a promulgação da primeira Constituição da República do Brasil.

Na exposição de motivos do aludido Decreto, fica clara a justificativa da jurisdição constitucional, quando destacou o papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário, em particular pelo Supremo Tribunal Federal, consideradas as atribuições e competências institucionais; desenhando aí as primeiras linhas do controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro.<sup>6</sup>

Todavia, por se tratar o controle jurisdicional de constitucionalidade de uma experiência incipiente na estrutura do Poder Judiciário brasileiro, com mais razão a forma de julgamento em órgãos colegiados (como os tribunais), a Constituição de 1891 não trouxe disciplina acerca da regra de decisão a ser tomada pelos tribunais, ou sobre a obrigação de quórum mínimo para o julgamento de matéria constitucional.

Tal previsão normativa foi inaugurada na ordem jurídica no plano infraconstitucional, com a publicação do Decreto n. 938, de 29 de dezembro de 1902,<sup>7</sup> cuja disciplina foi voltada, especificamente, para a fixação de um quórum mínimo para o julgamento das sentenças finais, decididas pelo Supremo Tribunal Federal, órgão colegiado que, à época, era formado por quinze membros.

Nesse sentido, o texto legal do art. 1º: *“Sempre que o Supremo Tribunal Federal tiver de julgar, nos casos de sua competência, compreendida no art. 59, ns. 1 e 3 da Constituição, ou quando em qualquer pleito se envolver questão de inconstitucionalidade das leis da União ou dos Estados e de tratados federaes, as decisões finais serão proferidas com a presença de dez, pelo menos, dos seus membros desimpedidos”*.

6 Nesse ponto, interessante o preâmbulo do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que traz a exposição de motivos e real percepção que os republicanos históricos tinham sobre o papel a ser desempenhado por uma jurisdição constitucional, bem como a sua importância e limites dentro de uma estrutura de estado: “A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na execução dos actos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhes ou recusar-lhe sanção, si ellas lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica. O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar si ellas são conformes ou não à Constituição, e neste ultimo caso cabe-lhe declarar que ellas são nullas e sem efeito. Por esse engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação venha a colocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa. [...] Essa missão histórica incumbe, sem duvida, ao poder judiciário, tal como architectam poucos povos contemporaneos e se acha consagrado no presente decreto. Ahi está posta a profunda diversidade de índole que existe entre o poder judiciário tal como se achava instituido no regimen decahido, e aquelle que agora se inaugura, calcado sobre os modelos democráticos do systema federal. De poder subordinado, qual era, se transforma em poder soberano, apto na elevada esfera da sua autoridade para interpor a benéfica influencia do seu critério decisivo, a fim de manter o equilibrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes; assegurando ao mesmo tempo o livre exercicio dos direitos do cidadão. É por isso que na grande União Americana com razão se considera o poder judiciário como pedra angular do edificio federal e o unico capaz de defender com eficacia a liberdade, a autonomia individual. [...] Isto basta para assignalar o papel importantissimo que a Constituição reservou ao poder judiciário no governo da Republica. Nelle reside essencialmente o principio federal; e da sua boa organização, portanto, é que devem decorrer os fecundos resultados que se esperam do novo regimen precisamente porque a Republica, segundo a máxima americana, deve ser o governo da lei.” CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição Federal brasileira**: comentários. 2. ed. (publicação póstuma). Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia. Editores, 1924. p. 294.

7 Importante registrar que o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que precedeu a Constituição de 1891, trazia uma regra sobre o funcionamento do Supremo Tribunal Federal que exigia a maioria de seus membros, como uma forma de organização geral, sem vinculação a qualquer tipo de matéria ou decisões. Nesse sentido, o art. 7º dispunha: “O Tribunal funcionará com a maioria dos seus membros. Na falta de numero legal serão chamados successivamente os juizes das secções mais próximas, aos quaes competirá jurisdicção plena, emquanto funcionarem como substitutos.”

O teor dessa regra jurídica foi replicado no Decreto n. 1.939, de 28 de agosto de 1908, no art. 8º.<sup>8</sup> Mais tarde, em 1931, foi reduzido o número de ministros do Supremo de quinze para onze, em decorrência de uma reforma na reorganização desse tribunal, de modo que o Decreto 20.106 também reajustou o quórum para a sessão de julgamento, diminuindo para o número de seis, conforme o art. 8º, que assim prescrevia: “*Para julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, dos feitos que envolvam questão constitucional, será necessária a presença de seis ministros, pelo menos, da turma julgadora, modificado nesse sentido, o art. 4º decreto n. 19.656.*” Essa última previsão para o quórum da sessão de julgamento, em que se exige a presença mínima de seis ministros, é o esboço da futura regra de decisão por maioria absoluta para as declarações de inconstitucionalidade no sistema constitucional.

Da leitura da legislação infraconstitucional acima reproduzida, infere-se que o objetivo da fixação de um quórum mínimo não estava atrelado ao problema da regra de julgamento majoritária, mas sim à questão da necessidade de presença de número mínimo de juízes integrantes do tribunal para o julgamento de matérias constitucionais. Em outras palavras: o estabelecimento desse quórum mínimo corresponde à chamada cláusula de reserva de plenário, inspirada na criação jurisprudencial norte-americana do *full bench*, e não ao mecanismo de tomada de decisão coletiva.

João Barbalho Cavalcanti, ao comentar a Constituição de 1891, em particular a organização e função do Poder Judiciário, destacou a importância em se fixar um quórum mínimo para a tomada de decisão no Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, como técnica necessária para se conferir autoridade e estabilidade à jurisprudência desse tribunal, que tinha o papel principal de conferir unidade ao direito.<sup>9</sup> Esse argumento revelava a preocupação da doutrina com o problema da legitimidade, autoridade e limites da atuação do STF, no exercício do controle de constitucionalidade dos atos do poder público.<sup>10</sup>

A Constituição de 1934, não obstante as poucas inovações a respeito das competências do recurso extraordinário, cujos contornos principais haviam sido delineados na Lei n. 221/1894, teve o mérito de inaugurar disciplina jurídica sobre o protocolo de tomada de decisão coletiva pelos tribunais, nos pronunciamentos de declaração de inconstitucionalidade. Tal regulamentação abrangeu os seguintes pontos: obrigação de um quó-

8 Art. 8º, Decreto n. 1.939, de 28 de agosto de 1908: “Quando contra os actos ou decisões das autoridades administrativas fôr allegada a inconstitucionalidade de taes actos ou decisões, não obstante serem os mesmos conformes com as leis ou regulamentos em vigor, a decisão final do Supremo Tribunal Federal deverá ser proferida estando presentes, pelo menos, 10 de seus membros desimpedidos.”

9 Em suas palavras: “No exercício de tao relevante poder cumpre aos tribunaes observar a maxima circumspecção; os comentadores na ausência de prescripções leaes, aconselham e os juízes observam certos preceitos de muito bom aviso a respeito. – A lei traz sempre a presumpção de validade [...]. E convém que questões desta natureza somente sejam submetidas á decisão nos tribunaes, quando todos os membros deles se acharem presentes, para que tenham mais autoridade suas resoluções e para mais seguramente manter-se a jurisprudencia.” CAVALCANTI. **Constituição Federal brasileira**: comentários. p. 298-299. Cumpre assinalar que, embora as razões arguidas por João Barbalho Cavalcanti sejam coerentes com o problema da legitimidade do exercício da função jurisdiccional constitucional pelo Supremo tribunal Federal, acreditava o autor que o quórum mínimo para a sessão de julgamento era técnica processual suficiente para garantir tal objetivo e imprimir a objetividade e estabilidade necessária às decisões. Não fazendo qualquer diferença entre regra de quórum (reserva de plenário) e regra de julgamento.

10 Preocupação que estava atenta à realidade jurisdiccional desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal que, em alguns casos, por conta da ausência de um quórum mínimo para a tomada de decisão, chegou a resolver um caso com um placar de três a dois, fato que provocou sérios inconvenientes e objeções da doutrina e dos advogados. Sobre essa questão, ocorrida no julgamento da apelação cível n. 216, de 20 de janeiro de 1987, cuja reforma da sentença de primeiro grau se deu por um placar de três a dois, em um tribunal como o STF, que à época era composto por quinze membros, ver RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. volume 1. Defesa das liberdades civis, 1891-1898. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 2. ed., 1991. p. 71-72.

rum mínimo e exigência de maioria absoluta, enquanto regra de decisão para que os tribunais declarem a inconstitucionalidade dos atos do poder público.

### 3 CONSTITUIÇÃO DE 1934: OS DEBATES CONSTITUINTES E A REGRA SUPERMAJORITÁRIA COMO PROPOSTA PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os grandes debates ocorridos acerca das justificações e propriedades do princípio majoritário, como regra de julgamento para as decisões no âmbito jurisdicional constitucional, com efeito, foram levados a cabo na Constituinte de 1934. Primeiro, com as discussões na Subcomissão do Itamarati<sup>11</sup>; depois, nas deliberações da Assembleia Constituinte 1933/1934.

Interessante observar que na Constituinte de 1933/1934, oportunidade na qual os desenhos institucionais da jurisdição constitucional foram analisados e debatidos extensivamente, bem como foram construídas as bases do controle difuso de constitucionalidade, como se conhece hoje, estavam postas na mesa de debate duas fórmulas de controle da atuação do Supremo Tribunal Federal: a regra decisória de maioria qualificada e a revisão das suas decisões, com caráter generalizante pelo Congresso Nacional.

Vários foram os pontos debatidos na comissão de elaboração do anteprojeto da Constituinte de 1934, com relação à organização do Poder Judiciário e à administração da justiça. As questões referentes ao papel e ao desenho institucional adequado para o Supremo Tribunal Federal são as mais interessantes e conclusivas no sentido de demonstrar a percepção, que já se tinha à época, quanto à necessidade de se atribuir a esse tribunal a função de intérprete final da constituição, no exercício do controle de constitucionalidade, e de garantidor da unidade do direito, por meio de sua jurisprudência.<sup>12</sup> O problema estava em como atribuir essa função com legitimidade, de forma a não interferir na esfera dos demais poderes de estado.<sup>13</sup>

Esse argumento é ilustrado com o debate ocorrido na subcomissão sobre o conceito, definição, limites e competências do Supremo Tribunal Federal, que traz consequências e reflexos para o problema do mecanismo

11 A Constituição Federal de 1934, resultado do nosso terceiro projeto Constituinte, foi precedida de um anteprojeto, elaborado por uma comissão especial, constituída para tal fim, formada pelos maiores constitucionalistas e políticos da época. Falamos da chamada "Comissão do Itamaraty", criada a partir do Decreto nº 21.402, de 14 de maio de 1932, do Governo Provisório, que fixou o dia 3 de maio de 1933, para a realização das eleições à Assembleia Constituinte. A subcomissão foi formada por, Mello Franco (presidente), Assis Brasil, Antônio Carlos Prudente de Moraes Filho, João Mangabeira, Carlos Maximiliano, Arthur Ribeiro, Agenor de Roure, José Américo, Osvaldo Aranha, Oliveira Vianna, Goés Monteiro e Themístocles Cavalcanti (secretário da comissão geral). Antes do seu término, integraram, ainda, Castro Nunes Vianna e outros. Registre-se que para a elaboração do anteprojeto Constituinte a comissão afastou como esboço a Constituição Federal de 1891, começando a tarefa de desenho institucional com uma carta em branco. É certo que muito do que foi formulado no anteprojeto da Comissão do Itamaraty, e aqui se fala da parte que interessa, a organização do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal, foi rejeitado na Constituinte. Nesse sentido e para maior aprofundamento do processo de elaboração da Constituição Federal de 1934, ver, POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras**. Vol. III, 1934. 3. ed. Brasília: Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, em especial p. 20-22. Ainda, sobre a Constituinte de 1934, ver AZEVEDO, José A. M. **Elaborando a Constituição Nacional**: atas da Subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2004.

12 AZEVEDO, *Ibid.*, p. 429-442.

13 Nesse cenário, foi que João Mangabeira, Themístocles Cavalcanti e Carlos Maximiliano sustentaram no anteprojeto o fim do sistema dualista do poder judiciário, instituído com a Constituição Federal de 1891, e o estabelecimento da unidade da magistratura. Desenho institucional aprovado pela subcomissão, mas que foi rejeitado na Constituinte, que restabeleceu o sistema dualista. Sobre essa disputa pela unidade da magistratura (e do sistema judicial) na estrutura da organização do poder judiciário em detrimento do sistema dualista entre a União e os Estados, ver CASTRO, Araújo. *A reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Leite Ribeiro, 1924, p. 91-102. Ainda, sobre os debates da Subcomissão do Itamarati, cf., AZEVEDO, José Afonso Mendonça de. **Elaborando a Constituição Nacional**. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 400-430.



de tomada de decisão coletiva pelo tribunal, na medida em que o desenho e a estrutura de qualquer instituição (como?) sempre deve ser precedido das respostas às perguntas “para quê” e “por quê?”<sup>14</sup>

A proposta original, colocada em pauta pelo presidente da comissão, acerca do Supremo Tribunal Federal, dentro da organização do poder judiciário, era: “*O Poder Judiciário da Republica será exercido: a) por um tribunal superior, com a denominação de Supremo Tribunal Federal*”.<sup>15</sup>

Contra essa fórmula, Carlos Maximiliano apresentou emenda sugerindo, quanto ao termo “Supremo Tribunal Federal”, que fosse adotada a expressão “Côrte Suprema” ou “Supremo Tribunal”. João Mangabeira, por seu turno, apontou outra emenda para que se deixassem definidas, desde logo, as funções desse tribunal: “*O Poder Judiciário será exercido por tribunaes e juizes distribuídos pelo paiz; e o órgão supremo terá por missão principalmente manter a unidade do direito e ser o interprete máximo da Constituição*”.<sup>16</sup>

De início, a emenda arguida por Carlos Maximiliano foi aprovada, sem maiores dissidências, por se tratar de questão conceitual. Por outro lado, a emenda proposta por João Mangabeira foi alvo de duras críticas dos demais membros da subcomissão.<sup>17</sup>

À proposta de João Mangabeira de atribuir ao Supremo Tribunal Federal a função de manter a unidade do direito, Arthur Ribeiro apontou que era desnecessária por ter natureza meramente doutrinária, nada acrescentando ao sistema já delineado. Oswaldo Aranha, o mais crítico quanto ao ponto, levantou a objeção de que tal competência desfigurava a constituição e a estrutura do sistema de separação e harmonia entre os poderes, porquanto enunciava uma atribuição que é da soberania do povo.<sup>18</sup>

Nesse sentido, alegou: “*A unidade do direito confiada ao Supremo Tribunal Federal será a morte da Republica. [...] Esse artigo é aberrante de tudo quanto é senso jurídico. Vota contra e lança um protesto, porque não pode haver um paiz onde o direito seja apenas a elaboração de um tribunal. Isso é contrario a tudo quanto se tem votado. Não é possível dar a um tribunal só a criação do direito brasileiro. Elle apenas mantém a unidade judicial, como parte realizadora e não como parte creadora do direito, que emana de fontes que nem se póde estabelecer*”.<sup>19</sup>

Arthur Ribeiro, então presidente da subcomissão, refutou as objeções de Oswaldo Aranha, explicando que a razão subjacente à proposta não era a de conferir ao Supremo Tribunal uma função criadora do direito, conquanto o regime federal, pelo jogo de suas instituições, atribua implicitamente esse papel ao tribunal, quando

14 JOLOMICZ, John Anthony. The role of the supreme court at the national and international level, a general report. In: Yessiou-Faltsi (ed.). **The Role of the Supreme Courts at the National and International Level**. Thessaloniki: Sakkoulas, 1998. p. 47-63.

15 AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. **Elaborando a Constituição Nacional**. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 430.

16 AZEVEDO, Ibid., p. 431. Quanto ao ponto, ver a proposta elaborada por João Mangabeira acerca da estrutura e função do Supremo Tribunal Federal, MANGABEIRA, João. **Em torno da Constituição**. Bibliotheca de Cultura Jurídica e Social, vol. II. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934. Esse livro é o resultado da junção de uma série de artigos publicados pelo autor no Diário Carioca, nos quais fez uma vigorosa defesa do anteprojeto, deliberado e votado pela Subcomissão do Itamarati.

17 AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. **Elaborando a Constituição Nacional**. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 430-432.

18 AZEVEDO, Ibid., p. 431.

19 AZEVEDO, Ibid., p. 431.

o coloca como órgão de cúpula do poder judiciário.<sup>20</sup> Em suas palavras: “*ainda que o dispositivo não diga, o Supremo tribunal terá uma grande função nesse aspecto da criação do direito. Pelo regimen federativo, não póde deixar de ser ele o interprete, final da Constituição, deante da multiplicidade dos tribunaes. Não há outro meio de manter essa unidade senão pela uniformidade dos seus arrestos*”.<sup>21</sup>

Quanto à divergência instalada por Oswaldo Aranha, João Mangabeira esclareceu que a expressão “manter a unidade do direito” não significava uma criação pura do direito pelo tribunal, mas, sim, uma criação a partir dos textos legais e constitucional, até porque o próprio verbo “manter” parte da premissa de que existe algo anterior, ou seja, uma premissa legal. Em outras palavras, no verbo “manter” não está implícita a faculdade de criação, mas de convergência das dissidências interpretativas, surgidas no âmbito da atuação dos distintos tribunais estaduais. Nesse contexto interpretativo é que se insere o sentido do verbo “manter” e da expressão “manter a unidade do direito”.<sup>22</sup>

João Mangabeira, ainda, trouxe maiores explicitações quanto à expressão “o interprete máximo da Constituição”, conforme sua sugestão na emenda ao anteprojeto. Nessa linha de raciocínio, afirmou que a autoridade do Supremo Tribunal Federal, como intérprete máximo da constituição, deve estar consignada no texto constitucional como forma de se deixar definidos o espaço e os limites de atuação desse tribunal, para que sua competência não seja o resultado de ilações ou intepreções abstratas de juízes, mas, antes, do texto expresso da constituição. Entendia tal precaução pertinente para se evitar os fatos ocorridos na prática jurisdicional e política dos Estados Unidos, que à vista da atuação da Suprema Corte americana, em direção à invalidação de leis progressistas do congresso, foi alvo de intensas críticas de políticos, os quais retomaram o argumento de que o exercício de tal poder configurava hipótese de usurpação de função que a constituição em momento algum houvera definido.<sup>23</sup>

Defendia João Mangabeira que os poderes e funções do Supremo Tribunal Federal deveriam estar expressos no texto constitucional, como forma de se trabalhar a partir de uma premissa sincera da atividade jurisdicional constitucional. Apenas, partindo dessa realidade normativa da função atribuída ao tribunal, consistente em manter a unidade do direito e ser o interprete máximo da constituição, que se poderia pensar em desenhos institucionais, voltados à repressão de potenciais abusos interpretativos e de poder.<sup>24</sup> À vista dessa perspectiva teórica e prática, justificou a técnica do protocolo de votação por maioria de dois terços para o Supremo Tribunal.

Oswaldo Aranha, ainda insatisfeito com a explicação, pediu que Carlos Maximiliano dissesse o que ele entendia por “manter a unidade do direito”, uma vez que o STF tem as duas atribuições: a de ser o intérprete da constituição e a de manter a unidade do direito. Em resposta, Carlos Maximiliano asseverou que a expres-

20 AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. **Elaborando a Constituição Nacional**. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 432.

21 *Ibid.*, p. 432.

22 AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. **Elaborando a Constituição Nacional**. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 432. No mesmo sentido, ver MANGABEIRA, João. **Em torno da constituição**. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1934. p. 102-107.

23 AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. **Elaborando a Constituição Nacional**. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 432-433.

24 AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. **Elaborando a Constituição Nacional**. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 433.

são tinha o propósito de afastar as aplicações contraditórias das regras jurídicas nos distintos tribunais estaduais.<sup>25</sup> Nessa oportunidade, João Mangabeira acrescentou a expressão “manter, pela jurisprudência, a unidade da Justiça”, a qual, desde logo, explicitaria a função do tribunal.<sup>26</sup>

A grande controvérsia, no final das contas, residia na fórmula a ser empregada no texto constitucional para a definição do Supremo Tribunal Federal, em face da sua função precípua de intérprete máximo da constituição e garantidor da unidade do direito, e não quanto à ideia em sua essência. Arthur Ribeiro e Oswaldo Aranha compreendiam ser inútil a definição da atribuição de manter a unidade do direito, por meio da jurisprudência, porque se tratava de questão doutrinária, que já estava implícita na regra anterior.<sup>27</sup>

Ao final das discussões, foi aprovada a seguinte redação, quanto à função do STF: “*O Poder Judiciário será exercido por Tribunaes e juizes, distribuidos pelo paiz; e o seu órgão superior terá por missão principal manter, pela jurisprudência, a unidade do direito, interpretado conclusivamente a Constituição, em todo o território brasileiro.*”<sup>28</sup>

Na 26ª sessão da subcomissão, ocorrida em 2 de fevereiro de 1932, na qual a ordem do dia era a discussão e votação do projeto do Ministro Arthur Ribeiro sobre o Poder Judiciário, Carlos Maximiliano sugeriu emenda para alterar o número de membros integrantes da composição do Supremo Tribunal Federal, que a Constituição de 1981 houvera fixado em quinze.

Seu objetivo com a proposta era conciliar a necessidade de descongestionamento das atividades e trabalho da corte com sua autonomia e independência dos demais poderes quanto à nomeação judicial. Entendia, nessa linha de raciocínio, que competia ao próprio tribunal a palavra a respeito da oportunidade e conveniência em se aumentar o número de integrantes do tribunal, como forma de afastar a ingerência política direta na composição da corte, tal como acontecido no exemplo comparado da suprema corte americana.<sup>29</sup>

Com relação à emenda proposta, João Mangabeira votou contra, ao argumento de que o aumento do número de magistrados na composição do Supremo Tribunal Federal viabilizaria a possibilidade de interferência e manipulação política na formação do tribunal. Defendia que o contrário, ou seja, o estabelecimento de um número e competências fixos, seria a garantia da independência da jurisdição constitucional, desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>30</sup>

A inquietação demonstrada por João Mangabeira era reflexo dos acontecimentos vividos pela jurisdição norte-americana, que ele tinha muito presente em seu contexto teórico e político. A propósito, lembrando o caso do papel moeda resolvido na suprema corte americana, cuja decisão foi tomada por cinco a quatro, asse-

25 Ibid., p. 434.

26 Ibid., p. 434.

27 Ibid., p. 434.

28 AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. *Elaborando a Constituição Nacional*. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 434.

29 AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. *Elaborando a Constituição Nacional*. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 511-520.

30 I AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. *Elaborando a Constituição Nacional*. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 517.

verou: “*deu-se uma vaga no Supremo Tribunal e o número de ministros foi augmentado de mais um. Então, o Governo nomeou dois homens, que estavam compromettidos para votarem pelo papel moeda. E seis mezes depois a jurisprudencia tinha mudado.*”<sup>31</sup>

Maximiliano replicou a preocupação externada por Mangabeira, afirmando que com sua emenda esse problema não ocorreria, na medida em que o aumento do número de ministros dependeria de aprovação do próprio tribunal, ao contrário do que ocorrera no contexto norte-americano.<sup>32</sup> Argumento, compartilhado por Oswaldo Aranha, segundo o qual o inconveniente de trocas e interferências entre a justiça e o poder político estava afastado com a fórmula encontrada na emenda para exigir a prévia aprovação por parte do Supremo Tribunal.<sup>33</sup> Tratando, esse assunto, da composição de mais uma matéria de organização do Poder Judiciário, caberia à lei orgânica definir esse ponto.

João Mangabeira, ainda, insistiu na manifestação de seu desconforto com a possibilidade de associação entre os dois poderes, judiciário e executivo, no que foi parcialmente acompanhado por Themístocles Cavalcanti, que também entendia devesse ser fixo o número de magistrados integrantes do tribunal, como forma de se evitar manipulações políticas. Todavia, votou pela redução do número de quinze para onze membros, como sugerido por Oswaldo Aranha.<sup>34</sup>

Afranio de Mello Franco, presidente da 26ª sessão, corroborou as preocupações externadas por João Mangabeira, no sentido de que a ausência de fixação de um número máximo poderia dar margem a incursões do poder político na composição da corte, tal como verificado na vida judiciária americana, em que, em determinada ocasião, o número de ministros foi reduzido para cinco, como técnica de manipulação política da corte para a obtenção de resultado pretendido pelo governo.<sup>35</sup>

Desse modo, entendeu que a fixação do número quinze para o máximo de membros do tribunal, sem possibilidade de sua redução, cumpriria o objetivo visado pela regra jurídica, consistente no afastamento das manipulações dos poderes e forças políticas. Ainda mais, considerando o fato de que a aprovação do aumento do número de ministros dependia da aquiescência de maioria absoluta do próprio Supremo Tribunal Federal. Caberia à própria instituição, portanto, definir sobre seu funcionamento e estrutura.

A redação final da emenda, tal como aprovada, ficou: “*Mediante representação do Supremo Tribunal, aprovada por sessão plena, por maioria absoluta, póde o numero de seus membros ser augmentado gradativamente, por lei ordinária, até o máximo de 15, porém, não mais diminuído.*”<sup>36</sup>

31 AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. *Elaborando a Constituição Nacional*. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 517.

32 AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. *Elaborando a Constituição Nacional*. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 517.

33 AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. *Elaborando a Constituição Nacional*. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 517-518.

34 *Ibid.*, p. 519.

35 Afranio de Mello Franco asseverou: “Como muito bem disse o sr. Mangabeira, o facto de não haver a Constituição americana fixado o numero de juizes da Suprema Côte tem determinado a incursão dos poderes políticos na vida judiciaria daquele paiz, havendo ocasião em que esse numero foi reduzido a 5, depois gradativamente augmentado, ao sabor das necessidades politicas. Há muitos anos porém a Suprema Côte é constituída por 9 juizes, e esse numero tem se mostrado suficiente para os trabalhos daquele Tribunal, que enfaixa, por assim dizer, o systema judiciário da grande nação.” AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. *Elaborando a Constituição Nacional*. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 417.

36 AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. *Elaborando a Constituição Nacional*. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 417.

Essa previsão constitucional, como observado nas discussões, tinha o propósito de garantir a necessária independência à atuação do Supremo Tribunal Federal, em torno do desempenho da sua atividade de máximo intérprete da Constituição Federal, no exercício do controle de constitucionalidade.

Função institucional e atribuição constitucional que, com a Constituinte de 1934, ficaram expressas, a partir dos novos desenvolvimentos sobre essa questão e sobre a organização do Poder Judiciário dentro da estrutura do aparelho do estado, conforme observações externadas por Carlos Maximiliano, Themístocles Cavalcanti e João Mangabeira. Por isso, a mera possibilidade de qualquer intervenção do poder político, nas suas decisões, constituiria fator de degradação do próprio Poder Judiciário, fato que deveria ser repellido a todo custo.

Por outro lado, considerada a essencialidade da função da jurisdição constitucional, densificada no controle de validade dos atos normativos e na definição da última interpretação da norma constitucional, restavam inquietações por parte de alguns membros da subcomissão do Itamarati, com relação à fórmula do controle de constitucionalidade, seus efeitos, alcance e limites internos, no processo de tomada de decisão.

Themístocles Cavalcanti demonstrava sua preocupação, quanto ao tema da inconstitucionalidade das leis, porque entendia que a fórmula da não aplicação da lei, julgada inconstitucional pelo juiz, em um caso concreto, trazia sérios inconvenientes para o sistema judiciário como um todo.

Inconvenientes que configuravam, na sua concepção, riscos para a organização do Poder Judiciário, na medida em que a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ao caso concreto, possibilitava o ajuizamento de uma série de ações com a mesma finalidade e com o mesmo objeto. Ações que poderiam vir a ter soluções jurídicas distintas, a depender do tribunal ou juiz que analisasse ou decidisse sobre a questão. Mais grave era o fato de que essa fórmula institucional, tal como desenhada na Constituição de 1981, autorizava a convivência de uma declaração judicial de negativa de vigência de determinado ato e sua permanência e vigência no sistema jurídico, em decorrência da sua vinculação ao processo judicial individual.<sup>37</sup>

Nesse cenário, defendeu a ideia da ação declaratória em tese de inconstitucionalidade dos atos legislativos, que deveria encontrar a sua melhor fórmula de aplicação no sistema, em respeito e consideração à estrutura da separação de poderes. De início, Themístocles Cavalcanti consignou sua proposta de emenda, nos seguintes termos: “*A primeira é quanto à competência do Supremo Tribunal Federal para declarar em these a inconstitucionalidade das leis por meio de ação declaratoria, em virtude de provocação das camaras legislativas ou de qualquer interessado.*”<sup>38</sup>

37 Esses receios eram compartilhados por João Mangabeira, para quem: □ A medida tem a vantagem de evitar que, à sombra de uma lei inconstitucional, se desenvolva e estabilize uma série de ações jurídicas para cinco ou seis anos depois vir perturbar todo um mundo de interesses que se concretizaram em contractos. □ Bem como por Góes Monteiro, como assinalado nos debates da 26ª sessão da comissão elaboradora do anteprojeto: □ O sr. Góes Monteiro observa que, realmente, esta é umas coisas que sempre pareceram inconvenientes, no systema constitucional de 1891, pois não se pôde compreender que, depois de ter o Supremo Tribunal julgado em espécie uma lei inconstitucional, ella continue em vigor. Entende que deve haver um meio de evitar esse inconveniente. Essa ação declaratória, em these, tem os seus perigos, porque coloca o Supremo Tribunal Federal quase como poder supremo do Estado”. Cf., AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. **Elaborando a Constituição Nacional**. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 532 e p. 536.

38 Ibid., p. 532.

Apoiando a emenda, João Mangabeira afirmou que sua virtude encontrava-se na autorização dada a qualquer interessado para propor ação declaratória de natureza sumária perante o Supremo Tribunal, com o objetivo de obter um pronunciamento sobre determinada lei com efeitos gerais. Essa técnica evitaria o ajuizamento de inúmeras ações judiciais repetitivas sobre a mesma questão, mesmo depois de anos consolidada no sistema jurídico. Hipótese que perturbava as situações formalizadas no passado, como interesses concretizados em contratos.<sup>39</sup>

Não obstante seu apoio à emenda proposta por Cavalcanti, Mangabeira explicou que esse “poder tremendo”, confiado ao Supremo Tribunal Federal, decorrente da ação declaratória em tese dos atos legislativos, deveria ser exercido com cautela e limites estruturais. Limite estrutural que encontrou resposta no protocolo de votação por maioria qualificada para a decisão, conforme propôs em emenda ao anteprojeto. Seus argumentos, quanto ao ponto, foram os seguintes:

Vota por esta emenda porque, mais adiante, procura, com outra que apresentará, restringindo também este poder do Supremo Tribunal Federal de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, estabelecendo que um acto do Presidente da Republica ou da Assembléa Nacional só pode ser declarado inconstitucional quando, dentre 15 ministros, votarem 10.

É preciso, portanto, reunir dois terços de votos. É contra a inconstitucionalidade votada por 8 contra 7, de uma lei aprovada pela Assembléa Nacional, sancionada pelo Presidente da Republica, e, depois, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, numa votação em que 7 ministros são a favor e 8 contra. É o voto de um homem que prevalece contra sobre todas essas entidades, que votaram.

Essas decisões muitas vezes abalam o paiz, e, podem leva-lo até uma revolução.

Cita o caso de uma dessas decisões que lançaram a America do Norte numa guerra civil. Deante de várias sentenças, declarando a inconstitucionalidade de leis, foi tão grande o clamor, tamanha a onda de indignação nos Estados Unidos, que se tomou a deliberação de que uma lei só poderia ser decretada inconstitucional por unanimidade do Tribunal.

Não exige tanto, entende, porém, que a votação deve ser feita por dois terços.<sup>40</sup>

Ressalte-se que as prudências e objeções levantadas por João Mangabeira eram apenas quanto à forma e limites do exercício do poder pelo Supremo Tribunal Federal, não quanto ao poder em si, por isso seu apoio à emenda sugerida por Themístocles Cavalcanti.<sup>41</sup>

As deliberações empreendidas na sequência, com relação à sugestão da ação declaratória de inconstitucionalidade em tese pelo poder judiciário, tiveram como núcleo dois pontos de objeções.

O primeiro, no sentido de que o sistema tal como previsto já dava conta da função institucional, atribuída ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da constituição e máximo intérprete, de modo que esse

39 Ibid., p. 533. Essa objeção arguida por João Mangabeira foi inclusive o fato gerador de sua proposta constitucional de que passados cinco anos de vigência de determinado ato legislativo esse não mais poderia ter sua validade constitucional impugnada, na via jurisdicional. Proposta aprovada pela Comissão do Itamaraty e integrante do anteprojeto, mas que foi rejeitada na assembleia Constituinte de 1934. Eis os termos da regra pretendida: □ Não se poderá arguir de inconstitucional uma lei aplicada, sem reclamação, por mais de cinco anos. □ Na exposição de motivos para esse desenho institucional, argumentou: □ Era a isso que o anteprojeto atendia, não permitindo que ninguém, á sombra de uma escolástica jurídica, atentasse contra os interesses estáveis e reaes criados sob a observância de uma lei geralmente respeitada. Evitar-se-ia, também, que, por uma alteração de jurisprudência, se modificassem situações longamente estabelecida, sob a garantia da lei. □ MANGABEIRA, João. **Em torno da constituição**. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1934. p. 119.

40 AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. **Elaborando a Constituição Nacional**. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 532-533.

41 MANGABEIRA, João. **Em torno da constituição**. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1934. p. 108-114.

modelo de ação declaratória em tese era desnecessário. Antonio Carlos, apoiando essa abordagem, declarou: *“inclusive o que diz respeito à decretação de inconstitucionalidade de uma lei, porque a inconstitucionalidade pôde ser decretada por intermédio do habeas corpus, ou por intermédio do mandado, que foi creado na ultima sessão.”*<sup>42</sup> Para ele, a criação em tese da declaração, além dos limites previstos no sistema, violaria a estrutura da separação dos poderes, ao permitir revogação de ato da Assembleia Nacional pelo judiciário.

O segundo ponto voltava-se à legitimidade para ação declaratória. Apoiando a emenda, acrescida da restrição sugerida por João Mangabeira, quanto ao protocolo de votação, Oliveira Vianna explicitou que era contrário à possibilidade de que qualquer interessado pudesse provocar o Supremo Tribunal Federal. Para ele, essa função deveria ser atribuída ao Instituto dos Advogados, medida suficiente para evitar a multiplicação de pronunciamentos.<sup>43</sup> É nesse sentido, também, a manifestação de Oswaldo Aranha, quando propõe *“que o pronunciamento seja provocado por Camaras Legislativas, tribunaes e corporações scientificas.”*<sup>44</sup>

Carlos Maximiliano manifestou-se favorável à emenda da ação declaratória em tese da inconstitucionalidade dos atos legislativos, ressaltando, porém, ser muito generalizante a proposta tal como feita, cabendo mais discussões sobre esse ponto.

A abordagem da ação declaratória em tese suscitou muitas divergências, especialmente em relação aos efeitos que poderia acarretar na estrutura da separação de poderes.<sup>45</sup> Nesse sentido, Mello Franco declarou: *“pede que a sub-comissão reflecta um momento, antes de votar esse dispositivo que, a seu ver, vem subverter completamente a organização dos Poderes da Republica, tal qual está elaborada no projecto votado até este momento.”*<sup>46</sup>

Da análise das deliberações havidas na subcomissão de elaboração do anteprojeto constitucional de 1934, é possível inferir que a maior preocupação com a proposta de um sistema de controle de constitucionalidade “em tese” estava na atribuição de uma função institucional ao Supremo Tribunal Federal que pudesse pôr em risco a estabilidade e harmonia da estrutura dos poderes. Tanto que a linha comum, de convergência, entre os integrantes era a de que a última palavra não poderia ser do STF, nesse tipo de ação em tese, que revoga em definitivo um ato do legislativo. Competiria, na verdade, aos três poderes participar do processo de tomada de decisão.

Foi nesta ocasião que João Mangabeira retomou sua proposta de que a declaração de inconstitucionalidade não poderia ser tomada por uma maioria ocasional do tribunal. Ou seja, de que um juiz não poderia ser a diferença para a revogação de um ato do legislativo que foi sancionado pelo executivo, pois isso poderia le-

42 AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. **Elaborando a Constituição Nacional**. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 533.

43 AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. **Elaborando a Constituição Nacional**. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 533.

44 Ibid., p. 533.

45 Ibid., p. 532-542. Cumpre assinalar, em específico, a seguinte observação de Oswaldo Aranha, que bem ilustra essa preocupação: □ O sr. Oswaldo Aranha explica que seu voto a favor da emenda que acaba de ser aprovada é condicionado em relação aos demais. Tem o mesmo receio que S. Excia. o sr. Presidente de dar só ao Poder Judiciario, unicamente a ele, a faculdade de revogação de leis da Assembléa. □ Ibid., p. 539.

46 AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. **Elaborando a Constituição Nacional**. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 538.

var o país a uma guerra, à semelhança do sucedido nos Estados Unidos. Ainda, como forma de controle desse “tremendo poder” do Supremo Tribunal Federal, Mangabeira defendeu que a decisão fosse levada, posteriormente, para a Assembleia Nacional, que decidiria em definitivo sobre a revogação do ato legislativo.<sup>47</sup>

Por fim, a emenda proposta por Themístocles Cavalcanti, com os acréscimos oferecidos por João Mangabeira, quanto à regra da maioria de dois terços para a decisão de declaração de inconstitucionalidade de atos legislativos, foi aprovada pela subcomissão.<sup>48</sup>

Da análise das discussões e votações levadas a cabo pela notável subcomissão do Itamarati, fica clara a percepção do problema, quanto à técnica decisória adequada e suficiente para as tomadas de decisão coletivas, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em matéria de declaração de inconstitucionalidade, que reflete fundamento principal para a legitimidade desse tribunal.

Esse problema amplamente demonstrado e reivindicado por João Mangabeira, que tinha ciência dos acontecimentos ocorridos na prática jurisdicional norte-americana, bem como dos debates travados na literatura jurídica e no congresso norte-americano, quanto às decisões tomadas pela Suprema Corte por maioria estreita de um voto (*five to four*), serviu de fundamento para sua proposta de protocolo de votação por maioria de dois terços para a jurisdição constitucional brasileira.<sup>49</sup>

Justificou esse mecanismo de tomada de decisão coletiva com base em quatro fundamentos principais. O primeiro, como elemento de autoridade e legitimidade da atuação jurisdicional do Supremo Tribunal, no desempenho da atividade de controle de constitucionalidade dos atos legislativos. O segundo fundamento reside na tutela da premissa da presunção de constitucionalidade dos atos legislativos, ou seja, no respeito à atividade desempenhada pelo poder legislativo no processo de produção de leis, as quais ainda passam pela sanção do Presidente da República. O terceiro, como mecanismo de proteção da independência do Supremo Tribunal contra as investidas do poder político de ocasião na manipulação das decisões. O quarto, como técnica estrutural de freio à jurisprudência oscilante do tribunal.<sup>50</sup>

A discussão sobre os mecanismos de tomada de decisão coletiva, de uma forma geral, para órgãos coletivos, e, em especial para o Supremo Tribunal Federal, foi realizada, pela primeira vez, na história constitucio-

47 “O sr. Themistocles Cavalcanti declara que o seu intuito, ao apresentar a emenda, foi exclusivamente evitar as anomalias tão bem ventiladas pelo dr. João Mangabeira. Quis evitar exatamente que uma lei julgada inconstitucional, um dia, continuasse em vigor e amanhã fosse julgada constitucional, por uma maioria ocasional, como tem acontecido. Quis impedir que o mesmo direito violado tenha, hoje, o amparo do Poder Judiciário e amanhã não tenha mais esse mesmo amparo. Foi esse o meu intuito. Aceita a restrição feita pelo dr. João Mangabeira para que essas sentenças sejam mandadas à Assembleia Nacional, afim de que essa decidida em definitivo □ AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. **Elaborando a Constituição Nacional**. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 538.

48 Sobre os debates finais a respeito do protocolo de votação por supermaioria para as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal, em matéria de declaração de inconstitucionalidade de leis, ver: “O sr. Oswaldo Aranha responde que actualmente o Supremo Tribunal declara inconstitucional uma lei por maioria de um só voto. Agora se exige que isso seja feito pelo menos por dois terços, deixando ainda ao Presidente da República o direito de aceitar ou não a inconstitucionalidade arguida. O sr. Presidente entende que essa parte da emenda exige que, toda a vez em que o Supremo Tribunal tiver de se manifestar pela inconstitucionalidade de uma lei out tratado, votem nesse sentido pelo menos dez juizes. [...] O sr. Presidente esclarece que, de accordo como vencido, a inconstitucionalidade de uma lei só poderá ser declarada pelo Supremo Tribunal, composto de onze membros, como é actualmente, por um accórdão de oito juizes a favor da medida.” Cf., AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. **Elaborando a Constituição Nacional**. Belo Horizonte, [s.n.], 1933. p. 540-541.

49 Cf. MANGABEIRA, João. **Em torno da constituição**. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1934. p. 108.

50 Cf. MANGABEIRA, João. **Em torno da constituição**. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1934. p. 115-116.



nal pela subcomissão do Itamarati e defendida na assembleia Constituinte de 1934.<sup>51</sup> A escolha por determinada regra de julgamento majoritária não se deu, como visto, de forma aleatória, mas de forma justificada.

Essa abordagem normativa acerca da maioria como regra de decisão coletiva é percebida com mais nitidez, quando se compara as duas propostas de regra de decisão, sugeridas para distintos contextos decisórios, envolvendo o Supremo Tribunal Federal. Com isso, pretende-se dizer que para a definição e escolha da regra de decisão adequada, se maioria absoluta, simples ou qualificada, a subcomissão levou em conta o tamanho do corpo coletivo e as premissas nas quais ele se assentava.

No primeiro contexto decisório, referente à necessidade de aprovação do Supremo Tribunal para o aumento do número de ministros (de 11 até 15), a comissão estabeleceu a regra de maioria absoluta. Isso porque a decisão a ser tomada tinha por objeto questão de organização interna do órgão, cujos efeitos vinculantes se restringiam aos membros decisores, sem vinculação a terceiros ou outro poder diretamente. Os efeitos da decisão atingiam de forma indireta outro poder ou terceiros.

Por outro lado, no segundo contexto, concernente à decisão de declaração de inconstitucionalidade de ato legislativo, a subcomissão fixou a regra de supermaioria de dois terços, considerando a função institucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal, bem como os efeitos que a decisão acarretaria no sistema como um todo, que ultrapassam o corpo decisório do tribunal e das partes integrantes da relação jurídica em concreto. A decisão do STF no quadro normativo do anteprojeto seria definitiva quanto à declaração de inconstitucionalidade.

O quadro teórico subjacente à regra de decisão de supermaioria, acolhida pela subcomissão do Itamarati, pode ser incompleto e insuficiente, quanto à sua justificação em face da estrutura normativa e decisória da constituição como um todo. Todavia, confirma a percepção por aquela subcomissão sobre o problema no qual gravitam os mecanismos de tomada de decisão coletiva e sua adequação às propriedades e justificações de cada contexto decisório.

A regra prescrita no anteprojeto referente à maioria de dois terços,<sup>52</sup> contudo, foi modificada e substituída por regra de maioria absoluta para os pronunciamentos de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal,<sup>53</sup> nas deliberações da Assembleia Constituinte de 1933/1934, conforme emenda relatada por Levi Carneiro.<sup>54</sup>

51 Como afirmado no início desse tópico, a Constituição de 1891 não versou qualquer regulamento sobre a regra de julgamento para as decisões do Supremo Tribunal Federal. Coube à legislação infraconstitucional trazer a primeira disciplina sobre esse ponto, a qual ficou restrita à fixação de um quórum mínimo para o julgamento e não a uma regra de julgamento em si. As razões subjacentes à discussão da época dos Decretos n. 938/1902 e n. 1.939/1908 se concentravam no problema do quórum de instalação da sessão de julgamento, como técnica processual para se conferir uma resposta jurisdicional em que a voz do tribunal fosse representativa, e não de parcela mínima dos julgadores integrantes.

52 Art. 57 do anteprojeto: “Não se poderá arguir de inconstitucional uma lei federal aplicada sem reclamação por mais de cinco anos. §1º. O Supremo Tribunal não poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, senão quando nesse sentido votarem pelo menos dois terços de seus Ministros. §2º. Só o Supremo Tribunal poderá declarar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei federal ou de um ato do Presidente da República. Sempre que qualquer tribunal ou juiz não aplicar uma lei federal, ou anular um ato do Presidente da República, por inconstitucionais, recorrerá *ex officio*, e com efeito suspensivo, para o Supremo Tribunal Federal. §3º. Julgados inconstitucionais qualquer lei ou ato do Poder Executivo, caberá a todas as pessoas, que se acharem nas mesmas condições do litigante vitorioso, o remédio judiciário instituído para garantia de todo direito certo e incontestável”.

53 A versão final sobre a regra de decisão para todos os tribunais no exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade, aprovada pela Constituinte, ficou como o art. 179 da Constituição Federal de 1934. Eis o teor: “Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”.

54 Confira-se as anotações registradas na Assembleia Constituinte: “Art. 12. – O pronunciamento da inconstitucionalidade de lei, ou ato do governo, terá lugar somente pelo voto expresso da maioria absoluta dos juizes do tribunal. Correspondência: A. P. art. 57, parágrafo 1º; emenda: 467, Covello-L. Leme; 804, K. Cavalcanti; 924, banc. Paraíba;

O Ministro Arthur Ribeiro, responsável na subcomissão pelo projeto de organização constitucional do Poder Judiciário, apresentou resposta em defesa do anteprojeto. Entretanto, como eram muitas as alterações ocorridas com as emendas aditivas ao substitutivo, concentrou-se mais na questão da dualidade e unidade da justiça e organização do Poder Judiciário, bem como nas atribuições do Ministério Público. De modo que não refutou, especificamente, essa questão da maioria como regra de decisão para os pronunciamentos de inconstitucionalidade pelos tribunais, em particular pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>55</sup>

Nas discussões da Assembleia Constituinte de 1933/1934, as ponderações particulares sobre as razões que motivaram referida alteração foram opacas, reduzidas ao campo da obviedade.<sup>56</sup> O fundamento principal baseou-se no argumento de que a conjugação do requisito do vício inequívoco de inconstitucionalidade, com o quórum de maioria qualificada de dois terços, dificultaria muito a declaração da inconstitucionalidade, de modo que uma maioria absoluta se apresentava razoável.<sup>57</sup>

Cumpre assinalar que a reforma empreendida na Assembleia Constituinte, em relação ao anteprojeto apresentado pela Subcomissão do Itamarati, quanto à regra de julgamento majoritária foi ampla, porquanto a estendeu para todos os tribunais que exercessem a competência de declaração de inconstitucionalidade, não apenas o STF.

Isso decorreu do próprio modelo de jurisdição constitucional adotado na Constituinte, que refutou a ideia da ação declaratória em tese e manteve o controle difuso de constitucionalidade. Nesse cenário, retirou o caráter de definitividade da decisão tomada pelo STF em matéria de inconstitucionalidade, e transferiu para o Senado Federal a competência de atribuir o efeito generalizante de suspensão da execução do ato julgado inconstitucional.<sup>58</sup>

Considerando o modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade, escolhido para a Constituição de 1934, diferente daquele desenhado pela Subcomissão do Itamarati no anteprojeto, com as características

1.044, banc. Baía.” Cf., *Annaes da Assembléa Constituinte 1933/1934*, vol. 10. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/8026>, p. 355 e p. 363-367.

55 *Annaes da Assembléa Constituinte 1933/1934*, p. 367-381.

56 Uma observação interessante acerca da Assembleia Constituinte 1933/1934. Como afirmado no corpo do texto a influência do direito constitucional norte-americano foi decisiva para a configuração estrutural da nossa Constituição de 1891, bem como no processo Constituinte de 1933/1934. Nada obstante, nessa época, em decorrência do desenvolvimento verificado no direito constitucional continental europeu, muitas questões igualmente foram refletidas a partir desses novos desenhos institucionais, como fica claro das discussões na elaboração do anteprojeto pela Subcomissão do Itamarati, bem como das deliberações havidas na referida assembleia. A coincidência é que o teórico mais referido e destacado no processo Constituinte foi Hans Kelsen, contratado, inclusive para apresentar um parecer sobre diversos pontos do projeto em debate. Entretanto, com relação à questão da regra de decisão majoritária ou supermajoritária, e mesmo para a estrutura normativa da jurisdição constitucional, não trouxe contribuição. Nesse sentido, ver, SIQUEIRA, Gustavo Silveira. O parecer de Hans Kelsen sobre a Constituinte brasileira de 1933-1934. *Direito & Práxis Revista*, v. 6, n. 11, p. 343-374, 2015. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3509/350944674015.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021. SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FERREIRA, Bruna Mariz Bataglia; LIMA, Douglas de Lacerda. Kelsen na Constituinte brasileira de 1933-1934. *Revista da Faculdade de Direito-UERJ*, Rio de Janeiro, n. 30, p. 248-265, dez. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/26905>. Acesso em: 31 ago. 2021.

57 Nesse sentido, restou consignado: “Art. 12. A questão da maioria de votos nas decisões sobre a constitucionalidade das leis tem provocado largos e apaixonados debates nos Estados Unidos. Ali se tem discutido muito sobre as “four to five decisions”. Entre nós, a lei vigente erige nos casos constitucionais, o voto de 8 ministros; assim, a maioria pode ser de cinco votos no total de 11. O anteprojeto exigia, para o pronunciamento da inconstitucionalidade o voto de dois terços dos ministros – ou sejam, em 11, nada menos de 8. Ora, é regra pacífica, seguida sempre pelos tribunais, que a inconstitucionalidade não se pronuncia senão quando inequívoca. Conjugada essa regra ao quórum exigido, fácil seria prever que a declaração da inconstitucionalidade se tornaria raríssima. Pareceu-me, portanto, preferível exigir, apenas, e o que é razoável, a maioria absoluta dos votos – isto é, seis em 11”. *Annaes da Assembléa Constituinte 1933/1934*, p. 365.

58 Art. 91, IV, Constituição Federal de 1934: suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

acima identificadas, fica mais fácil entender a opção pela regra de julgamento de maioria absoluta para os tribunais, de forma geral, nas decisões de declaração de inconstitucionalidade.

#### 4 MAIORIA ABSOLUTA COMO REGRA DE JULGAMENTO NA TOMADA DE DECISÃO COLETIVA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A regra da maioria absoluta como mecanismo de tomada de decisão coletiva, tal como prevista no art. 179 da Constituição Federal de 1934, foi reproduzida nas Constituições posteriores de 1937 (art. 96), de 1946 (art. 200), de 1967 (art. 111), na Emenda Constitucional n. 1-69 (art. 116) e na atual Constituição de 1988 (art. 97).

A replicabilidade dessa regra de maioria absoluta para as constituições posteriores ocorreu sem maiores deliberações sobre suas justificações e propriedades; tampouco propostas de sua alteração para uma maioria qualificada.<sup>59</sup> A questão dos mecanismos de tomada de decisão coletiva para o Supremo Tribunal Federal, em matéria de declaração de inconstitucionalidade, não mais voltou ao campo das deliberações legislativas.

Nada obstante, o Constituinte derivado reformador após 1988 e o legislador infraconstitucional, vêm adotando o protocolo de votação por supermaioria em outros contextos decisórios do STF, como: decisões de aprovação de súmula vinculante,<sup>60</sup> decisão de negativa de repercussão geral em recurso extraordinário<sup>61</sup> e decisões de modulação dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade.<sup>62</sup>

#### 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As críticas sustentadas contra o protocolo de votação supermajoritário, durante o período da Assembleia Constituinte de 1933/1934, podem ser contornadas em um novo cenário do quadro normativo constitucional, tal como o desenhado na Constituição de 1988, e nas suas versões Constituintes derivadas sucessivas. Precisa-se, para tanto, do desenvolvimento de um novo aporte teórico sobre a regra de supermaioria, para o contexto decisório jurisdicional dos tribunais constitucionais.

O que importa, neste momento, com a investigação acerca da história do protocolo de votação para as decisões do Supremo Tribunal Federal, é chamar ao debate teórico, com reflexos no campo jurisdicional, os outros desenhos institucionais viáveis e adequados para o desempenho da jurisdição constitucional, dentro da estrutura e função normativa atribuída àquele tribunal. Ou seja, discutir sobre outros procedimentos e suas jus-

59 Exceção pode ser apontada no processo Constituinte de 1946, oportunidade na qual o parlamentar Elói Rocha apresentou a proposta de maioria qualificada de dois terços para os tribunais declaram a inconstitucionalidade das leis ou de ato do Poder Público. Todavia, mais uma vez, a proposição foi rejeita, ao argumento mais fácil de que tal maioria inviabilizaria o exercício da atividade jurisdicional dos tribunais, que, na maioria das vezes, são integrados por três a cinco juizes, não podendo se exigir uma maioria de dois terços. Cf., DUARTE, José. *A Constituição brasileira de 1946* – Exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembléia Constituinte. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. p. 369-370. O problema é que mais uma vez a discussão sobre a regra de julgamento foi realizada de forma genérica para todos os tribunais, sem levar em consideração as propriedades e funções de cada tribunal na estrutura do poder judiciário, fator de necessária distinção para a escolha de um desenho institucional decisório adequado.

60 Art. 103-A Constituição Federal de 1988.

61 Art. 102, §3º, Constituição Federal de 1988.

62 Art. 27 Lei n. 9.868/99.

tificativas, a partir de um debate normativo havido no espaço legislativo e Constituinte, mas pouco refletida no campo teórico e da construção de novas engenharias institucionais.

## REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, José A. M. **Elaborando a Constituição Nacional**: atas da Subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2004.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Biblioteca Digital. **Annaes da Assembléa Constituinte 1933/1934**: volume X. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/8026>. Acesso em: 01 set. 2021.
- CASTRO, Araújo. **A reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Leite Ribeiro, 1924.
- CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição Federal brasileira**: comentários. 2. ed. (publicação póstuma). Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia. Editores, 1924.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. O Supremo Tribunal Federal e a Constituição. In: **Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal**: conferências e estudos realizados na Universidade de Brasília de 11 a 14 de outubro de 1978. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1982.
- CULP, Maurice S. A survey of the proposals to limit or deny the power of judicial review by the Supreme Court of the United States, **Indiana Law Journal**, v. 4: iss. 6, article 2, p. 386-398, 1929.
- DUARTE, José. **A Constituição brasileira de 1946** – Exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembléa Constituinte. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.
- FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. **Texas Law Review**, v. 82, p. 1671-1704, 2004.
- JOLOMICZ, John Anthony. The role of the supreme court at the national and international level, a general report. In: Yessiou-Faltsi (ed.). **The Role of the Supreme Courts at the National and International Level**. Thessaloniki: Sakkoulas, 1998
- MANGABEIRA, João. **Em torno da Constituição**. Bibliotheca de Cultura Jurídica e Social, vol. II. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934.
- MANGABEIRA, João. Em torno da constituição. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1934
- PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication and democracy. Comparative perspectives: USA, France and Italy. **Ratio juris**, v. 11, n. 1, p. 38-50, march 1998.
- PASQUINO, Pasquale; RANDAZZO, Barbara. **Come decidono le Corti Costituzionale (e altri Corti)**. How Constitutional Courts make decisions. Atti del Convegno Internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007. Milano: Giuffrè, 2009.
- POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras**. Vol. III, 1934. 3. ed. Brasília: Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. volume 1. Defesa das liberdades civis, 1891-1898. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991.
- SIQUEIRA, Gustavo Silveira. O parecer de Hans Kelsen sobre a Constituinte brasileira de 1933-1934. **Direito & Práxis Revista**, v. 6, n. 11, p. 343-374, 2015. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3509/350944674015.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021.
- SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FERREIRA, Bruna Mariz Bataglia; LIMA, Douglas de Lacerda. Kelsen na Constituinte brasileira de 1933-1934. **Revista da Faculdade de Direito-UERJ**, Rio de Janeiro, n. 30, p. 248-265, dez. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/26905>. Acesso em: 31 ago. 2021.
- WARREN, Charles. **Congress, the Constitution and the Supreme Court**. Boston: Little, Brown and Company, 1925.
- WARREN, Charles. Legislative and judicial attacks on the Supreme Court of the United States, **American Law Review**, 1913, v. 47, p. 1-34, 1913.

# CAPÍTULO 14

## FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL COLETIVO

Fádua Maria Drumond Chequer

Luana Pedrosa Figueiredo Cruz

### 1 INTRODUÇÃO

É motivo de muita honra o convite das Professoras Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques e Renata Mota Maciel, que, em conjunto com Patrícia Pacheco Rodrigues e Samira Rodrigues Pereira Alves, coordenam e organizam a obra da interpretação constitucional sob a ótica das mulheres.

A iniciativa é louvável, e, de imediato, pensou-se no tema do processo penal coletivo que, trazido à luz, em especial, pelo crescimento da tutela do *habeas corpus* coletivo, tem buscado garantir os direitos das mulheres encarceradas, tema que, até bem pouco tempo, sequer permeava o pensamento dos operadores do direito.

Feitas essas considerações, passa-se ao tema propriamente dito, deixando claro, desde já, que o objetivo deste trabalho não é esgotar o assunto, pois impossível em poucas páginas, mas, tão somente, chamar atenção para tema pouco conhecido e que, talvez por essa razão, enfrente tanta resistência na doutrina processual e constitucional.

Em que pese tal indiscutível e grandioso avanço, observou-se, paralelamente, que a tutela penal, antes exclusivamente individualista, se viu caminhar também na direção coletiva, pois a tutela individual, em muitas situações, não é mais suficiente para atender a demanda social.

Diante do reconhecimento de direitos coletivos em virtude da evolutiva demanda social, afigurou-se inarredável a normatização de um arcabouço processual condizente com a tutela dos direitos metaindividuais. Atualmente formado por diversas leis que tutelam essa categoria de direitos, daí exsurge o microsistema processual coletivo, composto pela Lei de Ação Civil Pública<sup>1</sup>, Lei da Ação Popular<sup>2</sup>, Lei de Improbidade Administrativa<sup>3</sup> e pelo Código de Defesa do Consumidor<sup>4</sup>.

1 Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

2 Lei n.º 4.741, de 29 de junho de 1965.

3 Lei n.º 8429, de 02 de junho de 1992.

4 Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Com amplo e inquestionável amparo na Constituição Federal de 1988, a *summa divisio* entre direitos individuais e coletivos<sup>5</sup>, preconizada por Gregório Assagra, está em total compatibilidade aos paradigmas do Estado Democrático de Direito<sup>6</sup>.

Nesse contexto, emerge-se a mais nova e pouquíssimo estudada vertente processual, consistente no *Direito Processual Penal Coletivo*<sup>7</sup>, o qual se destina à tutela penal de bens jurídicos coletivos e cuja fundamentação constitucional é objeto deste estudo, de modo que se possa impulsionar tal ramificação ao seu imprescindível e premente desenvolvimento.

Assim, serão feitos, inicialmente, apontamentos acerca do vigente processo penal brasileiro e do microsistema do processo coletivo. Ato contínuo, tratar-se-á do *processo penal coletivo* e respectivas especificidades. O próximo e central ponto a ser analisado é a fundamentação constitucional do recentíssimo segmento processual. Em arremate, apresentar-se-ão as conclusivas considerações.

## 2 APONTAMENTOS ACERCA DO VIGENTE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Não obstante as várias reformas sofridas, o Código de Processo Penal brasileiro é do ano de 1941, de forma que nele ainda se mantém um espírito normativo restritivo, limitante e até mesmo inquisitivo.

Nesse sentido, acrescenta Fauzi Hassan Choukr (2018):

Abrindo mão de trilhar o caminho seguido por outros países no mesmo contexto geopolítico, o Brasil optou por segmentar as reformas do CPP enfrentado, por exemplo, a investigação criminal, o modelo de nulidades e o falido campo recursal) e essencialmente reprodutoras da estrutura inquisitiva do regime fascista-varguista, nada obstante portadores de algum lustro de atualização técnica.<sup>8</sup>

Outrossim, impõe-se ressaltar, no que tange a esse crítico e incondizente panorama, “as linhas mestras pelas quais se desenvolveu a construção do limitado ‘saber’ processual penal, incapaz que é de lidar com as complexidades técnicas e práticas do exercício da atividade processual penal contemporânea no confronto Constituição-CADH com o CPP”<sup>9</sup>.

5 Sobre o tema, defende Gregório Assagra de Almeida: “a *summa divisio* Direito Público e Direito Privado, herança do Direito Romano, não se sustenta no Estado Democrático de Direito, delineado na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. A *summa divisio*, implantada na Lei Fundamental brasileira de 1988, é a *Direito Coletivo e Direito Individual* (Título II, Capítulo I, da CF/88)” (**Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008., p. 4).

6 “É dentro do Estado Democrático de Direito, portanto, que se pode falar verdadeiramente da tutela dos interesses transindividuais e, conseqüentemente, em *direito processual coletivo*, como instrumento de *transformação da realidade social* colocado à disposição da ordem jurídico-constitucional democrática” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 58).

7 Para Gregório Assagra de Almeida e Rafael de Oliveira Costa, “o Direito Processual Penal Coletivo é responsável pelo adequado tratamento das questões afetas à processualística do Direito Penal Coletivo. Aborda o crime sob o aspecto normativo-adjetivo, sempre com fulcro na tutela dos bens jurídico-penais coletivos” (**Direito processual penal coletivo**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 145).

8 Permanência Inquisitivas no Processo Penal Brasileiro – Aspectos determinantes nos 30 anos de vigência da CR/1988. In: *Crise do processo penal contemporâneo*: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. 2018. p. 136.

9 CHOUKR, Fauzi Hassan. Permanência Inquisitivas no Processo Penal Brasileiro – Aspectos determinantes nos 30 anos de vigência da CR/1988. In: *Crise do processo penal contemporâneo*: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. 2018. p. 136.

Além disso, o processo penal brasileiro enfrenta, contemporaneamente, uma inquestionável crise, na qual se destacam, em nome do *Estado de Urgência/de Exceção*<sup>10</sup>, as questões atinentes à hipertrofia legislativa, à habitualidade de muitas exceções (tal como tem ocorrido quanto às numerosas prisões cautelares), ao ativismo judicial, à relativização da presunção de inocência, à justiça criminal negocial visivelmente coativa<sup>11</sup>, à execução provisória de pena, entre outras.

A partir de tal constatação e da Constituição Federal de 1988, urge que, dialética e sistemicamente, se elabore e promulgue um novo Código de Processo Penal consentâneo aos atuais paradigmas, entretanto, antes que isso ocorra, é ainda mais premente que se proceda à releitura interpretativa do vigente processo penal brasileiro à luz da amplitude principiológica democrática constitucional, destacadamente quanto aos direitos fundamentais, conforme preceitua Aury Lopes Junior:

Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941.<sup>12</sup>

Com efeito, o atual e inadiável desafio da comunidade jurídica local consiste na luta pela superação do preconceito em relação à eficácia da Constituição no processo penal brasileiro<sup>13</sup>, o que aqui se defende.

Ao mesmo tempo, há de se considerar que reconhecer a existência de um direito processual penal coletivo, passa, também, pela percepção de que o próprio direito penal material também comporta essa caracterização. E essa a lição de Gianpaolo Poggio Smanio<sup>14</sup>:

Conforme podemos perceber, a ideia de bens jurídico-penais que não afetem diretamente aos indivíduos, mas à coletividade de indivíduos e, portanto, interesses de relevância social, já é conhecida e aceita pela doutrina do direito penal, com mudanças de enfoque, conforme o momento histórico e a perspectiva da análise de cada doutrinador.

As modificações que o capitalismo e os modelos econômicos vêm enfrentando, bem como do modelo de Estado, diante das relações sociais em que vivemos, vêm despertando a doutrina penal para a proteção de interesses que não são individuais, mas sim metaindividuais ou pluri-individuais, atingindo amplos setores da população.

O autor, inclusive, propõe uma classificação precisa dos direitos penais em três grupos: os bens jurídicos penais de natureza individual, os bens jurídicos penais de natureza coletiva e os bens jurídicos penais de natureza difusa.

10 Para Giorgio Agamben, desde o Estado de Exceção nazista, que durou 12 anos, “a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos” (**Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 13).

11 Segundo Vinícius Gomes de Vasconcelos, “a justiça criminal negocial apresenta em sua essência e de modo inafastável, uma lógica de clara e forte coação sobre o imputado [...]”. Por isso, assume-se posição contrária à expansão da barganha e da colaboração premiada, como mecanismos negociais permeados por essas aporias” (**Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Thomson Reuters do Brasil, 2020, p. 168-169).

12 **Fundamentos do processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 40.

13 LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 38.

14 SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal dos interesses difusos. **Revista de Direito Ambiental**, v. 27, p. 304–309, jul./set. 2002.

É claro que, em se tratando de bens jurídicos penais de natureza difusa e coletiva (metaindividuais), haverá de se aplicar regras do processo penal, mas em consonância com a tutela coletiva. Trata-se de um desafio contemporâneo, como bem afirmam André Nicolitt e João Paulo Soares e Silva:

O desafio dos operadores do processo penal na contemporaneidade é de ver não as luzes, mas as sombras. É de perceber a necessidade de instaurar verdadeiramente o Estado de exceção e escapar da exceção permanente e do campo como paradigma de poder punitivo. Em outros termos, o desafio é resistir eclosão de um processo penal autoritário que se expandiu nos últimos anos, praticamente aniquilando os esboços democráticos edificados a partir de 1988.<sup>15</sup>

E, para finalizar este tópico, convém evocar o que já pregava James Goldschmidt: “a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos corporativos<sup>16</sup> ou autoritários de sua Constituição”<sup>17</sup>.

### 3 APONTAMENTOS SOBRE O MICROSSISTEMA DO PROCESSO COLETIVO

Formado pelas normas existentes na Lei de Ação Civil Pública, Lei da Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa e do Código de Defesa do Consumidor, o microsistema do coletivo é constituído pelas regras gerais, as quais, inexoravelmente, se compatibilizam com a Constituição Cidadã.

Nessa direção, Gregório Assagra de Almeida aponta que “existe um *microsistema* de normas processuais gerais sobre *direito processual coletivo comum*, decorrente da interação, legalmente expressa, entre a parte processual do Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública”<sup>18</sup>.

Apesar do inicial rol taxativo de direitos e interesses coletivos previsto na Lei da Ação Civil Pública, foi a partir da sua entrada em vigor que “operacionalizou-se no ordenamento jurídico brasileiro uma *revolução*, transformando-se de ordenamento de tutela jurisdicional também de direitos e interesses massificados”<sup>19</sup>.

Ocorreu, contudo, que, com a Constituição Federal (art. 129, III), a referida taxatividade da ACP não foi recepcionada, tornando-se esta inquestionável com o Código de Defesa do Consumidor<sup>20</sup> e as demais leis que atualmente integram o sistema coletivo.

No tocante à viabilidade do *direito processual coletivo comum* enquanto um novo ramo processual, pontualmente fundamenta Gregório Assagra de Almeida:

Assim, é a partir da atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, que se pode falar em direito processual coletivo comum brasileiro como um novo ramo do direito processual.

15 NICOLITT, André; SILVA, João Paulo Soares e. 30 anos da Constituição de 1988 e os desafios atuais do processo penal. In: **Crise do processo penal contemporâneo**: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. 2018. p. 24.

16 Entenda-se “democráticos”, segundo Aury Lopes Junior (**Fundamentos do processo penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 36).

17 **Problemas jurídicos e políticos do processo penal**. Trad. Mauro Fonseca Andrade, Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 67.

18 **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 28.

19 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 265.

20 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 265.



Isso se dá principalmente em face de três dispositivos constitucionais. O primeiro está previsto no art. 5º, XXXV, e regra que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse dispositivo eliminou a limitação da garantia do acesso à justiça somente a direito individual, que era prevista na anterior Constituição emendada de 1969 (art. 153, § 4º). O segundo está previsto no art. 129, III, que dispõe: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – omissis ...; II – omissis ...; III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. O terceiro e fundamental é o art. 1º da CF, que consagra o Estado Democrático de Direito brasileiro que, para se manter e se efetivar, necessita de uma via jurisdicional potencializada fundamental, que é o direito processual coletivo comum.

E mais, o direito processual coletivo comum brasileiro se reforçou mais ainda como um novo ramo do direito processual, com a entrada em vigor da Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, que instituiu com a Lei da Ação Civil Pública e a Constituição Federal, um verdadeiro microssistema de tutela dos direitos e interesses de massa. No seu Título III, que trata da defesa do consumidor em juízo, a mencionada lei a conceituar os direitos de massa, instituindo também, para efeito de tutela jurisdicional coletiva, a categoria dos direitos humanos (arts. 81, parágrafo único, e 91 e s.). E mais: além de disciplinar o fenômeno da coisa julgada coletiva (art. 103), fez acrescentar, por força do seu art. 110, dentre outros, um novo inciso ao art. 1º da Lei n. 7.347/85, devolvendo-lhe o seu inciso IV, que havia sido vetado. Portanto, por força do Código de Defesa do Consumidor, a Lei da Ação Civil Pública passou a dispor que a ação civil pública poderá tutelar também qualquer outro interesse difuso ou coletivo.<sup>21</sup>

Acrescente-se que, na defesa de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, aduz Ada Pellegrini Grinover:

[...] tudo autoriza o Brasil a dar um novo passo rumo à elaboração de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, assentada no entendimento de que nasceu um novo ramo da ciência processual, autônomo na medida em que observa seus próprios princípios e seus institutos fundamentais, distintos dos princípios e institutos do direito processual individual.<sup>22</sup>

Portanto, é o presente microssistema o norte para ações constitucionais coletivas bem como a aplicação de outras leis infraconstitucionais de natureza coletiva<sup>23</sup>, sendo importante frisar que “o *arsenal hermenêutico e a lógica que lhe permeia não são rigorosamente os mesmos existentes no processo civil individual*”<sup>24</sup>, ou melhor, pouco coincidem com este.

Há muito o que se falar sobre o microssistema de direitos e ações coletivas, porém, por não ser o objetivo do trabalho, nos limitaremos à sua contextualização, pelo que passamos, a seguir, à fundamentação e à identificação do ramo do direito processual penal coletivo.

21 **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 266-7.

22 **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** Coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 11.

23 Para Daniel Amorim Assumpção Neves, “são inúmeras as leis que compõem o microssistema coletivo, por exemplo: Lei 4.717/1965 (Ação Popular); Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente); Lei 7.347/1985 (Ação Civil Pública); Constituição Federal de 1988; Lei 7.853/1989 (Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência); Lei 7.913/1989 (Lei dos Investidores dos Mercados Imobiliários); Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor); Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); Lei 10.471/2003 (Estatuto do Idoso); Lei 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança); Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção); e Lei 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção)” (**Manual de processo coletivo:** volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020. p. 45).

24 ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo.** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 111.

#### 4 PROCESSO PENAL COLETIVO E SUAS ESPECIFICIDADES

Inaugura-se este tópico com a pontual assertiva de Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna no sentido de que “o entendimento da necessidade de construção das ferramentas de ‘processo coletivo’ passa, obrigatoriamente, pela compreensão de alguns dos desafios e necessidades contemporâneos do exercício jurisdicional.”<sup>25</sup>

Igualmente se dá quanto à mais recente vertente processual, qual seja, a do *Direito Processual Penal Coletivo*, que emerge diante das afligentes demandas referentes à tutela de bens jurídico-penais coletivos<sup>26</sup>, não sendo mais razoável que estes “continuem a ser tutelados pelas mesmas estruturas investigativas e judiciais clássicas, que foram concebidas para uma repressão penal de índole prevalentemente de bens penais de titularidade individual”<sup>27</sup>.

Ademais, ressaltam Gregório Assagra de Almeida e Rafael de Oliveira Costa:

A estrutura normativa pena atual codificada (Código Penal e Código de Processo Penal) é incapaz de tutelar adequadamente os novos direitos, essencialmente os relacionados com a solidariedade coletiva, a biotecnologia, os referentes às tecnologias da informação, entre outros<sup>28</sup>.

Tal defasada estrutura já não preenche as exigências de um processo penal democrático-constitucional de âmbito individual, tampouco, o coletivo<sup>29</sup>.

Sendo assim, “o Direito Processual Penal Coletivo exsurge como instrumento ou meio capaz de permitir a promoção e a indução de transformação sociais, em sintonia com supremacia dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais”<sup>30</sup>.

Em sede infraconstitucional, há que se ressaltar a impactante mudança ocasionada pela Lei n.º 12.850/2013 (de organização criminosa), principalmente depois da decisão proferida no âmbito do *habeas corpus* coletivo n.º 143.641/SP pelo STF<sup>31</sup>.

Por intermédio da referida decisão, o Supremo Tribunal Federal concedeu *habeas corpus* coletivo em favor das mulheres presas preventivamente, que se encontrem na condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, excetuando-se as hipóteses de crimes por elas cometidos mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, devidamente fundamentadas pelos magistrados que denegarem o benefício (Informativo n.º 891/STF).

25 **Curso de processo civil coletivo**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 19.

26 Segundo o art. 81, parágrafo único, do CDC, tais bens podem ser difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

27 ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 95.

28 **Direito processual penal coletivo**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 94-5.

29 “Não é mais aceitável, também, que o Direito Processual Penal Coletivo seja estudado e concretizado pela ótica do Direito Processual Penal (individual), que acaba por sufocar, em situação de flagrante inconstitucionalidade, a própria tutela penal dos bens jurídicos coletivos” (ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 95).

30 ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 95.

31 ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 96.

O exemplo anteriormente mencionado, de certa forma, inaugurou o que se tem convencionado chamar de “humanização do cárcere feminino”. Isso acontece porque, muito recentemente é que se tem dado voz à população carcerária feminina e aos direitos que lhes são inerentes. O Ministro Lewandowski, inclusive, ao proferir seu voto, chamou atenção para o “estado de coisas inconstitucional” das prisões brasileiras<sup>32</sup>:

é a duríssima – e fragorosamente inconstitucional – realidade em que vivem as mulheres presas, a qual já comportou partos em solitárias sem nenhuma assistência médica ou com a parturiente algemada ou, ainda, sem a comunicação e presença de familiares. A isso soma-se a completa ausência de cuidado pré-natal (acarretando a transmissão evitável de doenças graves aos filhos, como sífilis, por exemplo), a falta de escolta para levar as gestantes a consultas médicas, não sendo raros partos em celas, corredores ou nos pátios das prisões, sem contar os abusos no ambiente hospitalar, o isolamento, a ociosidade, o afastamento abrupto de mães e filhos, a manutenção das crianças em celas, dentre outras atrocidades. Tudo isso de forma absolutamente incompatível com os avanços civilizatórios que se espera tenham se concretizado neste século XXI.

Por mais que algumas vozes tentem negar a existência desse ramo do direito material e, por consequência, do direito processual, a realidade há de ser reconhecida, os casos de tutela penal coletiva são cada vez mais frequentes, e, diga-se, em total consonância com a Constituição Federal de 1988.

Para a consecução dos seus almejados fins, o *processo penal coletivo* conta com peculiaridades, as quais serão aqui apontadas. A principal delas reporta-se aos bens jurídicos tutelados, quais sejam, difusos, coletivos e individuais homogêneos<sup>33</sup>, cujas transformações sociais não criaram, mas fizeram emergir a realidade e a necessidade de sua tutela jurídica, pois a tutela individual nem sempre oferece resposta mais adequada para o direito a ser tutelado.

Acerca dos bens jurídico-penais coletivos, convém realçar que “se caracterizam pela existência de uma lesão ou ameaça de lesão sobre um número indeterminado de pessoas, pela indivisibilidade do objeto jurídico e pela conflituosidade social”<sup>34</sup>.

Seus princípios, sucintamente, consistem no(a): tutela processual penal adequada, justa e razoável; tutela coletiva penal preventiva, jurisdicional e extrajurisdicional; colaboração e cooperação entre as instituições na busca da verdade sobre os fatos apurados; máxima cooperação e boa-fé entre todos os sujeitos da relação processual penal coletiva; máxima utilidade da tutela penal coletiva, inclusive pelo transporte *in utilibus*; máxima priorização no processamento e no julgamento; primazia da busca pelo melhor conhecimento das questões de mérito; interpretação baseada no diálogo entre as fontes; dever de atuação dos órgãos do Estado na

32 Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Joice Graciele Nielsson elucidam o tema quando afirmam que: “a utilização da tutela coletiva por meio de Habeas Corpus é possível quando feita em benefício de grupos de indivíduos que se encontram em uma situação fática e jurídica similar. Com efeito, a tutela coletiva de direitos evidencia-se enquanto condição de possibilidade para superar as barreiras que são opostas ao acesso à justiça de uma coletividade, tal como a das mulheres gestantes e mães presas, que muitas vezes não têm plenas condições para tal. Cabe destacar que a própria jurisprudência brasileira já possui precedentes em relação ao tema.

Além disso, a possibilidade de tutela coletiva do status libertatis pela via do Habeas Corpus também se mostra possível a partir de uma leitura convencional do processo penal brasileiro. À luz do disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, e na jurisprudência da Corte-IDH resta claramente demonstrada a possibilidade da tutela coletiva do status libertatis, por meio da impetração de Habeas Corpus coletivo (O Habeas Corpus 143.641/SP e a tutela coletiva do status libertatis: condição de possibilidade para a humanização do cárcere feminino no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 152, p. 89–115, fev. 2019.

33 ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. *Direito processual penal coletivo*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 220.

34 ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. *Direito processual penal coletivo*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 105.

persecução penal, nas fases investigativas e jurisdicional; integral reparação dos danos materiais, morais e sociais decorrentes das infrações penais violarem bens coletivos em sentido amplo; atuação extrajurisdicional e jurisdicional planejada pelo Estado<sup>35</sup>.

É importante que fique claro, portanto, que, na tutela penal coletiva, a exemplo do *habeas corpus* coletivo, o que se tutela é, exatamente, uma violação de direito que vai muito além da tutela individual, conforme afirma Ademar Borges de Sousa Filho<sup>36</sup>:

Não é da natureza individual, disponível e divisível que se retira a homogeneidade de interesses individuais homogêneos, mas sim de sua origem comum, da qual resulta violação a direitos pertencentes a um número determinado ou determinável de pessoas, ligadas por essa circunstância de fato.<sup>58</sup> A liberdade não perde a sua feição de direito individual – motivo pelo qual, quando da análise de mérito, devem ser verificadas as restrições concretas à liberdade individual dos pacientes –, mas é tutelada coletivamente em face de um fato jurídico comum, a partir do qual se produzem os efeitos jurídicos ilícitos a serem sanados pela via do *habeas corpus*.

No tocante à sua interpretação e considerando-se a inexistência de código ou de legislação específica, incidem, preferencialmente, as disposições do microsistema processual coletivo, no que for compatível com a tutela penal, e, de forma subsidiária, o Código de Processo Penal<sup>37</sup>.

## 5 FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA NOVA VERTENTE PROCESSUAL

A partir da imprescindibilidade do *processo penal coletivo* diante do mutante cenário social e das suas improrrogáveis necessidades<sup>38</sup>, às quais o Direito não está imune e, muito menos, os bens jurídico-penais<sup>39</sup>, agora não apenas individuais, mas também coletivos, faz-se imperioso apresentar os fundamentos constitucionais desse novel segmento processual.

A priori, ressalta-se a *summa divisio* constitucionalizada<sup>40</sup>, a qual se pauta nos direitos individuais e coletivos, sendo que, nos últimos, são tutelados os bens jurídico-penais coletivos, que constituem “a nota distin-

35 ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 168-77.

36 SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O *habeas corpus* coletivo: uma proposta para o direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 137, p. 287-319, nov. 2017.

37 ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 221-2.

38 Nessa direção: “Para solucionar essa dissonância entre o direito posto e as necessidades sociais, sustentamos a existência de uma nova área do conhecimento, denominada Direito Processual Penal Coletivo, que, a partir da *summa divisio* constitucionalizada, faz parte do Direito Coletivo, procurando elucidar a verdadeira teia de interações existentes com o Sistema de Processo Coletivo e com o Direito Penal Coletivo, bem como as inúmeras consequências para institutos jurídicos vislumbrados até então exclusivamente sob a égide individual”

39 “Portanto, o direito é dinâmico e não estático, configurando um sistema aberto e não fechado. Assim, a dificuldade da conceituação do bem jurídico deve ser vista não como uma impossibilidade, mas sim como uma decorrência da própria natureza do direito.

Assim, o conceito de bem jurídico igualmente não é estático, mas sim dinâmico, aberto às mudanças sociais e ao avanço científico. Daí ser o seu conceito mutável de acordo com a evolução do homem, da sociedade e do Estado” (SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 39, p. 125-147, jul./set. 2002.

40 Proposta por Gregório Assagra de Almeida e com a qual coaduna-se.

tiva do Processo Penal Coletivo”<sup>41</sup>, não sendo por outro motivo que se pode sustentar a natureza de *garantia constitucional fundamental social* do Direito Processual Penal Coletivo<sup>42</sup>.

Paralelamente, convém destacar que “a consagração de um modelo de Estado Democrático de Direito vem fundada na condição de Estado da Justiça Material comprometido com a transformação social (art. 3º da CR/1988)”<sup>43</sup>, tornando-se “indispensável uma (re)leitura do Processo Penal para a tutela adequada dos bens penais de titularidade difusa, coletiva e individuais homogêneas”<sup>44</sup>.

Em seguida, salienta-se no tocante aos bens jurídico-penais coletivos enquanto direitos fundamentais coletivos e aos *procedimentos/processos penais coletivos*:

Trata-se, em verdade, de espécie de bens jurídico-penais (ao lado dos individuais) que refletem direitos fundamentais coletivos e, em termos de tutela jurídica, possuem, por imposição da principiologia constitucional (art. 5º, § 1º, da CR/1988), aplicabilidade imediata.

Assim, essa diretriz constitucional, dotada de eficácia normativa, obriga, incontestavelmente, o Estado a formatar, a organizar e a priorizar os procedimentos penais coletivos (isso incluiu os procedimentos penais de índole investigatória) e os respectivos processos penais coletivos para, efetivamente, garantir a adequada tutela jurídica penal devida à sociedade.<sup>45</sup>

Ademais, a Constituição é a base para a compreensão do Direito e o sentido de todas as normas, pois prevê tanto a tutela de bens jurídicos coletivos quanto o efetivo acesso à justiça, o que somente se alcança por meio de um sistema próprio de tutela dos direitos transindividuais<sup>46</sup>.

Lilian Nássara Miranda Chequer<sup>47</sup>, em obra pioneira sobre o *Habeas Corpus* Coletivo, foi precisa quando afirmou que:

Como não há qualquer restrição no texto constitucional, não é compatível a interpretação que reduza o campo de incidência do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, de forma que o direito de liberdade de locomoção e o *habeas corpus* possuem aplicabilidade imediata tanto no âmbito individual quanto no coletivo, interpretação a que se chega também com base no próprio Capítulo I, Título II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A mesma autora aponta para a necessidade de diálogo das fontes, deixando claro que a Constituição Federal, por força do art. 5º §§ 1º e 2º, tornam inexorável o “acesso à Justiça como método de pensamento e na condição de direito de acesso a uma ordem jurídica adequada, eficiente, efetiva e justa”.

Por conseguinte, a fundamentação constitucional do *processo penal coletivo* encontra-se “no devido processo legal em sua dimensão social, na natureza constitucional dos bens jurídico-penais coletivos como direi-

41 ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 141.

42 ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 141.

43 ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 141.

44 ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 141.

45 ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 141. p. 106.

46 ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 141. p. 142.

47 CHEQUER, Lilian Nássara Miranda. **Habeas Corpus Coletivo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015. p. 152.

tos fundamentais da sociedade e no dever constitucional de organização dos procedimentos e dos processos penais coletivos”<sup>48</sup>.

## 6 CONCLUSÃO

Os novos desafios decorrentes da dinamicidade social promoveram a emergência do processo penal coletivo na condição de “*garantia constitucional fundamental social*”<sup>49</sup>, haja vista os bens jurídico-penais coletivos tutelados, os quais constituem a principal especificidade da nova vertente processual bem como exprimem direitos fundamentais de natureza coletiva.

Diante disso e dos parâmetros do Estado Democrático de Direito e de Estado de Justiça Material, surge a obrigação estatal de engendrar os procedimentos/processos penais coletivos, de modo a assegurar, eficazmente, a tutela dos bens jurídico-penais coletivos por meio do adequado acesso à justiça e do devido processo legal.

Por fim, cumpre advertir que o *Processo Penal Coletivo* somente cumprirá a sua missão de transformação da realidade social pela tutela jurídico-penal coletiva a partir do amparo constitucional aqui analisado.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- CHEQUER, Lílian Nássara Miranda. **Habeas Corpus Coletivo**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. Permanência Inquisitivas no Processo Penal Brasileiro – Aspectos determinantes nos 30 anos de vigência da CR/1988. *In: Crise do processo penal contemporâneo*: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988, 2018.
- GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do processo penal**. Trad. Mauro Fonseca Andrade, Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. Coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.
- NICOLITT, André; SILVA, João Paulo Soares e. 30 anos da Constituição de 1988 e os desafios atuais do processo penal. *In: Crise do processo penal contemporâneo*: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988, 2018.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 39, p. 125-147, jul./set. 2002.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal dos interesses difusos. **Revista de Direito Ambiental**, v. 27, p. 304-309, jul./set. 2002.
- SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O habeas corpus coletivo: uma proposta para o direito brasileiro a partir da experiência jurisprudencial latino-americana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 137, p. 287-319, nov. 2017.

48 ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 142.

49 ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 141.

VASCONCELOS, Vinícius Gomes de Vasconcellos, **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Thomson Reuters do Brasil, 2020.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. O Habeas Corpus 143.641/SP e a tutela coletiva do status libertatis: condição de possibilidade para a humanização do cárcere feminino no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 152, p. 89-115, fev. 2019.

# CAPÍTULO 15

## BREVES COMENTÁRIOS AO INCISO XXXII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988<sup>1</sup>

Claudia Lima Marques

Antonia Espindola Longoni Klee

Art. 5º [...]:

XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

[...].

"O Estado promoverá"... "a defesa do consumidor". Um mandamento de proteção de um sujeito do mercado, o consumidor,<sup>2</sup> como este que está presente no Art. 5, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988, lista de direitos fundamentais individuais e coletivos, é algo realmente especial (um direito fundamental à atuação do Estado) e deve ser comentado e exaltado.

É um prazer poder participar deste comentário, ainda mais com a querida amiga Antônia Klee. Dividimos o comentário em duas partes, a primeira de minha lavra, trazendo uma explicação geral deste mandamento constitucional, cláusula pétrea do pacto e dos valores impostos pela democrática Constituição Federal de 1988, a segunda da origem do Código de Defesa do Consumidor e a consequência prática do status constitucional da defesa do consumidor, da lavra de Antônia Klee.

A primeira contribuição é propor uma visão da finalidade da norma e destacar a sua importância no molde brasileiro do Direito Privado,<sup>3</sup> considerando a jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal no tema da proteção dos consumidores. A segunda é propor uma visão filosófica do artigo, como consubstanciando o capitalismo humanista, segundo a lição dos Professores Wagner Balera e Ricardo Sayeg,<sup>4</sup> que unem direitos humanos e direitos econômicos desde 2011. Aqui também é possível identificar na jurisprudência do Supremos Tribunal Federal algumas linhas interessantes deste direito privado solidário e constitucionalizado, que acaba moldando a fase ideal do capitalismo, mais humanitário e solidário, um capitalismo e uma sociedade preocu-

1 Reproduzimos aqui textos de vários capítulos, dois para a obra de Comentários à Constituição Federal de Marcelo Duque e outro de livro em homenagem ao querido amigo Ingo Sarlet (PUC/RS). Agradecemos o gentil convite das coordenadoras, Professoras da UNINOVE Samantha Ribeiro Meyer-Plufg Marques e Renata Mota Maciel, e das organizadoras Patrícia Pacheco Rodrigues e Samira Rodrigues P. Alves, juristas que nos orgulham muito e dão importante contribuição ao avanço do direito brasileiro.

2 Veja sobre a definição de consumidor, MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 290 e seg.

3 Veja sobre o tema, MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

4 Veja a obra de SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CapH: Capitalismo Humanista e Dimensão Econômica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019.



pados com a justiça social, com a liberdade dos vulneráveis, com o desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e o bem-estar de todos (forte no Art. 3º da Constituição Federal). Vejamos.

## 1 A IMPORTÂNCIA DA NORMA DO ART. 5, XXXII DA CF/1988: *DRITTWIRKUNG* E DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO

Como já escrevi,<sup>5</sup> é necessário sempre destacar a importância da Constituição brasileira de 1988 ter reconhecido este novo sujeito de direitos, o consumidor, individual e coletivo, e assegurado sua proteção constitucionalmente, tanto como direito fundamental no art. 5.º, XXXII, como princípio da ordem econômica nacional no art. 170, V, da CF/1988. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 é a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil, pois no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias encontra-se o mandamento (*Gebot*) para que o legislador ordinário estabelecesse um Código de Defesa do Consumidor, o que aconteceu em 1990 (Lei 8.078/1990).

### A) *DRITTWIRKUNG* PARA A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO PRIVADO SOLIDÁRIO

Mister destacar que o mandamento constitucional é triplo: 1) de promover a defesa dos consumidores (art. 5.º, XXXII, da Constituição Federal de 1988: “*O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”); 2) de observar e assegurar como princípio geral da atividade econômica, como princípio imperativo da ordem econômica constitucional, a necessária “defesa” do sujeito de direitos “consumidor” (art. 170 da Constituição Federal de 1988: “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor; (...)*”); e 3) de sistematizar e ordenar esta tutela especial infra-constitucionalmente através de um Código (micro-codificação), que reúna e organize as normas tutelares, de direito privado e público, com base na ideia de proteção do sujeito de direitos (e não da relação de consumo ou do mercado de consumo), um código de proteção e defesa do “consumidor” (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988).<sup>6</sup>

Promover significa assegurar afirmativamente que o Estado-juiz, que o Estado-Executivo e o Estado-Legislativo realizem positivamente a defesa, a tutela dos interesses destes consumidores. É um direito fundamental (direito humano de nova geração, social e econômico) a uma prestação protetiva do Estado, a uma atuação positiva do Estado, por todos os seus poderes: Judiciário, Executivo, Legislativo. É direito subjetivo público geral, não só de proteção contra as atuações do Estado (direito de liberdade ou direitos civis, direito fundamental de primeira geração, em alemão *Abwehrrechte*), mas de atuação positiva (protetiva, tutelar, afir-

5 MARQUES, Claudia Lima. Capítulo I. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 41 e seg.

6 O texto do Art. 48 ADCT é: “*O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor*”

mativa, de promoção) do Estado em favor dos consumidores (direito a alguma coisa, direito prestacional, direito econômico e social, direito fundamental de nova geração, em alemão *Rechte auf positive Handlungen*).

Mister entender (e valorizar) a origem constitucional do direito do consumidor, pois foi o Constituinte originário que instituiu um direito subjetivo público geral (direito de proteção, *Abwehrrechte*, direito de exigir que o Estado não faça algo, por exemplo, prisão por dívidas, *Rechte auf negative Handlungen*, e, ao mesmo tempo, instituiu um direito à atuação positiva, protetiva ou afirmativa, do Estado, *Recht auf etwas*, *Rechte auf positive Handlungen*).<sup>7</sup> Assim, assegurou a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País que o Estado-legislador, o Estado-juiz e o Estado-Executivo, na forma da lei, promoverá ou realizará a “defesa do consumidor”. É de suma importância, no sistema constitucional brasileiro (art. 60, § 4.º, IV – cláusula pétrea), um direito estar incluído no rol dos direitos fundamentais e expresso em norma (não apenas implícito) na Constituição, como um direito e garantia individual. A defesa do consumidor é um direito e garantia individual no Brasil (art. 5.º, XXXII, da CF/1988), é um direito fundamental (direito humano de nova geração ou dimensão positivado na Constituição).

Assim, de um lado, como direito fundamental é um direito subjetivo (direito do sujeito, direito subjetivo público, geral, do cidadão), que pode e deve ser reclamado e efetivado por este sujeito de direitos constitucionalmente assegurados, o consumidor; seja contra o Estado (é a chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais, eficácia entre o Estado e o consumidor dos direitos fundamentais)<sup>8</sup> ou nas relações privadas (é a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, entre dois sujeitos do direito privado, por exemplo, efeito dos direitos fundamentais entre um consumidor e um banco,<sup>9</sup> conhecida pela expressão alemã *Drittwirkung*).<sup>10</sup> Em outras palavras, o direito fundamental deve ser respeitado, respeitado de acordo e em conformidade com a lei infraconstitucional (eficácia indireta, pois através de norma infraconstitucional, dos direitos fundamentais, como o CDC) e as exigências da dignidade da pessoa humana (eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas).

Segundo a doutrina alemã, *Drittwirkung* é a denominação do efeito (*Wirkung*) dos direitos fundamentais (*Grundrechte*) sobre o direito privado e as relações jurídicas privadas.<sup>11</sup> Ensina a doutrina constitucional alemã que os direitos fundamentais como direitos subjetivos dos cidadãos influenciam também as relações pri-

7 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp: Frankfurt, 1996. p. 174-179, também p. 410 e ss.

8 Veja DUQUE, Marcel S. *Fundamentação em torno da chamada Drittwirkung dos direitos fundamentais. Direito privado, Constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014.

9 Assim MENDES, Gilmar. Grundrechte und Verbraucherschutz. In: *Brasilien: Die Rechtsprechung des Obersten Justizgerichts und des Obersten Bundesgerichtshofs*, In: ARTZ, M. GSELL, B.; HARKE, J. D.; LIMA MARQUES, C.; MELLER-HANNICH, C. (org.). *Wer ist der Verbraucher?*. Baden-Baden: Nomos, 2018. p. 9 e seg.

10 Segundo ensina Marcelo Duque: “Drittwirkung”, a expressão alemã sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, literalmente, significa ‘efeito para terceiros’. Indica assim que os direitos fundamentais não tem só efeitos para o Estado e os entes públicos, mas para as relações privadas e estes ‘sujeitos privados-terceiros em relação ao Estado’.” DUQUE, Marcelo Schenk. *Drittwirkung*, in MARQUES, Claudia Lima (org.). *25+ anos de pesquisa em Direito – Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização*. Porto Alegre: Ed. Sapiens, 2019. p. 351-382.

11 SCHWABE, Jürgen. Bundesverfassungsgericht und “Drittwirkung” der Grundrechte. *Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 100, 1975. p. 443 e seg.

vadas, na chamada eficácia horizontal, eficácia dos direitos fundamentais nas relações (contratuais e delituais) entre dois sujeitos do direito privado, por exemplo, um consumidor e uma instituição financeira ou banco.<sup>12</sup>

O direito fundamental é norma a ser respeitada pelo Estado (eficácia vertical), mas também impõe valores a serem respeitados nas relações entre dois iguais, dois privados (eficácia horizontal). Esta eficácia pode ser direta ou imediata, podendo o aplicador da lei utilizar o direito fundamental diretamente retirado da Constituição (por exemplo, de igualdade entre homens e mulheres do art. 5.º, I, da CF/1988), mesmo sem que uma lei infraconstitucional o defina; ou pode ser uma eficácia indireta ou mediata, mediada justamente por uma lei infraconstitucional que defina mais e delimite este direito fundamental (com, no caso do direito do consumidor, temos o CDC como lei mediadora, como determina o e. STF no caso da [ADI 2591](#), a ADIn dos Bancos).<sup>13</sup>

O tema da *Drittwirkung* ou da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas já era conhecido dos pais do Código Civil de 2002,<sup>14</sup> mas permanecia sem grande desenvolvimento na doutrina pátria até o aparecimento do Código de Defesa do Consumidor, com seu simbolismo de um direito cidadão-civil.<sup>15</sup> Na ementa da decisão da ADIn 2.591, o STF ensina: “Art. 3.º, § 2.º, Código de Defesa do Consumidor – Art. 5.º, XXXII, da CF/1988 – Art. 170, V, da CF/1988 – Ação direta julgada improcedente. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. ‘Consumidor’, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira, de crédito e securitária. 3. O preceito veiculado pelo art. 3.º, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição”.<sup>16</sup>

Defendi que “a inclusão da defesa do consumidor como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 também significa, sistematicamente, uma garantia constitucional deste ramo do direito privado, um direito objetivo (na lei, no sistema posto de direito) de defesa do consumidor. É a chamada “força normativa” da Constituição (expressão de Konrad Hesse), que vincula o Estado e os intérpretes da lei em geral, que devem aplicar este novo direito privado de proteção dos consumidores (institucionalizado na ordem econômica constitucional, no art. 170, V, CF/1988, garantido e consubstanciado como valor a tutelar incluído na lista de direitos fundamentais, no art. 5.º, XXXII, da CF/1988).”<sup>17</sup>

Em outras palavras, a Constituição Federal de 1988 é a garantia institucional da existência e efetividade do direito do consumidor no Brasil. Como Dürig denominou é o “caráter institucional de garantia do direito

12 Veja a obra de DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição**: “Drittwirkung” dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Ed. RT, 2013.

13 Veja decisão sobre a plena constitucionalidade do CDC para aplicar-se aos bancos nas suas relações com consumidores na ADIn 2.591, MARQUES, Claudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto A. Castellanos (coord.). **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos – ADIn 2.591**. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 11 e seg.

14 COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 23-24.

15 LORENZETTI, Ricardo L. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 252.

16 STF, ADIn-EDcl 2.591-DF, j. 14.12.2006, rel. Eros Grau, DJU 13.04.2007.

17 MARQUES, Claudia Lima. Capítulo I. In BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 43.

privado’ (*seinen Charakter als Rechtsinstitutsgarantie*),<sup>18</sup> em que a própria Constituição é a garantia dos direitos do consumidor a vincular o Estado-juiz, o Estado-legislador e o Estado-executivo. De outro lado, a expressão usada por Konrad Hesse<sup>19</sup> – força normativa da Constituição – indica que os direitos assegurados nas Constituições, em especial os direitos humanos ou fundamentais, não são meros programas ou discursos meramente retóricos, mas sim têm força de norma (norma jurídica, força de direito e garantia executável e exigível), e como norma têm uma força-guia mesmo frente a ramos como o do direito privado.

Na decisão da [ADIn 2.591](#), ensinou o Supremo Tribunal Federal:

*“A proteção ao consumidor e a defesa da integridade de seus direitos representam compromissos inderrogáveis que o Estado brasileiro conscientemente assumiu no plano de nosso ordenamento jurídico. (...) a Assembleia Nacional Constituinte, em caráter absolutamente inovador, elevou a defesa do consumidor à posição eminente de direito fundamental (art. 5.º, XXXII), atribuindo-lhe, ainda, a condição de princípio estruturador e conformador da própria ordem jurídica (CF/1988, art. 170, V)”.*<sup>20</sup>

Em resumo, certos estão aqueles que consideram a Constituição Federal de 1988 como o centro irradiador e o marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado solidário. Assim, temos hoje uma força interpretativa da menção constitucional ao consumidor, isto é, o direito privado não pode ser interpretado “contra” o – e sim, sempre a favor do – sujeito de direitos identificado pela Constituição como sujeito vulnerável a ser protegido pelo Poder Judiciário e Executivo e uma “força normativa” imposta a estes poderes como guia de atuação positiva e funcional, que também vincula o Poder Legislativo. Em outras palavras, a Constituição seria *a garantia* (de existência e de proibição de retrocesso) e *o limite* (limite-guia e limite-função) de um direito privado construído sob seu sistema de valores e incluindo a defesa do consumidor como princípio geral!

Como já expliquei, “o direito privado brasileiro, com sua nova tendência de valorização dos direitos humanos fundamentais e dos novos papéis sociais e econômicos (como os de consumidor e de empresa), pode estar se transformando em um “direito privado solidário” (*Solidarprivatrecht*). Esta bela expressão da nova doutrina alemã<sup>21</sup> procura simbolizar o processo contemporâneo de mudança e de surpreendente ressystematização (ou re-construção [reconstrução]) do direito privado através do conjunto de valores e ideais da modernidade (liberdade, igualdade e fraternidade), agora sob uma nova roupagem mais material do que formal,<sup>22</sup> que prioriza a igualdade dos mais fracos através de concretas medidas de proteção destes grupos na sociedade globalizada. No meio caminho entre o interesse centrado em si (*egoismus*) e o interesse centrado apenas no outro (*altruismus*) está a solidariedade, com seu interesse voltado para o grupo, o conjunto social, o indivíduo

18 DÜRIG, Günther. Grundrechte und Zivilrechtsprechung. In: MAUNZ, Theodor (hrsg.). *Festschrift für Hans Nawiasky*. Munique, 1956. p. 171

19 HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 5 e seg.

20 Trecho do voto do Min. Celso de Mello, citado por BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 7.

21 Expressão usada por RÖSLER, Hannes. **Europäisches Konsumentenvertragsrecht**. Munique: Beck, 2004. p. 93.

22 BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISCHER-LESCANO, Andreas. **Neue Theorien des Rechts**. Stuttgart: UTB, 2006. p. 345 e ss.

na função e no papel de cada um na vida em sociedade (*humanitas*) (uso aqui a expressão de Höffe<sup>23</sup> de que a solidariedade é o “meio”, é virtude entre o egoísmo e o altruísmo).

A Constituição Federal de 1988 serve, assim, de centro valorativo, centro sistemático-institucional e normativo também do direito privado (*força normativa da Constituição*), um novo direito privado brasileiro (garantido e moldado pela ordem pública constitucional, limitado e consubstanciado pelos direitos fundamentais aí recebidos), um direito privado *coerente*, com manutenção do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), em sua inteireza, mesmo depois da entrada em vigor de um Código Civil (Lei 10.406/2002), que unificou as obrigações civis e comerciais e revogou grande parte do Código Comercial de 1850.

Como ensinava Orlando GOMES, é a chamada constitucionalização do direito privado que, ao mencionar direitos para os iguais, para as relações privadas na CF/1988, institucionaliza e garante estes direitos com origem constitucional, adaptando o direito privado brasileiro aos novos tempos e a esta nova sociedade de consumo:

“A chamada Constituição econômica institucionaliza a propriedade, o contrato e o trabalho [...] os preceitos constitucionais devem ser observados como diretrizes internas do direito civil” e os avanços da sociedade industrial no Brasil “reclamam um novo sistema de valores que seja recolhido pela Constituição e no qual o contrato passará a ter diretrizes internas que refletirão as exigências do capitalismo maduro da era tecnológica e da sociedade de consumo”.<sup>24</sup>

A Constituição democrática de 1988 recebeu esta ideia, como afirmou Tancredo Neves em 21 de novembro de 1984:

“Não haverá no Brasil uma República sadia e estável sem se refazer a realidade e a mística da cidadania como [...] condição maior da existência dos direitos e liberdades da pessoa humana, independente de riqueza, raça, sexo ou credo. Dentre os direitos a que me refiro estão aqueles que devem ser exercidos pelo cidadão consumidor. [...] O Brasil muito caminhou nas últimas décadas. Alargou-se substancialmente o mercado interno, e houve sensível melhoria de nível de vida para importantes faixas de nossa população, sofisticando-se o consumo. [...] É nesse contexto de grandes transformações que teremos que inserir, com determinação e firmeza, o problema da defesa do consumidor. [...] Cabe ao Poder Público estabelecer as linhas básicas de uma defesa do consumidor que seja, simultaneamente, um instrumento de proteção aos direitos do indivíduo e, de outra parte, um fator de aprimoramento da atividade econômica como um todo”.<sup>25</sup>

A Constituição Federal de 1988 é, pois, a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil, e o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, que ganha sua denominação justamente do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, recebe assim uma garantia constitucional (hierarquia superior e de ordem pública), construindo um direito privado brasileiro que inclui a defesa do consumidor como um de seus valores, e não só a livre iniciativa (ou autonomia privada, ou autonomia da vontade das partes e liberdade de contratar ou a liberdade econômica). Em outras palavras, em uma visão sistemática do ordenamento jurí-

23 HÖFFE, Otfried (org.). *Lexikon der Ethik*. Munique: Beck, 1986. p. 287.

24 GOMES, Orlando. *A Constituição e seus reflexos no direito das obrigações*. Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 64-75.

25 NEVES, Tancredo de Almeida. Defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 77, p. 47-49, jan./mar. 2011.

dico, onde a Constituição é o ápice e guia de todo o direito, privado e público, este deve ser interpretado conforme a Constituição e seus valores (*verfassungskonform Auslegung*).<sup>26</sup>

## B) DEVER CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DO ESTADO AO CONSUMIDOR E O CAPITALISMO HUMANISTA

Efetivamente, no Brasil de hoje, a proteção do consumidor é um valor constitucionalmente fundamental (*Wertsystem*),<sup>27</sup> é um direito fundamental e é um princípio da ordem econômica da Constituição Federal (art. 170, V), princípio limitador da autonomia da vontade dos fortes em relação aos fracos ou vulneráveis (*debilis*), construindo um novo direito privado mais consciente de sua função social (expressão de Gierke).<sup>28</sup>

Como afirmam, Sayeg e Balera,<sup>29</sup> a ordem econômica constitucional, presente no Art. 170 da CF/1988 impõe que considere “o Capitalismo sob o prisma jurídico dos Direitos Humanos”, em uma nova “perspectiva da filosofia humanista do Direito Econômico”, pois reconhece “a prevalência dos Direitos Humanos”, não só em sua “dimensão civil” e individual, mas também na coletiva voltada à “igualdade e à fraternidade” e a realização dos objetivos do Art. 3º da Constituição Federal.

Se a expressão alemã “direito privado solidário” ainda parece utópica e contraditória com a realidade brasileira, esta instigante expressão simboliza uma perspectiva mais solidária, social e fraterna do direito privado nacional, agora fortemente guiado pelo direito constitucional. Esta elevação à Constituição Federal de matérias originariamente apenas tratadas em leis infraconstitucionais de direito privado, como as relações privadas e de consumo, facilita identificar eficácias das normas constitucionais às relações privadas, isto é, uma influência recíproca entre os direitos público e privado, a partir da CF/1988, destacando a função social do direito privado.

Mencione-se que este fenômeno, de “migração” dos princípios do direito privado para o direito constitucional, pode ser visto *positivamente*, como uma garantia reforçada da *instituição* do direito privado, por exemplo, uma garantia da proteção dos interesses do consumidor na relação frente aos agentes do sistema financeiro nacional em suas relações obrigacionais contratuais e extracontratuais, uma garantia da própria segurança jurídica (proteção dos direitos adquiridos, proibição de retrocesso, proibição de exagero ou *Übermassverbot* ou proporcionalidade).<sup>30</sup>

26 Bruno MIRAGEM ensina que este *status* constitucional dos sujeitos de direito consumidores tem como consequência, “no mínimo, estabelecendo-os como *preferenciais* em relação a outros direitos de matriz infraconstitucional. No máximo, determinando providências concretas para sua *realização*”. E resume: “O *direito do consumidor*, enquanto direito subjetivo, [...] caracteriza-se ontologicamente como *direito humano fundamental*” (MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, p. 111-133, 2002).

27 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp: Frankfurt, 1996. p. 174-179, também p. 410 e ss.

28 Interessante notar que, em seu belíssimo texto, Otto von GIERKE clamava por um novo direito privado com função social, e mais influenciado pelas funções típicas do direito público, justamente quando o Código Civil alemão, o BGB de 1866, estava para ser aprovado (GIERKE, Otto von. *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889). Republicação organizada por Erik Wolf. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1940. p. 12).

29 Veja SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. *Capitalismo humanista* – filosofia humanista de direito econômico. São Paulo: Ed. Kbr, 2012. p. 10 e seg.

30 SARLET, Ingo W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica* – Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: EF, 2004. p. 85ss.

Esta constitucionalização do direito privado (mais solidário) é também vista como um *limite à atuação dos privados*,<sup>31</sup> que assegura proteção aos mais fracos e ordem harmônica na sociedade, segundo valores máximos constitucionalizados, garantindo um direito de proteção contra o abuso de direito, contra o exercício para lá dos fins sociais e econômicos do contrato, dos bons costumes ou da boa-fé, que assegura a própria autonomia do indivíduo e a dignidade nas relações com os mais fortes.

Cabe assim examinar brevemente as decisões do e. Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, sobre o tema. A maior de todas as decisões é a ADIN dos Bancos, que teve Embargos de Declaração justamente para modificar sua ementa.<sup>32</sup> Escolheremos apenas três. Inicialmente mister destacar que, com exceção das sobre transporte aéreo, a Tese 210, ainda sob embargos de declaração (a tese 210 é a seguinte: “*Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor*”, do ARE 766.618<sup>33</sup> e RE 636.331<sup>34</sup> julgados em 25 de maio de 2017), as demais são a favor dos consumidores.

Assim, em 2021, o STF proclamou a constitucionalidade da Lei estadual n. 4.896/2006 do Rio de Janeiro, que “obriga as empresas prestadoras de telefonia fixa e móvel com atuação no estado a constituírem cadastro especial de assinantes que manifestem oposição a receber, por telefone, ofertas de venda de produtos ou serviços, e prevê outras medidas para o telemarketing.”<sup>35</sup>

31 MENDES, Gilmar. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. **RT-Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, IBDC, ano 7, n. 27, abr.-jun. 1999. p. 33 e ss.

32 ADI 2591 ED, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. EROS GRAU, j.14/12/2006, Publicação: 13/04/2007 Ementa: “PELO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA CONHECIDOS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. ALTERAÇÃO DA EMENTA DO JULGADO. RESTRIÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de amici curiae. 2. Entidades que participam na qualidade de amicus curiae dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aporem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. 3. Não conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo BRASILCON e pelo IDEC. 4. Embargos opostos pelo Procurador Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: ART. 3º, § 2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente.”

33 A ementa é: “Direito do consumidor. Transporte aéreo internacional. Conflito entre lei e tratado. Indenização. Prazo prescricional previsto em convenção internacional. Aplicabilidade. 1. Salvo quando versem sobre direitos humanos, os tratados e convenções internacionais ingressam no direito brasileiro com status equivalente ao de lei ordinária. Em princípio, portanto, as antinomias entre normas domésticas e convencionais resolvem-se pelos tradicionais critérios da cronologia e da especialidade. 2. Nada obstante, quanto à ordenação do transporte internacional, o art. 178 da Constituição estabelece regra especial de solução de antinomias, no sentido da prevalência dos tratados sobre a legislação doméstica, seja ela anterior ou posterior àqueles. Essa conclusão também se aplica quando o conflito envolve o Código de Defesa do Consumidor. 3. Tese afirmada em sede de repercussão geral: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”. 4. Recurso extraordinário provido.”

34 A ementa é: “Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. 5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”. 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento.”

35 RODA, Sérgio. **STF valida lei que proíbe telefônicas de fazer telemarketing com quem não quer**. 25 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-25/stf-valida-lei-proibe-telemarketing-quem-nao-receber>. Acesso em: 10 mar. 2021.

Em matéria processual, maioria já se consolidou sobre a inconstitucionalidade do Art. 16 da Lei da Ação Civil Pública no que limita territorialmente a coisa julgada (Rel. Ministro Alexandre de Moraes, R.E, 1.101.937/SP, Tema 1.075 da repercussão geral — julgamento interrompido por pedido de vista), e em final de 2020, no Tema 1119 – ARE 1293130, decidiu que: “É desnecessária a autorização expressa dos associados, a relação nominal destes, bem como a comprovação de filiação prévia, para a cobrança de valores pretéritos de título judicial decorrente de mandado de segurança coletivo impetrado por entidade associativa de caráter civil.” Relembre-se também a fixação da legitimidade do Ministério Público (RE 379495).

Em matéria de transporte aéreo internacional, se o prazo de prescrição é o das Convenções Internacionais,<sup>36</sup> a tese 210 não é aplicável segundo o e. STF aos danos morais<sup>37</sup> e sim aos danos exclusivamente patrimoniais. Em 18 de agosto de 2020, importante decisão reafirma que a Tese 210 (Convenção de Varsóvia ou a Convenção de Montreal) não regula os danos morais, que devem ser regulados pelo CDC: “*Agravo regimental nos embargos de divergência nos embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário. Consumidor. Transporte aéreo internacional. Atraso. Danos morais. Prescrição. Convenções Internacionais de Varsóvia e de Montreal. Recurso extraordinário n. 636.331-RG. Tema 210. Inaplicabilidade. Código de defesa do consumidor. Ausência de similitude fática e jurídica. Inexistência de divergência entre acórdão embargado e acórdão paradigma: art. 332 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento.*” (RE 1221934 AgR-Ed-EDc-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 18/08/2020, Publicação: 04/09/2020).<sup>38</sup>

## 2 ART. 5, XXXII E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pautada no princípio da dignidade da pessoa humana, inaugurou uma nova ordem jurídica, ao prever um rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais. Entre esses direitos e garantias fundamentais, encontra-se a defesa do consumidor assegurada pelo Estado por meio do Código de Defesa do Consumidor, que deve ser interpretado à luz dos ditames constitucionais e em diálogo com as demais leis infraconstitucionais, tais como o Código Civil. Vejamos.

<sup>36</sup> Veja STF, RE 1184532 AgR, Segunda Turma, Relator(a): Min. Edson Fachin, j. 24/06/2019 e Publicação: 01/08/2019 e RE 1213708 AgR, Primeira Turma, Relator(a): Min. Luiz Fux, j. 30/08/2019 e Publicação: 18/09/2019.

<sup>37</sup> Veja-se o precedente: “a Carta da República previu o direito a indenização por dano moral, não cabendo, em detrimento dela, potencializar a circunstância de a convenção de Varsóvia apenas dispor sobre a responsabilidade, considerado o prejuízo material” (RE 391.032 AgR/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 22.3.2012).

<sup>38</sup> No mesmo sentido em 2019, a decisão do RE 1221934 AgR.



## A) O MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A proteção jurídica do consumidor não pode ser estudada senão como um momento particular da ordem pública constitucional, que tem por objetivo maior a tutela da personalidade e dos valores existenciais<sup>39</sup>. A rigor, portanto, o esforço hermenêutico do jurista moderno volta-se para a aplicação direta e efetiva dos valores e princípios constitucionais, não apenas na relação Estado-indivíduo, mas também na relação interindividual, situada no âmbito dos modelos próprios do direito privado<sup>40</sup>.

Fachin afirma que:

A promulgação do Código de Defesa do Consumidor remete a um capítulo histórico em que padece uma ruptura não apenas na seara privada, mas uma crise que abarca todo o sistema jurídico moderno, pois se demonstram situações fáticas as quais o Direito não consegue, com sua configuração codificada, resolver<sup>41</sup>.

Isso ocorreu, porque o Código Civil de 1916 já não continha as disposições necessárias para bem regular a sociedade de consumo, respeitando os direitos do consumidor. Um exemplo claro dessa necessária regulação está no art. 4º. do Código de Defesa do Consumidor, que determina os princípios norteadores da Política Nacional das Relações de Consumo, fixando uma série de princípios a serem atendidos: o respeito à dignidade, à saúde e à segurança do consumidor, a proteção de seus interesses econômicos e a melhoria da sua qualidade de vida. O dispositivo confirma a ruptura do legislador especial para com a técnica regulamentar e patrimonialista do Código Civil<sup>42</sup>. Os preceitos do Código de Defesa do Consumidor dão expressão, dão corpo e dão vida ao ditado constitucional, em favor da dignidade do consumidor e de valores extrapatrimoniais que devem proteger o contratante em situação de inferioridade<sup>43</sup> e vulnerabilidade.

39 TEPEDINO, Gustavo. Os contratos de consumo no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 124.

Ramos refere que “[...] a Constituição Federal brasileira de 1988 foi levada a refletir, em várias de suas normas, um perfil solidarista e intervencionista, atendendo, ao menos formalmente [...], a pressões sociais, na busca de mecanismos capazes de suprir as necessidades dos cidadãos, em especial dos excluídos”. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 15.

40 MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 67, jul./dez. 1991.

41 FACHIN, Luiz Edson. As relações jurídicas entre o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: elementos para uma teoria crítica do direito do consumidor. In: CAPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (org.). **Repensando o direito do consumidor: 15 anos do CDC: 1990-2005**. Curitiba: OAB/PR, 2005. p. 29.

42 Por isso é importante se estabelecer o “diálogo” entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Fachin afirma que “O Código Civil, em vigor desde 10 de janeiro de 2003, não traz em suas raízes este viés constitucional – quiçá poderíamos dizer, inclusive, democrático – já que nado durante o regime ditatorial brasileiro, anterior, inclusive, à discussão da própria Constituinte. FACHIN, Luiz Edson. As relações jurídicas entre o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: elementos para uma teoria crítica do direito do consumidor. In: CAPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (org.). **Repensando o direito do consumidor: 15 anos do CDC: 1990-2005**. Curitiba: OAB/PR, 2005. p. 47.

Pasqualotto refere que o Código de Defesa do Consumidor surgiu no cenário jurídico brasileiro num momento de grande defasagem do direito civil frente à realidade social. PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto de Souza (coord.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 131.

43 TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 16-17.

A elaboração por juristas, a aprovação por legisladores, a entrada em vigor e a aplicação expressiva do Código de Defesa do Consumidor pelos tribunais brasileiros<sup>44</sup> é prova da necessidade de fragmentação legislativa, porque o Direito é estático, enquanto os fenômenos sociais são dinâmicos.

Tendo-se em vista a aprovação e entrada em vigor do novo Código Civil – lei geral do direito civil – em data posterior à entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor – lei geral das relações de consumo – faz-se mister analisar o “diálogo”<sup>45</sup> entre essas duas normas infraconstitucionais, visando, sempre, à proteção mais efetiva do consumidor, à luz do valor constitucional da dignidade da pessoa humana.

É preciso reafirmar, de acordo com Moraes, que “a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores constitucionais”<sup>46</sup>. O “direito civil constitucional” tem provocado renovação no direito civil brasileiro, reflexo da preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais adequada aos problemas sociais. Entre estas preocupações pode-se destacar a do direito contratual que, além de marcar as operações econômicas, volta-se à promoção da dignidade da pessoa humana<sup>47</sup>. E não deve ser diferente o tratamento, quando o contrato for celebrado por meios eletrônicos ou digitais, porque os vínculos estabelecidos pela Internet estão sob o ordenamento jurídico constitucional de proteção e defesa dos consumidores.

Incumbe ao intérprete reler a legislação civil à luz da Constituição, de modo a privilegiar os valores não-patrimoniais, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, à qual devem se submeter a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais, conforme mencionou Teizen Júnior<sup>48</sup>. Essa posição reforça ainda mais o que acertadamente afirmou Marques:

[...] a proteção do consumidor é um valor constitucionalmente fundamental, é um direito fundamental e é um princípio da ordem econômica da Constituição Federal, princípio limitador da

44 Em pesquisa nos bancos de dados eletrônicos dos dois principais tribunais brasileiros, acessíveis pela Internet, em julho de 2020, verificou-se a existência de 922 decisões em colegiado (acórdãos) do Supremo Tribunal Federal que aplicam, direta ou indiretamente, as normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Desses acórdãos, 50 decisões foram tomadas em Repercussão Geral. No Superior Tribunal de Justiça, na mesma data, verificou-se a existência de 6.301 acórdãos que aplicam, direta ou indiretamente, as normas do CDC. Dessas decisões, 55 são acórdãos de Recursos Repetitivos e 2 são acórdãos de Afetação.

45 De acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, “diálogo”, substantivo masculino, significa: 1. fala em que há a interação entre dois ou mais indivíduos; colóquio, conversa 2. *p.ext.* contato e discussão entre duas partes em busca de um acordo 3 conjunto das palavras trocadas pelas personagens de um romance, filme etc.; fala que um autor atribui a cada personagem 4 obra em forma de conversação com fins expositivos, explanatórios ou didáticos 5 INF na computação, intercâmbio informacional entre dois elementos de um sistema; troca de sinais entre computadores que se comunicam através de uma rede; interação 6 INF processo de entrada humana e resposta imediata da máquina que configura uma conversa entre um computador interativo e seu usuário 7 MÚS composição em que as vozes ou os instrumentos se alternam ou respondem 8 POL troca de ideias, discussão de pontos de vista ou contatos diplomáticos (entre representantes de grupos, nações etc.) 9 TEAT um dos processos básicos de comunicação e expressão do personagem no teatro; sequência de falas trocadas pelos personagens, a qual faz a ação dramática caminhar, sem que seja necessária a figura de um narrador [...] ETIM lat. *dialogus*, *i* ‘id’. adp. do gr. *diálogos*, ou ‘conversação, diálogo’, ligado ao gr. *lógos* ‘palavra’ [...]. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1.031.

Para Marques, o “diálogo entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor” consiste na aplicação simultânea, coerente e coordenada de muitas leis ou fontes de direito privado, sob a luz da Constituição Federal de 1988. MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo das fontes*. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 122.

46 MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 69, jul./dez. 1991.

Marques assevera que “[...] certos estão aqueles que consideram a Constituição Federal de 1988 como o centro irradiador e o marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado solidário”. MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 36.

47 TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 80.

48 TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 81-82.

autonomia da vontade dos fortes em relação aos fracos ou vulneráveis, construindo um novo direito privado mais consciente de sua função social<sup>49</sup>.

É nesse contexto que o Código de Defesa do Consumidor se insere. A Constituição ocupa um nível superior no ordenamento jurídico, impondo, a qualquer relação contratual, seja ela do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor, subordinação àqueles princípios constitucionais. A Constituição invade a órbita do direito civil impondo contornos, delimitações, priorizando-se a pessoa humana e o respeito à sua intangível dignidade<sup>50</sup>. E assim deve ser, porque o respeito à Lei Maior, a sua aplicação e sua efetividade devem estar presentes no cotidiano dos cidadãos, na forma de um livro aberto e conhecido por todos e não como um instrumento hermético aplicado apenas pelos juízes e tribunais.

A intervenção direta do Estado nas relações de direito privado, por outro lado, não significa um agigantamento do direito público em detrimento do direito civil que, dessa maneira perderia espaço, como temem alguns. Muito ao contrário, a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea – e, por isso mesmo, banidos ao esquecimento e à ineficácia –, reforçando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual<sup>51</sup>.

Através da constitucionalização do direito civil houve uma reestruturação do princípio da força obrigatória dos contratos, tornando-o mais flexível, com a admissão da interferência do Estado para corrigir os rigores do contrato ante o desequilíbrio de prestações, fosse pela alteração radical das condições de seu cumprimento, fosse pela manifestação da vontade não completamente liberta<sup>52</sup>.

Por isso, o princípio da autonomia da vontade<sup>53</sup>, bem como outros princípios contratuais, presentes no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, devem ser interpretados tendo-se em vista a dignidade

49 MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 37-38.

50 TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 85-86.

51 TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 21.

52 BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 51.

53 De Plácido e Silva define o termo “autonomia”: “Palavra derivada do grego *autonomia* (direito de se reger por suas próprias leis), que se aplica para indicar precisamente a faculdade que possui determinada pessoa ou instituição, em traçar as normas de sua conduta, sem que sinta imposições restritivas de ordem estranha. Neste sentido, seja em relação às pessoas, seja em relação às instituições, o vocábulo tem significado em todo idêntico ao que expressa *independência*. E, desse modo, usa-se das expressões autonomia econômica, autonomia financeira, autonomia política, para, justamente, indicar a situação de independência em que se encontra a pessoa física ou jurídica, relativamente aos aspectos econômico, financeiro, político. [...]”. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 175.

Prata assim define “autonomia da vontade”: “Princípio, em virtude do qual, dentro dos limites estabelecidos na lei, a vontade livremente expressa tem o poder de criar, modificar e extinguir relações jurídicas”. PRATA, Ana. **Dicionário jurídico**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 72. Veja-se que “autonomia da vontade” e “autonomia privada” não são expressões sinônimas. Para uma detalhada análise do conceito de “autonomia privada”, veja PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982. A autora afirma: “[...] o conceito de autonomia privada ganha um conteúdo autônomo e operativo; e é esse conteúdo que vai investir a própria noção de negócio jurídico. Este deixa de ser visto na perspectiva de instrumento de troca de bens – na perspectiva da sua função – para ser acentuado o seu caráter de realização da liberdade econômica. O negócio é a afirmação da liberdade da pessoa, o negócio é o efeito jurídico da vontade livre”. PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 9-10. Em outra passagem, a mesma autora assevera: “A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se pois no poder *reconhecido* pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (designadamente, a sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos”. PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 11. Então, é possível afirmar que a autora utiliza como sinônimo de autonomia privada o termo “liberdade negocial”. PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 13 e p. 16-17. Entretanto, para Almeida, os termos “autonomia da vontade” e “autonomia privada” são sinônimos e complementares, afirmando: “Se alguns autores estabelecem um conceito neutro de autonomia privada, evidenciando a relação entre um poder ou possibilidade e um efeito jurídico como resultado, as noções da doutrina (ainda dominante) introduzem-lhe uma legitimação e um fundamento dirigido à vontade ou, em fórmulas de compromisso, à vontade declarada. Autonomia privada e vontade aparecem assim numa interligação

da pessoa humana, princípio máximo do ordenamento jurídico, base da Constituição da República, que torna a solidariedade o norte interpretativo do novo direito privado, mais solidário e fraterno, para que seja atingida a sua função social.

Como antes assinalado, a Constituição de 1988 produziu grande impacto no ordenamento jurídico brasileiro, pois, ao erigir, como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana, colocou-a no centro das preocupações de todo esse ordenamento, o que afetou sobretudo o direito civil,

## B) O MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR DO ART. 5, XXXII E O DIÁLOGO DAS FONTES

A evolução social no Brasil reclamou leis que regulassem as novas relações que iam sendo travadas. Como o projeto de Código Civil Brasileiro tardava em ser aprovado, viu-se, na década de 1980, com a instalação da Assembleia Constituinte, a oportunidade de inserir na Constituição da República matérias que eram reguladas pelo Código Civil de uma forma que não mais satisfazia às necessidades sociais (porque refletia as concepções individualistas da ideologia liberal em uma época que esses ideais não eram mais aceitos), estabelecendo uma forma de pensar a família, a propriedade e o contrato segundo uma ordem mais social, mais ética e solidária.

Marques<sup>54</sup>, inspirada em Jayme, reflete sobre a aplicação simultânea do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, ambas leis ordinárias, um podendo servir de base conceitual para o outro, pois um é geral e o outro é especial (ou geral das relações de consumo). Também, uma lei pode completar a aplicação da outra, dependendo do caso concreto. Uma terceira hipótese seria a existência de influências recíprocas entre as duas leis, sendo possível, nesse caso, a redefinição do campo de aplicação de cada um dos códigos<sup>55</sup>.

Nas palavras de Marques:

[...] ambas as leis (o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002) se aplicam à mesma relação jurídica de consumo e colaboram com a mesma finalidade, a de cumprir o mandamento constitucional. Neste sentido, não é o CDC que limita o Código Civil, é o Código Civil que dá base ao CDC e o ajuda, e, se o Código Civil for mais favorável ao consumidor do que o CDC, não será esta lei especial que limitará a aplicação da lei geral (art. 7º. do CDC), mas sim dialogarão à procura da realização do mandamento constitucional de proteção especial do sujeito mais fraco<sup>56</sup>.

indissociável, não admirando portanto que a expressão autonomia da vontade seja usada com o significado de (e expressão equivalente a) autonomia privada. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1, p. 8.

Gomes define autonomia privada como consequência do princípio político da autonomia da vontade. GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 42. Em outra passagem, utiliza-se da definição de Betti, ao afirmar que autonomia privada é a autorregulação dos interesses particulares. GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 43.

54 MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 673-679 e 692. A autora assegura que “[...] pode haver a coexistência da nova lei geral em face da anterior lei, desde que compatíveis. A lei especial anterior continua em vigor, ao lado da lei geral nova, no que não for incompatível, sendo necessário examinar a finalidade das duas leis. [...] Ocorre que o CDC não trata de nenhum contrato em especial, mas se aplica a todos, a todos os tipos de contratos, se contratos de consumo. Neste caso não revogará as normas especiais referentes a estes contratos, que, relembre-se, nem sempre serão de consumo, dependendo da possibilidade de caracterização das partes como consumidor e fornecedor, mas afastará simplesmente a aplicação das normas previstas nas leis especiais que forem incompatíveis com o novo espírito tutelar e de equidade do CDC”. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 714.

55 Para uma explicação detalhada sobre os três tipos de diálogo das fontes, veja MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 755-802.

56 MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 678.

Com base nessa ideia de Marques, é possível afirmar que o “diálogo” das duas leis em referência ocorre por meio da coordenação do macrosistema do Código Civil com o microsistema do Código de Defesa do Consumidor; este tende a ganhar maior efetividade, pois seus princípios básicos são quase os mesmos. Ademais, a opção legislativa pelas cláusulas gerais, adotadas no Código Civil, tende a facilitar essa coordenação, adequando os dois ordenamentos aos casos concretos.

Tepedino afirma:

[...] a disciplina contratual do Código Civil de 2002, embora contenha diversos preceitos aparentemente sobrepostos ou colidentes com o CDC, jamais pode ser considerada revogadora da normativa de tutela do consumidor. Mais uma vez é preciso afirmar a unidade do ordenamento e compatibilizar as normas relacionadas aos contratos de adesão, de seguro, de corretagem, de transporte, e assim por diante, com as normas do CDC. O critério de vulnerabilidade [...] mais uma vez deverá servir para estabelecer os limites de incidência de ambos os diplomas<sup>57</sup>.

O mesmo autor assevera:

A interpretação do Código Civil não pode, sob pena de se revelar desconforme à Constituição, excluir do âmbito de proteção do CDC os *consumidores contratantes*. Ao contrário, destinam-se os preceitos codificados a regular tipos contratuais que, quando inseridos em relações de consumo, avocam as disposições de ordem pública em defesa do consumidor<sup>58</sup>.

O CDC é um código, um microsistema aplicável apenas para os sujeitos vulneráveis, definidos como tais os consumidores. O novo Código Civil é um código geral, um macrosistema que regula as relações estabelecidas entre iguais, sejam estes sujeitos civis ou empresários. O CDC é lei anterior ao Código Civil, especial, de ordem pública e hierarquicamente constitucional, de acordo com o mandamento expresso contido no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Ademais, está incluído no rol dos direitos fundamentais, art. 5º., XXXII da Constituição da República de 1988, portanto, numa hierarquia de cláusula pétrea<sup>59</sup>.

Conforme assevera Pasqualotto<sup>60</sup>, o Código de Defesa do Consumidor é a lei especial das relações de consumo. O que justifica a sua existência é a desigualdade provocada pelo mercado, em que um fator estrutural de desequilíbrio exige proteção à parte mais fraca. O desequilíbrio estrutural decorre da organização inerente às empresas e da concomitante desorganização dos consumidores individuais, que procuram atender às suas necessidades com os bens e serviços oferecidos na sociedade de consumo.

Concluindo, podemos assim afirmar a importância do Art. 5, XXXII da Constituição Federal. A Constituição Federal de 1988 constitui um sistema de valores (*Wertsystem*), que incluem direitos fundamentais (e especial a lista do Art. 5º consolidada como cláusula pétrea pelo art. 60, § 4º, IV). Essa ordem econômica imposta pela

57 TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 11, out./dez. 2005.

58 TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 11, out./dez. 2005.

59 MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 33-34.

60 PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto de Souza (coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 145.

Constituição Federal no art. 170, com princípios limitadores da autonomia da vontade<sup>61</sup> dos fortes em relação aos fracos ou vulneráveis (*debilis*),<sup>62</sup> constrói uma ordem (com reflexos no novo Direito Privado mais consciente de sua função social) mais solidária. As decisões do Supremo Tribunal Federal têm ajudado a consolidar este avanço no Direito Privado Solidário e ajudado a construir no Brasil, um capitalismo menos selvagem e mais humanista, mas há ainda muito a fazer.

## REFERÊNCIAS

- Alexy, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Suhrkamp: Frankfurt, 1996.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992.
- BERTHIAU, Denis. **Le principe d'égalité et le droit civil des contrats**. Paris: LGDJ, 1999.
- BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISCHER-LESCANO, Andreas. **Neue Theorien des Rechts**. Stuttgart: UTB, 2006.
- CALMON, Eliana. As gerações dos direitos e as novas tendências. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 45, p. 39 e ss., jul./set. 2001.
- CARPENA, Heloísa. **Abuso do direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CAVALIERI, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008;
- COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- CRUZ, Guilherme Ferreira da. **Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral: outra concepção**. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- DÜRIG, Günther. Grundrechte und Zivilrechtsprechung. In: MAUNZ, Theodor (hrsg.). **Festschrift für Hans Nawiasky**. Munique, 1956.
- DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição: "Drittwirkung" dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- DUQUE, Marcelo Schenk. Drittwirkung, in MARQUES, Cláudia Lima (org.). **25+ anos de pesquisa em Direito – Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização**. Porto Alegre: Ed. Sapiens, 2019.
- DUQUE, Marcel S. **Fundamentação em torno da chamada Drittwirkung dos direitos fundamentais. Direito privado, Constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- DUQUE, Marcelo Schenk. O dever fundamental do Estado de proteger a pessoa da redução da função cognitiva provocada pelo superendividamento. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 94, p. 157-180, jul./ago. 2014.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil – A luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004;
- FACHIN, Luiz Edson. As relações jurídicas entre o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: elementos para uma teoria crítica do direito do consumidor. In: CAPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (org.). **Repensando o direito do consumidor: 15 anos do CDC: 1990-2005**. Curitiba: OAB/PR, 2005.
- CAPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (Org.). **Repensando o direito do consumidor: 15 anos do CDC: 1990-2005**. Curitiba: OAB/PR, 2005. p. 25-49.

61 Veja sobre a não aplicabilidade às relações de consumo, PFEIFFER, Roberto. Lei da Liberdade Econômica é bem vinda, mas não aplicável às relações de consumo. **CONJUR**, 30 dez. 2019, p. 1: "Em primeiro lugar destaco a expressa dicção do § 1º do art. 1º da Lei nº 13.874/2019 que, ao estabelecer quais seriam os ramos do direito abarcados pelas disposições da lei da liberdade econômica não incluiu o direito do consumidor. Portanto, o silêncio eloquente da lei demonstra que ela não é apta a disciplinar as relações de consumo." Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-30/direito-civil-atual-lei-liberdade-economica-bem-vinda>. Acesso em: 01 jan. 2020.

62 Como bem observam Rodrigues Jr., Leonardo e Prado, a Lei da Liberdade Econômica veio para assegurar autonomia da vontade em contratos 'simétricos e paritários', 'civis e empresariais', não tratando dos contratos de consumo, assimétricos ou desequilibrados por natureza. A Lei de Liberdade Econômica, oriunda do parágrafo único do Art. 170 da Constituição Federal, modifica também o unificado Código Civil de 2002, introduzindo a primeira distinção entre os tipos de contratos civis e empresariais, se paritários ou massificados, se simétricos ou assimétricos (e assim, indiretamente preservando os de consumo). RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; XAVIER LEONARDO, Rodrigo; PRADO, Augusto César L. A liberdade contratual e a função social do contrato – Alteração do Art. 421-A do Código Civil – Art. 7º. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz.; XAVIER LEONARDO, Rodrigo. **Comentários à Lei da Liberdade econômica – Lei 13.874/2019**. São Paulo: RT, 2019. p. 314-318.

- GIERKE, Otto von. **Die soziale Aufgabe des Privatrechts** (1889). Republicação organizada por Erik Wolf. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1940.
- GOMES, Orlando. **A Constituição e seus reflexos no direito das obrigações**. Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HIPPEL, Eike von. **Der Schutz des Schwächeren**. Tübingen: Mohr, 1982.
- HÖFFE, Otfried (org.). **Lexikon der Ethik**. Munique: Beck, 1986.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: A. Giuffrè, 1979.
- LOPES, José Reinaldo Lima. **Direito social**. São Paulo: Método/FGV, 2006.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.
- Lorenzetti, Ricardo L. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Ed. RT, 1998.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- MAIA, Daniela. Princípios constitucionais do direito do consumidor. In: MESSIAS PEIXINHO, Manoel *et al.* **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 409-415.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARQUES, Cláudia Lima. Capítulo I. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MARQUES, Cláudia Lima; Miragem, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários do Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.
- MARQUES, Cláudia Lima (org.). **A nova crise do contrato** – estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- Marques, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto A. Castellanos (coord.). **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos – ADIn 2.591**. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima; Miragem, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas essenciais** – direito do consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 1.
- MENDES, Gilmar. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. **RT-Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, IBDC, ano 7, n. 27, abr.-jun. 1999.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MENDES, Gilmar. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: exclusão de sócio da União Brasileira de Compositores. **Ajuris**, v. 32, n. 100, 2005, p. 140-151.
- MENDES, Gilmar. Grundrechte und Verbraucherschutz. In: **Brasilien**: Die Rechtsprechung des Oberen Justizgerichts und des Obersten Bundesgerichtshofs, In: ARTZ, M. GSELL, B.; HARKE, J. D.; LIMA MARQUES, C.; MELLER-HANNICH, C. (org.). **Wer ist der Verbraucher?**. Baden-Baden: Nomos, 2018.

- MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 163-186.
- MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. S. da. STF reconhece direito fundamental à proteção de dados: Comentários sobre o referendo da Medida Cautelar nas ADIs n. 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 130, p. 471-478; jul./ago. 2020.
- MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 43, p. 111-133, 2002.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 67, jul./dez. 1991.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 779, p. 47-63, set. 2000.
- NEVES, Tancredo de Almeida. Defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 77, p. 47-49, jan./mar. 2011.
- NIPPERDEY, Hans Carl. Grundrechte und Privatrecht – Eine Universitätsrede. *In*: NIPPERDEY, Hans Carl (org.). **Festschrift für Erich Molitor**. Munique: Beck, 1962. p. 17 e ss.
- NISHIYAMA, Adolfo M. A proteção constitucional do consumidor. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- NISHIYAMA, Adolfo M. **Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2016.
- NUNES, Rizzatto. Comentários ao artigo 170, inciso V. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1808-1811.
- NUNES, Rizzatto. Comentários ao artigo 5º, inciso XXXII. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 346-348.
- OLIVEIRA, Ana Maria Pereira de. O novo Código Civil *versus* o Código de Defesa do Consumidor: uma breve reflexão à luz da Constituição Federal. *In*: ANDRADE, André (org.). **A constitucionalização do direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 295-299.
- PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 6, p. 34-60, abr./jun. 1993.
- PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. *In*: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto de Souza (coord.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982,.
- PRATA, Ana. **Dicionário jurídico**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *In*: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29.
- REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RODA, Sérgio. **STF valida lei que proíbe telefônicas de fazer telemarketing com quem não quer**. 25 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-25/stf-valida-lei-proibe-telemarketing-quem-nao-receber>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; XAVIER LEONARDO, Rodrigo; PRADO, Augusto César L. A liberdade contratual e a função social do contrato – Alteração do Art. 421-A do Código Civil – Art. 7º, *In*: RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz.; XAVIER LEONARDO, Rodrigo. **Comentários à Lei da Liberdade econômica – Lei 13.874/2019**. São Paulo: RT, 2019.
- RÖSLER, Hannes. **Europäisches Konsumentenvertragsrecht**. Munique: Beck, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 55, n. 352, p. 45-94, fev. 2007.
- SARLET, Ingo W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In*: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica – Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte: EF, 2004.
- SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CapH: Capitalismo Humanista e Dimensão Econômica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019.
- SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. **Capitalismo humanista – filosofia humanista de direito econômico**. São Paulo: Ed. Kbr, 2012.
- SCHWABE, Jürgen. Bundesverfassungsgericht und “Drittwirkung” der Grundrecht. **Archiv des öffentlichen Rechts**, n. 100, 1975.



SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. O princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 8, p. 147 e ss., 1993.

SIMMEL, Georg. **Philosophie der Mode – Gesamtausgabe**. Frankfurt: Suhrkamp, 1995. t. 10.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2007.

SOMBRA, Thiago Luis Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

RÊGO, Lúcia. **A tutela administrativa do consumidor**: regulamentação estadual. São Paulo: Ed. RT, 2007.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; XAVIER LEONARDO, Rodrigo; PRADO, Augusto César L. A liberdade contratual e a função social do contrato – Alteração do Art. 421-A do Código Civil – Art. 7º. *In*: PEIXOTO MARQUES, Floriano Neto; RODRIGUES, Otávio Luiz Jr.; XAVIER LEONARDO, Rodrigo. **Comentários à Lei da Liberdade econômica – Lei 13.874/2019**. São Paulo: RT, 2019. p. 309-325.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 54, n. 341, p. 11-26, mar. 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 11, out./dez. 2005.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Direito civil contemporâneo – novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16.

TEPEDINO, Gustavo. O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 357-360.

TEPEDINO, Gustavo. O novo e o velho direito civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 398-401.

TEPEDINO, Gustavo. Os contratos de consumo no Brasil. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. **O princípio constitucional da igualdade e o direito do consumidor**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

# SEÇÃO IV

## AS MULHERES E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

## SUMÁRIO SEÇÃO IV

**INTRODUÇÃO**

AS MULHERES E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS..... 589

*RENATA MOTA MACIEL**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES**PATRICIA PACHECO RODRIGUES**SAMIRA RODRIGUES P. ALVES***CAPÍTULO 1**

PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES NO SISTEMA INTERAMERICANO .....590

*FLÁVIA PIOVESAN***CAPÍTULO 2**

LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE LA PRIMAVERA MAGREBÍ EN ARGELIA Y MARRUECOS: INDICADORES PRIVILEGIADOS DEL ALCANCE DEL PROCESO DE DEMOCRATIZACIÓN ..... 602

*MARÍA ANGUSTIAS PAREJO**EWA K. STRZELECKA***CAPÍTULO 3**

ESTADO LAICO Y ESTADO PLURINACIONAL: PILARES PARA CONSTRUIR LA PAZ DESDE Y PARA LAS MUJERES EN LA CONSTITUCIÓN DE ECUADOR ..... 614

*EUFEMIA SÁNCHEZ BORJA***CAPÍTULO 4**

AS RELAÇÕES DIALÓGICAS DOS DIREITOS HUMANOS COMO ENUNCIADO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA INTERAÇÃO CONSTITUCIONAL..... 632

*MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA***CAPÍTULO 5**

DIREITOS HUMANOS X MULHERES ..... 648

*LAURA MARIA F. MOREIRA***CAPÍTULO 6**

APORTACIONES DEL FEMINISMO INTERNACIONAL A LAS CONTROVERSIAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS..... 665

*ROSER MANZANERA RUIZ***CAPÍTULO 7**

DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO, BIODIREITO E BIOCONSTITUIÇÃO: BASES INTERPRETATIVAS BIOCONSTITUCIONAIS ENQUANTO SINÔNIMO DE EMPODERAMENTO DO SER HUMANO .....675

*ANA PAULA MYSZCZUK**JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES***CAPÍTULO 8**

A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DO ESTRANGEIRO NO BRASIL SOB O PARADIGMA DA DIGNIDADE HUMANA PÓS-CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..... 689

*MARINA ANDRADE CARTAXO*

**CAPÍTULO 9**

VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI): ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 347..... 701

*ISABELA BELLINI TRANJAN*

*TAIS RAMOS*

**CAPÍTULO 10**

O ARTIGO 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA EFICÁCIA JURÍDICA: AUTODETERMINAÇÃO INDÍGENA E LEGITIMIDADE PROCESSUAL COMO NORMAS AUTOEXECUTÁVEIS ..... 710

*SANDRA NASCIMENTO*

**CAPÍTULO 11**

DO DIREITO À LIBERDADE, AO RESPEITO E À DIGNIDADE..... 722

*ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ*

*FERNANDO LUQUE*

# INTRODUÇÃO

## AS MULHERES E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

**Renata Mota Maciel**

**Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques**

**Patrícia Pacheco Rodrigues**

**Samira Rodrigues P. Alves**

A Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável estabelece como um de seus objetivos o empoderamento de meninas e mulheres com vistas à garantia da equidade de gênero. Em âmbito federal a Secretaria Especial de Articulação Social é a responsável pela governança da Agenda e tem como um de seus projetos estratégicos a iniciativa de Metas Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – ODS para a continuidade do processo de nacionalização dos 17 ODS e a identificação das ações e programas do Governo Federal que contribuem para o seu alcance.

Dados do ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados) mostram que mulheres e meninas deslocadas em todo o mundo estão enfrentando o aumento da violência de gênero. Também foram relatados aumento de casos de violência doméstica e dificuldades no acesso às redes de proteção.

A proteção dos direitos das mulheres é uma tarefa dos Países e também da Comunidade Internacional. Trata-se de um direito humano e como tal deve ser protegido. As mulheres, em diversos países, são privadas da fruição dos direitos mais básicos, como o direito à vida, à liberdade e à educação. Recentemente, a ascensão dos Talibãs no Afeganistão mostrou ao mundo como os direitos das mulheres são vulneráveis. Daí a importância e relevância de se garantir os direitos humanos das mulheres.

# CAPÍTULO 1

## PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES NO SISTEMA INTERAMERICANO<sup>1</sup>

Flávia Piovesan

### 1 INTRODUÇÃO

Objetiva este artigo capítulo focar o alcance da proteção dos direitos humanos das mulheres no sistema interamericano, com destaque a casos emblemáticos decididos pela Corte Interamericana e pela Comissão Interamericana envolvendo o combate à violência contra a mulher. Ambiciona o artigo estudar o “*corpus juris interamericano*” no que se refere aos direitos humanos das mulheres – sobretudo o direito à uma vida livre de violência – identificando os direitos protegidos, os deveres estatais e o impacto no âmbito brasileiro.

Atente-se que a arquitetura protetiva internacional de proteção dos direitos humanos é capaz de refletir, ao longo de seu desenvolvimento, as diversas feições e vertentes do movimento feminista<sup>2</sup>. Reivindicações feministas, como o direito à igualdade formal (como pretendia o movimento feminista liberal), a liberdade sexual e reprodutiva (como pleiteava o movimento feminista libertário radical), o fomento da igualdade econômica (bandeira do movimento feminista socialista), a redefinição de papéis sociais (lema do movimento feminista existencialista) e o direito à diversidade sob as perspectivas de raça, etnia, dentre outras (como pretende o movimento feminista crítico e multicultural) foram, cada qual ao seu modo, incorporadas pelos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

Enquanto um construído histórico, os direitos humanos das mulheres não traduzem uma história linear, não compõem uma marcha triunfal, nem tampouco uma causa perdida. Mas refletem, a todo tempo, a história de um combate<sup>3</sup>, mediante processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana<sup>4</sup>, como invoca, em sua complexidade e dinâmica, o movimento feminista, em sua trajetória plural.

Considerando a historicidade dos direitos humanos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

<sup>1</sup> Capítulo baseado na primeira publicada em 2011 no livro *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista* / organizadora: Carmen Hein de Campos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>2</sup> Sobre as diferentes fases do movimento feminista, ver Rosemarie Putnam Tong. *Feminist Thought* – a more comprehensive introduction. Oxford: Westview Press, 1998.

<sup>3</sup> Daniele Lochak, *Les Droits de l'homme*, nouv. edit., Paris, La Découverte, 2005, p.116, Apud, Celso Lafer, prefácio ao livro *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, Flávia Piovesan, São Paulo, ed. Saraiva, 2006, p.XXII.

<sup>4</sup> Joaquín Herrera Flores, *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*, mimeo, p.7.

Esta concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que surge, no pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. É neste cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. O sistema internacional de proteção dos direitos humanos constitui o legado maior da chamada “Era dos Direitos”, que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional contemporâneo<sup>5</sup>.

Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania. Para Andrew Hurrell: “O aumento significativo das ambições normativas da sociedade internacional é particularmente visível no campo dos direitos humanos e da democracia, com base na ideia de que as relações entre governantes e governados, Estados e cidadãos, passam a ser suscetíveis de legítima preocupação da comunidade internacional; de que os maus-tratos a cidadãos e a inexistência de regimes democráticos devem demandar ação internacional; e que a legitimidade internacional de um Estado passa crescentemente a depender do modo pelo qual as sociedades domésticas são politicamente ordenadas”<sup>6</sup>.

Neste contexto, a Declaração de 1948 vem a inovar a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. Sob este prisma, a ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do di-

<sup>5</sup> Thomas Buergenthal, prólogo do livro de Antônio Augusto Cançado Trindade, **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**, São Paulo, Saraiva, 1991, p. XXXI. No mesmo sentido, afirma Louis Henkin: “O Direito Internacional pode ser classificado como o Direito anterior à 2ª Guerra Mundial e o Direito posterior a ela. Em 1945, a vitória dos aliados introduziu uma nova ordem com importantes transformações no Direito Internacional.” (Louis Henkin et al, **International Law: Cases and materials**, 3ª edição, Minnesota, West Publishing, 1993, p. 3).

<sup>6</sup> Andrew Hurrell, *Power, principles and prudence: protecting human rights in a deeply divided world*, In: Tim Dunne e Nicholas J. Wheeler, **Human Rights in Global Politics**, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 277.

reito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano.

Ao longo da história as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do “eu *versus* o outro”, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. Vale dizer, a diferença era visibilizada para conceber o “outro” como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável e supérfluo. Nesta direção, merecem destaque as violações da escravidão, do nazismo, do sexismo, do racismo, da homofobia, da xenofobia e de outras práticas de intolerância. Como leciona Amartya Sen, “identity can be a source of richness and warmth as well as of violence and terror”<sup>7</sup>. O autor ainda tece aguda crítica ao que denomina como “*serious miniaturization of human beings*”, quando é negado o reconhecimento da pluralidade de identidades humanas, na medida em que as pessoas são “*diversily different*”<sup>8</sup>.

O temor à diferença é fator que permite compreender a primeira fase de proteção dos direitos humanos, marcada pela tônica da proteção geral e abstrata, com base na igualdade formal.

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário as mulheres, as crianças, as populações afrodescendentes, os migrantes, as pessoas com deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).

Para Nancy Fraser, a justiça exige, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento de identidades. Como atenta a autora: “O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o status na sociedade não decorre simplesmente em função da classe. (...) Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente em função de status.”<sup>9</sup> Há, assim, o caráter

7 Amartya Sen, **Identity and Violence: The illusion of destiny**, New York/London, W.W.Norton & Company, 2006. p. 4.

8 Amartya Sen, op.cit. p.XIII e XIV.

9 Afirma Nancy Fraser: “O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o status na sociedade não decorre simplesmente em função da classe. Tomemos o exemplo de um banqueiro afro-americano de Wall Street, que não consegue tomar um taxi. Neste caso, a injustiça da falta de reconhecimento tem pouco a ver com a má distribuição. [...] Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente da função de status. Tomemos, como exemplo, um trabalhador industrial especializado, que fica desempregado em virtude do fechamento da fábrica em que trabalha, em vista de uma fusão corporativa especulativa. Neste caso, a injustiça da má distribuição tem pouco a ver com a falta de reconhecimento. [...] Proponho desenvolver o que chamo concepção bidimensional da justiça. Esta concepção trata da redistribuição e do reconhecimento como perspectivas e dimensões distintas da justiça. Sem reduzir uma à outra, abarca ambas em um marco mais amplo”. (Nancy



bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento. No mesmo sentido, Boaventura de Souza Santos afirma que apenas a exigência do reconhecimento e da redistribuição permite a realização da igualdade<sup>10</sup>. Atente-se que esta feição bidimensional da justiça mantém uma relação dinâmica e dialética, ou seja, os dois termos relacionam-se e interagem mutuamente, na medida em que a discriminação implica pobreza e a pobreza implica discriminação.

Ainda Boaventura acrescenta: “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”<sup>11</sup>.

Se, para a concepção formal de igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças. Isto é, essencial mostra-se distinguir a diferença e a desigualdade. A ótica material objetiva construir e afirmar a igualdade com respeito à diversidade. O reconhecimento de identidades e o direito à diferença é que conduzirão a uma plataforma emancipatória e igualitária. A emergência conceitual do direito à diferença e do reconhecimento de identidades é capaz de refletir a crescente voz do movimento feminista, sobretudo de sua vertente crítica e multiculturalista.

Isto é, em sua fase inicial, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos guiou-se pelo lema da igualdade formal, geral e abstrata – lema do movimento feminista liberal. O binômio da igualdade perante a lei e da proibição da discriminação, sob a ótica formal, vê-se consagrado em todos os instrumentos internacionais de direitos humanos. Sua proteção é requisito, condição e pressuposto para o pleno e livre exercício de direitos.

No entanto, gradativamente, surgem instrumentos internacionais a delinear a concepção material da igualdade, concebendo a igualdade formal e a igualdade material como conceitos distintos, mas inter-relacionados. Transita-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas. Daí a contribuição das demais vertentes feministas – como a libertária radical; a socialista; a existencialista; e a multiculturalista – para o processo de construção histórica dos direitos humanos das mulheres.

À luz da internacionalização dos direitos humanos, foi a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 que, de forma explícita, afirmou, em seu parágrafo 18, que os direitos humanos das mulheres e das me-

Fraser, Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia, *In: Unesco, Informe Mundial sobre la Cultura*, 2000-2001. p.55-56). Ver ainda da mesma autora o artigo **From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Postsocialist age** em seu livro **Justice Interruptus. Critical reflections on the “Postsocialist” condition**, NY/London, Routledge, 1997. Sobre a matéria, consultar Axel Honneth, **The Struggle for Recognition: The moral grammar of social conflicts**, Cambridge/Massachusetts, MIT Press, 1996; Nancy Fraser e Axel Honneth, **Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange**, London/NY, verso, 2003; Charles Taylor, **The politics of recognition**, *In: Charles Taylor et. al., Multiculturalism Examining the politics of recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994; Iris Young, **Justice and the politics of difference**, Princeton, Princeton University Press, 1990; Amy Gutmann, **Multiculturalism: examining the politics of recognition**, Princeton, Princeton University Press, 1994.

<sup>10</sup> A respeito, ver Boaventura de Souza Santos, Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. *In: Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p.56. Ver ainda do mesmo autor **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**, Op.cit. p.429-461.

<sup>11</sup> Ver Boaventura de Souza Santos, Op. cit.

ninas são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. Esta concepção foi reiterada pela Plataforma de Ação de Pequim, de 1995.

O legado de Viena é duplo: não apenas endossa a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos invocada pela Declaração Universal de 1948, mas também confere visibilidade aos direitos humanos das mulheres e das meninas, em expressa alusão ao processo de especificação do sujeito de direito e à justiça enquanto reconhecimento de identidades. Neste cenário as mulheres devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. O direito à diferença implica o direito ao reconhecimento de identidades próprias, o que propicia a incorporação da perspectiva de gênero<sup>12</sup>, isto é, repensar, revisitar e reconceitualizar os direitos humanos a partir da relação entre os gêneros, como um tema transversal.

O balanço das últimas três décadas permite apontar que o movimento internacional de proteção dos direitos humanos das mulheres centrou seu foco em três questões centrais: a) a discriminação contra a mulher; b) a violência contra a mulher; e c) os direitos sexuais e reprodutivos. Este artigo será concentrado na proteção dos direitos humanos das mulheres no sistema interamericano, com destaque à temática da violência contra a mulher à luz de casos emblemáticos decididos pela Corte e Comissão Interamericana.

## 2 PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES NO SISTEMA INTERAMERICANO: O COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Em 1979, foi adotada a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada por 189 Estados (2016). Apresenta, assim, um amplo grau de adesão, apenas perdendo para a Convenção sobre os Direitos da Criança, que, por sua vez, conta com 196 Estados-partes (2016). A Convenção foi resultado de reivindicação do movimento de mulheres, a partir da primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada no México, em 1975. No plano dos direitos humanos, contudo, esta foi a Convenção que mais recebeu reservas por parte dos Estados signatários<sup>13</sup>, especialmente no que tange à igualdade entre ho-

12 Afirma Alda Facio: [...] “*Gender* ou gênero sexual corresponde a uma dicotomia sexual que é imposta socialmente através de papéis e estereótipos”. (Quando el genero suena cambios trae. San José da Costa Rica: ILANUD – Proyecto Mujer y Justicia Penal, 1992. p. 54). Gênero é, assim, concebido como uma relação entre sujeitos socialmente construídos em determinados contextos históricos, atravessando e construindo a identidade de homens e mulheres. Para Encarna Carmona Cuenca: “En el ámbito de los derechos humanos, un análisis con perspectiva de género supone tener en cuenta las diferencias entre mujeres y hombres en el disfrute de los derechos. Se trata de poner de manifiesto que los derechos de las mujeres pueden ser violados de forma diferente a los de los hombres y que determinadas violaciones tienen lugar contra las mujeres por el hecho de serlo. Estas formas específicas de violación de derechos vienen determinadas por la situación real de subordinación de las mujeres vigente en casi todas las sociedades y por el dominio de unos estereotipos de género que asignan diferentes roles a hombres y mujeres en la vida social, política, económica, cultural y familiar”. Encarna Carmona Cuenca, “La Perspectiva de Género em la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, In: Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi e Flávia Piovesan, *Ius Constitutionale Commune na América Latina – Pluralismo e inclusão*, vol II, Curitiba, ed. Juruá, 2016. p.190).

Sobre a matéria, ver ainda BUNCH, Charlotte. Transforming human rights from a feminist perspective. In: *Women’s rights human rights*. Routledge: 1995. p. 11-17; BARTLETT, Katharine T. *Gender and law*. Boston: Little, Brown, 1993. p. 633-636; SCALES, Ann. The emergence of feminist jurisprudence: an essay. In: SMITH, Patricia (Editor). *Feminist jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 94-109; WEST, Robin. Jurisprudence and gender. In: SMITH, Patricia (Editor). *Feminist jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 493-530; MACKINNON, Catharine. Toward feminist jurisprudence. In: SMITH, Patricia (Editor). *Feminist jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 610-619.

13 Trata-se do instrumento internacional que mais fortemente recebeu reservas, dentre as Convenções internacionais de Direitos Humanos, considerando que ao menos 23 dos mais de 100 Estados-partes fizeram, no total, 88 reservas substanciais. A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação da Mulher pode enfrentar o paradoxo de ter maximizado sua aplicação universal ao custo de ter comprometido sua integridade. Por vezes, a questão legal acerca das reservas feitas à Convenção atinge a essência dos valores da universalidade e integridade. A título de exemplo, quando da ratificação da Convenção, em 1984, o Estado brasileiro apresentou reservas ao artigo 15, parágrafo 4º e ao artigo 16, parágrafo 1º (a), (c), (g), e (h), da Convenção. O artigo 15 assegura a homens e mulheres o direito de, livremente, escolher seu domicílio e residência. Já o artigo 16 estabelece a igualdade de direitos entre homens e mulheres, no âmbito do casamento e das relações familiares. Em 20 de dezembro de 1994, o Governo brasileiro notificou o Secretário Geral das Nações Unidas acerca da eliminação das aludidas reservas.

mens e mulheres na família. Tais reservas foram justificadas com base em argumentos de ordem religiosa, cultural ou mesmo legal, havendo países (como Bangladesh e Egito) que acusaram o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher de praticar “imperialismo cultural e intolerância religiosa”, ao impor-lhes a visão de igualdade entre homens e mulheres, inclusive na família<sup>14</sup>. Isto reforça o quanto a implementação dos direitos humanos das mulheres está condicionada à dicotomia entre os espaços público e privado, que, em muitas sociedades, confina a mulher ao espaço exclusivamente doméstico da casa e da família. Vale dizer, ainda que se constate, crescentemente, a democratização do espaço público, com a participação ativa de mulheres nas mais diversas arenas sociais, resta o desafio de democratização do espaço privado – cabendo ponderar que tal democratização é fundamental para a própria democratização do espaço público.

Embora a Convenção não explicita a temática da violência contra a mulher, o Comitê da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Comitê CEDAW) adotou relevante Recomendação Geral sobre a matéria, realçando que<sup>15</sup>: “A violência doméstica é uma das mais insidiosas formas de violência contra mulher. Prevalece em todas as sociedades. No âmbito das relações familiares, mulheres de todas as idades são vítimas de violência de todas as formas, incluindo o espancamento, o estupro e outras formas de abuso sexual, violência psíquica e outras, que se perpetuam por meio da tradição. A falta de independência econômica faz com que muitas mulheres permaneçam em relações violentas. (...) Estas formas de violência submetem mulheres a riscos de saúde e impedem a sua participação na vida familiar e na vida pública com base na igualdade.” Ainda nos termos da Recomendação Geral n.19 (1992): “*Gender-based violence is a form of discrimination that seriously inhibits women’s ability to enjoy rights and freedoms on a basis of equality with men. (...) The full implementation of the Convention required States to take positive measures to eliminate all forms of violence against women*”<sup>16</sup>. Segundo a ONU, a violência doméstica é a principal causa de lesões em mulheres entre 15 e 44 anos no mundo, manifestando-se não apenas em classes socialmente mais desfavorecidas e em países em desenvolvimento, mas em diferentes classes e culturas.

14 Henkin, Louis e outros. **Human Rights**. New York, New York Foundation Press, 1999. p.364.

15 Comitê pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. *Violence against women*. CEDAW General recommendation n.19, A/47/38. (General Comments), 29/01/92.

16 Para a prevenção e a erradicação da violência contra a mulher, o Comitê CEDAW recomenda, dentre outras medidas: “(a) States parties should take appropriate and effective measures to overcome all forms of gender-based violence, whether by public or private act; (b) States parties should ensure that laws against family violence and abuse, rape, sexual assault and other gender-based violence give adequate protection to all women, and respect their integrity and dignity. Appropriate protective and support services should be provided for victims. Gender-sensitive training of judicial and law enforcement officers and other public officials is essential for the effective implementation of the Convention; (c) States parties should encourage the compilation of statistics and research on the extent, causes and effects of violence, and on the effectiveness of measures to prevent and deal with violence; (d) Effective measures should be taken to ensure that the media respect and promote respect for women; (e) States parties in their report should identify the nature and extent of attitudes, customs and practices that perpetuate violence against women, and the kinds of violence that result. They should report the measures that they have undertaken to overcome violence, and the effect of those measures; (f) Effective measures should be taken to overcome these attitudes and practices. States should introduce education and public information programmes to help eliminate prejudices which hinder women’s equality; (g) Measures that are necessary to overcome family violence should include: Criminal penalties where necessary and civil remedies in case of domestic violence; Legislation to remove the defence of honour in regard to the assault or murder of a female family member; Services to ensure the safety and security of victims of family violence, including refuges, counselling and rehabilitation programmes; Rehabilitation programmes for perpetrators of domestic violence; Support services for families where incest or sexual abuse has occurred; (h) States parties should report on the extent of domestic violence and sexual abuse, and on the preventive, punitive and remedial measures that have been taken; (i) That States parties should take all legal and other measures that are necessary to provide effective protection of women against gender-based violence”. (Comitê pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. **Violence against women**. CEDAW General recommendation n.19, A/47/38. (General Comments), 29/01/92.)

No âmbito da ONU, merece ainda destaque as Resoluções do Conselho de Direitos Humanos n.11/2 de 2009 e n.14/12 de 2010 sobre “*Accelerating efforts to eliminate all forms of violence against women*”. A Resolução n.14/12 expressamente demanda dos Estados que estabeleçam ou fortaleçam planos de ação de combate à violência contra mulheres e meninas contemplando mecanismos de *accountability* para a prevenção da violência<sup>17</sup>, considerando a adoção de estratégias de alcance universal e de alcance específico endereçada a grupos vulneráveis (por exemplo, mulheres afrodescendentes e indígenas). A Relatora Especial sobre a Violência contra a Mulher, de igual modo, tem realçado a necessidade de fortalecer *due diligence standards*, envolvendo tanto a prevenção, como a repressão à violência no campo da responsabilidade do Estado<sup>18</sup>.

A Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, aprovada pela ONU, em 1993, bem como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”), aprovada pela OEA, em 1994, reconhecem que a violência contra a mulher, no âmbito público ou privado, constitui grave violação aos direitos humanos e limita total ou parcialmente o exercício dos demais direitos fundamentais. Definem a violência contra a mulher como “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública, como na privada” (artigo 1º). Vale dizer, a violência baseada no gênero ocorre quando um ato é dirigido contra uma mulher, porque é mulher, ou quando atos afetam as mulheres de forma desproporcional. Adicionam que a violência baseada no gênero reflete relações de poder historicamente desiguais e assimétricas entre homens e mulheres.

A Convenção de “Belém do Pará” elenca um importante catálogo de direitos a serem assegurados às mulheres, para que tenham uma vida livre de violência, tanto na esfera pública, como na esfera privada. Consagra ainda a Convenção deveres aos Estados-partes, para que adotem políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. É o primeiro tratado internacional de proteção dos direitos humanos a reconhecer, de forma enfática, a violência contra as mulheres como um fenômeno generalizado, que alcança, sem distinção de raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição, um elevado número de mulheres.

Com relação aos direitos das mulheres, emblemático é o caso González e outras contra o México (caso “Campo Algodonero”), em que a Corte Interamericana condenou o México em virtude do desaparecimento e morte de mulheres em Ciudad Juarez, sob o argumento de que a omissão estatal estava a contribuir para a cultura da violência e da discriminação contra a mulher. No período de 1993 a 2003, estima-se que de 260 a 370 mulheres tenham sido vítimas de assassinatos, em Ciudad Juarez. A sentença da Corte condenou o Estado do

17 Observe-se que a Austrália destaca-se por apresentar um exemplar plano de prevenção à violência contra a mulher – **Time for Action**: The National Council’s Plan for Australia to Reduce Violence against Women and their Children, 2009-2021. Disponível em: <https://www.dss.gov.au/our-responsibilities/women/publications-articles/reducing-violence/national-plan-to-reduce-violence-against-women-and-their-children/time-for-action-the-national-councils-plan-for-australia-to-reduce-violence-against-women-and-their-children-2009-2021-a>. Acesso em: 09 nov. 2021.

18 Consultar **15 years of The United Nations Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences**. Sobre o tema, realça a Recomendação Geral n.19 do Comitê CEDAW: “Under general international law and specific human rights covenants, States may also be responsible for private acts if they fail to act with due diligence to prevent violations of rights or to investigate and punish acts of violence, and for providing compensation”. (Comitê pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. **Violence against women**. CEDAW General recommendation n.19, A/47/38. (General Comments), 29/01/92)

México ao dever de investigar, sob a perspectiva de gênero, as graves violações ocorridas, garantindo direitos e adotando medidas preventivas necessárias de forma a combater a discriminação contra a mulher<sup>19</sup>.

Para Encarna Carmona Cuenca: “en el Caso Campo Algodonero, de 2009, la Corte IDH se enfrentó a la realidad del feminicidio, al que calificó de “homicidio de mujer por razón de género”. A partir de esta Sentencia, la doctrina ha establecido una serie de requisitos para poder hablar de feminicidio, fundamentalmente, que se trate de asesinatos de mujeres por el hecho de serlo; con un alto grado de violencia, incluida la violencia sexual; que se dé en un contexto de discriminación contra las mujeres y que las respuestas de las autoridades sean ineficientes, lo que provoca una situación de impunidad de los asesinos. En general, la Corte IDH ha considerado que, en los casos de violencia contra las mujeres, se estaban violando sus derechos a la integridad física, psíquica y moral, a la dignidad y, en su caso, a la vida (arts. 4, 5 y 11 CADH)”. (...) En este mismo Caso, la Corte IDH afirmó también que la obligación de investigar debe adoptar una perspectiva de género: debe ser realizada por funcionarios/as altamente capacitados/as en casos de discriminación y violencia contra las mujeres y debe abarcar el desarrollo de líneas de investigación específicas respecto de la violencia sexual, la utilización de protocolos y manuales específicos y la consideración del impacto diferenciado que pudieron haber sufrido las mujeres y niñas en su integridad”<sup>20</sup>. Observa, ainda, a autora que: “En algunas sentencias, la Corte IDH ha advertido sobre la presencia, en casos de violencia contra las mujeres, de la denominada “discriminación interseccional” (o discriminación múltiple), cuando a la condición de mujer se une la pertenencia a un grupo vulnerable, como sucede con las mujeres indígenas, las niñas y las mujeres con discapacidad. En estos casos las obligaciones de protección del Estado quedan reforzadas (Caso Fernández Ortega y otros c. México, de 30 de agosto de 2010 y Caso Rosendo Cantú y otra c. México, de 31 de agosto de 2010, entre otros).”<sup>21</sup>

Note-se que o caso Campo Algodonero e os parâmetros protetivos interamericanos nele desenvolvidos, fomentaram a adoção da lei que tipifica o feminicídio no Brasil (Lei n. 13.104/2015, que prevê o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio).

Outro caso emblemático refere-se ao caso Maria da Penha Fernandes contra o Brasil, decidido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

“Sobrevivi, posso contar”. É este o título do livro autobiográfico de Maria da Penha, vítima de duas tentativas de homicídio cometidas por seu então companheiro, em seu próprio domicílio, em Fortaleza, em 1983. Os tiros contra ela disparados (enquanto dormia), a tentativa de eletrocutá-la, as agressões sofridas ao longo de sua relação matrimonial culminaram por deixá-la paraplégica aos 38 anos. Apesar de condenado pela Justiça local, após quinze anos o réu ainda permanecia em liberdade, valendo-se de sucessivos recursos processuais contra

19 Ver sentença de 16 de novembro de 2009. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)

20 Consultar Encarna Carmona Cuenca, “La Perspectiva de Género en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *In*: Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi e Flávia Piovesan, **Ius Constitutionale Commune na América Latina** – Pluralismo e inclusão, vol II, Curitiba, ed. Juruá, 2016. p. 196.

21 Consultar Encarna Carmona Cuenca, “La Perspectiva de Género en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *In*: Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi e Flávia Piovesan, **Ius Constitutionale Commune na América Latina** – Pluralismo e inclusão, vol II, Curitiba, ed. Juruá, 2016. p. 196.

decisão condenatória do Tribunal do Júri. A impunidade e a inefetividade do sistema judicial frente à violência doméstica contra as mulheres no Brasil motivou, em 1998, a apresentação do caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), por meio de petição conjunta das entidades CEJIL-Brasil (Centro para a Justiça e o Direito Internacional) e CLADEM-Brasil (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher). Em 2001, após 18 anos da prática do crime, em decisão inédita, a Comissão Interamericana condenou o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica.<sup>22</sup> Recomendou ao Estado, dentre outras medidas, “prosseguir e intensificar o processo de reforma, a fim de romper com a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra as mulheres no Brasil”.<sup>23</sup> Adicionou a Comissão Interamericana que “essa tolerância por parte dos órgãos do Estado não é exclusiva deste caso, mas é sistemática. Trata-se de uma tolerância de todo o sistema, que não faz senão perpetuar as raízes e fatores psicológicos, sociais e históricos que mantêm e alimentam a violência contra a mulher”.<sup>24</sup>

A decisão fundamentou-se na violação, pelo Estado, dos deveres assumidos em virtude da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção do Belém do Pará”), que consagram parâmetros protetivos mínimos concernentes à proteção dos direitos humanos. A Comissão ressaltou que: “O Estado está [...] obrigado a investigar toda situação em que tenham sido violados os direitos humanos protegidos pela Convenção. Se o aparato do Estado age de maneira que tal violação fique impune e não seja restabelecida, na medida do possível, a vítima na plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que não cumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição o exercício livre e pleno de seus direitos. Isso também é válido quando se tolere que particulares ou grupos de particulares atuem livre ou impunemente em detrimento dos direitos reconhecidos na Convenção. [...] A segunda obrigação dos Estados Partes é “garantir” o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção a toda pessoa sujeita à sua jurisdição. Essa obrigação implica o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas mediante as quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Em consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e, ademais, procurar o restabelecimento, na medida do possível, do direito violado e, quando for o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos”.<sup>25</sup> Ao final, recomendou ao Estado brasileiro que: a) concluísse rápida e efetivamente o processo penal envolvendo o responsável pela agressão; b) investigasse séria e imparcialmente irregularidades e atrasos injustificados do processo penal; c) pagasse à vítima uma reparação simbólica, decorrente da demora na prestação jurisdicional, sem prejuízo da ação de compensação

22 Flávia Piovesan e Sílvia Pimentel, *Conspiração contra a Impunidade*, *Folha de São Paulo*, p.A3, 25.11.02.

23 Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA, **Informe 54/01, caso 12.051**, Maria da Penha Fernandes v. Brasil, 16/04/01, parágrafos 54 e 55. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>.

24 Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA, **Informe 54/01, caso 12.051**, Maria da Penha Fernandes v. Brasil, 16/04/01, parágrafos 54 e 55. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>.

25 Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA, **Informe 54/01, caso 12.051**, Maria da Penha Fernandes v. Brasil, 16/04/01, parágrafos 42 a 44. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>.

contra o agressor; d) promovesse a capacitação de funcionários da justiça em direitos humanos, especialmente no que toca aos direitos previstos na Convenção de Belém do Pará.<sup>26</sup>

Em 31 de outubro de 2002, finalmente, houve a prisão do réu, no Estado da Paraíba<sup>27</sup>. O ciclo de impunidade se encerrava, após dezenove anos. As demais medidas recomendadas pela Comissão Interamericana (como, por exemplo, medidas reparatorias; campanhas de prevenção; programas de capacitação e sensibilização dos agentes da justiça, dentre outras) foram objeto de um termo de compromisso firmado entre as entidades peticionárias e o Estado Brasileiro<sup>28</sup>. Em 24 de novembro de 2003, foi adotada a [Lei 10.778](#), que determina a notificação compulsória, no território nacional, de casos de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados. Em 31 de março de 2004, por meio do Decreto 5.030, foi instituído um Grupo de Trabalho Interministerial, que contou com a participação da sociedade civil e do Governo, para elaborar proposta de medida legislativa e outros instrumentos para coibir a violência doméstica contra a mulher. O Grupo elaborou uma proposta legislativa, encaminhada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, no final de 2004. Na exposição de motivos do aludido projeto de lei, há enfática referência ao caso Maria da Penha, em especial às recomendações formuladas pela Comissão Interamericana. Finalmente, em 07 de agosto de 2006, foi adotada a [Lei 11.340](#) (também denominada Lei “Maria da Penha”), que, de forma inédita, cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo medidas para a prevenção, assistência e proteção às mulheres em situação de violência.

### 3 CONCLUSÕES

O sistema interamericano irradia extraordinário impacto na proteção dos direitos humanos das mulheres, seja ao estabelecer e difundir parâmetros protetivos mínimos, compondo o “*corpus juris interamericano*”; seja ao permitir a compensação de déficits nacionais; seja, ainda, ao fomentar uma nova dinâmica de poder relativamente aos atores sociais.

No que tange à fixação de “standards” protetivos, a título exemplificativo, no caso Campo Algodonero, foram estabelecidos requisitos para a definição de “feminicídio”, qualificado como homicídios em face de mulheres por razão de gênero. Também foi imposto ao Estado do México o dever de investigar, sob a perspectiva de gênero, as graves violações ocorridas – uma vez mais, a Corte vem a aclarar o alcance deste dever estatal. No caso Maria da Penha, foi delineado o conceito de violência contra a mulher e sua relação com a discriminação estrutural fundada nas relações de gênero, com destaque à obrigação dos Estados de atuar com a devida diligência para

26 Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA, **Informe 54/01, caso 12.051**, Maria da Penha Fernandes v. Brasil, 16/04/01, Recomendações. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>, [19/12/02].

27 Economista é preso 19 anos após balear a mulher, **Folha de São Paulo**, 31 de outubro de 2002.

28 No Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 2003, no capítulo sobre Situação Referente ao Cumprimento de Recomendações da CIDH (disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/index.htm> – acesso em: 09 nov. 2021.) verifica-se que o Estado Brasileiro informou à Comissão sobre o andamento do processo penal em trâmite contra o responsável pelas agressões e tentativa de homicídio a que se refere a recomendação n.º 1. Posteriormente, a Comissão teve conhecimento de que a sentença que condenou à pena de prisão do responsável havia sido executada.

prevenir, investigar e punir a violência contra as mulheres, cometida tanto por atores estatais, como atores não estatais. A Comissão endossou o dever do Estado de atuar com a devida diligência para prevenir, investigar, processar, punir e reparar a violência contra a mulher, assegurando às mulheres recursos idôneos e efetivos<sup>29</sup>.

Observe-se que, na experiência brasileira, ambos os casos apresentaram relevante impacto, compreendendo a adoção da Lei “Maria da Penha” (Lei n. 11.340/2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo medidas para a prevenção, assistência e proteção às mulheres em situação de violência) e da Lei do feminicídio (Lei n. 13.104/2015, que prevê o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio), dentre outros.

Como demonstram os dois casos destacados, a marca singular do sistema interamericano é o instituto da chamada reparação integral. No campo dos direitos humanos das mulheres, em especial do direito à uma vida livre de violência tanto nas esferas pública como privada, as decisões do sistema interamericano invocam uma extraordinária força invasiva. Não apenas se limitam a fixar indenização ou compensação pecuniária às vítimas, mas avançam na imposição de medidas preventivas, garantias de não repetição, bem como medidas atinentes ao combate à impunidade. Por exemplo, no caso Maria da Penha, não apenas a Comissão Interamericana determinou o pagamento de indenização à vítima, como ainda determinou ao Estado o combate à impunidade, a fim de que concluísse de forma rápida e efetiva o processo penal envolvendo o responsável pela agressão. Impôs ao Estado, ademais, o dever de promover a capacitação de funcionários da justiça em direitos humanos e combater os padrões estereotipados e discriminatórios em face das mulheres.

Sob a perspectiva de gênero, o sistema interamericano tem tido a força catalizadora de propiciar avanços no âmbito doméstico, seja no campo normativo, seja no campo das políticas públicas, fortalecendo a proteção dos direitos humanos das mulheres e o seu mais essencial direito ao respeito e à dignidade.

## REFERÊNCIAS

15 years of The United Nations Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/15YearReviewofVAWMandate.pdf>. Acesso em: 02 set. 2021.

ATHIAS, Gabriel. Economista é preso 19 anos após balear a mulher. **Folha de São Paulo**, Violência, 31 de outubro de 2002. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3110200210.htm>. Acesso em: 02 set. 2021.

BARTLETT, Katharine T. **Gender and law**. Boston: Litle, Brown & Company, 1993.

BUERGENTHAL, Thomas. Prólogo. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BUNCH, Charlotte. Transforming human rights from a feminist perspective. In: BUNCH, Charlotte. **Women’s rights human rights**. New York: Routledge: 1995.

CARMONA CUENCA, Encarna. La Perspectiva de género em la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia **Ius Constitutionale Commune na América Latina – pluralismo e inclusão: vol II**. Curitiba: Juruá, 2016.

<sup>29</sup> Ver Comissão Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la Justicia para las Mujeres víctimas de violencia em las Américas, OEA/Ser L./V/II Doc.68, 20/01/2007.



- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (OEA). **Relatório anual 2000**. Relatório n° 54/01. Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, Brasil, 4 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 02 set. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México**. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf). Acesso em: 02 set. 2021.
- FACIO, Alda. **Cuando el genero suena cambios trae**. San José da Costa Rica: ILANUD – Proyecto Mujer y Justicia Penal, 1992.
- FLORES, Joaquín Herrera. **Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência**. Mimeo.
- FRASER, Nancy. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a postsocialist age. In: FRASER, Nancy. **Justice Interruptus**. Critical reflections on the “Postsocialist” condition. NY/London: Routledge, 1997.
- FRASER, Nancy. Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia. **Informe Mundial sobre la Cultura**, Unesco, 2000-2001.
- FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition?** A political-philosophical exchange, London/NY: Verso, 2003.
- GUTMANN, Amy. **Multiculturalism**: examining the politics of recognition. Princeton: Princeton University Press, 1994.
- HENKIN, Louis *et al.* **International law**: cases and materials. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993.
- HONNETH, Axel. **The Struggle for Recognition**: the moral grammar of social conflicts. Cambridge/Massachusetts: MIT Press, 1996.
- HURRELL, Andrew Power. Principles and prudence: protecting human rights in a deeply divided world, In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. **Human rights in global politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- LAFER, Celso. Prefácio. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LOCHAK, Daniele, **Les Droits de l’homme**. nouv. edit. Paris La Découverte, 2005.
- LOUIS, Henkin *et al.* **Human Rights**. New York: New York Foundation Press, 1999.
- MACKINNON, Catharine. Toward feminist jurisprudence. In: SMITH, Patricia (ed.). **Feminist jurisprudence**. New York: Oxford University Press, 1993.
- OFFICE THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. **Violence against women**. 29/01/92. CEDAW General recommendation, n. 19, A/47/38. Disponível em: [https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights\\_library/treaty/data/CEDAW\\_GC\\_19e.pdf](https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights_library/treaty/data/CEDAW_GC_19e.pdf). Acesso em: 02 set. 2021.
- PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. Conspiração contra a Impunidade. **Folha de São Paulo**, Opinião, Tendências/Debates, p. A3, 25 nov. 2002. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2511200210.htm>. Acesso em: 02 set. 2021.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, p. 11-32, jun. 1997. Disponível em: [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao\\_multicultural\\_direitos\\_humanos\\_RCCS48.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF) / <https://ces.uc.pt/rccs/index.php?id=628>. Acesso em: 02 set. 2021.
- SCALES, Ann. The emergence of feminist jurisprudence: an essay. In: SMITH, Patricia (ed.). **Feminist jurisprudence**. New York: Oxford University Press, 1993.
- SEN, Amartya, **Identity and violence**: the illusion of destiny. New York/London: W.W.Norton & Company, 2006.
- TAYLOR Charles. The politics of recognition. In: TAYLOR, Charles *et al.* **Multiculturalism** – examining the politics of recognition. Princeton: Princeton University Press, 1994.
- TIME FOR ACTION: The National Council’s Plan for Australia to Reduce Violence against Women and their Children, 2009-2021. Disponível em: [https://www.dss.gov.au/sites/default/files/documents/05\\_2012/a\\_snapshot.pdf](https://www.dss.gov.au/sites/default/files/documents/05_2012/a_snapshot.pdf). Acesso em: 02 set. 2021.
- TONG, Rosemarie Putnam. **Feminist Thought** – a more comprehensive introduction. Oxford: Westview Press, 1998.
- WEST, Robin. Jurisprudence and gender. In: SMITH, Patricia (ed.). **Feminist jurisprudence**. New York: Oxford University Press, 1993.
- YOUNG, Iris. **Justice and the politics of difference**. Princeton: Princeton University Press, 1990.

## CAPÍTULO 2

# LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE LA PRIMAVERA MAGREBÍ EN ARGELIA Y MARRUECOS: INDICADORES PRIVILEGIADOS DEL ALCANCE DEL PROCESO DE DEMOCRATIZACIÓN<sup>1</sup>

María Angustias Parejo

Ewa K. Strzelecka

### 1 INTRODUCCIÓN

Las reformas constitucionales producen y a la vez son producto de los cambios políticos y, como tales, representan una dimensión relevante en el análisis de las reconfiguraciones socio-políticas en el mundo árabe. En este texto se analizan los diferentes procesos de las reformas constitucionales que se han producido en el Magreb (Argelia y Marruecos) tras las movilizaciones sociales y revueltas de 2011. La hipótesis de partida es que los procesos de reforma constitucional inciden de forma determinante en la naturaleza y el alcance de los procesos del cambio político. La existencia de un procedimiento democrático de reforma constitucional y un amplio consenso, que emerja de la voluntad de la ciudadanía expresada libremente, en torno al pacto y al modelo de convivencia constitucional, constituyen indicadores privilegiados del proceso de democratización.

El propósito de este trabajo es conocer y comparar los últimos procesos de reforma constitucional en los dos países mencionados con el objetivo de ofrecer las claves explicativas de estos procesos y proponer una tipología de las dinámicas de reforma constitucional y de su alcance en el Magreb. Las dimensiones de análisis incluyen los procedimientos (las instituciones y las normas), el consenso y el disenso a lo largo del proceso constitucional y el contenido de dichas reformas constitucionales (dispositivos democráticos y dispositivos autoritarios). El énfasis se pone en los elementos más relevantes de los procesos de cambio constitucional y de los contenidos de las nuevas constituciones, prestando una atención particular a los aspectos relacionados con el poder de los jefes de Estado, las reformas más debatidas y las mejoras concedidas a las mujeres, siendo éste uno de los grupos principales del movimiento pro-democrático en las protestas y movilizaciones árabes.

Seguidamente abordaremos los dos casos analizados: Argelia, Marruecos y finalizaremos con unas reflexiones a modo de conclusión.

<sup>1</sup> Este texto es un versión más amplia y revisada de dos casos (Argelia y Marruecos) de un capítulo dedicado a los procesos de reforma constitucional en el Mundo Árabe: “Constitutional reforms processes”, en Inmaculada Szmolka (ed.), *Political Change in Middle East and North Africa. After the Arab Spring*, Edinburgh University Press, Edinburgh, p. 115-142.

## 2 ARGELIA: NUEVA CONSTITUCIÓN Y VIEJO STATUS QUO

El presidente argelino Abdelaziz Bouteflika<sup>2</sup> (en el poder desde 1999 hasta su dimisión el 2 de abril de 2019) anunció en abril de 2011 una reforma constitucional<sup>3</sup>, con la cual logró paliar el descontento popular y contener las revueltas y movilizaciones de la Primavera Árabe en el país<sup>4</sup>. La primera fase del proceso constitucional consistió en un diálogo paralelo: por un lado, con la sociedad civil y, por otro, con los líderes políticos; esta fase se promovió desde mayo de 2011, para escuchar las propuestas ciudadanas del cambio. La segunda fase comenzó con el establecimiento por el presidente de una comisión especial de cinco expertos y profesores universitarios, que trabajaron desde abril de 2013 hasta mayo de 2014 para preparar el primer proyecto de revisión constitucional, en el que se tuvieron en cuenta las propuestas realizadas previamente por los diferentes actores políticos y sociales. Hay que destacar que las propuestas de los partidos políticos y de la sociedad civil tuvieron un carácter meramente consultivo, y no decisivo, y que se realizaron en reuniones a puerta cerrada, con lo cual su implementación en realidad dependía de la voluntad del régimen.

El proceso constitucional se aceleró tras las elecciones presidenciales del 17 de abril de 2014. Los seis candidatos a la presidencia<sup>5</sup> consideraron la reforma constitucional como una prioridad, aunque tenían diferentes puntos de vista respecto al contenido de la nueva Constitución. Dado que Abdelaziz Bouteflika fue reelegido como presidente<sup>6</sup>, se procedió con su visión de la reforma. El 7 de mayo de 2014 el presidente presentó la hoja de ruta del proceso constitucional ante el Consejo de Ministros, incidiendo en la búsqueda del consenso entre las fuerzas políticas y sociales para ensanchar las islas de democracia en Argelia. De acuerdo con la decisión tomada en esta reunión, se lanzó, el 15 de mayo de 2014, una invitación a 150 organizaciones políticas y sociales para la segunda ronda de consultas sobre el proyecto constitucional. El 16 de mayo, la propuesta de las enmiendas fue publicada también en la página web de la presidencia, con la intención de promover

2 Abdelaziz Bouteflika ha sido hasta ahora el Presidente de la República con un mandato de mayor duración, 20 años (1999-2019). Le seguirían Houari Boumediene (1965-1978) y Chadli Bendjedid (1979-1992), ambos con una permanencia en la Jefatura del Estado de 13 años. A mucha distancia le siguen Liamine Zerual con 4 años (1994-1998) y Ahmed Ben Bella con 3 (1962-1965). La más fugaz de las presidencias con un final dramático fue la de Mohammed Boudiaf que apenas estuvo unos meses como Presidente de la República en 1992. Sobre la estructura del poder y el funcionamiento de este régimen de autoritarismo electoral hegemónico (Diamond, 2002: 31) véase Bustos y Mañé (2013).

3 La primera Constitución argelina fue promulgada en septiembre de 1963 bajo el mandato del primer presidente de la República, Ahmed Ben Bella. Este texto fundamental ha sido revisado hasta 2016 en 5 ocasiones más: en 1976 bajo la presidencia de Houari Boumediene, en 1989 con el Presidente Chadli Bendjedid, en 1996 con el presidente Liamine Zerual y en 2002, 2008 ya bajo la presidencia de Abdelaziz Bouteflika (Oficina Diplomática del M AA EE, 2019:4)

4 “A finales de 2010 y coincidiendo con el inicio de las protestas en Túnez hubo en Argelia una serie de protestas motivadas por la subida del precio de los alimentos como el azúcar y el aceite. Alentadas por los acontecimientos en Túnez y en Egipto las protestas continuaron y hubo un intento por parte de los elementos de la oposición (partidos políticos, organizaciones de la sociedad civil, sindicatos autónomos) de coordinar unas protestas con un carácter más político con la creación a finales de enero de 2011 de la Coordinación para el Cambio y la Democracia (CNCD) que convocó en Argel varias manifestaciones pidiendo el levantamiento del Estado de excepción en vigor desde 1992 así como la supresión de las medidas represivas impidiendo el desarrollo de la participación política, la libertad de expresión y de asociación entre otros. Sin embargo estos intentos de movilización fracasaron por un lado debido al desproporcionado despliegue policial movilizado para neutralizarlas y por las divisiones que pronto escindieron la plataforma recién creada” Mañé, Thieux, y de Larramendi (2016: 28) y Thieux, (2011).

5 “Entre los 5 rivales de Bouteflika, si es que podemos hablar de tales, se encuentran Ali Benflis, ex primer ministro y hombre que desafió a Bouteflika hace una década, Luisa Hannún, única mujer y líder de un partido de izquierdas a los que se añaden tres figuras del movimiento nacionalista que no destacan especialmente ni por su personalidad ni por su apoyo popular” (Bustos, 2014: 3).

6 “À maintes reprises cette révision avait été reportée. Sans doute une manière de gagner du temps et d’annihiler tout effet du « printemps arabe » sur l’Algérie. Toutefois, la maladie du président Bouteflika et les incertitudes liées à sa candidature pour un quatrième mandat ont également contribué au report de cette révision, tant il est vrai qu’elle avait suscité maintes interrogations quant à sa portée et son contenu. Il n’en demeure pas moins, que le quatrième mandat a eu pour effet de débloquer ce projet d’amendement constitutionnel et d’en orienter le contenu” (Cherif, 2017: 2).

una mayor transparencia y asegurar que los medios de comunicación y la opinión pública estuvieran involucrados en el proceso.

La mayoría de los partidos de la oposición rechazaron la invitación del régimen para participar en la consulta, cuestionando la credibilidad y la transparencia del proceso. De las 150 organizaciones invitadas, una 134 aceptaron la invitación para participar en la consolidación del proyecto, incluyendo: 30 personalidades de las 36 convocadas, 52 partidos políticos de 64 de la lista, todas las 37 organizaciones y asociaciones nacionales y 12 profesores universitarios invitados. Ahmed Ouyahia, el Primer Ministro, fue designado por el presidente Bouteflika para supervisar el proceso de las consultas. En total, entre el 1 de julio y el 8 de julio de 2014, se llevaron a cabo unas 114 reuniones con los y las representantes de diferentes grupos sociales y políticos, y unas 30 contribuciones por escrito fueron recibidas para tenerlas en cuenta en la redacción de la reforma. Tras la revisión de las propuestas, el presidente Bouteflika se reunió, entre el 14 y el 28 de diciembre de 2015, con un consejo restringido de seis miembros del gabinete, todos varones, para finalizar el proyecto constitucional. El borrador final recibió el visto bueno del presidente el 28 de diciembre de 2015 y posteriormente, el 11 de enero de 2016, fue aprobado por el Consejo de Ministros.

En la presentación pública del proyecto, el gobierno declaró que el 70 por ciento de las enmiendas de la Constitución reflejaban las propuestas colectivas de los actores políticos y sociales que participaron en la consulta. No obstante, este resultado fue ampliamente cuestionado por los partidos de la oposición, que rechazaron la nueva Constitución al calificarla como un cambio cosmético y no como una reforma de fondo. A pesar de estas críticas, el proyecto constitucional fue aprobado, el 7 de febrero de 2016, por una abrumadora mayoría en las dos Cámaras del Parlamento<sup>7</sup>, gracias al control que el Frente Nacional de Liberación (FLN), partido cercano al presidente Abdelaziz Bouteflika, ejerce en el parlamento. Unos 512 parlamentarios acudieron a la sesión de votación, de los cuales 499 votaron a favor del proyecto constitucional, 2 en contra y 16 se abstuvieron. La nueva Constitución fue promulgada por el presidente Bouteflika el 6 de marzo de 2016. El 7 de febrero de 2016 se creó el Comité de Seguimiento e Implementación que está a cargo de la implementación de las enmiendas constitucionales, aunque la oposición permanece escéptica sobre el mecanismo de control y la puesta en marcha de un cambio real.

Entre las modificaciones más importantes que se introducen en la Constitución de 2016 están: la limitación del mandato presidencial a dos periodos consecutivos, la ampliación de los poderes del parlamento, la selección del Primer ministro entre la mayoría parlamentaria en vez de ser designado por el Presidente, la creación de una Comisión Electoral Independiente, la expansión de los derechos y las libertades ciudadanas, la creación de nuevos consejos nacionales para responder a las cuestiones emergentes, y la promoción de una identidad nacional multilingüe, reconociendo el tamazigh como lengua oficial junto al árabe.

<sup>7</sup> Los diputados conocieron el proyecto de reforma el miércoles 3 de febrero de 2011, cuatro días antes de la votación en la Cámara de Representantes (EFE, 2016).

Con las modificaciones introducidas, la posición del presidente de la República ha variado ligeramente, aunque los cambios no han afectado de forma sustantiva a sus poderes y privilegios para gobernar. El presidente sigue gozando de amplios poderes como jefe del Estado, presidente del Consejo de Ministros y el Comandante en Jefe de todas las fuerzas armadas de la República. Tiene poderes para nombrar a todos los jefes de los principales puestos administrativos, políticos, judiciales, diplomáticos, de seguridad nacional y del Banco de Argelia. La novedad está en que para nombrar al Primer Ministro el presidente necesita contar con el visto bueno de la mayoría parlamentaria. Un cambio positivo se ve también en la vuelta a la limitación de dos mandatos presidenciales de cinco años, que se había modificado en 2008, lo que permitió al presidente Bouteflika acceder a un tercer mandato en 2009 y un cuarto en 2014. Así, el futuro presidente podrá gobernar por un máximo de diez años. Hay que destacar que esta concesión del régimen se dio en un contexto marcado por la actual incertidumbre vinculada al delicado estado de salud del presidente Bouteflika y a su avanzada edad entonces de 79 años.

La Constitución de 2016 introduce, además, cambios relevantes en los criterios para poder presentarse como candidato a las elecciones presidenciales. Los candidatos a la presidencia deben tener un origen puramente argelino, ser de padres argelinos, no estar casados con una persona con nacionalidad diferente de la argelina, no tener una nacionalidad extranjera, y residir en Argelia por lo menos diez años antes de presentarse a las elecciones presidenciales<sup>8</sup> (art. 87). Estas medidas no solamente eliminan la posibilidad de un avance social y político de las personas de origen inmigrante, sino que también restringen la participación política de los argelinos con doble nacionalidad, lo cual puede afectar a los miembros de la oposición que viven en diáspora, sobre todo en Francia.

La Constitución de 2016 introduce algunas mejoras en las cuestiones de los derechos humanos, incluyendo la explicitación de las libertades de reunión y de prensa, y la introducción de las menciones de reconocimiento a las mujeres y a los jóvenes. El principio de igualdad y la no-discriminación por motivo de género (art. 32), así como la promoción de la participación política de las mujeres (art. 34), que estaban garantizados en las constituciones anteriores. La Constitución de 2016 introduce como novedad las medidas para promover la igualdad de género en el mercado laboral, y promocionar a las mujeres en los puestos de toma de decisiones (art. 36). Hay que destacar que las asociaciones de mujeres han participado activamente en las consultas sobre el proyecto constitucional a lo largo de los cuatro años del proceso, aunque el número de sus representantes fue bastante simbólico. En la segunda ronda de consultas tan sólo tres asociaciones de mujeres fueron invitadas para participar en la consolidación del proyecto constitucional, lo cual evidencia la dificultad de las activistas argelinas para negociar con el Estado el avance en su agenda feminista.

<sup>8</sup> "Cette disposition a soulevé une levée de boucliers, non pas entre les partis au pouvoir et ceux de l'opposition, mais entre les partenaires de la même coalition à savoir le Front de Libération Nationale (FLN) et le Rassemblement National Démocratique (RND). Si pour le RND et à sa tête son secrétaire général, Ahmed Ouyahia, cette limitation est plus que nécessaire, en raison du caractère hautement sensible des postes à occuper, pour l'ex-secrétaire général du FLN, Amar Saidani, en revanche, cette exclusion est anticonstitutionnelle" (Cherif, 2017: 6)

## 2 MARRUECOS: NUEVA REDEFINICIÓN DE LA MONARQUÍA DE SU CONTROL SOBRE LA ESCENA POLÍTICA Y AVANCES DEMOCRÁTICOS

La monarquía marroquí ha desarrollado en estas últimas cinco décadas una asombrosa capacidad de gestionar y responder a las crisis sociales y políticas con el recurso a la revisión constitucional<sup>9</sup>. La reforma constitucional de julio de 2011 se realiza en un contexto de movilización<sup>10</sup> y de toma de la calle por parte de ciudadanos insatisfechos que reclaman un cambio radical del sistema. Resulta inevitable analizar el proceso apresurado de reforma de la Constitución como una estrategia de reacción rápida del régimen ante el desafío que supone la emergencia de un movimiento autónomo e inédito que cuestiona las reglas de juego imperantes. La respuesta del poder a las reivindicaciones populares expresadas por el Movimiento 20 de febrero (Mouvement du 20 février, M20F) (Desrues, 2012 e Izquierdo y Feliu, 2016) y sus plataformas de apoyo profundiza en el controvertido proceso de liberalización emprendido en los años noventa (Parejo, 2010a: 92 y 2010b: 365-367), y ha sido aplaudida en general en los ámbitos internacionales (especialmente en la Unión Europea y en Estados Unidos) como un ejemplo a emular en el Mundo Árabe. Sin embargo, a pesar de las aparentes concesiones, la monarquía no ha cedido ninguna de sus prerrogativas esenciales, y únicamente ha redefinido su control sobre la escena política marroquí. Esta reforma dista mucho de esa “monarquía constitucional, democrática, parlamentaria y social” enunciada en el primer artículo del reciente texto de 2011, es una monarquía gobernante (Bendourou, 2012) y no ha supuesto un cambio en la naturaleza autoritaria del régimen. Marruecos sigue siendo un régimen de autoritarismo cuasi competitivo donde la autonomía del gobierno y del parlamento se haya subordinada a una monarquía de carácter ejecutivo y legislativo, aunque se permita una competencia política limitada (Feliu y Parejo, 2013: 88-91).

El discurso del rey Mohamed VI de 9 de marzo de 2011 da el pistoletazo de salida del proceso de reforma. Este famoso discurso real establece el marco y las directrices generales de la reforma; sus dos temas estrella son la constitucionalización de la regionalización (Ojeda y Suárez, 2013; Parejo y Feliu, 2013) y del reforzamiento y equilibrio de poderes (sobre todo del parlamento y gobierno tal como consta en el fundamento cuarto).

Poco después, el 11 de marzo, se crea la Comisión Consultiva para la Reforma de la Constitución (Commission consultative pour la réforme de la Constitution, CCRC), bajo la égida del jurista Mennouni y compuesta por 18 miembros designados por el rey. Esta Comisión inicia las audiciones el 28 de marzo, en las que diferentes actores político-sociales debían presentar sus propuestas. Paralelamente a la Comisión, se articuló el Mecanismo Político de seguimiento de la Reforma de la Constitución (Mécanisme politique de suivi et d'échange de points de vue sur la révision de la Constitution, MPS), dirigido por el consejero real Moâtassim, concebido oficialmente como un espacio de debate constructivo y participación de los partidos, sindicatos y demás actores políticos en la supervisión del proceso de elaboración de la constitución (Desrues, 2012: 370).

<sup>9</sup> La primera constitución es la de 1962, le siguen cinco reformas constitucionales de mayor calado, la de 1970, 1972, 1992, 1996 y la más reciente de 2011. A ellas hay que añadir tres breves revisiones sobre temas puntuales, dos en 1980 y una en 1995. Sobre los diferentes referéndum y procesos electorales habidos desde 1960 hasta el 2000 véase López, 2000.

<sup>10</sup> Sobre las movilizaciones y revueltas de Marruecos durante el siglo XX y XXI véase Feliu, Mateo e Izquierdo (2019).

El texto final del proyecto de la nueva Constitución no disfrutó de mucho tiempo para ser debatido por los partidos y sindicatos miembros del MPS. Se presentó oralmente en el Mecanismo una exposición de los principios y orientaciones de base del proyecto el 7 de junio y sus miembros no recibieron el texto íntegro por escrito hasta el 16 de junio. El 17 de junio el monarca anunció a todos los marroquíes el inminente referéndum en el que el texto debería ser aprobado. La campaña de la consulta comenzó el martes 21 de junio y terminó al filo de la medianoche del 30 de junio. Aplicando escrupulosamente el Código electoral sólo tenían derecho a participar los partidos políticos y organizaciones sindicales inscritas legalmente en la fecha de su inicio. Así, la mayor parte del Movimiento 20 de febrero, no organizado formalmente, se vio excluido del proceso. Aunque ésta es la primera vez que se ha permitido a los partidos y sindicatos legales contrarios a la reforma expresar libremente en los medios de comunicación pública. Casi todos los partidos de la arena política marroquí (oficialistas, oposición institucional<sup>11</sup> y partidos nuevos o más pequeños) participaron activamente en los dispositivos de consulta constitucional e hicieron campaña a favor del nuevo texto. Sólo dos pequeñas formaciones de izquierdas y un sindicato (Partido de la Vanguardia y el Socialismo, PADS; Congreso Nacional Ittihadi, CNI y Confederación Democrática del Trabajo, CDT), en un primer momento deciden participar en el procedimiento de elaboración de la constitución y posteriormente abandonan el Mecanismo político. La disidencia abierta y total con el proceso de elaboración constitucional y ulterior referéndum la encarnan la oposición semi-institucional (Partido Socialista Unificado, PSU; Movimiento por la Comunidad, MC y Unión Nacional de Fuerzas Populares, UNFP) y la oposición no institucional (Vía Democrática, VD; Justicia y Espiritualidad y Juventud Islámica). El movimiento 20 de febrero por su parte – a pesar de la autonomía de cada una de las coordinaciones locales, que funcionan a través de la convocatoria de asambleas, lo que da lugar a diferencias en cuanto a estrategias y contenidos – opta en conjunto por la no colaboración ni con el CCRC, ni con el MPS, y por el boicot al referéndum.

La consulta se celebró el 1 de julio de 2011 y los resultados oficiales fueron publicados tras su certificación por el Consejo Constitucional el 16 de julio. La tasa de participación dentro del territorio nacional fue del 73,46%, la más baja de la historia de los referendos en Marruecos. En el cómputo global, teniendo en cuenta los sufragios expresados en el territorio nacional y en el extranjero, los votos afirmativos fueron un 98,50% (Kirhlani y Fernández, 2011: 3).

Una de las novedades más destacadas de la nueva arquitectura político-constitucional en Marruecos es el nuevo estatuto del gobierno. La constitucionalización de un gobierno representativo ilustra el combate entre los principios democráticos y la persistencia de un poder real activo. Todas las constituciones preservan, con matices, un ejecutivo dual desequilibrado. En 2011 aparece una nueva dualidad del ejecutivo menos desequilibrada. El resultado adoptado es un poder ejecutivo compartido, que implica la necesaria colaboración entre un rey siempre actor y un jefe de gobierno al fin actor, relativizando la separación funcional y orgánica de poderes y mostrando la porosidad entre la monarquía y el resto de poderes establecidos (Parejo 2015: 25).

<sup>11</sup> Sobre la clasificación de la oposición en: institucional, semi-institucional y no institucional véase Parejo y Feliu 2013: 323-325; Parejo, 2015: 26 y 27 y Parejo, 2018.

Las voces más críticas con la nueva Constitución subrayan una serie de debilidades del texto constitucional. Entre ellas, la más importante es que la centralidad y la concentración de los poderes del monarca no se han visto afectadas. El rey sigue manteniendo grandes prerrogativas en el ámbito ejecutivo sin responsabilidad política: es el jefe del Estado (art. 42), y el Comendador de los Creyentes, la máxima autoridad religiosa del país (art. 41), preside las reuniones del Consejo de Ministros (art. 48), que determina las grandes líneas estratégicas de la política del Estado (art. 49), nombra al Jefe del Gobierno y nombra y cesa a los ministros, tras una consulta al Jefe del Gobierno (art. 47), ya no es sagrado, pero sigue siendo inviolable (art. 46) blindando su estatuto político-religioso .

El monarca conserva sus competencias legislativas intactas a través de la promulgación de los decretos reales, denominados *dahires* (art. 42), su facultad para dirigir mensajes a la nación y al Parlamento “que no pueden ser objeto de ningún debate” (art. 52) y su potestad para disolver el Parlamento (art. 51). Controla el ámbito de la defensa y seguridad y representación en el exterior, sigue siendo el “ Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas” y tiene el monopolio exclusivo sobre los nombramientos de los militares (art. 53) y de los embajadores (art. 55). Con el fin de consolidar aún más su control sobre la seguridad del Estado, preside el recién creado Consejo Superior de Seguridad (art. 54). Ha aumentado sensiblemente su perímetro de influencia con la constitucionalización y presidencia de numerosos consejos como el Consejo Superior del Poder Judicial (art. 56) y nombra a la mitad de sus miembros. En general, el rey no ha renunciado a ninguna de sus prerrogativas, y seguirá teniendo poder de veto sobre todas las decisiones importantes (Maghraoui, 2011: 694).

La otra parte de este ejecutivo dual es el gobierno. El nuevo estatuto del gobierno de 2011 consagra una parlamentarización del gobierno y del nombramiento del jefe del ejecutivo. El gobierno emana de la voluntad del parlamento y se establece explícitamente la investidura del gobierno tras haber obtenido el voto favorable de la mayoría de la cámara de representantes (art. 88). Al constitucionalizar un gobierno representativo se inicia un proceso de emancipación del gobierno del poder monárquico. Se han constitucionalizado algunos de los elementos esenciales de la democracia mayoritaria: la designación del jefe del gobierno en el seno del partido vencedor de las elecciones legislativas (art. 47) y el bicameralismo asimétrico. Se ha consagrado formalmente una doble autonomía del jefe del ejecutivo en relación al rey: primero, desaparece la responsabilidad del gobierno frente al rey (art. 60 de la Constitución de 1996), estableciendo formalmente sólo la responsabilidad frente al parlamento y segundo, el jefe del gobierno adquiere el derecho a disolver el parlamento (art. 104). Se han reforzado los poderes y el margen de autonomía del gobierno (la constitucionalización del consejo de gobierno, art. 92), pero persiste su debilidad frente al rey. Esta posición menos subordinada del gobierno, pero aún subordinada, se trasluce de las zonas grises de la Constitución donde puede entrar a jugar la denominada constitución material y en los dominios reservados del rey donde el gobierno no ejerce ninguna responsabilidad. Los límites del poder gubernamental se muestran nítidamente en los ámbitos religioso, de la seguridad y en el consejo de ministros (arts. 48 y 49) que dispone de “competencias políticas, estratégicas y simbólicas más fuertes que el consejo de gobierno”. (Parejo, 2015: 40-41).

La lucha del movimiento feminista y las asociaciones que reclaman la igualdad entre hombres y mujeres ha logrado avances significativos en materia de igualdad de género (Borrillo, 2019: 46-55; El Khamsi, 2012 y El Khamsi y Parejo, 2019). Por un lado, se ha conseguido un triunfo desde el punto de vista conceptual al



consagrar en la Constitución como titulares de derechos y deberes a “ciudadanos y ciudadanas” en los derechos de: iniciativa legislativa (art. 14), de petición a los poderes públicos (art. 15), de acceso a la información (art. 27), de ser electores y elegibles (art. 30) y en el deber de contribuir a la defensa de la patria y su integridad territorial (art. 37). Por otro lado, han cosechado logros sustantivos reseñables. Destacamos la ampliación de la esfera de la igualdad reconocida en el artículo 19 que dispone que “el hombre y la mujer gozan de igualdad de derechos y libertades de carácter civil, político, económico, social, cultural y medioambiental”, frente al antiguo artículo 8 de la Constitución de 1996, que sólo garantizaba la igualdad de derechos políticos. En el mismo artículo 19 el Estado promueve la realización de la paridad entre hombres y mujeres constitucionalizando una Autoridad por la paridad y la lucha contra toda forma de discriminación (desarrollada con posterioridad en el art. 164). Se consagra el compromiso del Estado con la elaboración e implementación de políticas públicas que traten y prevengan la vulnerabilidad de ciertos colectivos de mujeres, madres, niños y ancianos (art. 34). La igualdad de género se traslada asimismo a la estructura institucional del Estado, así el artículo 115 dispone que en el Consejo Superior del Poder Judicial habrá una representación de mujeres jueces, asegurada entre los diez miembros electos, en proporción a su presencia en los cuerpos de la magistratura (Melero y Fernández, 2012: 9). Finalmente hay un compromiso para asegurar una mayor participación de las mujeres en la gestión de las colectividades locales y territoriales (art. 146).

Tabla 1 – Los procesos constitucionales más recientes en Argelia y Marruecos

Dimensiones	Factor desencadenante	Impulso y liderazgo	Representación e interacción política	Normativa determinante del proceso	Mecanismos institucionales	Proceso	Reformas	Mecanismos de aprobación	Referéndum constitucional (Aprobación / Participación electoral)
<b>Argelia Constitución 2016</b>	Re-vueltas populares	Presidente	Inclusión condicionada y superada y auto-exclusión	Constitución 2008 Ley para la revisión constitucional de 2014	– Dos rondas de consultas con los actores sociales y políticos; -Comisión de 5 miembros de expertos	Semi-transparente	Mayor consenso aunque sin unanimidad, rechazado mayoritariamente por la oposición	Votación conjunta de ambas Cámaras del Parlamento y la Promulgación por el Presidente de la República.	No

<b>Marruecos</b> <b>Constitución</b> <b>2011</b>	Re-vueltas Populares	Monarca	Inclusión condicionada, exclusión y autoexclusión	Discurso Real de 9 de marzo de 2011	-Comisión Consultiva para la Reforma de la Constitución -Mecanismo Político de Seguimiento de la Reforma de la Constitución -Gabinete Real -Rey	Semi transparente	- Consenso dirigido entre la mayor parte de las fuerzas políticas -Disenso de la oposición semi-institucional, no institucional y el Movimiento 20 de Febrero	Referendum 1 de julio de 2011	Si 98,50% 73,46%
--	----------------------	---------	---	-------------------------------------	--	-------------------	--	-------------------------------	------------------------

**Fuente:** Elaboración propia por las autoras

### 3 CONCLUSIONES

La hipótesis de partida de esta investigación de que los procesos de reforma constitucional inciden de forma determinante en la naturaleza y el alcance de los procesos del cambio político ha sido parcialmente confirmada. Los procesos constitucionales son relevantes, pero no determinantes de los cambios políticos cuya naturaleza es mucho más compleja. Los procesos políticos están estructurados por las relaciones de poder que a su vez determinan la naturaleza y el alcance de los cambios constitucionales.

Las enmiendas constitucionales en Marruecos (2011) y Argelia (2016) fueron producto de las estrategias de supervivencia del régimen, y estuvieron promovidas desde arriba hacia abajo mediante un proceso que excluyó a los movimientos revolucionarios y a la oposición desleal al régimen. En Argelia, la participación de diferentes partidos políticos y de la sociedad civil en el proceso constitucional se limitó a consultas de carácter no-vinculante y se desarrolló bajo la orientación del régimen, con lo cual algunos grupos de la oposición rechazaron la invitación del gobierno para participar en el proceso constitucional. Es más, el Frente de Liberación Nacional (FLN), cercano al presidente Bouteflika, logró imponer su mayoría en las dos Cámaras del Parlamento para vencer a la oposición y aprobar la Constitución de 2016 por una abrumadora mayoría. En Marruecos el proceso de elaboración de la nueva Constitución permitió a las autoridades introducir algunas de las demandas políticas expuestas en los últimos años, sin perder por ello el control del proceso. La operación de reforma refocalizó el debate hacia un texto enmarcado en los ejes de referencia vigorosamente influidos

por el discurso real de 9 de marzo, que delimitó los contornos del marco epistémico de lo posible. Se observó la capacidad de palacio de definir la agenda y el espacio público de discusión con un discurso argumentativo basado en la participación y el consenso. El proceso de reforma consigue galvanizar al conjunto de los actores y los sitúa a un lado u otro de la frontera de la inclusión. En este sentido es importante subrayar que, por primera vez, se ha dejado participar en la campaña política previa al referéndum, a los actores políticos legales contrarios a la reforma. Asimismo es reseñable que la tasa de participación electoral en el referéndum fue una de las más bajas de la historia de este tipo de consultas.

Los amplios poderes de los jefes del Estado en Argelia, Marruecos no han quedado limitados, sino más bien redefinidos (Marruecos). Al mismo tiempo se han adoptado una serie de reformas liberalizadoras, tales como la limitación del mandato presidencial a dos legislaturas en Argelia, la constitucionalización de un gobierno representativo y del Consejo de Gobierno y un mayor perímetro de acción del Jefe del Gobierno en Marruecos, la dotación al parlamento marroquí de mayores poderes legislativos, reglamentarios y de control del ejecutivo, los avances selectivos en las cuestiones de los derechos humanos y las libertades civiles (Argelia y Marruecos) y las mejoras en las garantías de la igualdad y la no-discriminación por razón de sexo (Argelia, Marruecos). Si bien es necesario destacar que la lucha, la movilización, la presión, la participación y los logros de la agencia feminista marroquí han sido mayores que los de su homóloga argelina.

Si analizamos estos cambios constitucionales desde la propuesta teórica de Steven Heydemann (2007), podemos llegar a la conclusión de que se trata de unas reformas nominalmente liberalizadoras, pero que permitieron modernizar y reforzar los regímenes autoritarios en cuestión. La experiencia de las Primaveras Árabe, no obstante, debilita este argumento, ya que los regímenes represivos de Hosni Mubarak, Zine al-Abidine Ben Ali, Ali Abdullah Saleh and Muammar al-Qaddafi que utilizaron los mismos mecanismos en el pasado, no lograron sobrevivir a las revueltas populares (Pace and Cavatorta, 2012: 15). El alcance real de los cambios políticos en el Magreb mediante las reformas constitucionales queda entonces por determinar. Se requiere una perspectiva de más tiempo para poder vislumbrar cómo los regímenes híbridos marroquí y argelino han sido afectados y cómo las reformas constitucionales han impactado realmente en el movimiento del cambio.

## BIBLIOGRAFÍA

BENDOUROU, Omar. La consécration de la monarchie gouvernante. *L'Année du Maghreb*, VIII : 391-404, 2012.

BENYETTOU, Wissam. **Will Algeria start 2016 with a new constitution?** Long-awaited constitutional revision and the road to democratic transition. November 24, 2015.

BORRILLO, Sara. 'Women's Movements and the Recognition of Gender Equality in the Constitution-Making Process. *In: Morocco and Tunisia (2011-2014)*', en Ruth Rubio-Marín and Helen Irving (eds.). **Women as Constitution-Makers**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. pp. 31-67.

BUSTOS, Rafael. **Análisis preelectoral:** Argelia Elecciones presidenciales de abril 2014, OPEMAM. 2014.

BUSTOS, Rafael; MAÑÉ, Aurèlia. Algeria: post-colonial power structure and reproduction of elites without renewal. *En: IZQUIERDO, Ferran* (ed.). **Political regimes in the Arab World**. Oxon y Nueva York: Routledge, 2013. pp. 28-64.

- CHERIF, Dris. Algérie 2016: Révision constitutionnelle sur fond de normalisation de l'impunité". *L'Année du Maghreb*, 17, 2017, mis en ligne le 13 novembre 2017. DOI : <https://doi.org/10.4000/anneemaghreb.3286>. Disponible en : <http://journals.openedition.org/anneemaghreb/3286>. Acesso em: 02 set. 2021.
- DESRUES, Thierry. Le Mouvement du 20 février et le régime marocain: contestation, révision constitutionnelle et élections. *L'Année du Maghreb*, v. 8, p. 359-389, 2012.
- DIAMOND, Larry. Elections without Democracy. Thinking about Hybrides Regimes. *Journal of Democracy*, v. 13, n. 2, p. 21-35, 2002.
- DIAMOND, Larry; PLATTNE, Marc F. (eds.). **Democratization and authoritarianism in the Arab World**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2014.
- EL KHAMSI, Rajae. **Identidad y género: aproximación al discurso feminista en Marruecos**. Tesis Doctoral. Institut Universitari d'Estudis de la Dona, Universidad de Valencia. 2012.
- EL KHAMSI, Rajae; PAREJO, María Angustias (2019, 24-25 de octubre). **Participación y representación política de las mujeres en Marruecos: de la desigualdad a la acción positiva (1960-2019)** [ponencia]. 2019. XXII Encuentro del FIMAM, Institut Europeu de la Mediterrània (IEMed), Barcelona.
- FELIU, Laura; MATEO, Josep Lluís; IZQUIERDO, Ferran (ed.). **Un siglo de movilización social en Marruecos**. Bellaterra: Barcelona, 2019.
- FELIU, Laura; PAREJO, María Angustias. Morocco: the reinvention of an authoritarian system. *En: IZQUIERDO, Ferran (ed.). Political Regimes in the Arab World*. Oxon y Nueva York: Routledge, 2013. pp. 70-99.
- HEYDEMANN, Steven. **Upgrading authoritarianism in the Arab World**. Analysis Paper 13, Washington: The Brookings Institution, 2007.
- IZQUIERDO, Ferran; FELIU, Laura. Estructura de poder y desafíos populares. La respuesta del régimen marroquí al movimiento 20 de febrero. *Revista de Estudios Políticos*, n. 174, p. 195-223, 2016.
- KIRHLANI, Said; FERNÁNDEZ, Irene. Ficha electoral: Marruecos/Referéndum Constitucional 1 de julio de 2011. **Observatorio Electoral**. Taller de Estudios Internacionales Mediterráneos, Universidad Autónoma de Madrid, 2011.
- LÓPEZ, Bernabé. **Marruecos político**. Cuarenta años de procesos electorales (1960-2000). Madrid: CIS, 2000.
- MAGHRAOUI, Driss. Constitutional reforms in Morocco: between consensus and subaltern politics. *The Journal of North African Studies*, v. 16, n. 4, p. 679-699, 2011.
- MAÑÉ, Aurèlia; LAURENCE THIEUX, Laurence; LARRAMENDI, Miguel Hernando. **Argelia en la encrucijada: condicionantes, tendencias y escenarios**. Documento de Trabajo Opex, n. 82, 2016.
- MELERO, Noelia; FERNÁNDEZ, José Joaquín. Igualdad de género y desarrollo humano en Marruecos: cuestiones pendientes tras la Constitución de 2011. *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos*, v. 13, p. 1-15, 2012.
- OFICINA DIPLOMÁTICA DEL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES DE ESPAÑA. Ficha país. Argelia, República Argelina Democrática y Popular, 2019.
- OJEDA, Raquel; SUÁREZ, Angela. El Sahara Occidental en el marco del proyecto de regionalización avanzada marroquí. *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, v. 12, n. 2, p. 89-108, 2013.
- PACE, Michelle; FRANCESCO Cavatorta. The Arab Uprisings in Theoretical Perspective: an introduction. *Mediterranean Politics*, v. 17, n. 2, p. 125-138, 2012.
- PAREJO, María Angustias. Cambio y límites del cambio en Marruecos: propuestas de reforma constitucional sobre el Gobierno. **Revista CIDOB d'Afers Internacionals**, v. 109, 91-114, 2015.
- PAREJO, María Angustias. Las élites políticas de la oposición institucional en Marruecos: una polifonía de voces sobre la monarquía. **Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos**, v. 25, 93-117.
- PAREJO, María Angustias. Liberalización política y redefinición de la oposición: la *Kutla* y la reforma constitucional en Marruecos (1992-2006). **Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos**, n. 59, p. 91-114, 2010a.
- PAREJO, María Angustias. Los sonoros silencios sobre la reforma constitucional en el Marruecos de Mohamed VI. *En: PAREJO, María Angustias (coor.) Entre el autoritarismo y la democracia*. Los procesos electorales en el Magreb. Barcelona: Bellaterra, 2010b. pp. 365-412.
- PAREJO, María Angustias; FELIU, Laura. Identidad y regionalización: los actores políticos marroquíes ante la reforma constitucional de 2011. **Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas**, v. 12, n. 2, p. 109-126, 2013.
- SZMOLKA, Inmaculada. Political Change in North Africa and Arab Middle East: constitutional reforms and electoral processes. **Arab Studies Quarterly**, v. 36, n. 2, p. 128-148, 2014.

THIEUX, Laurence. **La sociedad civil y las perspectivas de cambio político en Argelia.** (ARI) 68/201 Real Instituto Elcano, 2011.

## CONSTITUCIONES

### Argelia

REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE. **The Algerian Constitution of 2016.** Disponible en: <http://www.joradp.dz/TRV/Fcons.pdf>

### Marruecos

CONSTITUTION DU MAROC 2011. Disponible en: [http://www.maroc.ma/fr/system/files/documents\\_page/BO\\_5964BIS\\_Fr.pdf](http://www.maroc.ma/fr/system/files/documents_page/BO_5964BIS_Fr.pdf)

# CAPÍTULO 3

## ESTADO LAICO Y ESTADO PLURINACIONAL: PILARES PARA CONSTRUIR LA PAZ DESDE Y PARA LAS MUJERES EN LA CONSTITUCIÓN DE ECUADOR

Eufemia Sánchez Borja

### INTRODUCCIÓN

El proceso Constituyente de Ecuador (2007-2008) y la Constitución de la República (2008) han sido estudiados desde diferentes perspectivas y ramas del saber. Esta propuesta pretende una lectura renovada, desde el enfoque de la paz y el feminismo, de dos preceptos constitucionales fundamentales en los que se descubre a las mujeres como agentes de transformación de las normas y la sociedad y, por lo tanto, se distingue su aporte en la construcción de paz. Estos son el Estado laico y el Estado Plurinacional.

Las páginas que siguen centran su mirada en destacar la participación política de las mujeres en la construcción del Estado laico y el Estado plurinacional en tanto que preceptos que guían la deconstrucción de las violencias estructural, simbólica y cultural. En la perspectiva de la paz, ambos preceptos se tornan fundamentales en el aporte a la construcción de la igualdad, la deconstrucción del estado uninacional y patriarcal; y la consiguiente edificación de la paz.

En esa dirección, se aborda el reconocimiento constitucional del Estado Laico desde la propuesta elevada por las mujeres organizadas y por las asambleístas constituyentes. Y se reconoce la incorporación del Estado Plurinacional no solo desde la concepción de las mujeres, sino como el resultado de un trabajo de la unión y capacidad de incidencia entre los dos movimientos organizados que cobraron mayor importancia durante la Constituyente: los movimientos de mujeres y los movimientos indígenas.

Los datos que se presentan en este artículo son parte de los hallazgos del estudio “Mujeres, política y paz. Entre la Preconstituyente y la Constitución de Montecristi” (2020)<sup>1</sup>. Con una perspectiva cualitativa y con un enfoque narrativo, se ofrece un análisis de discurso que se sustenta en las actas constituyentes y las entrevistas aplicadas a diferentes actrices de la Constituyente. Los que nos remiten a distinguir sus aportes y delinear conclusiones sobre su empoderamiento y su capacidad de acción en el cambio normativo desde y para las mujeres.

Los preceptos teóricos sobre los que se afianzan estas líneas provienen sobre todo de los estudios de la Paz Imperfecta que se unen a marcos conceptuales propios del Feminismo y los Estudios de las Mujeres. Estas

<sup>1</sup> Tesis doctoral. Sánchez Borja, Eufemia. Universidad de Granada. 2020.

nociones conceptuales entran en diálogo con la voz de las mujeres políticas que, como protagonistas de la construcción de la vigésima Constitución del Ecuador (2008), se expresan desde sus experiencias individuales, desde su memoria y desde los discursos pronunciados.

Ese entramado teórico se afina en los ejes de la matriz integradora y comprensiva propuesta por los estudiosos de la paz, quienes desarrollaron esta herramienta con cinco ejes para abordar diversos fenómenos sociales. Estos ejes son: (i) una teoría general de los conflictos; (ii) pensar desde una paz imperfecta; (iii) deconstruir la violencia; (iv) discernir las mediaciones e interacciones sistémicas entre conflictos, paz y violencia; y (v) el empoderamiento pacifista.

Se considera que estos núcleos permiten una capacidad estructurante en la que se ponen en debate, los cimientos monolíticos patriarcales vigentes hasta 2008, con las propuestas que las mujeres elevan a la discusión nacional. Discusiones que abren otros horizontes posibles de construcción y comprensión del Estado.

Destacar sus propuestas muestra cómo la participación política de las mujeres constituye un elemento transformador de las normas y las sociedades a través del cuestionamiento del *status quo* manifestado en el Estado uninacional y en un estado que declarado laico no asume las libertades, ni la autonomía para las mujeres.

Con esa mirada, la estructura que se plantea para revisar la introducción del Estado Laico y el Estado plurinacional en la Constitución tiene cuatro partes.

En la primera se hace una reconstrucción de la *perspectiva teórica y metodológica* que autoriza a reconocer a las mujeres como constructoras de paz. En este apartado se hace un recuento de los conceptos principales de la paz imperfecta y se expone las características de los ejes de la matriz integradora. Los que más adelante, permiten reconocer a las mujeres políticas como agentes activos de cambios políticos e institucionales con capacidad de incidencia en la vida de las mujeres y de la sociedad en su conjunto. Ese hallazgo se reconoce como parte de su potencia individual y colectiva que se refleja en su empoderamiento pacifista y feminista. Empoderamientos que se distinguen con claridad en la segunda parte del artículo.

*El Estado Laico: las mujeres en su construcción*, es el segundo bloque, donde se justifica el entramado narrativo que conjuga las voces de las mujeres con los ejes de la matriz integradora y las nociones del feminismo y los estudios de las mujeres. En él se comienza a delinear los resultados de su empoderamiento y su capacidad de incidencia.

La tercera parte *El Estado Plurinacional, mujeres y mediaciones* distingue la capacidad de articulación entre los movimientos de mujeres y los movimientos indígenas, que representados sobre todo por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador – CONAIE, unen sus voces con las de las mujeres en la búsqueda por construir espacios de igualdad y paz.

La cuarta y última parte, *Reconocimiento constitucional del Estado laico y el Estado Plurinacional* destaca la configuración de estos elementos constitutivos del Estado desde la percepción y propuestas de las mu-

jeros. En este apartado se reflexiona sobre el significado de su introducción en la vida de las mujeres, de las indígenas y en la edificación de un marco y una cultura de paz para toda la sociedad.

En todo el texto se rescatan las voces de las mujeres como patrimonio de la Constituyente y como testimonio de su participación empoderada. Con ese intangible se pretende relevar su aporte en la deconstrucción de las violencias estructural, simbólica y cultural y reconocerlas como motor de transformación de la norma y la sociedad.

En otras palabras se encuentran puntos de convergencia que unen a las mujeres y la construcción de la paz desde sus capacidades individuales y colectivas, con lo que se reconoce aquello que Martínez López y Mirón Pérez afirman, que “los estudios de las Mujeres y del Género y los Estudios de la Paz tienen puntos de contacto más profundos, puesto que los estudios de las mujeres contribuyen de manera directa a la construcción de un mundo más justo e igualitario y , por tanto, de la cultura de paz”.<sup>2</sup>

## 1 PERSPECTIVA TEÓRICA Y METODOLÓGICA

En el título “*Una Constitución para ellas*”, donde este artículo se cobija, sale a la luz no solo una manifestación urgente de un destinatario excluido, sino la importancia de la dimensión del pensamiento femenino en la participación del “para”. Es decir, se impone un “desde” las mujeres y trasluce un “para ellas”.

Como suele ser habitual, el lenguaje es un orientador en la magnitud de la fuerza del imaginario. Y en la construcción de las normas y las instituciones. En este caso, respecto de la concreción práctica de la realización de las mujeres como sujetos de derechos, que, en tanto sujetos activos que habitan la política, quienes además generan, inventan y descubren diversas formas de hacer, pronunciar y vivir en la política. Consecuentemente, su presencia brinda al campo político nuevas formas, estructuras y posibilidades de análisis.

En el caso ecuatoriano podemos referirnos a una Constitución desde ellas, para ellas, con ellas, por ellas y entre ellas y otros actores. Para demostrar esta afirmación y alcanzar el objetivo planteado acudimos a testimonios personales de las protagonistas y las intervenciones pronunciadas en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente.

Con el fin de entender los preceptos conceptuales que sostienen estas páginas, recurrimos a Francisco Muñoz, quien afirma que la paz es una noción teórica y una práctica humana que hacen posible “conocer [...] los recursos disponibles para crear unas mejores condiciones de bienestar humano y de equidad (como) una condición ‘*sine qua non*’ para avanzar en la consecución de estos logros. [...] Muchos de estos comporta-

<sup>2</sup> Martínez, Cándida; López Mirón María Dolores. **La paz desde la perspectiva de los Estudios de Género: una aportación fundamental para construir un mundo más igualitario, justo y pacífico.** Universidad de Granada, 2000. p. 125.



mientos pueden ser recuperados como ejercicios de lo que llamamos paz o derechos humanos.”<sup>3</sup> O, lo que el mismo investigador ha denominado *paz imperfecta*.

Este concepto puede enriquecerse conociendo que la paz conlleva decisiones y prácticas sociales, normativas y políticas y es un concepto que permite reconocer las diversas actuaciones de las personas individuales y colectivas. Entendemos así, que “la Paz, con mayúscula representa a todas las acciones humanas encaminadas a preservar el más alto grado de bienestar de las personas, los grupos y la especie, <sup>4</sup>” lo que se puede estudiar, también, como derechos humanos, respuesta a necesidades básicas y construcción de la dignidad humana. En otras palabras, construcción de igualdad, equilibrios dinámicos o lo que se reconoce en el feminismo como la práctica y reflexión política y filosófica por la búsqueda de igualdad.

## 1.1 COMPRENDER LAS VIOLENCIAS PARA DECONSTRUIRLAS

Deconstruir las violencias implica reconocerlas, distinguir sus formas evidentes y sutiles para correr los velos que las traslapan haciéndolas parecer naturales y constitutivas del poder. En ese sentido, Francisco Muñoz y Francisco Jiménez afirman que “el avance en la comprensión de la violencia ha sido, hasta cierto punto, paralelo a la ampliación del concepto de paz en el que no bastaba con la negación de la violencia directa sino que se asumía la relación entre paz y justicia”<sup>5</sup> Y ese enfoque es el que permite a la investigación para la paz “avanzar considerablemente en el estudio unitario de muchas manifestaciones y expresiones de la violencia cuyas explicaciones estaban agotadas o dispersas en los distintos ámbitos de las ciencias humanas y sociales.”<sup>6</sup>

Se apunta, por lo tanto, a comprender las violencias para desentrañar sus formas. Para ello se acude a Johan Galtung (1984) quien hizo un estudio pormenorizado sobre los tipos de violencia presentes en las sociedades. El autor diagramó esas formas en la metáfora de un *iceberg* con tres partes: Una parte visible y muy pequeña que deja ver una porción del conflicto, denominada violencia directa, que es la que se concreta con comportamientos y responde a diferentes actos de violencia manifiestos.

La violencia cultural, representada en el centro de la pirámide, es la que crea un marco legitimador de la violencia y se concreta en actuaciones naturalizadas por la sociedad, así como actitudes a las que nos volvemos tolerantes o ciegos, que se traducen o salen de las costumbres, tradiciones, o discursos discriminatorios que se repiten para segregar por sexo, raza, convicción ideológica, política, religiosa, color de la piel, ser portador de determinadas enfermedades, estatus migratorio, u otras condiciones.

3 Muñoz, A. Francisco; Herrera Joaquín; Molina, Beatriz; Sánchez, Sebastián. *Investigación de la paz y los derechos humanos desde Andalucía*. Colección Eirene Granada. Universidad de Granada, 2005. p. 13.

4 Muñoz, A. Francisco; Herrera Joaquín; Molina, Beatriz; Sánchez, Sebastián. *Investigación de la paz y los derechos humanos desde Andalucía*. Colección Eirene Granada. Universidad de Granada, 2005. p. 13.

5 Francisco Jiménez Bautista y Francisco Adolfo Muñoz Muñoz. *Violencia estructural*. En: Mario López Martínez (dir.), et al. *Enciclopedia de Paz y Conflictos: L-Z*. Edición especial. Tomo II. María José Cano (dir. de la colección); Elvira Muñoz (ilustraciones); Jose María Medina (cubierta). Granada (Granada, España): Editorial Universidad de Granada, 2004. 1227 p. Colección *Eirene*. Depósito legal GR/179-2004, ISBN de la obra completa: 84-338-3095-3. ISBN 84-338-3097-X. p. 1166-1168.

6 Francisco Jiménez Bautista y Francisco Adolfo Muñoz Muñoz. *Violencia estructural*. En: Mario López Martínez (dir.), et al. *Enciclopedia de Paz y Conflictos: L-Z*. Edición especial. Tomo II. María José Cano (dir. de la colección); Elvira Muñoz (ilustraciones); Jose María Medina (cubierta). Granada (Granada, España): Editorial Universidad de Granada, 2004. 1227 p. Colección *Eirene*. Depósito legal GR/179-2004, ISBN de la obra completa: 84-338-3095-3. ISBN 84-338-3097-X. p. 1166-1168.

Y la violencia estructural, en la base de la pirámide, es la más difícil de combatir y se encuentra en el conjunto de estructuras que no permiten la satisfacción de las necesidades más esenciales de las personas. O lo que se podría llamar violación a sus derechos humanos, desigualdades, exclusión e inequidad.

El Estado o los Estados legitiman estas formas violentas a través de prácticas discriminatorias institucionalizadas negando su existencia. Estados que a través de normas excluyentes no reconocen o limitan el ejercicio de derechos a algunos sujetos o grupos. En el caso de estudio, las mujeres y los grupos tradicionalmente excluidos.

Lo que yo afirmo es que, una forma de combatir estas violencias es el cambio de los marcos normativos con la participación de las mujeres, desde sus voces y actuaciones políticas transformadoras que cambian las normas y los imaginarios. Aportan así, en la deconstrucción de las violencias como caminos hacia la paz.

Así, este artículo procura mostrar la deconstrucción de esas violencias desde la propuesta de un Estado laico y un Estado Plurinacional, defendidos por las mujeres y reconocidos a nivel constitucional en el Ecuador. Para ello, es necesario presentar los ejes de la matriz unitaria de los estudios de paz que sostienen esta reflexión.

## **1.2 MATRIZ COMPRENSIVA E INTEGRADORA, UNA METODOLOGÍA PARA COMPRENDER EL ESTADO LAICO Y PLURINACIONAL DESDE LAS MUJERES**

La naturaleza de la investigación para la paz conduce a realizar estudios de carácter transdisciplinar que conjugan diferentes ciencias, conocimientos y experiencias que aportan en la comprensión de la paz imperfecta en diferentes ámbitos y la distinguen en formas sutiles y prácticas humanas que, en su conjunto, se pueden denominar resquicios de paz. Mismas que, desde otras ramas, como el derecho, se pueden interpretar como derechos humanos.

Para lograr una metodología transdisciplinar, los investigadores de la paz Francisco Muñoz, Beatriz Molina, Joaquín Herrera y Sebastián Sánchez, elaboraron una propuesta para “hacerlo desde una matriz comprensiva, que aspire a comprender, explicar y dar alternativas, e integradora” basada en cinco ejes que articulan la Investigación de la Paz y los Derechos Humanos.<sup>7</sup>

i) *El primer eje: Una teoría General del Conflicto*, señala que entender a los seres humanos y los grupos, implica “conseguir una definición suficientemente amplia como para dar cabida a los fenómenos que tengan lugar en los distintos espacios humanos de actuación.”<sup>8</sup>

En el caso de la Asamblea Constituyente se pueden reconocer las interacciones causales y los resultados del trabajo organizado de las mujeres políticas y las asambleístas constituyentes. Se ve así que estos discursos

<sup>7</sup> Grupo de Paz Imperfecta y Conflictividad (2018). Universidad de Granada. Disponible en línea, en [http://wpd.ugr.es/~pazyconflictos/?page\\_id=18](http://wpd.ugr.es/~pazyconflictos/?page_id=18)

<sup>8</sup> Muñoz A., Herrera, Molina, & Sánchez, 2005. p. 128.

y prácticas asimilan y gestionan el conflicto como parte intrínseca del comportamiento humano. Y lo aprovechan como motor de cambio de las sociedades en la edificación de la plurinacionalidad y el Estado laico.

ii) El segundo eje: *Pensar desde una Paz y Derechos Humanos Imperfectos*, es el que nos remite al concepto de lo inacabado y lo imperfecto de la paz. Para Muñoz *et al.* (2005), a través de él, se puede reconocer que es un camino que siempre convivirá con los conflictos y con diferentes niveles y manifestaciones de violencia. Así se entiende que no solo la construcción de la paz es imperfecta sino la configuración de los derechos humanos en tanto que teoría y práctica es también inacabada.

iii) El tercer eje es *Deconstruir la violencia lo mejor posible* para orientar las acciones hacia la paz desde las raíces de la misma. En este punto se pone mayor énfasis en las páginas que siguen, pues, la deconstrucción de la violencia y sus formas de manifestación explícitas o no, ayudan a entender los aspectos culturales y simbólicos que están presentes en la vida de las mujeres y otros grupos marginados, como los indígenas.

Esa deconstrucción facilita la identificación de prácticas empoderadas y discursos que cuestionan la hegemonía del patriarcado, el Estado uninacional, las diferencias socialmente impuestas y los dogmas religiosos.

Aunque la noción de deconstrucción se emplea en diversos campos, en la investigación “Mujeres, política y paz [...]” cuyos resultados este artículo expone parcialmente, se la utilizó con el fin de desmontar el discurso de las mujeres políticas para comprender lo que dice cada actuación desde lo explícito o lo implícito.

La deconstrucción como categoría fue propuesta por Jacques Derrida con el fin de evidenciar las ambigüedades, las fallas, las debilidades y las contradicciones de una teoría o de un discurso. En este caso, el discurso y la posición de las constituyentes frente a los debates sobre la comprensión del Estado. A partir del discurso y las propuestas, se entiende lo particular como una forma colectiva de vindicación de lo que las mujeres políticas traducen y trasladan al espacio público.

iv) El cuarto eje: *Utilizar metodologías trans* (disciplinar, cultural, moderna) permiten reconocer e identificar conceptos que interactúan y construyen nuevos aportes en las ciencias sociales; y son los que se abordan de manera creativa para dar posibles interpretaciones que resulten más modernas, ricas y resilientes. A la vez que se reconoce que se fundan en el discurso de las mujeres y sus prácticas personales.

v) Finalmente el eje de *Empoderamiento pacifista*, al que se comprende como “un proceso basado en la praxis que contempla una reflexión y acción permanente y un horizonte normativo para construir futuros más justos y pacíficos”.<sup>9</sup>

Sobre esa definición de empoderamiento pacifista, se puede analizar la deconstrucción de la forma constitutiva del Estado con horizontes más humanos; que, afincados en la plurinacionalidad y la ética laica, bus-

<sup>9</sup> Muñoz A., Herrera, Molina, & Sánchez, 2005, p. 129.

can la libertad, la igualdad, la autonomía, la justicia, los derechos, la no discriminación y la no violencia. En suma, la construcción de paz.

Es ese empoderamiento el que permite decir que son las mujeres políticas, quienes abanderan ciertas luchas e insertan una perspectiva más plural e inclusiva en el texto normativo de 2008. Una mirada inclusiva con y para las personas que estuvieron estructuralmente discriminadas. Y lo logran a través de la incorporación de los elementos constitutivos del Estado laico y plurinacional.

Como se ve, a través de los ejes de la matriz se puede evidenciar la participación política de las mujeres como un elemento transformador, de cambios políticos e institucionales que inciden en la modificación normativa constitucional. Esto puede y deberá repercutir positivamente en la vida de las mujeres y de la sociedad en su conjunto. Así se evidencia una construcción para ellas.

## 2 EL ESTADO LAICO: LAS MUJERES EN SU CONSTRUCCIÓN

Definir el Estado laico y la ética laica son los puntos iniciales para erigir las libertades de la ciudadanía que se rige por la nueva Constitución. Según la metodología aplicada, la concepción del Estado laico se afina en dos de los ejes de la matriz. Por un lado, *la deconstrucción de la violencia estructural*, que evidencia una primera posibilidad para cuestionarlo. Allí se distingue la capacidad de mediar pacíficamente para enfrentar el sistema patriarcal, conservador y religioso, cuyos preceptos morales no se encuentran claramente divididos entre la Iglesia y el Estado.

Por otro lado, *pensar la Constitución desde la paz imperfecta*, como posibilidad de descubrir los resquicios de paz para conquistar y perfeccionar sus derechos desde una propuesta de Estado y de sociedad. Es decir, pensar el texto normativo como una serie de mediaciones, en las que primero se escuchan a los actores sociales, luego debaten y finalmente logran articular las posiciones sin quebrar en los discursos absolutos.

Este enfoque implica analizar, sobre todo, el camino de construcción de los elementos constitutivos del Estado. Se ve así que este es un aporte colectivo y de reconocimientos mutuos entre los actores que participan en la redacción de la Constitución y que se sostienen y se apoyan con el fin de abonar en la deconstrucción de las violencias y la construcción de igualdad.

En esa participación política empoderada de las assembleístas, las organizaciones de mujeres y otras organizaciones ciudadanas se destaca el valor para sacar a la luz disputas y fracturas y; al mismo tiempo, plantear convicciones que representan, en su mayor parte, reivindicaciones feministas.

En ese sentido, pienso que participar en la redacción de la Constitución fue primero un acto que requería de las mujeres. Primero, porque ellas podían trasladar sus ideales y vivencias personales a un texto normativo; y segundo, también llevar consigo la expresión de demandas ciudadanas y construir nuevos equilibrios,

desde sus propias experiencias de vida y sus itinerarios individuales, abanderando la defensa de la igualdad, la libertad y la autonomía para todas y todos.

La ruta que siguen las propuestas y la redacción del articulado es la que nos permite descubrir las ideas sobre las que se posicionaron. Lo que para Peter Häberle significaría entender cómo los textos constitucionales se construyen e insertan en su contexto cultural. “Häberle parte de la premisa de que las constituciones son textos que tienen un significado jurídico y un significado cultural, pero una cosa no rivaliza con la otra. El sentido cultural es complementario al jurídico y no rival”. A esto se puede añadir “no es una nueva teoría jurídica sino un intento de complementar la teoría jurídica con la dimensión cultural que él cree que ha sido un tema desatendido”<sup>10</sup>.

Por lo tanto, lo que se pone en un texto normativo puede entenderse como una suma de actitudes, ideas, experiencias subjetivas, escala de valores y expectativas subjetivas en relación con sus correspondientes acciones objetivas tanto a nivel personal como del ciudadano.

Con la idea planteada por Häberle se puede esgrimir otra reflexión, y es que la religión y lo que se concibe de ella es también parte de lo simbólico y de la escala de valores individual y colectiva, que se refleja en el trasfondo de la vida y el modelo institucional. Por lo tanto, me atrevo a afirmar que el Estado laico representa la expresión del más alto reconocimiento de las libertades fundamentales como punto de partida para las mujeres y la sociedad en general.

Esta noción se une a la naturaleza como origen o génesis ‘natural’ que aporta en la cosmovisión y necesario reconocimiento del mundo intercultural y plurinacional que se pretende construir desde la ética laica. Ambas reflexiones nos conectan con la construcción social que tenemos como seres humanos sobre la religión y sobre las identidades propias: de género, etnia u otra autoidentificación.

Durante los debates constituyentes, bajo algunos parámetros ideológicos, religiosos y partidarios, algunas mujeres y hombres, dejaron descubrir posiciones contrarias al Estado laico. Esto se dio, porque su reconocimiento podía permitir ahondar otras libertades para la realización de los derechos civiles (matrimonio o unión de hecho homosexual, reconocimiento sexo-genérico en los documentos de identidad); de los derechos de salud (aborto) y de los derechos reproductivos y acceso a educación (educación laica y educación en derechos sexuales y derechos reproductivos).

La propuesta de definir al Estado como laico suscitó posiciones divergentes tanto en el bloque mayoritario de Acuerdo PAIS<sup>11</sup> como en la oposición, que en su mayor parte representaban la derecha conservadora. Estos últimos sostuvieron argumentos que no repararon en el debate profundo y filosófico que merece la lai-

10 Ver: “La interpretación constitucional en la Teoría de Peter Häberle”. Ignacio Aymerich Ojea. Consultado en línea en: <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/la-interpretacion-constitucional-en-la-teoria-de-peter-haberle/+7528>

11 Acuerdo PAIS, movimiento político del Presidente Rafael Correa tenía 79 curules de 130 en la Asamblea Constituyente.

cidad; pues, las mujeres estaban exigiendo una nueva perspectiva del Estado que no buscaba la sola extensión de los derechos del Estado liberal, sino que pretendían una visión laica estatal.

Quienes estaban a favor, entendían que con esa nueva visión laica, se daba la oportunidad a las mujeres de ser libres, de tomar sus decisiones, de acceder a su autodeterminación sexo-genérica y su autodeterminación biológica y religiosa. Por lo tanto abría también la posibilidad de participar y definir los derechos que, consiguientemente, se desprenderían de esta nueva concepción.

Al indagar en la memoria de las constituyentes y revisar las actas, se evidencia que la ética laica que pretendían las mujeres buscaba una actitud positiva del Estado también frente a la diversidad de manifestaciones religiosas. Es decir era una fuerza emancipadora del cuerpo y del pensamiento. Una medida descolonizadora y despatriarcalizante.

En el debate de 7 de junio de 2008, cuando se dio a conocer el Informe de Mayoría presentado por la Mesa Constituyente 3 ‘Estructura e Instituciones del Estado’ referido al carácter y elementos constitutivos del Estado ecuatoriano, César Rohón, en una paradójica manifestación pone en primer plano la fe:

Considero que es fundamental proteger la vida en todas sus manifestaciones. [...] El Estado tiene que ser un Estado laico, donde haya la libertad de culto y la libertad religiosa. Eso es fundamental en el país. Religiones no salvan vidas ni transforman a los seres humanos, el único que transforma a las personas y la vida, es Dios, para los creyentes. Y para los creyentes, Dios es el ser supremo, es el todopoderoso y sin duda, el que no tiene a Dios, no tiene nada.<sup>12</sup>

Tania Hermida advertía los prejuicios de la iglesia como institución patriarcal y ponía de manifiesto cómo las mujeres “*siempre hemos sido un problema para las religiones*”.<sup>13</sup> Tania argumentaba:

El debate de hoy es uno de los más importantes de esta Asamblea, [...] porque estamos ratificándonos como un Estado laico. [...] Dice la historia del pueblo corinto que al aceptar con buena voluntad la costumbre de usar un velo en la cabeza era un privilegio honorable que indicaba que una mujer ocupaba un lugar de respeto en la comunidad, porque pertenecía a alguien y tenía derecho a pedir sostén protección de aquel bajo cuya autoridad vivía; era una señal de que era casada y también una demostración de pudor. ...Yo me quito el velo, entonces, señor Presidente, para celebrar que estamos escribiendo una Constitución de ciudadanos y ciudadanas libres.<sup>14</sup>

La diversidad de posiciones que suscitó el tema, terminó por quebrar el bloque de gobierno<sup>15</sup> que enfrentó la posición de las asambleístas declaradas feministas y defensoras de los derechos de las mujeres con el bloque más conservador.<sup>16</sup> Las proposiciones retrógradas que se planteaban no tenían un correlato con la libertad

12 ACTA 60, p. 51.

13 ACTA 60, p. 79.

14 ACTA 60, p. 80

15 Para mayores referencias se puede consultar el ensayo “El espejismo laico del Ecuador” describe “una división irreconciliable en el seno de APAIS” Espinoza Plúa, 2018.

16 Parte del primer grupo feminista eran María Paula Romo, Betty Amores, Rosana Alvarado, Tania Hermida, María Soledad Vela, Gina Godoy y María Augusta Calle. Frente a ellas, se alinearon quienes apoyaban la posición del presidente Rafael Correa, quien había defendido el Estado laico y había manifestado rotunda oposición al aborto. Entre los defensores de esta segunda postura estaban los asambleístas Rolando Panchana, Rosana Queirolo y Diana Acosta.

y los derechos de la mujeres que el movimiento gobiernista decía que apoyaba, ni estaban acordes con el pacto al que habían arribado con el Movimiento de Mujeres, expresado en la ‘Agenda de Mujeres’<sup>17</sup>.

Según el acuerdo al que se sumaron más de setenta asambleístas<sup>18</sup>, se reconocería el Estado laico y su “independencia [...] de cualquier influencia religiosa o dogmática que pueda restringir, limitar o violentar su esencia.”<sup>19</sup> En esa dirección, las mujeres organizadas declaraban: “Hoy nuevamente reafirmamos al Estado laico como condición para el ejercicio de la ciudadanía y la verdadera autonomía, que impida que se impongan retrocesos históricos sujetando a las instituciones, su funcionamiento y las decisiones de las personas a normas basadas en visiones particulares de carácter religioso y dogmático.”<sup>20</sup>

Con la propuesta inscrita en la Agenda de las Mujeres y con la insistencia de diversas organizaciones que vigilaban que se cumpliera la introducción del Estado laico, la Mesa 1 ‘Derechos ciudadanos y Garantías Constitucionales’ hizo un primer planteamiento: “*Queremos construir una Patria nueva, un Ecuador justo, solidario, equitativo, laico, incluyente, humanista, libre, democrático, participativo, soberano, plurinacional, intercultural, multiétnico y pluricultural.*”<sup>21</sup>

A otras solicitudes sobre esta incorporación, María Paula Romo, presta oídos y manifiesta que el pedido es “*que no solamente se ponga expresamente que el ‘Estado ecuatoriano es un Estado laico’, sino que también se defina ¿qué significa un Estado laico?*”<sup>22,23</sup>

Siguiendo el compromiso adquirido, y también como furro de la incidencia de las mujeres organizadas, y las solicitudes ciudadanas, varias asambleístas se sumaban a las palabras de María Paula quien decía:

*todavía tenemos un Estado en donde se pretende regular la vida de los seres humanos según las creencias religiosas y defendemos que la ética del Estado debe ser una ética laica [...] una ética de derechos humanos, una ética de mínimos, y solo así tendremos de verdad un Estado democrático y un Estado que respete la libertad de culto.*<sup>24</sup>

Desde la perspectiva de las mujeres que defendían el Estado laico, éste debía ser el garante de la libertad y la dignidad humana. Por tanto, ser el fundamento que otorgue la posibilidad de tomar decisiones autónomas a las mujeres sobre su cuerpo, la libertad de escoger opción sexual, y, a partir de ello, poder desarrollar los derechos civiles y los sexuales y reproductivos.

17 Publicada como “Constitucionalismo y emancipación desde la perspectiva del movimiento de mujeres” Universidad Andina Simón Bolívar. Durán Liliana, 2008.

18 Con ocasión del 8 de Marzo del 2008, Día Internacional de la Mujer, se hizo un acto en la Asamblea Constituyente para la entrega de la Agenda de las Mujeres. Liliana Durán, como representante del Movimiento entregó el documento. Y la Asambleísta Martha Roldós, en el Pleno de la Asamblea invitó a las y los asambleístas constituyentes a sumarse a la propuesta a través de su firma.

19 Durán, Liliana. **Constitucionalismo y emancipación desde la perspectiva del movimiento de mujeres.** Universidad Andina Simón Bolívar. Durán Liliana, 2008. p. 4.

20 Durán, Liliana. **Constitucionalismo y emancipación desde la perspectiva del movimiento de mujeres.** Universidad Andina Simón Bolívar. Durán Liliana, 2008. p. 3.

21 ACTA 12, p. 7.

22 Abundaba en esta intervención así: “Es un Estado que no profesa ninguna religión y un Estado que permite que todas las religiones se desarrollen. Un Estado solamente puede reconocer de verdad la libertad de culto, si es que ese Estado no es el que profesa una sola religión. Así que para garantizar de verdad la libertad de culto, creemos que es necesario separar el Estado y la política de la religión” (ACTA 60, p.41)

23 ACTA 60, p. 41.

24 ACTA 60, p. 41-42.

En este sentido, Betty Tola, desde su memoria, apela a ética laica del Estado desde “*el derecho a decidir, el derecho del cuerpo, el derecho de acceder libremente a salud sexual y reproductiva*”.<sup>25</sup> Y esa apelación nos lleva a los debates que giraban alrededor de la laicidad vinculada con el derecho a la vida. Derecho que las facciones más conservadoras se empeñaron en defender ‘desde la concepción’.

Para ponerle rostro y voz a estas expresiones, presentamos la argumentación de Diana Acosta quien, se refiere al “clamor del pueblo católico” de quien se siente representante. Manifestaba “*Soy defensora de los derechos de las mujeres pero eso no quiere decir que una mujer tiene derecho a decidir sobre una vida que no le pertenece. [...]*.”<sup>26</sup>

Acosta exigía que se garantice la vida desde la concepción, y opuesta a esta idea, desde su posición feminista, Rosana Alvarado cuestionaba los argumentos esgrimidos con el fin despojar a las mujeres de sus derechos. “*La vida de las mujeres entonces no puede estar supeditada a la concepción dogmática y religiosa que propone la defensa de una vida que podría significar la muerte de las mujeres.*”<sup>27</sup>

Con esta breve muestra del debate sobre el Estado laico y su repercusión en la vida de las mujeres se puede entender que fuera la base para la deconstrucción de la violencia estructural, pues significaba ampliar una serie de derechos: civiles, sexuales, reproductivos e interpretaciones constitucionales para entender la laicidad como “autolimitación de la política”<sup>28</sup> basada en la tolerancia y respeto necesarios que protege un Estado laico.

### 3 EL ESTADO PLURINACIONAL, MUJERES Y MEDIACIONES

Si el Estado laico era una de las prioridades de las mujeres, el Estado plurinacional no revertía importancia solo para ellas, sino que era una lucha y reivindicación histórica de los pueblos y nacionalidades indígenas. La plurinacionalidad encarnaba el reconocimiento de la diversidad étnico cultural de los pueblos, nacionalidades y territorios del Ecuador. Era una cuestión fundamental para promover el respeto de la diversidad, para actuar sobre el principio de igualdad y para desterrar las ideas coloniales instrumentalizadas a través de las Constituciones pasadas. Se erigía como un pilar para edificar la soberanía de los recursos naturales, garantizar el acceso de las mujeres a ellos y con esto, promover la soberanía alimentaria, la protección de la naturaleza, la supervivencia de las generaciones.

La edificación de un Estado plurinacional, desde la óptica de la paz, es un elemento que aporta en la deconstrucción de la violencia simbólica que supuso obviar a los pueblos y nacionalidades, su reconocimiento

25 TOLA BERMEJO, Beatriz. *Entrevista sobre el proceso constituyente*. 2017.

26 ACTA 50, p. 41.

27 ACTA 50, p. 111.

28 ROCA FERNÁNDEZ, María José. “Teoría” y “práctica” del principio de laicidad del Estado: acerca de su contenido y su función jurídica. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n. 53, 2005. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1400621>. Acceso en: 03 sept. 2021.



jurídico y consiguiente desarrollo de derechos hasta la Constitución de 1998. Texto que se refirió por primera vez en la historia republicana del Ecuador al carácter plurinacional del Estado pero no abundó en su desarrollo.

La profundidad de este debate también ofreció posiciones encontradas. Cuando se comenzó a discutir la propuesta, la Mesa 1 ‘Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales’, el 26 de diciembre de 2007, puso a consideración el reconocimiento de un Estado plurinacional. Opuesto a esta idea, el asambleísta Luis Hernández manifestaba: *“no estoy a favor de un Estado plurinacional, suficientes diferencias tenemos. Creo que esta Asamblea tiene que fortalecer el Estado ecuatoriano.”*<sup>29</sup>

La obtusa mirada de Hernández no era personal sino la representación de lo que pensaban varios constituyentes. Esta falta de reconocimiento provocó la reacción de otros legisladores, entre ellos destaca Mónica Chuji quien planteaba su resistencia así:

*La creación de un Estado Plurinacional no es otra cosa, en resumen, que el reconocimiento a la existencia milenaria, el reconocimiento a los derechos colectivos que nos permita vivir en armonía, que nos permita vivir en interculturalidad. No podemos hablar de una interculturalidad si una cultura domina a las otras.*<sup>30</sup>

Chuji perseveraba con la propuesta elevada por la CONAIE que clamaba la “construcción de un Estado plurinacional, que deseché para siempre las sombras coloniales y monoculturales que lo han acompañado desde hace casi 200 años.”<sup>31</sup>

En la misma línea Luis Guamangate en una fuerte intervención en kichwa, apelaba a combatir los miedos que provienen del desconocimiento y son impuestos por la mirada conservadora del Estado. Una mirada expresada sobre todo en los partidos tradicionales y aquellos alineados con la derecha del país.

*Aquí estamos los pueblos y nacionalidades indígenas, kichwas, [...] los Shwar, que por el mismo mandato de nuestras organizaciones tenemos que poner en consideración de la Asamblea el carácter del Estado que sea plurinacional para ejercer el principio de la diversidad cultural.*<sup>32</sup>

La propuesta de Guamangate también se alineaba con la posición de la CONAIE que destacaba que el estado plurinacional es mucho más que una declaración, *“es un modelo de organización política para la descolonización de nuestras naciones y pueblos.”*<sup>33</sup> Este planteamiento, en suma, significaba reconocer el aporte civilizatorio de los pueblos y nacionalidades a la diversidad cultural, política, y por lo tanto, desde ese reconocimiento se planteaba combatir la discriminación histórica de pueblos y nacionalidades, así como el empobre-

29 ACTA 12, p. 14.

30 ACTA 12, p. 29.

31 CONFEDERAÇÃO DE NACIONALIDADES INDÍGENAS DO EQUADOR (CONAIE). *Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente*. 2007. Disponible en <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/109339-opac>

32 ACTA 12, p. 16.

33 CONFEDERAÇÃO DE NACIONALIDADES INDÍGENAS DO EQUADOR (CONAIE). *Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente*. 2007. p. 6. Disponible en <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/109339-opac>

cimiento al que habían sido sometidos, causado, como ya se dijo, por la invisibilización de su existencia como parte constitutiva del Estado y por las diversas formas de exclusión a las que fueron sometidos.

En el mismo sentido que encauzan la discusión Chuji y Guamangate, las mujeres reclamaban que los pueblos y nacionalidades, por sus características propias y sus peculiaridades socioculturales, de organización política y su historia, lo que necesitaban y pedían eran derechos específicos que reconocieran sus valores simbólicos y prácticas ancestrales, incluidas sus estructuras administrativas, sociales, económicas y de justicia.

La construcción de la plurinacionalidad para que fuese una realidad y no solo un enunciado en la Constitución —como pasó en 1998—, era, por tanto una reivindicación de todas las mujeres pero sobre todo de las indígenas y las organizaciones que las representaban. Este elemento sería incorporado a nivel constitucional, reconociendo que, en la práctica, tenía un significado de altísimo valor para las afroecuatorianas, montuvias y todas las mujeres indígenas, para quienes, desde la perspectiva de la paz, significaba la deconstrucción estructural y simbólica de la violencia. Que se manifestaría en la valoración de sus sistemas de organización territorial, de acceso a recursos como el agua y la tierra, las formas de administración de justicia indígena, ejercicio de sus libertades religiosas, de salud y prácticas ancestrales. Un aporte en el cambio de imaginario para ver y entender al otro/la otra/los otros.

Dicho de otra manera, el reconocimiento de la plurinacionalidad y las especificidades de los pueblos y nacionalidades era una deconstrucción de las estructuras más profundas del Estado y sus instituciones.

Con las afirmaciones que preceden, se puede decir que la deconstrucción de esta violencia une fuertemente la paz imperfecta con el feminismo, pues como se ve, el debate sobre el Estado plurinacional se encuentra vinculado a las justicias que pretendían y buscaban las mujeres. Por un lado, una justicia económica basada en el efectivo acceso a los medios de producción, a los recursos naturales, la soberanía del Estado sobre ellos y el acceso a la tierra y el agua como elementos fundamentales para el desarrollo de las personas y las regiones. Por otro, a la justicia indígena que solo podrá desarrollarse en el marco del respeto a las mujeres y a través de la erradicación de todas las formas de violencia. A la justicia social que implica la redistribución de los recursos y el goce de los derechos individuales y colectivos. Todas, conducentes a la paz de la sociedad que no es otra cosa que el alcance de las diversas formas de justicia y el ejercicio pleno de los derechos y la igualdad.

El abordaje del Estado plurinacional puso en evidencia que era necesario reconocer formalmente el derecho al agua, como derecho humano. Expresar así la voluntad de dar contenido y hacerlo efectivo, obligando al gobierno y a la sociedad a redoblar esfuerzos con el fin de satisfacer las necesidades humanas. Entre ellas, el sostenimiento familiar, la agricultura y la soberanía alimentaria. Estas dimensiones, por citar algunas, como como el ambiente sano y la soberanía de los recursos naturales— además configurarían el marco para los Derechos de la Naturaleza que la propia Constitución de 2008 reconocería y quedaría inscrita como una marca distintiva del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Así también, considerar los derechos a la tierra, la propiedad y la vivienda como esenciales para la igualdad y el bienestar de las mujeres constituye una piedra fundamental en la concepción de los derechos económicos que se vinculan con el mundo y cosmovisión indígenas, permitiendo abordar y concatenarlos con otros derechos necesarios para su cumplimiento. Son factores decisivos para las condiciones de vida de las mujeres, especialmente en las economías rurales, donde la supervivencia diaria de ellas y sus hijos, así como su seguridad física y económica, depende en gran medida, de su parcela.

Desde el punto de vista simbólico, la plurinacionalidad se une estrechamente con la pluriculturalidad. Sobre ambos conceptos, la Agenda de las Mujeres destaca que “el respeto a las diversidades y particularidades de los pueblos y culturas que conforman el país es deber del Estado, así como potenciar su desarrollo con principios de igualdad.”<sup>34</sup> Pero lograr esto solo sería posible comprendiendo que “la adecuación del derecho a la mujer no se solventa con una extensión de los conceptos jurídicos a un colectivo hasta hace poco marginado. La consecución de la igualdad real exige cambios profundos en el ordenamiento jurídico.”<sup>35</sup>

Y como se vio, para lograr una igualdad real se debe comenzar por el reconocimiento de todos los sujetos de la sociedad, su capacidad para participar en la construcción de las normas incorporando sus diversas visiones y necesidades. Así también se evidenció que la base para construir las igualdades se puede afinar en la edificación del reconocimiento del Estado laico y el Estado plurinacional.

#### **4 RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO LAICO Y EL ESTADO PLURINACIONAL**

La Constitución de Ecuador en su artículo primero reconoció “Ecuador es un Estado [...] soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.”<sup>36</sup> El Estado Plurinacional que aparece como un nuevo modelo de Estado, se puede interpretar además, como la posibilidad de deconstrucción del estado uninacional, monocultural y hegemónico; y como una muestra política y de compromiso institucional en la deconstrucción de la violencia estructural sostenida en las diecinueve constituciones anteriores.

El Estado Plurinacional se reconoce como una forma de encuentro entre todas las diversidades del país y, por lo tanto, funda un espacio de reconocimiento con su propia realidad. Un espacio generador de paz imperfecta que se constituye apenas en el cimiento de esta deconstrucción y en la piedra fundante de la edificación real de los derechos individuales y colectivos para los pueblos y nacionalidades indígenas.

En el sentido de reconocimiento, incluye, por lo tanto, el respeto, rescate, preservación de expresiones culturales indígenas. Lo que implica derechos sobre sus territorios, la protección y promoción de conociemien-

34 DURÁN, 2008.

35 BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *Mujeres y Constitución*. 2005. p. 53.

36 CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008. [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)

tos ancestrales, idiomas y lenguas; la preservación de usos y costumbres, medios y modos de producción y los sistemas de autoridad, administración y normativos que fueron reconocidos en el texto de 2008.

Ese aporte en la deconstrucción del estado monocultural, entonces trajo consigo, una serie de cambios sustentados en el concepto del “Buen Vivir o Sumak Kawsay”, que fundado en la cosmovisión andina, fue incorporado en las constituciones de Ecuador y Bolivia.

Esta perspectiva filosófica, en palabras de Fernando Huanacuni Mamani, “en términos ideológicos implica la reconstitución de la identidad cultural de [la] herencia ancestral milenaria, la recuperación de conocimientos y saberes antiguos, una política de soberanía y dignidad nacional, apertura a nuevas formas de relación de vida (ya no individualista sino comunitarias), la recuperación del derecho de relación con la Madre Tierra y la sustitución de acumulación ilimitada individual de capital por la recuperación integral del equilibrio y la armonía con la naturaleza.”<sup>37</sup> (Huanacuni, 2010).

Por su parte, la laicidad, como una de las reivindicaciones irrenunciables planteadas por las mujeres durante décadas fue el otro pilar que sostuvo la construcción de paz e igualdad. Pues, sobre el Estado laico se asentó el desarrollo de la libertad y las libertades y la autonomía. Aunque también se debe manifestar que quedó como el gran pendiente de su lucha emancipadora. Y afirmo esto, pues, aunque el Estado laico quedó inscrito en el artículo 1 y la ética laica en el 2 “garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico”<sup>38</sup>, se puede decir que su desarrollo fue parcial.

Aún cuando el artículo 2 encuentra su correlato en la garantía del Estado en temas de educación y salud laicas, con la firme intención de que el Estado permita, promueva y las garantice, este fue un gran tropiezo pues no fue posible desarrollar todos los elementos necesarios para alcanzar una educación ni salud laicas en salud sexual y reproductiva plenas. Así como tampoco fue posible desarrollar la libertad y la autonomía de las mujeres en la libre determinación de sus cuerpos, o la posibilidad de decidir por la interrupción del embarazo. Allí se distingue, por lo tanto, la construcción imperfecta del Estado laico como un camino en el que hace falta construir.

Los preceptos conservadores que se mantienen en el texto constitucional limitan el ejercicio de los derechos de las mujeres y algunos grupos de personas –sobre todo los LGBTI— y restan posibilidad a su aplicación en todos los espacios y en todos los derechos. Esto repercute en la imposibilidad de desarrollar políticas públicas que puedan llamarse laicas. Con esto se puede afirmar que la Constitución de Montecristi, con los grandes avances en materia de igualdad, en el reconocimiento del Estado laico y plurinacional, de todas maneras se vio afectada por la intromisión del poder patriarcal. Esa mirada violenta del Estado y sus instituciones que

37 Huanacuni, F. (2010). Buen Vivir/ Vivir Bien: filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas. Recuperado el 20 de Mayo de 2016. De [https://www.escri-net.org/sites/default/files/Libro%20Buen%20Vivir%20y%20Vivir%20Bien\\_0.pdf](https://www.escri-net.org/sites/default/files/Libro%20Buen%20Vivir%20y%20Vivir%20Bien_0.pdf).

38 CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008

norma y rige sobre las decisiones de la autonomía y la libertad de las mujeres y que encuentra formas para restringir los derechos por los que se lucha; y sobre todo aquellos que identifican las reivindicaciones feministas.

La construcción de ambos marcos, tanto el de la plurinacionalidad como del Estado laico, permiten colegir una intención y voluntad de generar una Constitución de paz, como fruto de los aportes de las mujeres políticas que por primera vez representaron un 35% del parlamento nacional en la Asamblea Constituyente.

Sin embargo, la plurinacionalidad, doce años más tarde de aprobada la Carta Magna de Montecristi, sigue siendo un horizonte para ser alcanzado. Es decir, también constituye un aporte imperfecto en la construcción de paz, como imperfectos son los productos humanos que construimos e inacabados los derechos que se recogen en el texto constitucional. Pero este reconocimiento es también, y sobre todo, una posibilidad que definitivamente sentó el marco normativo que afianzó otros avances en la deconstrucción de las violencias y la comprensión de imaginarios más inclusivos.

De otro lado, el reconocimiento del Estado laico sin el necesario correlato de un articulado que sostenga todos los elementos que permitan el ejercicio de las libertades, es el principal reto que queda para las mujeres. Es decir, más allá de una participación política inusitada en la Constituyente de Ecuador, aún se ve que los derechos de las mujeres, lamentablemente siguen siendo observados y limitados por los hombres y el poder patriarcal.

En ese sentido, se debe reconocer que pese a los avances, la ética laica, la autonomía y libertad del cuerpo se encuentran limitados en el propio texto constitucional, en la sección que, paradójicamente se la encuentra bajo el título *Derechos de Libertad*.

## CONCLUSIONES

De este breve recuento que quiere reflejar la riqueza de los debates en la Constituyente y distinguir el empoderamiento feminista y pacifista de las protagonistas en la edificación del Estado laico y plurinacional, se pueden aproximar algunas conclusiones:

### *1. La Plurinacionalidad fue el campo de mediación y mayor encuentro en la Constituyente*

Los debates elevados y sustentados por las mujeres y pueblos originarios nos mostraron que la diversidad cultural no es solo un cuestionamiento al sistema constitucional, sino es la posibilidad de reconocer la diversidad propia del país y los sujetos que conforman la sociedad.

Se puede afirmar que la constitucionalización del Estado plurinacional aporta en la deconstrucción de la violencia estructural, pues requiere cambiar el sistema político que lo reconozca, el sistema social que lo valide y el sistema económico que lo sostenga. Y esto requiere, a todas luces, un cambio constitucional que fue impulsado por las mujeres y que en sí mismo aparece como premisa pero se asienta como horizonte para ser alcanzado.

Por otra parte se puede afirmar que esta propuesta no es únicamente de los representantes indígenas, sino una reivindicación que fue abanderada por las mujeres, quienes hicieron de esta causa un objetivo común. Pues para ellas, aún desde sus diversas posiciones ideológicas y partidarias, lo más importante es buscar el reconocimiento de todos los sujetos y su igualdad.

### *2. El Estado laico, un camino por construir*

El reconocimiento del Estado laico dejó traslucir las diferencias que existen entre las propias mujeres que aún sostienen preceptos heredados de la construcción patriarcal y las influencias religiosas.

Por otra parte, es el elemento que permite balancear la participación política de las mujeres —con todas las banderas de reivindicación e igualdad que buscaban— frente al poder y el discurso hegemónico expresado por facciones conservadoras, por el propio presidente de la República, por asambleístas del propio movimiento gobiernista, por las iglesias y por las personas que, con una visión machista y de apropiación del cuerpo de las mujeres, no permitieron desarrollar los derechos específicos para el ejercicio real de una ética laica.

### *3. La deconstrucción de las violencias como camino a la paz*

La deconstrucción de la violencia estructural interactúa necesariamente con el androcentrismo y el desmontaje del sistema patriarcal y colonial como un imperativo para deconstruir el sistema comprendido como único, universal y uninacional. Y es este acto deconstructivo el que permite lograr un empoderamiento ya sea desde la paz, desde las mujeres o desde ambas. Un empoderamiento que a su vez deconstruye la violencia simbólica y consiguientemente las violencias cultural y simbólica.

### *4. El Estado laico y plurinacional construido desde las propuestas de las mujeres, sostienen miradas emancipadora, descolonizadora y despatriarcalizante*

Son sus voces en el debate y su participación política activa, las que dan vida a estos preceptos en el texto constitucional y los fundan como la base para edificar y sostener el ejercicio de otros derechos.

## BIBLIOGRAFÍA

ACTAS DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (2007). **Acta 12, 26 de diciembre de 2007.**

ACTAS DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (2007). **Acta 50, 15 de mayo de 2008.**

ACTAS DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (2007). **Acta 60, 07 de junio de 2008.**

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. **Mujeres y Constitución: la construcción jurídica del género.** Madrid: Cátedra, 2005. Colección Feminismos.

CONFEDERAÇÃO DE NACIONALIDADES INDÍGENAS DO EQUADOR (CONAIE). **Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente.** Principios y lineamientos para la nueva constitución del Ecuador por un estado plurinacional, unitario, soberano, incluyente, equitativo y laico. Quito: CONAIE, 2007. 49 p. Disponible en: <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/109339-opac>. Acceso en: 03 sept. 2021.

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008. Disponible en: [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf). Acceso en: 03 sept. 2021.

DURÁN, Liliana. **Constitucionalismo y emancipación desde la perspectiva del movimiento de mujeres.** Universidad Andina Simón Bolívar, 2008.

GALTUNG, Johan. *¡Hay alternativas! 4 caminos hacia la paz y la seguridad*. Madrid, Tecnos, 1984.

GRUPO DE PAZ IMPERFECTA Y CONFLICTIVIDAD (2018). Universidad de Granada. **Complejidad**. Disponible en: [http://wpd.ugr.es/~pazyconflictos/?page\\_id=18](http://wpd.ugr.es/~pazyconflictos/?page_id=18). Acceso en: 03 sept. 2021.

HUANACUNI, F. Buen Vivir/ Vivir Bien: filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas. 2010. Recuperado el 20 de Mayo de 2016 de [https://www.escri-net.org/sites/default/files/Libro%20Buen%20Vivir%20y%20Vivir%20Bien\\_0.pdf](https://www.escri-net.org/sites/default/files/Libro%20Buen%20Vivir%20y%20Vivir%20Bien_0.pdf)

MARTÍNEZ, Cándida; LÓPEZ MIRÓN, María Dolores. **La paz desde la perspectiva de los Estudios de Género**: una aportación fundamental para construir un mundo más igualitario, justo y pacífico. Universidad de Granada, 2000.

MUÑOZ, A. Francisco; HERRERA JOAQUÍN; MOLINA, Beatriz; SÁNCHEZ, Sebastián. **Investigación de la paz y los derechos humanos desde Andalucía**. Colección Eirene Granada. Universidad de Granada, 2005.

ROCA FERNÁNDEZ, María José. “Teoría” y “práctica” del principio de laicidad del Estado: acerca de su contenido y su función jurídica. **Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos**, n. 53, 2005. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1400621>. Acceso en: 03 sept. 2021.

TOLA BERMEJO, Beatriz. **Entrevista sobre el proceso constituyente**. Eufemia Sánchez, 2017.

# CAPÍTULO 4

## AS RELAÇÕES DIALÓGICAS DOS DIREITOS HUMANOS COMO ENUNCIADO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA INTERAÇÃO CONSTITUCIONAL

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

### INTRODUÇÃO

#### 1 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

As atrocidades cometidas durante a Segunda Grande Guerra ensejaram a discussão acerca das punições cabíveis aos perpetradores dos crimes de lesa humanidade evidenciando a necessidade de um controle mundial. Firmada pelos membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), em Bogotá, no ano de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres da Pessoa tem por propósito assegurar a observância das garantias essenciais do indivíduo e, sob sua égide, foram criadas a Comissão em 1959, com atividades iniciadas em 1960, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>1</sup>

Em novembro de 1969 celebrou-se na cidade de São José da Costa Rica a Conferência Especializada Interamericana sobre direitos humanos, na qual os delegados, membros da OEA, redigiram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, vigente a partir de 18 de julho de 1978, num momento em que a maior parte dos Estados da América Central e Latina eram dominados por regimes ditatoriais.<sup>2</sup>

O Tribunal foi formalmente instituído em 22 de maio de 1979 com a eleição inaugural dos juízes da Corte, sendo a primeira reunião realizada em 29 de junho daquele ano na sede da Organização dos Estados Americanos em Washington. O Tribunal integra o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e integra um dos três Tribunais Regionais de Proteção à Pessoa, ao lado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

<sup>1</sup> Magistrada do Superior Tribunal Militar. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora *honoris causa* pela Universidade Inca Garcilaso de la Vega – Lima, Peru. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa – Lisboa, Portugal. Professora Universitária. Autora de livros e artigos jurídicos publicados no Brasil e no exterior.

Uma abordagem histórica sobre a evolução do sistema interamericano de direitos humanos pode ser encontrada em: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000. pp. 103-151.

<sup>2</sup> Sobre os Estados aderentes, data de assinatura, ratificação da adesão, depósito, aceitação da competência da Corte IDH e da Comissão Interamericana consultar: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao\\_Americana\\_Ratif.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm). Acesso em: 01 set. 2018. Relembre-se ter a República Bolivariana da Venezuela denunciado, no ano de 2012, à Convenção de Direitos Humanos da OEA.



A CIDH composta por sete juízes julga contenciosos entre cidadãos e Estados, além de supervisionar a aplicação de suas sentenças e ditar medidas cautelares. Sua jurisprudência teve o condão de desestabilizar as ditaduras latino-americanas, exigir justiça e reparações, findar impunidades, tudo em prol do fortalecimento das instituições democráticas da Região, num embate que se perpetua em prol da defesa do indivíduo e dos grupos vulneráveis.

O regulamento atual vige desde 1º de janeiro de 2010 e seu Estatuto, desde 1979. Dentro das atribuições jurisdicionais, a Corte perscruta se o Estado aderente incorreu em responsabilidade internacional pela vulneração de alguma garantia reconhecida na Convenção ou demais tratados de direitos humanos aplicáveis no marco do sistema interamericano. Por esta via, o Tribunal supervisiona o cumprimento de suas sentenças, solicita informações ao país condenado sobre a adoção das medidas recomendadas, dentro do prazo outorgado, em favor das vítimas ou de seus representantes com vistas a orientar as ações do Estado sancionado, fazendo-o informar à Assembleia Geral o adimplemento do caso julgado.

O acesso à jurisdição da CIDH dá-se por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que funciona como juízo de admissibilidade autorizativo do acesso da insurgência. A Corte é, pois, o órgão judicante, e a Comissão o órgão de estudo e consenso.<sup>3</sup>

As sentenças exaradas são definitivas, inapeláveis e vinculantes, e as votações secretas. A CIDH possui atribuições consultivas e contenciosas que abrangem tanto o direito interno dos membros signatários quanto o direito internacional.<sup>4</sup>

Os processos julgados tornam-se precedentes emblemáticos e revestem-se numa fonte de inspiração doutrinária e jurisprudencial para os Tribunais Nacionais, já que, estes últimos, apreciam litígios que muitas vezes requerem solução à luz da Convenção. Neste sentido, o acervo jurisprudencial da CIDH impacta e transcende os limites subjetivos da coisa julgada *in concreto*, posto impor reformas jurídicas nas legislações domésticas para se adequarem aos postulados garantistas do sistema protetivo. Agregue-se a necessidade de um acervo decisório uníssono e coerente para todos os Estados do hemisfério americano. Por último, lembre-se que países como a Colômbia e o Peru, reconhecem em suas Constituições a eficácia direta e aplicabilidade imediata das sentenças da Corte IDH, ainda inadmitidas no Brasil, razão pela qual se afigura para eles como um tribunal supranacional.

3 Para um maior aprofundamento sobre o funcionamento da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, *vide*: GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos. Curso Elementar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2016. pp. 153-185.

4 Dentre os temas mais destacados encontram-se as obrigações estatais no tratamento dos detentos; o devido processo legal; o direito à associação; o direito de circulação e o de residência; o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais; o direito à família; o direito à honra e à dignidade; o direito à isonomia legal; a independência judicial; o direito à integridade pessoal; a liberdade de consciência e de religião; a averiguação do desaparecimento forçado de pessoas; as regras de direito humanitário; os direitos de autor; o deslocamento forçado; o estado de emergência; as exceções preliminares; a garantia do *habeas corpus*; o combate à impunidade; o deferimento das garantias judiciais; o indulto; as garantias dos incapacitados mentais; as reparações; a observância dos princípios gerais do direito internacional; a abolição da pena de morte; o direito dos povos indígenas e minorias; o banimento dos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes; o terrorismo; a suspensão de garantias; a liberdade de pensamento e de expressão e o acesso à informação.

## 2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL

### 2.1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ÂMBITO INTERNO

Feito este breve esboço sobre a Corte IDH, cumpre adentrar no controle de convencionalidade e a sua aferição no âmbito interno e internacional.

Certo pressupor seu manejo uma inter-relação dos tribunais nacionais e internacionais em matéria de direitos humanos. Traduz-se na análise da compatibilidade das normas internas de um Estado com os tratados e as convenções humanitárias do sistema interamericano, com o fito de suprimir, revogar ou suspender seus efeitos jurídicos quando afrontarem os diplomas internacionais que o integram, quais sejam: a Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta da OEA), a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADDH), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e os demais subscritos sob sua égide.<sup>5</sup>

À evidência, tal averiguação guarda correlação com a fiscalização da constitucionalidade, ao menos em seus grandes delineamentos; contudo os pressupostos diferem, sabido possuir a convencionalidade escopo mais abrangente podendo alcançar, até, os dispositivos magnos.<sup>6</sup> De toda a sorte, nada impede que a adequação das normas domésticas às Convenções de Direitos Humanos assumam feições de controle de constitucionalidade ou convencionalidade, a depender do parâmetro que se utilize. Este último possui um itinerário que abrange dois níveis: o nacional, quando os juízes locais, *incidenter tantum*, conhecem *sponte propria* ou em petição, em sede difusa, a desconformidade da norma doméstica com a Convenção; e o internacional, quando é a própria Corte IDH que o realiza, em controvérsias concretas a ela submetidas, sobre o qual se tratará no tópico 2.4.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Efetivamente, “no continente americano, o controle de convencionalidade encontra fundamento jurídico na própria lógica do sistema (o direito interno deve guardar compatibilidade com os direitos humanos, cabendo ao Estado garantir essa compatibilidade), bem como em previsões expressas dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e de diversos tribunais nacionais.” PACHECO, Pablo Viana. **Normas Constitucionais Inconvencionais**. Tese de Doutorado em Direito apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015. p. 121.

<sup>6</sup> A distinção entre ambos foi assentada na decisão 74-54 DC do Conselho Constitucional Francês. Leia-se: « [...] 2. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. » ; 3. Considérant que, si ces dispositions confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci ; 4. Considérant, en effet, que les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu'il résulte de l'article 62 qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle ; qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition ; 5. Considérant qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution ; 6. Considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles ; 7. Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international [...]. » In : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm>. Acesso: 28 ago. 2018.

<sup>7</sup> Na lição de José Felix Palomino Manchego e Domingo García Belaunde, assim se definem os níveis da convencionalidade: “a) *Internacional*: el control de convencionalidad consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resulta compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos (de ahora en adelante, CADH), disponiendo la reforma, abrogación o inaplicación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y a la vigencia de tal Convención y de otros instrumentos internacionales en este campo. Igualmente, procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 CADH) para garantizar el ejercicio de los derechos humanos reconocidos por la Convención. Para ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante, la Corte), por vía jurisprudencial, impone al Estado a tomar medidas legislativas o de otro carácter para lograr tal finalidad. Este control puede alcanzar a la normativa en general (leyes, reglamentos, etc.), y a la Constitución, esto último no tan frecuente y con alcances limitados (véase como excepción notable el caso «La última tentación de Cristo» de 2006). Pero aquí nos centramos en el primer supuesto. Y en el entendido de que es un control a nivel supranacional. b) *Interno*: esta modalidad se despliega en sede nacional, y se encuentra a cargo de los magistrados locales. Consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales en el área de los derechos humanos), y a los estándares interpretativos que

Certo deterem os tratados de direitos humanos internalizados no Brasil *status* supralegal, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica incorporado ao ordenamento doméstico pelo Decreto nº 678 de 1992, veiculador da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e se estes restarem contrariados pelo *Corpus Iuris* Pátrio se imporá a ilegalidade ou a inconvenção do dispositivo conflitante.

Conforme lição de Mazzuoli:<sup>8</sup>

A primeira ideia a fixar-se [...] é a de que a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante validade no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada vigente (pois, repita-se, está de acordo com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno.

O malferimento legal poderá ser reconhecido pelos magistrados no bojo de processos judiciais concretos, independentemente de provocação das partes, haja vista competir-lhes aplicar o Ordenamento Jurídico, independentemente da alegação formulada pelas partes. Não é juridicamente admitido, contudo, em tratados de envergadura supralegal, o manejo de ações do controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC, ADPF, julgadas originariamente pelo STF), por inexistir violação ao regramento máximo.

Sob o ponto de vista prático, ao contrário do estabelecido na constitucionalidade difusa, os Tribunais não estarão limitados pela chamada “cláusula de reserva de plenário”, prevista no art. 97 da Constituição, podendo indicar a ilegalidade sem o *quorum* majoritário.

Acorde o mesmo fundamento, se um Tribunal nacional entender que determinada norma *interna corporis* não afronta o conteúdo de um ato exógeno de caráter supralegal, cabível o Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, visto que a situação equipara-se, *mutatis mutandi*, à violação de lei federal.

Contudo, se o Pacto for internalizado com peso magno como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, introduzida na ordem jurídica pelo Decreto 6.949/2009, passível é a aferição abstrata no STF. Dessa forma, qualquer regra que contrarie o teor dos pactos internacionais deste jaez violará a Carta Política; logo, será passível de arguição em sede de aferição originária e abstrata.

Isso porque, consabido poder a incongruência ser combatida judicialmente por meio de dois sistemas fiscalizatórios: a) o difuso, no qual o magistrado reconhece e declara a discordância normativa no caso concreto e *inter partes*, independentemente de provocação e b) o concentrado, onde o Supremo Tribunal Federal apreciará

la Corte ha formulado a través de su jurisprudencia. Se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del corpus iuris básico en materia de derechos humanos, y sobre lo cual la Corte ejerce competencia material, que se expresa en su jurisprudencia. Desde este punto de vista, el control de convencionalidad es un principio que, debidamente empleado, puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en cada Estado, abarcando sus fuentes internas e internacionales.” El Control de Convencionalidad en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, n. 18, 2013, p. 224. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8955/>. Acesso em: 03 set. 2021.

8 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 116.

diretamente o desacatamento legal nos termos dos artigos 102 e 103 da Constituição Federal, por intermédio do ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Em qualquer das hipóteses, o Pretório Excelso deliberará por maioria absoluta de seus membros, *ex vi* do art. 97 da CF. Por último, na arguição incidental, cabível a interposição de Recurso Extraordinário para questionar/articulados em sede recursal, a norma objurgada naquela Corte.<sup>9</sup>

## 2.2 AUTORIDADES QUE PODEM FAZER O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM ÂMBITO NACIONAL

O controle de convencionalidade no marco do Sistema Interamericano foi suscitado pelo ex-presidente da Corte, o juiz Sérgio Garcia Ramirez, em voto concorrente no **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**, em 2003.<sup>10</sup> Com maior alcance e detalhamento, no ano seguinte, o magistrado pronunciar-se-ia em novo voto concorrente, no **Caso Tibi Vs. Ecuador**, assinalando a conformação desta jurisdição.<sup>11</sup> Seu pleno delineamento e configuração descortinar-se-iam, porém, no **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**, em setembro de 2006, quando a Corte IDH admitiu, em definitivo, que dita aferição lhe competia originária e exclusiva-

9 COLNAGO, Claudio de Oliveira Santos. Notas sobre o controle de convencionalidade. *Os Constitucionalistas*. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/notas-sobre-o-controle-de-convencionalidade>. Acesso em: 06 dez. 2017.

10 *In litteris*: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio – sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto – y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Sentença de 25 de novembro de 2003. Voto concorrente de Sérgio Garcia Ramirez. Parágrafo 27, p. 10. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_101\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf). Acesso em: 29 ago. 2018.

11 Leia-se: “[...] 2. Como se ha dicho con frecuencia, la jurisdicción interamericana no es ni pretende ser una nueva y última instancia en el conocimiento que se inicia y desarrolla ante los órganos nacionales. No tiene a su cargo la revisión de los procesos internos, en la forma en que ésta se realiza por los órganos domésticos. Su designio es otro: confrontar los actos y las situaciones generados en el marco nacional con las estipulaciones de los tratados internacionales que confieren a la Corte competencia en asuntos contenciosos, señaladamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para establecer, a partir de ahí, orientaciones que posean amplio valor indicativo para los Estados partes en la Convención, además de la eficacia preceptiva –carácter vinculante de la sentencia, como norma jurídica individualizada– que tienen para el Estado que figura como parte formal y material en un proceso. 3. En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados –disposiciones de alcance general– a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales– al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados parte en ejercicio de su soberanía. 4. Del mismo modo que un tribunal constitucional no podría –ni lo pretende– traer ante sí todos los casos en que se cuestione o se pueda cuestionar la constitucionalidad de actos y normas, un tribunal internacional de derechos humanos no aspira –mucho menos todavía que el órgano nacional– a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento. 5. Sería imposible, además de indeseable, tomando en cuenta el carácter subsidiario o complementario de la jurisdicción internacional, que ésta recibiera un gran número de contiendas sobre hechos idénticos o muy semejantes entre sí, para reiterar una y otra vez los criterios sostenidos en litigios precedentes. Hay que insistir en que los propios Estados, garantes del sistema interamericano de derechos humanos, son al mismo tiempo piezas esenciales de ese sistema, al que concurren a través de una voluntad política y jurídica que constituye la mejor prenda de la eficacia verdadera del régimen internacional de protección de los derechos humanos, sustentado en la eficacia del régimen interno de protección de esos derechos. 6. Consecuentemente, en la lógica del sistema –y en las aspiraciones institucionales de la Corte Interamericana, como elemento de éste– reside la idea de que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el Derecho interno –que son el puente entre el sistema internacional y el nacional–, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional. Es esto –un poder de influencia, reconstrucción, orientación, información– lo que explica y justifica, a la postre, una jurisdicción internacional que no tiene la posibilidad ni la capacidad para abocarse al conocimiento de millares de juicios en los que se ventilen idénticos litigios y se reproduzcan razonamientos y pronunciamientos establecidos y reiterados con antelación.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Sentença de 7 de setembro de 2004. Voto concorrente de Sérgio Garcia Ramirez. Parágrafos 2, 3, 4, 5, 6. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf). Acesso em: 29 ago. 2018.

mente, ao apreciar processos nos quais se questiona a correta incidência da Convenção pelas legislações domésticas dos Estados Partes.<sup>12</sup>

De regra, em âmbito nacional, os juízes domésticos seriam aqueles que apontariam o modo de aplicação do direito internacional dos direitos humanos ao direito nacional, em atenção à máxima *iuris novit curia*.

Todavia, no **Caso Gelman Vs. Uruguai**,<sup>13</sup> o Tribunal Interamericano decidiu que todos os órgãos estatais, e não só o Judiciário, devem fazê-lo, de forma que quaisquer autoridades públicas possuem esta relevante incumbência.

O mecanismo [...] “diz respeito a um novo dispositivo jurídico fiscalizador das leis infraconstitucionais que possibilita duplo controle de verticalidade, isto é, as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição (controle de constitucionalidade) quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país onde vigora tais normas (controle de convencionalidade).”<sup>14</sup>

Trata-se de um modelo de entrelaçamento claro de ordenamentos que desembocam nos agentes e servidores do Estado com poder decisório e que devem, por óbvio, aplicar o Direito como um todo, e não meramente a lei.

Certo ser a Judicatura a detentora do controle de convencionalidade por excelência, contudo, para além da aferição jurisdicional, possível vislumbrá-lo tanto no Poder Executivo quanto no Legislativo. Ambos se obrigam a correta observância dos tratados internacionais, em especial, os de direitos humanos, em seus respectivos âmbitos competenciais.<sup>15</sup>

O Parlamento controla, preventivamente, a convencionalidade dos projetos de lei ou de emendas à Constituição em tramitação e o Executivo os aplica após sanção e publicação, podendo antes vetar.

Segundo Ferrer Mac-Gregor, o controle de convencionalidade de tratados internacionais é tarefa de toda a estatalidade. Embora a figura tenha se consolidado nos cenários nacionais a partir das cortes supremas de Justiça, deve-se ter em conta sua extensão e cultura ampliadas que não se limitam aos magistrados, alcançam

12 “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. 125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno” 150. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. 126.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Parágrafo 124. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf). Acesso em: 29 ago. 2018.

13 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gelman Vs. Uruguai**. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf). Acesso em: 21 set. 2020.

14 GUERRA, Sidney. Controle de Convencionalidade. **Revista Jurídica**, UNICURITIBA, Curitiba, v. 1, n. 46, 2017. p. 6. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1994>. Acesso em: 03 set. 2021.

15 *Vide*: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, 2014, p. 363.

toda a estrutura do Poder Público. Daí porque, “*as autoridades podem, senão devem exercer o controle de convencionalidade*”.<sup>16</sup>

Tal como colocado, Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>17</sup> pondera que, se durante o processo legislativo o Congresso Nacional (Câmara e Senado) controla, preventivamente, a constitucionalidade das leis, da mesma forma há de controlar a convencionalidade da produção normativa, devendo rejeitar projetos inconventionais, mesmo se guardarem compatibilidade com a Lei Maior. Dito procedimento preventivo evita que a regra aprovada venha a ser declarada inconvenção futuramente pelo juiz.

Por igual, o Poder Executivo é responsável pelo controle de convencionalidade, notadamente, no exercício do veto ou sanção presidencial.

O administrador público, outrossim, deve respeitar a Constituição, as leis e atender aos comandos dos tratados internacionais, mormente, se forem mais benéficos aos administrados. Enfatize-se que a expedição dos atos administrativos ou a celebração de contratos amparam-se na supremacia constitucional e na presunção de legalidade, em respeito aos postulados do Direito Administrativo que, por óbvio, incluem os Pactos Internacionais.

Ao fim e ao cabo, os três poderes das respectivas esferas federadas – União, estado-membro e municípios – submetem-se ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, porquanto lhes incumbe indistintamente parcela de responsabilidade no acatamento e na averiguação da legalidade e do respeito à Pessoa.

## 2.3 PARÂMETROS E EFEITOS DA CONVENCIONALIDADE

Discute a doutrina tópicos transcendentais relativos ao controle de convencionalidade. Consabido dirimir a Corte Interamericana não somente as controvérsias *sub judice*, mas emitir, também, opiniões consultivas de relevante valor e obrigatoriedade.

A questão que se coloca é se a opinião consultiva obriga ao Estado aderente da Convenção porquanto desprovida de caráter jurisdicional? Mais, integraria ela o bloco de convencionalidade?

Na esteira de García Belaunde, o fato de a opinião consultiva emanar de um órgão judicante não lhe empresta caráter jurisdicional, pelo que, à vista da inexistência de jurisprudência propriamente dita, não se pode invocá-la no controle incidental.<sup>18</sup>

16 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **O Controle de Convencionalidade no Brasil**. In: O Direito Internacional dos Direitos Humanos em Face dos Poderes Judiciais Nacionais. Encontro realizado conjuntamente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) Supremo Tribunal Federal (STF), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Corte Interamericana de Direitos Humanos e Fundação Konrad Adenauer. 2016, Brasília.

17 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**, p. 116.

18 BELAÚNDE, Domingos García. Nas suas palavras: “Sabemos que el control difuso se practica en el *common law* en donde opera el sistema del precedente. Y dentro desta práctica, existe el llamado *overruling* o revocación del precedente, que puede ser total o parcial e incluso mantenerlo, pero disminuyendo o matizando sus alcances (*distinguishing y limiting*). Este método es conocido perfectamente en el mundo del control difuso, y no veremos por qué no puede hacerlo un juez nacional. De lo contrario, tendríamos que consultar en cada caso a la Corte Interamericana su sentido [...]” El control convencionalidad y sus problemas. **Pensamiento Constitucional**, v. 20, n. 20, 2015. p. 143. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/14888>. Acesso em: 03 set. 2021.

Ao definir o bloco de convencionalidade Ferrer Mac-Gregor pontua que, em princípio, o parâmetro do controle difuso é a Convenção e o Pacto de São José da Costa Rica e a interpretação da Corte IDH sobre eles. Mas, a própria jurisprudência tem ampliado o *corpus iuris* interamericano em matéria de direitos humanos para fundamentar suas sentenças, não devendo passar inadvertido ser o referido Pacto quem autoriza a inclusão no regime de proteção da Convenção pelo reconhecimento de outros direitos e liberdades a teor dos arts. 76 e 77.

Nessa senda, São José estabelece como farol interpretativo a ausência de restrições aos efeitos produzidos pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, que se projetam sobre os demais atos de igual natureza. Neste particular, ilustrativas as reflexões do juiz García Ramírez no **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**,<sup>19</sup> cuja fundamentação transcende os documentos regionais fundacionais para incluir o Protocolo de São Salvador, o Protocolo relativo à abolição da pena de morte, a Convenção para prevenir e sancionar a tortura, a Convenção de Belém do Pará para a erradicação da violência contra a mulher, a Convenção sobre o desaparecimento forçado, dentre outros documentos.

Finalizando o tópico, resta abordar os efeitos da declaração de inconvenção. Nestor Sagües salienta importar a desconformidade convencional na invalidez da regra, por carecer ela, desde a origem, de efeitos lídimos. A declaração produz um dever judicial concreto de inaplicação do preceito atacado, destituindo-o, desde a vigência, de vigor jurídico, o que equivaleria a reputá-lo inexistente *ex tunc*. Saliente-se ser a norma doméstica inaplicável na positividade estatal não derogada ou revogada pela Convenção.<sup>20</sup>

## 2.4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Gomes Canotilho<sup>21</sup> conceitua o Estado como uma forma histórica de organização jurídica do poder relativamente em crise em face do fenômeno da globalização e da integração interestatal. Não quer isso significar, contudo, que a soberania<sup>22</sup> esteja em risco, o momento é de redefinição, realocação no cenário mundial e redirecionamento.<sup>23</sup> Isso porque, ao longo dos anos, vislumbrou-se a necessidade de integrar comunidades transnacionais, cujas fontes heterogêneas e eventuais conflitos normativos desencadearam a assinatura de diversos tratados e convenções internacionais. A consequência é a abdicação dos países signatários de parte da *majestas*, o que não equivale à sua extinção ou supressão, porque previamente anuída por eles. Nesse diapasão, o Estado:

19 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Sentença de 24 de novembro de 2006. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf). Acesso em: 21 set. 2020.

20 SAGÜES, Néstor Pedro. El control de convencionalidade. Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer MacGregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.). *In: La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Jus Constitutionale Comune en América Latina?* México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, T. II, p. 452.

21 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. pp. 83-84.

22 “A soberania no plano interno (soberania interna) traduzir-se-ia no monopólio de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para impor a efectividade das suas regulações e dos seus comandos. Neste contexto se afirma também o carácter originário da soberania, pois o Estado não precisa recolher o fundamento das suas normas noutras normas jurídicas. A soberania internacional (termo que muitos internacionalistas afastam preferindo o conceito de independência) é, por natureza, relativa (existe sempre o alter ego soberano de outro Estado), mas significa, ainda assim, a igualdade soberana dos Estados que não reconhecem qualquer poder superior acima deles (*superiorem non recognoscem*).” *Idem*, p. 83.

23 MENDES, Leonardo Castanho. O Direito Interno e o Direito Internacional. Monismo e Dualismo. O caso particular do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *In: PIOVESAN, Flávia* (coord.). **Direitos humanos**: v. 1. Curitiba: Juruá, 2011. p. 668.

utilizando-se de sua reconhecida capacidade de autodeterminação, conduz a sua atuação em cenário internacional de acordo com prioridades que ele mesmo elege, abrindo mão de parcela de seu poder, certo, mas só daquela parcela de que ele próprio consente em dispor em favor de objetivos que justifiquem semelhante sacrifício.<sup>24</sup>

Acorde Sidney Guerra o processo de elaboração da Carta promulgada em 1988 elevou o Brasil a patamar inédito no tocante ao resguardo e à proteção aos direitos humanos, nomeadamente em razão do compromisso programático firmado perante a Comunidade das Nações. Devido a tal postura, consolidou um todo harmônico entre os sistemas normativos.<sup>25</sup> Por decorrência, a comunicação entre regras endógenas e exógenas no ordenamento jurídico relativas à proteção à pessoa passou a ser uníssona.

Tal interpenetração poderia gerar questionamento acerca dos limites da soberania numa eventual colisão normativa, mas tal não se vislumbra.

Desde a promulgação da Lei Fundamental Brasileira, o país tem se preocupado com a implementação e incorporação de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos. Nesse norte, ratificou diversos tratados como a Convenção Americana de Direitos Humanos em 25 de setembro de 1992, a par de haver reconhecido a jurisdição da Corte IDH em dezembro de 1998.

Tais Pactos soerguem-se como pilares da diplomacia universal porquanto representam manifestações da vontade popular em favor da manutenção da paz na sociedade globalizada. Historicamente, os acordos internacionais fundavam-se em princípios consuetudinários, de viés político. Contudo, após dois conflitos mundiais de grandes proporções, tornou-se imperiosa a criação de um sistema mundial mais confiável. Nessa seara, o primeiro sucesso obtido foi a assinatura da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em 23 de maio de 1969, que lançou os pilares dogmáticos do direito internacional público, nos moldes concebidos na contemporaneidade. Graças a ela, os Atos Internacionais tornaram-se, ao lado das legislações internas, a base legal fundacional dos Estados. A Convenção de Viena possui tamanho relevo, que se iguala em importância com a Carta de Organização das Nações Unidas.<sup>26</sup>

24 Idem, p. 668. Nesse rumo, releva invocar os dispositivos internacionais assumidos livremente pelo Brasil ao ratificá-los. São eles: o art. 1º da Convenção Americana que estabelece o dever dos Estados de respeitar e garantir os direitos que enumera: “*Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social*”. O art. 2º da CADH que estatui a obrigatoriedade de os Estados adequarem seu direito interno à Convenção: “*Dever adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.*” O artigo 63.1 da Convenção Interamericana que resguarda a proteção e reparação ao direito violado: “*Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida de ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.*” Os artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados que determina, respectivamente; “*Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé*” e “*Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*”.

25 GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 173. Nas palavras do autor: “*De fato, atualmente há uma grande interpenetração das normas internacionais de direitos humanos e as normas de direito interno, o que acabam por influenciar de maneira significativa a ordem jurídica brasileira.*” p. 174.

26 ARZATE, Enrique Uribe. **Problemas actuales de los Tribunales Constitucionales y el control de convencionalidad**. México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2012, p. 13 *et seq.* Adotando como princípios o livre consentimento, a boa-fé e a *pacta sunt servanda*, determina que o Estado não pode invocar sua lei interna para justificar o descumprimento de um tratado de que seja parte.



Neste contexto, plenamente admissível sob a ótica do respeito à *potestas* estatal, o controle internacional de convencionalidade exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>27</sup>

Está-se diante de jurisdição supranacional, chamada a exercitar a confrontação da legislação doméstica sob a égide do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Seu caráter é subsidiário ou complementar ao ordenamento endógeno, somente atuando em razão do absenteísmo nacional. Esgotados os recursos internos sem qualquer solvência, instaura-se o processo internacional, mediante solicitação à Comissão em Washington. E, se nesta esfera restaurar-se o direito vulnerado, não será aberta a controvérsia,<sup>28</sup> pois a ideia é oportunizar aos aderentes a resolução do litígio, por meio da utilização de seus mecanismos legais.

En suma, el control de convencionalidad entraña la aplicación del orden supranacional, aceptado por cada país y colectivamente formulado, en lo que toca a definiciones de derechos y libertades, asignación de responsabilidades y consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos contraventores de aquel orden. Representa, además, congruencia con un propósito innovador o protagónico; puede ser el fruto de un activismo bien entendido, pero no podría (o no debería) conducir a un activismo desenfrenado. Así las cosas, el control de convencionalidad no dispersa ni atomiza, sino reúne y sistematiza. En su propia vertiente, el control de convencionalidad se halla al servicio de la justicia y de la seguridad jurídica. Parece innecesario decirlo, pero es conveniente insistir en ello: no debe culminar en siembra de injusticia, ni de inseguridad general o particular, sino que debe aplicarse con prudencia.<sup>29</sup>

O Brasil reconheceu como obrigatória e de pleno direito a competência da Corte IDH, bem como se obrigou, nos termos do art. 68.1 da CADH a cumprir suas decisões.<sup>30</sup> Enfatize-se ter o parágrafo 3º do artigo 5º da CF possibilitado o controle convencional das normas infraconstitucionais. O advento da EC nº 45/2004 aprofundou, ainda mais, o exercício do mecanismo, tanto em sede abstrata quanto incidental, pelos tribunais pátrios.

Seguro inexistir hierarquia de normas impostas pelos sistemas global ou regional, mormente, em se tratando de proteção ao indivíduo. É o ordenamento endógeno que imporá a supremacia de tal ou qual regra externa. Tanto é assim que muito se debate acerca da superioridade ou mesmo constitucionalidade das normas oriundas de determinados tratados e convenções na positividade.

27 Nesta perspectiva, DELMAS-MARTY sustenta a necessidade de solucionar a tensão entre a competência do Estado e da Comunidade Internacional, o que se busca realizar a partir da apresentação do ajustamento das relações, por meio dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Isto porque, o princípio da subsidiariedade ao atuar conjuntamente com o da proporcionalidade intenciona não limitar e dividir puramente a competência, mas regulá-la. In: **Les forces imaginantes du droit. Le pluralisme ordonné**. Paris: Seuil, 2006.

28 PACHECO, Pablo Viana. **Normas Constitucionais Inconvencionais**. Op. cit, p.128. Nas palavras de Sidney Guerra, “o controle de convencionalidade das leis tem recebido especial atenção nos estudos da atualidade, com repercussões nas decisões dos tribunais de vários países. Tal controle diz respeito a um novo dispositivo jurídico fiscalizador das leis infraconstitucionais que possibilita duplo controle de verticalidade, isto é, normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição (controle de constitucionalidade) quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país onde vigora tais normas (controle de convencionalidade). Este instituto garante controle sobre a eficácia das legislações internacionais e permite dirimir conflitos entre direito interno e normas de direito internacional e poderá ser efetuado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos ou pelos tribunais internos dos países que fazem parte de tal Convenção.” **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 179.

29 MANCHEGO, José F. Palomino e BELAUNDE, Domingo García. **El Control de Convencionalidad en el Perú**. Op. cit, p. 226. Sobre o tema consultar: RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. In: Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). **El control difuso de convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. Querétaro: Fundap, 2012. p. 213 et seq. De Ferrer Mac-Gregor ver ainda: *Estudios jurídicos*. México: UNAM, 2001; *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, México D.F.: Editorial Porrúa, 2003 e, também, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa, 2007.

30 Verbis: “Art. 68– 1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.”

Por isso, o controle de convencionalidade exsurge como um problema latente nos âmbitos do Poder Público a refletir-se na inter-relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno.<sup>31</sup>

Acerca do tema, Manuel Becerra Ramírez leciona:

Toda vez que el Derecho establece que los tratados tienen su origen en la voluntad soberana del Pueblo, expresada en la Constitución, en donde precisamente residen los fundamentos de los Estados para la suscripción o adhesión a tratados internacionales, mediante los cuales los Estados se auto limitan y después no pueden desconocer esas obligaciones; es comprensible que el Estado dentro de su interior, le toque elegir los medios para satisfacer sus obligaciones.<sup>32</sup>

A despeito de o Supremo Tribunal haver firmado ser o sistema constitucional brasileiro dualista moderado, posto inexigir a edição de lei para a incorporação do ato internacional ao regramento interno – visão dualista extremada –, mas demandar a adoção de um *iter* procedimental que compreende a aprovação congressual e a promulgação executiva do texto convencionalizado, não quer isso significar a desvinculação, ou mesmo a adoção *à la carte*, das determinações por parte do Brasil, do Sistema Interamericano ao qual aderiu.

Some-se o art. 4º, inciso II, da Carta Republicana, dispor sobre a prevalência dos direitos humanos como princípio regente das relações internacionais, pelo que chancela os tratados de resguardo jus humanitários, tanto mundialmente quanto regionalmente. Incontestável, então, deter o Estado Brasileiro competência para verificar a congruência entre o ato endógeno – Constituição, lei, regulamento, *etc.* – com as disposições exógenas em favor da Pessoa Humana. Dessa verificação decorrem a convalidação ou a invalidação do ato nacional contrário ao ordenamento externo.<sup>33</sup>

Certamente, os sistemas normativos estatais dispõem de meios mais eficazes para obrigar os jurisdicionados a acatarem as leis e os compromissos assumidos internacionalmente pelo país. Afinal, os tratados subscritos espelham a vontade popular ratificada pelo Parlamento.

Nesse rumo, o controle de convencionalidade reveste-se, segundo Ferrer Mac-Gregor, na

obligación de todos los jueces nacionales (como parte del Estado) de ejercerlo, de oficio, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales. La Corte IDH no puede (ni lo ha pretendido),

31 Uma aprofundada e minuciosa análise sobre o controle de convencionalidade como um mecanismo garantidor e protetivo dos direitos humanos e seu exercício no Estado Mexicano pode ser lida na obra de CABALLERO, Ariel Alberto Rojas. **El Control Difuso y la Recepción del Control de Convencionalidad en Materia de Derechos Humanos en México**. México: Editorial Porrúa, 2016.

32 ARZATE, Enrique Uribe. *Problemas actuales de los Tribunales Constitucionales y el control de convencionalidad*. México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2012. p. 15.

33 Na síntese de Domingos García Belaunde, o controle da convencionalidade adota o seguinte procedimento: “a) *Nasce por decisión de la Corte Interamericana*; b) *se aplica en esa sede solo al caso concreto*; c) *se extiende luego a casos similares, aun cuando no hayan sido vistos por la Corte*; d) *de oficio los jueces nacionales deben aplicar las normas del Pacto de San José así como la jurisprudencia de la Corte en los casos que conocen, y e) los jueces deben tener presente al momento de fallar en los casos sometidos a su conocimiento, las normas americanas de derechos humanos, aun cuando al Corte Interamericana jamás haya emitido pronunciamiento alguno sobre lo que deben resolver*.” El controle convencionalidade e sus problemas. **Pensamiento Constitucional**, v. 20, n. 20, 2015, p. 140. O confronto dá-se perante toda e qualquer norma interna, independentemente de sua hierarquia. Dita aferição poderá até analisar a compatibilidade dos regramentos constitucionais com as normas previstas no Tratado Internacional de Direitos Humanos. Sobreleve-se, ademais, versar o controle de convencionalidade sobre o cumprimento dos tratados de direitos humanos, uma vez que os demais serão aferidos sob o viés da legalidade. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 81, jan./mar. 2009, p. 115. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194897>. Acesso em: 03 set. 2021.

convertirse en un órgano que ‘defina’ o ‘imponga’ los sistemas de control constitucional que cada país adopta, como resultado de su propia cultura, realidad y contexto histórico.<sup>34</sup>

Apesar das dificuldades em concebê-lo como um sistema genérico, pois, cada Estado Parte têm peculiaridades legais, ele tem sido recepcionado pelas ordens jurídicas nacionais e acatada a parametricidade dos julgados da Corte IDH.

O raciocínio preconiza a cooperação entre os Tribunais internos e o internacional, sobrelevando o “diálogo jurisprudencial”,<sup>35</sup> como tem feito a Justiça Brasileira ao invocar precedentes da Corte Interamericana para prolatar suas decisões.<sup>36</sup>

Consoante Victor Bazán:<sup>37</sup>

[...] a aconselhável cooperação entre ambas as instâncias não aponta para uma relação hierárquica entre elas, senão para uma conexão cooperativa na hermenêutica pro homine dos direitos humanos.

É que as constituições políticas dos Estados latino-americanos, com a “força normativa” que lhes é inerente, e os instrumentos internacionais sobre direitos humanos (principalmente a CADH e a exegese que dela realiza a Corte IDH), conformam um corpo jurídico que orienta a sua vigência em direção a um idêntico substrato axiológico: a salvaguarda dos direitos fundamentais, expressão direta da dignidade da pessoa.

Nesse diapasão, a aferição da convencionalidade realizada pela CIDH no âmbito internacional consiste em normal atividade judicante por meio da qual se analisa os casos concretos a ela submetidos, avaliando-se se a norma ou o agir estatal mostrou-se consentâneo com as cláusulas humanitárias, se lhe recomendando, conseqüentemente, a reforma ou ab-rogação, se contrários.

Do exposto, a convencionalidade é bem mais lata do que o de constitucionalidade; a uma por poder ser exercida externamente nos tribunais quando a atuação judicial interna tiver sido omissa; a duas em razão da congruência da dupla compatibilidade material que norteiam as chamadas “cláusulas de diálogo”, consis-

34 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano. In: FERRER, Eduardo Mac-Gregor (coord). **El Control Difuso de Convencionalidad** – Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales. FUNDAP – Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C: 2012. p. 111.

35 DELMAS-MARTY descreve esta interlocução transversal de base jurídica comum nos sistemas nacional e internacional como **cross-fertilization**. O fenômeno da fertilização cruzada encontra-se presente quando, por exemplo, altera-se o ordenamento jurídico nacional para fornecer tratamento especial ao direito internacional ou os tribunais estatais valem-se de precedentes internacionais para prolatarem suas decisões. Para aprofundar o conceito de fertilização cruzada confira-se: **Les forces imaginantes du droit. Le pluralisme ordonné**. Op.cit.

36 Cite-se a jurisprudência do Superior Tribunal Militar que em votos condutores e vencidos invocam a Convenção e o Pacto Interamericano de Direitos Humanos, bem assim a própria jurisprudência da Corte IDH para fundamentar suas decisões. *vide*: Superior Tribunal Militar. (STM). **AP (FO) 2007.01.050670-5**, Relator: Min. Antonio Aparicio Ignacio Domingues. **Voto vencido: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha**, julgado em 16/12/2009, DJe 08-03-2010; **AP (FO) 2008.01.050993-3**, Relatora: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, julgado em 09/12/2009, DJe 16-12-2009; **AP 68-58.2014.7.03.0203**, Relator: Min. Lúcio Mário de Barros Góes. **Voto vencido: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha**, julgado em 06/08/2015, DJe 23-09-2015; **AP 97-32.2015.7.05.0005**, Relator: Min. Artur Vidigal, julgado em 22/03/2018, DJe 23-04-2018; **CJ 2008.01.000203-1**, Relator: Min. José Américo dos Santos. **Voto vencido: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha**, julgado em 11/03/2010, DJe 29-04-2010; **Emb 11-54.2011.7.03.0103**, Relator: Min. Fernando Sérgio Galvão, julgado em 30/10/2013, DJe 19-11-2013; **Emb 32-16.2011.7.07.0007**, Relator: Min. Marcus Vinicius Oliveira dos Santos. **Voto vencido: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha**, julgado em 04/02/2014, DJe 19-02-2014; **HC 16-10.2013.7.00.0000**, Relatora: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, julgado em 28/02/2013, DJe 15-03-201; **HC 106-76.2017.7.00.0000**, Relator: Min. William de Oliveira Barros, julgado em 08/06/2017, DJe 22-06-2017; **HC 127-23.2015.7.00.0000**, Relator: Min. Fernando Sérgio Galvão, julgado em 03/08/2015, DJe 17-08-2015.

37 BAZÁN, Victor. O Controle de Convencionalidade e a necessidade de intensificar um adequado diálogo jurisprudencial. **Revista de Direito Público**, v. 8, n. 41, set./out. 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1953>. Acesso em: 03 set. 2021.

tes no exame da normatividade doméstica para fazer prevalecer regramentos que tragam mais benefícios à humanidade. Daí porque admissíveis normas constitucionais inconventionais.<sup>38</sup>

A dogmática valoriza, sobretudo e acima de tudo, o postulado *pro humanitas*, deixando de lado a hierarquia jurídica legal para ressaltar a supremacia humanitária. Nesta perspectiva estrutural, a relação de validade acorda com o critério material voltado para a maior proteção do Homem, pelo que, só há falar em inconventionalidade quando o resguardo derivado do direito internacional for mais benéfico ao indivíduo do que o estabelecido *interna corporis*.<sup>39</sup>

### 3 CONCLUSÃO

O controle da convencionalidade descortina-se, neste limiar de século, como um dos mais relevantes mecanismos assecuratórios *pro persona* e propicia significativas transformações no interior dos Estados Nacionais. O compartilhamento da *majestas*, associado às formulações dogmáticas do supranacionalismo, ampliaram os espaços de poder que reivindicam direitos há muito consagrados e pouco concretizados.

Nessa perspectiva, os conceitos do liberalismo oitocentista são desafiados pelas novas estruturas jurídicas globalizantes que demandam a igualdade entre os humanos.

Efetivamente, se as formas normativas internas fizeram prevalecer no passado o prestígio da *potestas* estatal, como preconizada por Bodin, a contínua construção cosmopolita-cooperativa das sociedades políticas contemporâneas transcende os dogmas tradicionais da intocabilidade territorial das Nações.

A superação da verticalidade fundamentadora concebida por Hans Kelsen é um exemplo. Está-se diante de uma dialética inédita, na qual o princípio da autodeterminação oferecido pelo Direito das Gentes e ex-

38 SANTOS, Adriana Prates. Controle de convencionalidade: a invalidade da Lei de Anistia brasileira frente ao sistema interamericano de direitos humanos. **Jus.com.br**, out. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61365/controle-de-convencionalidade-a-invalidade-da-lei-de-anistia-brasileira-frente-ao-sistema-interamericano-de-direitos-humanos>. Acesso em: 05 jun. 2018. Um excelente estudo sobre o tema está em PACHECO, Pablo Viana. **Normas Constitucionais Inconventionais. Normas Constitucionais inconventionais**. Tese – Doutorado em Direito apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2015.

39 Nesse sentido decidiu o STF em precedente paradigmático: “*Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legítima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O habeas corpus ad subjiciendum, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pética de separação de poderes. 9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes. 10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo. 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. **ADI 5240**, Relator: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.*

plicitado pela regra de divisão entre competência interna e competência internacional, apontam para um novo *pactum* originário: o *pactum unionis*, perspectivando um novo modelo de Contrato Social. Um Contrato que altera arquétipos carcomidos, nomeadamente, o absolutismo da soberania, indispensável para a construção do terceiro milênio.

No Brasil, a hermenêutica consagrada do Supremo Tribunal Federal que atribuiu aos tratados de direitos humanos o *status* supralegal, *minimum minimorum*, cobrou de um país, tradicionalmente dualista, sua responsabilidade humanitária. A consequência inexorável foi o advento de um método paramétrico de valoração das leis a partir de seu conteúdo, e não, de sua posição hierárquico-normativa. Tudo a ver com a convencionalidade!

## REFERÊNCIAS

ARZATE, Enrique Uribe. **Problemas actuales de los Tribunales Constitucionales y el control de convencionalidad**. México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2012.

BAZÁN, Victor. O Controle de Convencionalidade e a necessidade de intensificar um adequado diálogo jurisprudencial. **Revista de Direito Público**, v. 8, n. 41, set./out. 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1953>. Acesso em: 03 set. 2021.

BELAUNDE, Domingos García. El control de convencionalidad y sus problemas. **Pensamiento Constitucional**, v. 20, n. 20, p. 135-160, 2015. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/14888>. Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 7.30, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm). Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. (STM). **AP (FO) 2007.01.050670-5**. Relator: Min. Antonio Aparicio Ignacio Domingues. Voto vencido: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, julgado em 16/12/2009, DJ, de 08-03-2010.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. (STM). **AP (FO) 2008.01.050993-3**, Relatora: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, julgado em 09/12/2009, DJe 16-12-2009.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. (STM). **AP 68-58.2014.7.03.0203**, Relator: Min. Lúcio Mário de Barros Góes. *Voto vencido: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha*, julgado em 06/08/2015, DJ, de 23-09-2015.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. (STM). **AP 97-32.2015.7.05.0005**, Relator: Min. Artur Vidigal, julgado em 22/03/2018, DJ, de 23-04-2018.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. (STM). **CJ 2008.01.000203-1**, Relator: Min. José Américo dos Santos. *Voto vencido: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha*, julgado em 11/03/2010, DJ, de 29-04-2010.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. (STM). **Emb 11-54.2011.7.03.0103**, Relator: Min. Fernando Sérgio Galvão, julgado em 30/10/2013, DJ, de 19-11-2013.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. (STM). **Emb 32-16.2011.7.07.0007**, Relator: Min. Marcus Vinicius Oliveira dos Santos. *Voto vencido: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha*, julgado em 04/02/2014, DJ, de 19-02-2014.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. (STM). **HC 106-76.2017.7.00.0000**, Relator: Min. William de Oliveira Barros, julgado em 08/06/2017, DJ, de 22-06-2017.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. (STM). **HC 127-23.2015.7.00.0000**, Relator: Min. Fernando Sérgio Galvão, julgado em 03/08/2015, DJ, de 17-08-2015.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. (STM). **HC 16-10.2013.7.00.0000**, Relatora: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, julgado em 28/02/2013, DJ, de 15-03-2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (STF). **ADI nº 5240**. Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, Processo eletrônico DJ-018 divulg. 29-01-2016 public. 01-02-2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4711319>. Acesso em: 03 set. 2021.

**CABALLERO, Ariel Alberto Rojas. El Control Difuso y la Recepción del Control de Convencionalidad en Materia de Derechos Humanos en México. México: Editorial Porrúa, 2016.**

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

**COLNAGO, Claudio de Oliveira Santos. Notas sobre o controle de convencionalidade. Os Constitucionalistas.** Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/notas-sobre-o-controle-de-convencionalidade>. Acesso em: 06 dez. 2017.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, v. 232, jun. 2014. DTR/2014/2187. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/295705167\\_o\\_controle\\_de\\_convencionalidade\\_como\\_parte\\_de\\_um\\_constitucionalismo\\_transnacional\\_fundado\\_na\\_pessoa\\_humana](https://www.researchgate.net/publication/295705167_o_controle_de_convencionalidade_como_parte_de_um_constitucionalismo_transnacional_fundado_na_pessoa_humana). Acesso em: 29 ago. 2018.

CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS. **Decisão 74-54 DC.** Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm>. Acesso em: 28 ago. 2018.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao\\_Americana\\_Ratif.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm). Acesso em: 01 set. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.** Sentença de 26 de setembro de 2006. Parágrafo 124. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf). Acesso em: 29 ago. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Tibi Vs. Ecuador.** Sentença de 7 de setembro de 2004. Voto concorrente de Sérgio Garcia Ramirez. Parágrafos 2, 3, 4, 5, 6. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf). Acesso em: 29 ago. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman Vs. Uruguai.** Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf). Acesso em: 21 set. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala.** Sentença de 25 de novembro de 2003. Voto concorrente de Sérgio Garcia Ramirez. Parágrafo 27, p. 10. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_101\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf). Acesso em: 29 ago. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú.** Sentença de 24 de novembro de 2006. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf). Acesso em: 21 set. 2020.

DELMAS-MARTY Mireille. **Les forces imaginantes du droit. Le pluralisme ordonné.** Paris: Seuil, 2006.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano. In: FERRER, Eduardo Mac-Gregor (coord). **El Control Difuso de Convencionalidad – Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales.** FUNDAP – Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C: 2012.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **O Controle de Convencionalidade no Brasil.** In: *O Direito Internacional dos Direitos Humanos em Face dos Poderes Judiciais Nacionais.* Encontro realizado conjuntamente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) Supremo Tribunal Federal (STF), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Corte Interamericana de Direitos Humanos e Fundação Konrad Adenauer, Brasília, 2016.

GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade.** São Paulo: Atlas, 2013.

GUERRA, Sidney. Controle de Convencionalidade. **Revista Jurídica**, UNICURITIBA, Curitiba, v. 1, n. 46, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1994>. Acesso em: 03 set. 2021.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos. Curso Elementar.** 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2016.

MANCHEGO, José Félix Palomino; BELAUNDE, Domingo García. El Control de Convencionalidad en el Perú. **Pensamiento Constitucional**, v. 18, n. 18, 2013. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8955/>. Acesso em: 03 set. 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 81, jan./mar. 2009, p. 115. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194897>. Acesso em: 03 set. 2021.

MENDES, Leonardo Castanho. O Direito Interno e o Direito Internacional. Monismo e Dualismo. O caso particular do Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos humanos:** v. 1. Curitiba: Juruá, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais.** Coimbra: Almedina, 2017.

PACHECO, Pablo Viana. **Normas Constitucionais inconventionais.** Tese – Doutorado em Direito apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015.

RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. *In*: Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). **El control difuso de convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. Querétaro: Fundap, 2012.

RAMÍREZ, Sergio García. **Estudios jurídicos**. México: UNAM, 2001.

RAMÍREZ, Sergio García. **La Corte Interamericana de Derechos Humanos**. México D.F.: Porrúa, 2007.

RAMÍREZ, Sergio García. **La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal**. México: Editorial Porrúa, 2003.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad. *In*: BOGDANDY, Armin von; FERRER MACGREGOR, Eduardo; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Comune en América Latina?** México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, T.II, 2010.

SANTOS, Adriana Prates. Controle de convencionalidade: a invalidade da Lei de Anistia brasileira frente ao sistema interamericano de direitos humanos. **Jus.com.br**, out. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61365/control-de-convencionalidade-a-invalidade-da-lei-de-anistia-brasileira-frente-ao-sistema-interamericano-de-direitos-humanos>. Acesso em: 05 jun. 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. *In*: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

# CAPÍTULO 5

## DIREITOS HUMANOS X MULHERES

Laura Maria F. Moreira

### 1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos foram notáveis as transformações ocorridas no âmbito dos movimentos feministas e das lutas pela igualdade de gêneros. Em razão de alguns acontecimentos históricos, as mulheres passaram a exercer um papel completamente diferente do que vinham desempenhando em outros tempos. Parte desta jornada se deteve à promoção de descolamentos no sentido mesmo do que são e para quem são os direitos humanos.

Muito embora a igualdade de gênero tenha sido tomada como direito fundamental desde a Carta das Nações Unidas, em 1945, foram necessários muitos anos e variadas estratégias de incidência política das mulheres, junto aos governos e aos organismos internacionais, nos vários espaços de discussão da arena política local e global, até que um conjunto de mecanismos e programas de ações fosse estabelecido para a promoção de seus direitos. As questões de gênero foram, portanto, incluídas paulatinamente na agenda global de direitos humanos, a partir dos contextos e da configuração de linhas de forças entre os diferentes atores políticos que dele fizeram parte e, especialmente, as próprias mulheres.

Assim sendo, este trabalho possuirá como problemática central: qual a relevância dos Direitos Humanos das mulheres? Enquanto que como hipótese pode-se abordar que a gama de direitos que foram conquistados por meio de convenções internacionais que formulam e proporcionam direitos fundamentais para o gênero feminino são um marco no paradigma de direitos do gênero feminino, possibilitando uma melhor qualidade de vida para as mulheres.

Justificando-se por abordar um tema relevante socialmente, por abordar um tema largamente debatido no âmbito jurídico e por ser a expressão dos direitos conquistados pelas mulheres, mas que ainda precisam de uma maior efetivação, tendo em vista as violências que estas ainda são submetidas. Por se tratar de um estudo bibliográfico, este trabalho também se torna relevante por ampliar academicamente e socialmente o conhecimento acerca do tema.

Neste sentido, o presente trabalho possuirá análise os Direitos Humanos das mulheres, bem como os movimentos feministas os quais auxiliaram para a construção deste novo paradigma, as convenções internacionais e, por fim, a Lei Maria da Penha como um instrumento deste Direito.



Para tal, utilizar-se-á da pesquisa de revisão bibliográfica, pelo método hipotético dedutivo para a construção do trabalho, embasando-se em obras, artigos científicos e periódicos de autores renomados acerca do tema.

## 2 DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. E incluem o direito à vida e à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre e muitos outros. Todos merecem estes direitos, sem discriminação.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece as obrigações dos governos de agirem de determinadas maneiras ou de se absterem de certos atos, a fim de promover e proteger os direitos do homem e as liberdades de grupos ou de indivíduos.

Desde o estabelecimento das Nações Unidas, em 1945— em meio ao forte lembrete sobre os horrores da Segunda Guerra Mundial —, um de seus objetivos fundamentais tem sido promover e encorajar o respeito aos Direitos Humanos para todos, conforme estipulado na Carta das ONU (Organização das Nações Unidas):

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, ... a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações...” Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.<sup>1</sup>

Os Direitos Humanos são comumente compreendidos como aqueles direitos inerentes ao ser humano. O conceito de Direitos Humanos reconhece que cada ser humano pode desfrutar de seus Direitos Humanos sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outro tipo, origem social ou nacional ou, ainda, condição de nascimento ou riqueza (CASTILHO, 2018).

São garantidos pela lei de Direitos Humanos, protegendo indivíduos e grupos contra ações que interferem nas liberdades fundamentais e na dignidade humana. Estão expressos em tratados, no direito internacional consuetudinário, conjuntos de princípios e outras modalidades do Direito. A legislação de direitos humanos obriga os Estados a agir de uma determinada maneira e proíbe os mesmos de se envolverem em atividades específicas. No entanto, a legislação não estabelece os Direitos Humanos. Tais Direitos são direitos inerentes a cada pessoa simplesmente por ela ser um humano.<sup>2</sup>

1 BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm). Acesso em: 04 jan. de 2021.

2 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2018.

Tratados e outras modalidades do Direito costumam servir para proteger formalmente os direitos de indivíduos ou grupos contra ações ou abandono dos governos, que interferem no desfrute de seus Direitos Humanos. Algumas das características mais importantes dos direitos do ser humano são: a) os Direitos Humanos são fundados sobre o respeito pela dignidade e o valor de cada pessoa; b) os Direitos Humanos são universais, o que quer dizer que são aplicados de forma igual e sem discriminação a todas as pessoas; c) os Direitos Humanos são inalienáveis, e ninguém pode ser privado de seus desses direitos; eles podem ser limitados em situações específicas. Por exemplo, o direito à liberdade pode ser restringido se uma pessoa é considerada culpada de um crime diante de um tribunal e com o devido processo legal; d) os Direitos Humanos são indivisíveis, inter-relacionados e interdependentes, já que é insuficiente respeitar alguns direitos humanos e outros não. Na prática, a violação de um direito vai afetar o respeito por muitos outros.

Todos os Direitos Humanos devem, portanto, ser vistos como de igual importância, sendo igualmente essencial respeitar a dignidade e o valor de cada pessoa. Para Flávia Piovesan:

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteção dos direitos humanos.<sup>3</sup>

Segundo Magalhães e Lamounier (2018)<sup>4</sup> O processo de internacionalização dos Direitos Humanos tem como base originária três pilares: o Direito Humanitário, a Liga das Nações Unidas e a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Foram importantes porque o Direito Humanitário tratou, em âmbito internacional, da proteção humanitária em casos de guerra. A Liga das Nações, além de buscar a paz e a cooperação internacional, expressou disposições referentes aos direitos humanos.

Assim sendo, a OIT promulgou inúmeras convenções internacionais, buscando a proteção da dignidade da pessoa humana no direito trabalhista. A internacionalização da proteção dos Direitos Humanos inicialmente, resultou em inúmeros tratados internacionais e instrumentos de proteção, como os Pactos de Direitos Civis e Políticos, de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. No âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), ambos de 1966; a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José), de 1969, no âmbito do Sistema Interamericano; Tratados de prevenção da discriminação, de prevenção e punição da tortura, de proteção aos refugiados, de proteção aos direitos dos trabalhadores, direitos das crianças, direitos da mulher, deficientes e idosos.

3 PIOVESAN, Flávia **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017. p. 141.

4 MAGALHÃES, Luís Quadros; LAMOUNIER, Gabriela Maciel. A internacionalização dos direitos humanos. **Âmbito Jurídico, Rio Grande**, a, v. 11, p. 140-152, 2018.

### 3 A FORMAÇÃO DA IDEIA DE DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

Para que se possa falar em Direitos Humanos das mulheres, é importante compreender como ocorreu a afirmação destes sujeitos como atores políticos a reivindicar espaço na arena pública. E para tanto, faz-se necessário entender os deslocamentos realizados no campo acadêmico e da militância que tornaram possível, no contexto do processo de especificação dos sujeitos de direitos, a afirmação dos Direitos Humanos das mulheres. Neste contexto, as discussões envolvendo gênero, mulheres e Direitos Humanos ganham especial relevo. Inobstante este debate já seja bastante conhecido e consolidado no campo das ciências sociais e da antropologia, ele é pouco feito na área do Direito, razão pela qual é importante trazer para o campo jurídico as discussões que vem sendo travadas na sociologia e na antropologia.<sup>5</sup>

A discussão e a conceituação do termo gênero iniciaram no campo da antropologia, por impulso de teóricas feministas que buscavam a desconstrução de teorias que, fundadas em aspectos biológicos, determinavam papéis sociais para homens e mulheres, particularmente excluindo mulheres da arena pública. Inicialmente, o termo foi bastante usado nas teorias da psicologia que discutiam os casos de transexuais e intersexos (década de 1950).<sup>6</sup>

Aos poucos, esta terminologia foi sendo também apropriada pelos movimentos sociais e por antropólogas feministas, tendo se tornado hoje um campo de estudos e análises. Importa notar que os estudos de gênero inseriam-se (e ainda se inserem) em um projeto político que visa implodir as assimetrias de poder historicamente construídas entre homens e mulheres. Ao longo do tempo, foi incorporada a esta discussão também perspectivas de outras etnias, tornando ainda mais complexas a questão e conjugando a formação de hierarquias a partir do estabelecimento de valorações fundadas em gênero, etnia e classe social.

#### 3.1 MOVIMENTOS FEMINISTAS

O feminismo é um movimento moderno, no qual as mulheres se apresentaram na história como sujeitos políticos, isso surgiu com a Revolução Francesa (1789-1799). Logo depois, alastrou-se pelos países do Ocidente e seu principal propósito era a libertação da mulher. No início do século XVIII, vários filósofos iluministas franceses, em seus escritos, refletiam sobre as mulheres e sua condição social. Na Cidade de Paris, diversas mulheres passaram a organizar reuniões para debater ideias e pensamentos políticos e filosóficos. Muitos intelectuais e políticos não concordavam com a participação das mulheres nas discussões políticas e filosóficas, mas aceitavam suas participações, já que as conversas seriam de forma rasa, sem profundas reflexões.<sup>7</sup>

5 TELES, Maria Amélia. **O que são direitos humanos das mulheres**. Brasília: Brasiliense, 2017.

6 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017.

7 TELES, Maria Amélia. **O que são direitos humanos das mulheres**. Brasília: Brasiliense, 2017.

Diante disso, pode-se destacar o seguinte trecho de Tristan, 1986 apud Teles, 2017: “[...] reclamo os direitos das mulheres, porque estou convencida que todos os males do mundo provêm da incompreensão que se tem até hoje de que os direitos naturais são imprescindíveis para o ser mulher [...]”<sup>8</sup>

Lutando pela consolidação do poder popular, as mulheres iniciaram uma batalha a respeito do direito de participar da vida pública, no trabalho, na educação e na política. As mulheres continuaram resistindo em busca de seus direitos, mas, em 1739, foram consideradas uma ameaça pela nascente ordem burguesa. Teles (2017) apresenta os argumentos que justificavam tais proibições:

Todos os habitantes de um país devem e gozam de direitos de cidadãos passivos, todos têm direito à proteção de sua pessoa, de sua propriedade, de sua liberdade [...], mas nem todos têm o direito a ser parte ativa da formação do poder público, nem todos são cidadãos ativos. As mulheres, [...] as crianças, os estrangeiros, aqueles que não contribuem em nada para o funcionamento público não devem, pois, influenciar na coisa pública.<sup>9</sup>

Além disso, o regime burguês reafirmou a hierarquia na família como base na organização social, sendo contra o direito do amor livre e o divórcio, reclamado pelas mulheres na Revolução Francesa; o homem ainda se localizava no topo, tinha o poder e era o chefe da família.

Até metade do ano 1800 a igualdade era o tema principal das mulheres que reivindicavam pelo direito de educação, trabalho e igualdade salarial. No ano 1857, em Nova York aconteceu o movimento feminino que resultou em um incêndio, ocasionando a morte de 129 operárias, justamente no dia 8 de março. Após isso, em 1866, durante o Congresso Internacional dos Trabalhadores, os delegados presentes foram contrários ao trabalho feminino. Essa decisão provocou novas manifestações entre as mulheres, que fundaram a primeira associação feminista, chamada de Liga das Mulheres, em 1868. De acordo com registros do início da industrialização e do capitalismo, as mulheres ainda continuavam excluídas dos direitos civis, políticos e econômicos. A partir desse cenário, criou-se o Conselho Internacional das Mulheres, fundado em 1888 e existe até hoje na Cidade de Paris, garantindo os direitos das mulheres.<sup>10</sup>

Em 1910 foi definida a realização da primeira Jornada Internacional da Mulher, que iniciou a tradição do 8 de março, em que as mulheres lutam pela autonomia e buscam a emancipação. Segundo Ferreira (2011)<sup>11</sup>, emancipação significa tornar-se independente e desfrutar dos direitos civis, complementando que emancipar-se é equiparar-se ao homem em direitos jurídicos, políticos e econômicos. Libertar-se é querer ir mais adiante, realçar as condições que regem a alteridade nas relações de gênero, de modo a afirmar a mulher como indivíduo autônomo.

8 Tristan, 1986 apud TELES, Maria Amélia. **O que são direitos humanos das mulheres**. Brasília: Brasiliense, 2017. p. 104.

9 TELES, Maria Amélia. **O que são direitos humanos das mulheres**. Brasília: Brasiliense, 2017. p. 20.

10 VARGAS, Tainá Machado; CARLOS, Paula Pinhal. Direitos humanos e o papel dos movimentos feministas no discurso neoliberal. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, v. 4, n. 2, p. 73-93, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0022/2018.v4i2.5220>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/view/5220>. Acesso em: 03 set. 2021.

11 FERREIRA, Naura Syria Carapeto. **Gestão da educação: impasses, perspectivas e compromissos**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

Nos anos 1960, principalmente em alguns países da Europa e nos EUA, as mulheres, juntamente com estudantes, participaram de grandes mobilizações populares que questionaram as formas de autoritarismo e ações militaristas sobre a vida e a dignidade humana. Esses movimentos feministas tinham como objetivos a reivindicação do direito ao aborto, a defesa da maternidade e a denúncia da jornada intensiva de trabalho.

A partir de meados da década de 1980 houve uma forte iniciativa dos governos na incorporação da categoria das relações sociais de gênero, como base ou como tema transversal nas políticas públicas. Segundo Costa (2015, p. 16)<sup>12</sup>.

O avanço do movimento fez do eleitorado feminino um alvo de interesse partidário e de seus candidatos, que começaram a incorporar as demandas das mulheres aos seus programas e plataformas eleitorais, a criar Departamentos Femininos dentro das suas estruturas partidárias.

A partir dos anos finais de 1980, um conjunto de organismos de controle social e de elaboração de políticas, passaram a ser mais um espaço de participação política dos movimentos sociais e das Organizações Não Governamentais (ONG), evidenciando a questão da autonomia feminina.

A reivindicação dos direitos das mulheres nasce da distância entre a afirmação dos princípios universais da igualdade e a realidade da divisão desigual dos poderes entre homens e mulheres. Nesse sentido, a reivindicação política do feminismo emerge de uma re-conceitualização dos direitos universais, apoiando-se nas teorias dos direitos dos cidadãos que são resultados das revoluções americana e francesa. (HIRATA et al. apud SOARES, 2014, p. 170).<sup>13</sup>

No ano 1949, Simone de Beauvoir publicou a obra *O Segundo Sexo*, abordando opressões femininas. A partir disso, no ano 1963, Betty Friedan retoma as ideias de Beauvoir e expõe a opressão contra a mulher na sociedade industrial. Iniciam-se, assim, alguns movimentos feministas. As ideias tradicionais perdem forças e o novo pensamento feminino ganha forças. E assim, em 1975, é declarado o Ano Internacional da Mulher pela ONU.<sup>14</sup>

## 4 OS DIREITOS HUMANOS DA MULHER NAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

### 4.1 CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER – CEDAW

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, também chamada CEDAW (da sigla em inglês) ou Convenção da Mulher, é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os Direitos Humanos das mulheres. São duas as frentes propostas: promover os

12 COSTA, Ana Alice Alcântara. O movimento Feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política. *Revista Gênero*, Niterói, v. 5, n. 2, p. 9-35, 1. sem. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufr.br/revistagenero/article/view/31137>. Acesso em: 03 set. 2021.

13 SOARES, V. O feminismo e o machismo na percepção das mulheres brasileiras. In: SOARES, V. *A mulher brasileira nos espaços de poder*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2014.

14 ALVES, A. C. F.; ALVES, A. K. da S. *As trajetórias e lutas do movimento feminista no Brasil e o protagonismo social das mulheres*. In: Seminário CETROS, 4., 2013, Fortaleza. Anais [...]. Fortaleza, 2013.

direitos da mulher na busca da igualdade de gênero e reprimir quaisquer discriminações contra as mulheres nos Estados-parte.<sup>15</sup>

## 4.2 HISTÓRICO

A adoção da Convenção da Mulher, em vigor desde 1981, foi o fruto de décadas de esforços internacionais visando à proteção e à promoção dos direitos das mulheres em todo o mundo. Resultou de iniciativas tomadas dentro da Comissão sobre a Situação da Mulher (CSW, sigla em inglês) da Organização das Nações Unidas (ONU), órgão criado dentro do sistema das Nações Unidas, em 1946, com o objetivo de analisar e elaborar recomendações para a formulação de políticas aos vários países signatários da Convenção, visando o aprimoramento do status da mulher (TELES, 2017).<sup>16</sup>

Baseada em provisões da Carta das Nações Unidas – que afirma expressamente os direitos iguais de homens e mulheres – e na Declaração Universal dos Direitos Humanos – que estabelece que todos os direitos e liberdades humanos devem ser aplicados igualmente a homens e mulheres, sem distinção de qualquer natureza – a Comissão preparou, entre os anos de 1949 e 1962, uma série de tratados que incluíram: a [Convenção dos Direitos Políticos das Mulheres \(1952\)](#); a [Convenção sobre a Nacionalidade de Mulheres Casadas \(1957\)](#); e a [Convenção sobre o Casamento por Consenso, Idade Mínima para Casamento e Registro de Casamentos \(1962\)](#). Esses tratados tinham por objetivo e visavam a proteção, bem como, a promoção dos direitos da mulher nas áreas em que esses direitos fossem considerados particularmente vulneráveis pela Comissão.<sup>17</sup>

Em 1965, a Comissão empenhou-se nos preparativos para o que viria a se tornar, em 1967, a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher. Esta Declaração incluía em um único instrumento legal padrões internacionais que articulavam direitos iguais de homens e mulheres. A Declaração, entretanto, não se efetivou como um tratado. Apesar de sua força moral e política, ela não estabeleceu obrigações para os Estados.<sup>18</sup>

Em 1972, a Comissão sobre a Situação da Mulher considerou a possibilidade de organizar um tratado que conferisse força de lei à Declaração. Essa proposta foi impulsionada pelo Plano Mundial de Ação, adotado pela Conferência Mundial do Ano Internacional da Mulher, das Nações Unidas em 1975. Esse Plano pedia uma Convenção para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, com procedimentos efetivos para sua implementação. Este trabalho também foi impulsionado pela Assembleia Geral, que declarou o período 1976-1985 a Década das Nações Unidas para a Mulher.<sup>19</sup>

15 BRASIL. **Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 08 set. 2021.

16 TELES, Maria Amélia. **O que são direitos humanos das mulheres**. Brasília: Brasiliense, 2017.

17 RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2018.

18 RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2018.

19 PIOVESAN, Flavia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017.

A **Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)**, acima citada, foi adotada pela Assembleia Geral em 1979. Na resolução de adoção da Convenção, a Assembleia Geral demonstrou expectativas de que ela entrasse em ação em curto prazo.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher é formada por 30 artigos e um preâmbulo, foi adotada em 1979, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), ratificada pelo Brasil em 1984. Ao ratificá-la, o Brasil assume o compromisso de adotar providências efetivas e reais no sentido de enfrentar todas as formas de discriminação contra a mulher no país. Cabe salientar que foi após 22 anos da ratificação da Convenção o legislativo elaborou a Lei Maria da Penha:

A discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito à dignidade humana, dificultando a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constituindo um obstáculo ao aumento de bem-estar da sociedade e da família e impedindo a mulher de servir o seu país e a humanidade em toda a extensão das suas possibilidades (BRASIL, 1965).<sup>20</sup>

No seu art.1º a Convenção define o conceito de ‘discriminação contra as mulheres’ como sendo:

Toda distinção, exclusão ou restrição fundada no sexo e que tenha por objetivo ou consequência prejudicar ou destruir o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade dos homens e mulheres, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, nos campos políticos, econômicos, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (BRASIL, 1965).<sup>21</sup>

A CEDAW é a grande Carta Magna dos direitos das mulheres e simboliza o resultado de inúmeros avanços – em termos de princípios, normas e políticas – construídos nas últimas décadas, em um grande esforço global de edificação de uma ordem internacional de respeito à dignidade de todo e qualquer ser humano. Em seu art.3º a CEDAW prevê que os Estados-Partes: Deverão em todos os campos e em particular, no político, social, econômico e cultural tomar todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e o progresso das mulheres, com vistas a garantir-lhes o exercício e o gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem (BRASIL, 1965)<sup>22</sup>.

#### **4.3 CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER – CONVENÇÃO BELÉM DO PARÁ**

A Assembleia Geral das Nações Unidas, convencida da necessidade de um documento internacional que enfrentasse o problema da violência contra a mulher, afirma que a violência contra a mulher consiste em

20 BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm). Acesso em: 03 set. 2021.

21 BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm). Acesso em: 03 set. 2021.

22 BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm). Acesso em: 03 set. 2021.

violência contra os direitos humanos e as liberdades fundamentais, e adota a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – “Convenção de Belém do Pará” (1994). A Convenção é formada por 25 artigos e um preâmbulo, foi ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995 e promulgada em 1996.

Para os efeitos da Convenção estabeleceu-se nos artigos 1º e 2º a definição de violência:

Art. 1º – Para os efeitos desta Convenção deve-se entender por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado. Art. 2º – Entender-se-á que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica.<sup>23</sup>

Assim, a violência contra a mulher passa a ser reconhecida como violação de Direitos Humanos e a sua proteção contra a violência se universaliza. No Capítulo II da Convenção encontram-se tutelados os Direitos Protegidos:

Artigo 3º– Toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto no âmbito público como no privado.

Artigo 4º– Toda mulher tem direito ao reconhecimento, gozo, exercício e proteção de todos os direitos humanos e às liberdades consagradas pelos instrumentos regionais e internacionais sobre os direitos humanos. Estes direitos compreendem, entre outros:

- a) o direito a que se respeite a sua vida;
- b) o direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral;
- c) o direito à liberdade e à segurança pessoal;
- d) o direito a não ser submetida a torturas;
- e) o direito a que se respeite a dignidade inerente a sua pessoa e que se proteja sua família;
- f) o direito à igualdade de proteção perante a lei e da lei;
- g) o direito a um recurso simples e rápido diante dos tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos;
- h) o direito à liberdade de associação;
- i) o direito à liberdade de professar a religião e as próprias crenças, de acordo com a lei;
- j) o direito de ter igualdade de acesso às funções públicas de seu país e a participar dos assuntos públicos, incluindo a tomada de decisões.

Artigo 5º– Toda mulher poderá exercer livre e plenamente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e contará com a total proteção desses direitos consagrados nos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos humanos. Os Estados-partes reconhecem que a violência contra a mulher impede e anula o exercício desses direitos.

Artigo 6º– O direito de toda mulher a uma vida livre de violência inclui, entre outros:

- a) o direito da mulher de ser livre de toda forma de discriminação, e
- b) o direito da mulher ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e práticas sociais e culturais baseadas em conceitos de inferioridade ou subordinação.<sup>24</sup>

23 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher*, “Convenção de Belém do Pará”. 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 03 set. 2021.

24 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher*, “Convenção de Belém do Pará”. 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 03 set. 2021.



A Convenção também prevê em seu artigo 12, que os casos de violações aos direitos fundamentais das mulheres podem ser reportados à Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo que os trâmites do caso serão de acordo com as regras previstas no Pacto de São José da Costa Rica e no próprio regulamento interno da Comissão focado nos artigos 44 a 51 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1999.

Artigo 12 – Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições que contenham denúncias ou queixas de violação do artigo 7º da presente Convenção pelo Estado-parte, e a Comissão para a apresentação e consideração de petições estipuladas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Estatuto e Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.<sup>25</sup>

Com fulcro no artigo 12 dessa Convenção, pôde Maria da Penha e os outros peticionários recorrerem à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e apresentarem a denúncia de violação de seu direito pelo Estado brasileiro.

#### 4.4 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, SÃO JOSÉ (1969)

Sob o propósito de consolidar, no continente americano, um regime de liberdade pessoal e de justiça social baseado nos Direitos Humanos Universais, foi criada a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Em seu primeiro artigo, o documento dispõe que:

Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”. (art.1). Promulgada por meio do decreto no. 678, em 6 de novembro de 1992.<sup>26</sup>

##### 4.4.1 CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER (CIDADE DO MÉXICO, 1975)

Reconheceu o direito da mulher à integridade física, inclusive a autonomia de decisão sobre o próprio corpo e o direito à maternidade opcional. No contexto da Conferência, foi declarado o período de 1975-1985 como “Década da Mulher”. Cabe ressaltar que 1975 foi declarado como o Ano Internacional da Mulher.<sup>27,28</sup>

##### 4.5.3 CONFERÊNCIA MUNDIAL DE DIREITOS HUMANOS (VIENA, 1993)

Inclusão do dispositivo:

25 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher*, “Convenção de Belém do Pará”. 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 08 set. 2021.

26 BRASIL. *Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 08 set. 2021.

27 ONU MULHERES BRASIL. *Conferências mundiais da mulher*. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/conferencias/>. Acesso em: 08 set. 2021.

28 UNITED NATIONS. *Report of the World Conference of the International Women’s year*. México, 19 June, 2 July 1975. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/relatorio\\_conferencia\\_mexico.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/relatorio_conferencia_mexico.pdf). Acesso em: 08 set. 2021.

Os direitos do homem, das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A participação plena e igual das mulheres na vida política, civil, econômica, social e cultural, em nível nacional, regional e internacional, e a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo constituem objetivos prioritários da comunidade internacional.<sup>29</sup>

Com o subtítulo “Igualdade, Desenvolvimento e Paz” a conferência instaura uma nova agenda de reivindicações: além dos direitos, as mulheres reclamam a efetivação dos compromissos políticos assumidos pelos governos em conferências internacionais através do estabelecimento de políticas públicas. Foi assinada por 184 países a Plataforma de Ação Mundial da Conferência, propondo objetivos estratégicos e medidas para a superação da situação de descriminalização, marginalização e opressão vivenciadas pelas mulheres. Sobre a interrupção voluntária da gravidez, o Plano de Ação aprovado recomendou a revisão das leis punitivas para a questão. Assinado pelo Brasil em 1995.<sup>30</sup>

#### 4.7 DECLARAÇÃO DO MILÊNIO (2000)

Assinada no ano anterior à virada do milênio, tem como objetivo promover o desenvolvimento global com base nas políticas de valores defendidos pela Declaração dos Direitos Humanos. Suas expectativas almejam paz, segurança, desarmamento, erradicação da pobreza, proteção dos vulneráveis e reforço das Nações Unidas. Com a assinatura do Documento, foram estabelecidas as Oito Metas do Milênio. Entre elas estão: promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; melhorar a saúde materna; combater o HIV/Aids, a malária e outras doenças; estabelecer uma parceria mundial para o Desenvolvimento.<sup>31</sup>

### 5 A LEI MARIA DA PENHA COMO INSTRUMENTO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

As mulheres organizadas conseguiram, em 1988, um marco histórico no capítulo de sua trajetória para construção de uma cidadania digna e universal: a visibilidade da mulher como sujeito de direitos no texto constitucional. Assim a Constituição (1988), como documento jurídico e político, contribuiu para que o Brasil se integrasse ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos, antiga reivindicação da sociedade.

Pela primeira vez na história constitucional brasileira, consagra-se a igualdade entre homens e mulheres como um direito fundamental. Lei Maria da Penha ([Lei n. 11.340/06](#)), que recebeu essa denominação devido à história de violência sofrida por Maria da Penha Maia Fernandes, em 1983, vítima de seu marido, que por duas vezes tentou assassiná-la. Na primeira tentativa com disparo de arma de fogo que lhe causou uma paraplegia;

29 DHNET – Direitos Humanos na Internet. Conferência de Direitos Humanos – Viena – 1993. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>. Acesso em: 08 set. de 2021.

30 ONU MULHERES BRASIL. Conferências mundiais da mulher. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/conferencias/>. Acesso em: 08 set. 2021.

31 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). Declaração do Milênio das Nações Unidas. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/ods/declaracao-do-milenio.html>. Acesso em: 08 set. 2021.

na segunda, por meio de choque elétrico. Apesar da gravidade do ocorrido somente após vinte anos (quase prescrevendo o crime), seu marido foi condenado, cumprindo apenas dois anos de prisão, já se encontra em liberdade.

Assim sendo, apreende-se que os Direitos Humanos, traduzidos nos Tratados Internacionais e transcritos para as Cartas Constitucionais como fundamentais, por si só, deveriam ser de natural proteção para a mulher. No entanto, pela tradição de subjugar-la e tratá-la com discriminação, houve a necessidade do surgimento dos Direitos Humanos Especiais para as mulheres.

Não há dúvida de que a existência de instrumentos internacionais de proteção é um grande avanço na luta por seus Direitos, como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, além de demonstrar que a discussão do tema é uma preocupação mundial. E realmente deve ser, pois a violência contra a mulher é um problema que assola um número incontável de vítimas e, quando no âmbito privado, ganha ainda maior destaque, pois está intimamente ligada a sentimentos e emoções, deixando grandes sequelas não só nas vítimas, mas também nos filhos e familiares.<sup>32</sup>

A Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher trata especialmente da discriminação contra a mulher em todos os sentidos, seja em casa, no trabalho, em setores públicos ou em setores privados. Tem como objetivo a igualdade entre os sexos, pois busca a equiparação de direitos entre homens e mulheres.<sup>33</sup>

A Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher enfrenta a questão da violência contra a mulher, em particular as mulheres da América. Não é voltada exclusivamente à violência doméstica, mas tem como objetivo proteger a mulher vítima de violência e motivar os Estados a criar leis e políticas públicas de proteção às vítimas.

A “Convenção de Belém do Pará” declara que a violência contra a mulher é grave lesão aos Direitos Humanos e ao Direito Fundamental e ofende a dignidade humana.

Nessa ótica, corrobora Cavalcanti (2017, p. 93):

A Convenção declara que a violência contra a mulher constitui grave violação aos direitos humanos fundamentais e ofensa à dignidade humana, sendo manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens, limitando total ou parcialmente à mulher o reconhecimento, gozo e exercício de direitos e liberdades.<sup>34</sup>

32 TELES, Maria Amélia. **O que são direitos humanos das mulheres**. Brasília: Brasiliense, 2017.

33 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

34 CAVALCANTI, Stela; FARIAS, Valéria Soares de. **Violência doméstica**. Análise da Lei “Maria da Penha”, n.º 11.340/06. Bahia: JusPodivm, 2017.

Salienta-se ainda que as convenções internacionais que protegem os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais têm força constitucional, pois a Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, acrescentou o § 3.º ao inciso LXXVIII do artigo 5.º da Constituição Federal brasileira. (Celeridade Processual a todos).

No que diz respeito aos tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, Piovesan (2015) entende que todos merecem ser considerados de natureza constitucional, seja apenas materialmente (ratificados com aprovação simples) ou formalmente (ratificados com aprovação especial de emenda constitucional).

De forma integralizada, a ordem jurídica interna e a internacional estão em sintonia com a Magna Carta, pois o objetivo comum é dar proteção à mulher vítima de violência. Logo, o Poder Executivo deverá implementar políticas públicas para adequar a nova Lei e o Poder Judiciário deverá cumprir com a sua parte no que tange a aplicação das normas instituídas.

Cavalcanti (2017, p. 94) observa que:

No plano internacional, o Brasil é parte signatária de tratados e convenções internacionais de proteção e promoção dos direitos humanos. Isso não impede a existência de violações que precisam ser prevenidas e reprimidas mediante a ação ordenada do Poder Público.<sup>35</sup>

Deste modo, a proteção aos direitos fundamentais é a exteriorização da consciência dos tempos modernos dividida pelos Estados, para que a dignidade humana mereça a proteção dos povos envolvidos e também para que haja o comprometimento destes povos

A Violência Doméstica contra a mulher é um dos maiores desafios dos Direitos Humanos. Por essa razão, foi promulgada a [Lei 11.340/06](#) (Lei Maria da Penha), como um mecanismo para proibir e reprimir a Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. Todavia, por mais que a Lei sustente a criação de mecanismos de prevenção e repressão, observa-se uma grande dificuldade em reduzir ou eliminar a violência de gênero e tornar efetiva a proteção dos Direitos Humanos da mulher.

Segundo Schraiber (2015)<sup>36</sup>, a violência de gênero constitui uma questão social bastante complexa e difícil, pois é uma violência, mas não é qualquer violência; em certa medida, deve ser objeto das sanções que regem a violação dos Direitos e das Leis; em outra medida, objeto de intervenções que melhorem o convívio social e privado das pessoas, que não dizem respeito apenas à ordem ou à legalidade do viver em sociedade, mas, sobretudo à ética da igualdade entre humanos, sejam quais pessoas forem, e ao estímulo à ética da solidariedade, tanto social quanto individual.

35 CAVALCANTI, Stela; FARIAS, Valéria Soares de. **Violência doméstica**. Análise da Lei “Maria da Penha”, n.º 11.340/06. Bahia: JusPodivm, 2017.

36 SCHRAIBER, Lília Blima *et. al.* **Violência dói e não é direito** – a violência contra a mulher, a saúde e os direitos humanos. São Paulo: Editora UNESP, 2015.

## 6 CONCLUSÃO

A luta das mulheres por Direitos Humanos tem percorrido um longo caminho por reconhecimento e efetivação. Parte desta jornada se deteve à promoção de descolamentos no sentido mesmo do que são e para quem são os direitos humanos. Críticas contumazes foram feitas à premissa do direito natural, na qual a definição dos direitos humanos esteve circunscrita, e à sua insuficiente apreensão das diferenças que, constituídas por meio das relações sociais, configuram o *status* de sujeito de direito. As contradições entre os direitos individuais e coletivos, bem como a noção de gerações de direitos, que implicava na garantia e na expansão dos direitos por etapas, também foram severamente debatidas e questionadas.

Muito embora a igualdade de gênero tenha sido tomada como direito fundamental desde a Carta das Nações Unidas, em 1945, foram necessários muitos anos e variadas estratégias de incidência política das mulheres, junto aos governos e aos organismos internacionais, nos vários espaços de discussão da arena política local e global, até que um conjunto de mecanismos e programas de ações fossem estabelecidos para a promoção de seus direitos. As questões de gênero foram, portanto, incluídas paulatinamente na agenda global de direitos humanos, segundo determinado regime de visibilidade, a partir dos contextos e da configuração de linhas de forças entre os diferentes atores políticos que dele fizeram parte e, especialmente, as próprias mulheres.

Alguns marcos foram de extrema relevância nesse processo, sendo que o primeiro deles foi a criação da Comissão sobre o *Status* da Mulher (Commission on the *Status* of Women – CSW)<sup>3</sup> em 1946. Ainda que a Comissão de Direitos Humanos se ocupasse de acompanhar o progresso dos compromissos firmados na Carta das Nações, o estabelecimento de uma comissão específica para monitorar a situação das mulheres significava, já naquele momento, o reconhecimento da necessidade de um olhar pormenorizado a este segmento da população mundial.

A CSW, por sua vez, teve atuação relevante no delineamento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Sua preocupação com uma linguagem sensível às questões de gênero cuidou de manter evidente a perspectiva da igualdade entre homens e mulheres, para além do implícito no homem como significante de humanidade. Nos anos seguintes, seus esforços na elaboração de diagnósticos e documentos foram fundamentais à consolidação de uma perspectiva de gênero ao conjunto dos Direitos Humanos.

Vale destacar a formulação da [Convenção dos Direitos Políticos das Mulheres \(1952\)](#) e a [Convenção da Nacionalidade das Mulheres Casadas \(1957\)](#) através das quais ocorreu uma maior visibilização de questões tidas como reservadas ao âmbito doméstico e/ou privado. Um desdobramento importante do debate internacional nesse período foi o tensionamento de questões ligadas às práticas tradicionais tanto na díade internacional/nacional quanto pública/privada, posto que, por um lado, os compromissos firmados pelos países na comunidade internacional esbarravam na diversidade social e cultural dos povos. Por outro lado, o dever de proteção da

vida e promoção de direitos dos Estados encontrava limites na preservação da privacidade e da intimidade dos sujeitos por vezes implicando em intervenções arbitrárias das autoridades.

A histórica e profunda distinção do transformar feminino, como sendo privado (doméstico), e do masculino, como sendo público, não apenas tornou invisíveis as mulheres enquanto sujeitos políticos como também impossibilitou a politização de questões vistas como privadas (domésticas ou familiares) por muito tempo, resultando em esforços conjuntos entre os quais se destaca a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Discriminações contra a Mulher (1967).

Uma característica importante da luta das mulheres por seus Direitos Humanos é a produção de evidências e narrativas voltadas para deslocar a ideia de sujeitos centrados para a compreensão fragmentada, multifaceta. Assim, os modos como as relações de gênero, raça, etnia, religiosidade, territorialidade, entre outras – experiências, trajetórias e oportunidades distintas e entrecruzadas entre si –, constituem os sujeitos que puderam ser postos em tela.

A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminações de 1979, bem como a instalação de um comitê para monitoramento de sua implementação, foi um marco fundamental no reconhecimento de que o desenvolvimento dos países não seria possível sem a afetiva participação das mulheres em todas as esferas da sociedade. Em meio à Década das Mulheres, um conjunto de diagnósticos foi feito nos países e nas várias regiões do mundo, o qual observava a absoluta discrepância no acesso a recursos (materiais e sociais) entre homens e mulheres, para além de um conjunto de violências perpetradas contra elas em razão das estruturas de opressão e discriminação de gênero.

As conferências mundiais das mulheres ocorridas em [Copenhague \(1980\)](#) e em [Nairóbi \(1985\)](#) tiveram dever fundamental de monitorar a implementação do plano de ação do México assim como os relatórios e as recomendações do [Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher \(CEDAW\)](#). Além disso, muito embora o avanço no alcance dos objetivos tenha sido tímido, a participação das mulheres na sua diversidade foi, a cada conferência, mais ampla e substantiva. Este movimento seguiu-se nas décadas seguintes, 1980 e 1990, nas quais as mulheres negras tiveram essencial relevância de incidência na agenda global dos direitos humanos das mulheres.

Outro marco a considerar foi a definição dos Direitos Humanos Das Mulheres como sendo universais, independentes, inalienáveis e indivisíveis a partir da Conferência Mundial de Direitos Humanos realizada em Viena, em 1993, apontando para outro passo de extrema relevância do reconhecimento da necessidade de focar os direitos humanos das mulheres. Os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, por sua vez, ganham destaque em meio aos intensos debates por elas travados no interior da [Conferência Internacional de População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994](#). A incidência das mulheres sobre questões relacionadas a

pobreza e desemprego, por sua vez, se deu de forma mais expressiva no âmbito da [Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social, realizada na Dinamarca, em 1995](#).

Há ainda que salientar que o avanço dos Direitos Humanos das mulheres tem ganhado fôlego a partir do fortalecimento da participação feminina e da manutenção dos mecanismos de controle social nos países. As pautas definidas como prioritárias para a promoção dos Direitos Humanos das mulheres traduzem apenas em parte os diversificados aspectos mapeados nas últimas três décadas, contudo revelam com densidade a relevância das mulheres enquanto sujeitos políticos na arena de disputa global sobre os sentidos do que são e do que devem ser os Direitos Humanos e sua função central na promoção de desenvolvimento e da paz.

Todavia, não se pode negar que a gama de direitos que foram conquistados por meio de convenções internacionais que formulam e proporcionam Direitos Fundamentais para o gênero feminino são um marco no paradigma de direitos do gênero feminino, possibilitando uma melhor qualidade de vida e dignidade para as mulheres. Mas, não se pode esquecer que as lutas e defesas por Direitos devem continuar, tendo em vista o grande número de violência ainda sofrida por mulheres ao redor do mundo.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, A. C. F.; ALVES, A. K. da S. **As trajetórias e lutas do movimento feminista no Brasil e o protagonismo social das mulheres**. In: Seminário CETROS, 4., 2013, Fortaleza. Anais [...]. Fortaleza, 2013.
- BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm). Acesso em: 04 jan. de 2021.
- BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm). Acesso em: 03 set. 2021.
- BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D65810.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html). Acesso em: 03 set. 2021.
- BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 08 set. 2021.
- CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2018.
- CAVALCANTI, Stela; FARIAS, Valéria Soares de. **Violência doméstica**. Análise da Lei “Maria da Penha”, n.º 11.340/06. Bahia: JusPodivm, 2017.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção de Belém do Pará”**. 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 03 set. 2021.
- COSTA, Ana Alice Alcântara. O movimento Feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política. **Revista Gênero**, Niterói, v. 5, n. 2, p. 9-35, 1. sem. 2015. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/revistagenero/article/view/31137>. Acesso em: 03 set. 2021.
- DHNET – Direitos Humanos na Internet. **Conferência de Direitos Humanos – Viena – 1993**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>. Acesso em: 08 set. de 2021.
- FERREIRA, Naura Syria Carapeto. **Gestão da educação: impasses, perspectivas e compromissos**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- MAGALHÃES, Luís Quadros; LAMOUNIER, Gabriela Maciel. A internacionalização dos direitos humanos. **Âmbito Jurídico, Rio Grande**, a, v. 11, p. 140-152, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ONU MULHERES BRASIL. **Conferências mundiais da mulher**. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/conferencias/>. Acesso em: 08 set. 2021.

PIOVESAN, Flavia. Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988. **Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 153, p. 8-9, ago. 2015.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2017.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **Declaração do Milênio das Nações Unidas**. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/ods/declaracao-do-milenio.html>. Acesso em: 08 set. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2018.

SCHRAIBER, Lília Blima et. al. **Violência dói e não é direito** – a violência contra a mulher, a saúde e os direitos humanos. São Paulo: Editora UNESP, 2015.

SOARES, V. O feminismo e o machismo na percepção das mulheres brasileiras. In: SOARES, V. **A mulher brasileira nos espaços de poder**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2014.

TELES, Maria Amélia. **O que são direitos humanos das mulheres**. Brasília: Brasiliense, 2017.

UNITED NATIONS. **Report of the World Conference of the International Women's year**. México, 19 June, 2 July 1975. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/relatorio\\_conferencia\\_mexico.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/relatorio_conferencia_mexico.pdf). Acesso em: 08 set. 2021.

VARGAS, Tainá Machado; CARLOS, Paula Pinhal. Direitos humanos e o papel dos movimentos feministas no discurso neoliberal. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, v. 4, n. 2, p. 73-93, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0022/2018.v4i2.5220>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/view/5220>. Acesso em: 03 set. 2021.



# CAPITULO 6

## APORTACIONES DEL FEMINISMO INTERNACIONAL A LAS CONTROVERSIAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

Roser Manzanera Ruiz

### INTRODUCCIÓN

En el año 2019 la Declaración Universal de los Derechos Humanos entró en su setentenario aniversario. Los debates y reflexiones sobre ella han sido múltiples y variados (DUSSEL *et al.* 2001<sup>1</sup>; OKIN, 1998<sup>2</sup>; BROWN, 1997<sup>3</sup>; BUNCH, 1995<sup>4</sup>). En este artículo partimos de las seis controversias históricas sobre los derechos humanos expuestas por Micheline R. Ishay (2004)<sup>5</sup> para esclarecerlas desde las contribuciones del feminismo cómo un elemento sinérgico destacado. La primera aborda los orígenes de los Derechos Humanos; la segunda debate el origen europeo, liberal y socialista de la concepción moderna de derechos; en la tercera expone el grado de endeudamiento del liberalismo moderno con el pensamiento socialista; la cuarta controversia plantea las demandas de derechos culturales informadas y controladas contra la perspectiva de universalidad de los derechos humanos; la quinta, debate sobre el progreso histórico cómo avance en la implementación de Derechos Humanos universales con objetivos realistas sobre seguridad; en la sexta y última cuestiona la globalización como una fortaleza o amenaza desde la perspectiva de los Derechos Humanos.

El feminismo ha contribuido a trascender, a través de sus propuestas y a lo largo de la historia, las contradicciones internas, ya sean de origen liberal, socialista o del “tercer mundo”, sobre la promoción de los derechos humanos y quiénes deberían gozar de los mismos. Específicamente nos centramos en las siguientes aportaciones feministas en el actual contexto de globalización neoliberal para el avance de los derechos humanos según las controversias expuestas por Ishay: el primero, recoge las aportaciones históricas de la teoría feminista a los derechos humanos en sus orígenes, permitiendo la ampliación de más de la mitad de la población mundial como **sujetos de derechos y cómo sujetos políticos**, y que permitió la construcción de la actual Declaración, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de

1 DUSSEL, Enrique; SENENT DE FRUTOS, Juan Antonio; MENDIETA, Eduardo. Los Sin derechos. En *Hacia una filosofía política crítica*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001.

2 OKIN, Susan Moller. Feminism, Women's Human Rights, and Cultural Differences. *Hypatia*, v. 1, n. 2, p. 32-52, Mayo 1998. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.1998.tb01224.x>. Acceso en: 08 sept. 2021.

3 BROWN, Chris. Universal human rights: a critique, *The International Journal of Human Rights*, v. 1, n. 2, p. 41-65, 1997. DOI: <https://doi.org/10.1080/13642989708406666>. Acceso en: 08 sept. 2021.

4 BUNCH, Charlotte. Transforming human rights from a feminist perspective. In Julia Peters and Andrea Wolper (eds.). *Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives*. Routledge, 1995.

5 ISHAYA, Micheline. What are human rights? Six historical controversies. *Journal of Human Rights*, v. 3, n. 3, p. 359-371, 2004. DOI: <https://doi.org/10.1080/147548304200224897>. Acceso en: 08 sept 2021.

1948, con el ideal común de la protección de la dignidad humana para todos los pueblos y naciones. La segunda es la **intersección** del género, la clase, la raza y la sexualidad como ejes de opresión frente a la concepción moderna de su origen; La tercera, la necesaria aplicación del principio universalizable desde el de **universalidad**<sup>6</sup>, es decir, que los derechos humanos se apliquen a todas las personas y comunidades, lo que permite ir incorporando a los sujetos que han quedado históricamente fuera de éstos y de los sujetos por venir (GARCÍA LOPEZ, 2018)<sup>7</sup>, frente a las concepciones liberales y socialistas. La cuarta aportación es el reconocimiento de los **movimientos sociales globales** de las mujeres sobre derechos humanos como fenómeno internacional que está siendo capaz de articular los retos actuales en relación al avance de los derechos humanos en general, y de las mujeres en particular, retomando el clásico concepto de *universalidad* que la modernidad nos ofrecía, incluyendo los derechos culturales a través de enfoques globalizadores.

## **SOBRE LOS ORÍGENES DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS ANTECEDENTES RELIGIOSOS (CONTROVERSIA 1)**

La primera controversia que expone Ishay es la carga política que tiene el debate sobre el origen religioso y/o secular de los derechos humanos, así como las influencias de valores recogidos en códigos religiosos en la Declaración de Derechos Humanos que anteceden a los valores de la Ilustración, cuando no todos los individuos eran reconocidos como iguales. La autora lo ejemplifica con el caso de mujeres y esclavos en el Nuevo Testamento, en el Corán o el propio código Hammurabi. También señala cómo a pesar de las controversias la influencia occidental ha prevalecido en las concepciones occidentales de los derechos universales. En este sentido, diversas investigaciones (Hobsbawn, 1998<sup>8</sup>; HELIE-LUCAS, 1994<sup>9</sup>) han señalado cómo formas hegemónicas de religión y cultura también han oprimido a las mujeres de las comunidades minoritarias. Se proponen conceptos de justicia económica y social en lugar de los derechos para muchos de estos casos. Otra de las dificultades que se asocian a esta controversia son la dicotomía peligrosa que asocia la religiosidad con posiciones tradicionales de las mujeres y la secularización o laicismo con mujeres modernizadas, desviando la atención de las fuerzas patriarcales que vulneran los derechos humanos de las mujeres.<sup>10</sup> Numerosos ejemplos de mujeres feministas religiosas activistas que han estado al frente de la lucha por los derechos humanos de las mujeres y feministas activistas ponene de manifiesto sus contribuciones para la obtención de mayor cotas

6 Quiero agradecer a mi colega Daniel Garcia Lopez la reflexión que me hizo sobre el debate más o menos resuelto entre el carácter universal o universalizable y la tendencia a lo segundo para ir incluyendo a más sujetos que hubieran quedado históricamente excluidos. Como hipótesis podemos plantear que han sido precisamente el feminismo y la lucha obrera las que han puesto sobre la mesa la necesidad de ir ampliando el sujeto de los derechos. Del ideal ilustrado de la universalidad del sujeto abstracto al materialismo (tanto marxista como feminista) que ha planteado no el carácter universal sino universalizable en tanto es preciso incorporar a los sujetos que han quedado históricamente fuera y de los sujetos por venir (ahí estaría el debate sobre los animales).

7 GARCÍA LÓPEZ, Daniel J. Has de tener un cuerpo que mostrar: el grado cero de los Derechos Humanos. *Isegoría*, n. 59, p. 663-682, 2018. DOI: <https://doi.org/10.3989/isegoria.2018.059.16>. Disponible en: <https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/1044>. Acceso en: 08 sept. 2021.

8 HOBBSAWN, Eric. *Sobre história*. São Paulo: companhia das Letras, 1998.

9 HÉLIE-LUCAS, Marie-Aimée. Strategies of women and women's movements in the Muslim world *vis-à-vis* fundamentalisms: From entryism to internationalism. In MENDELSON, Oliver; BAXI, Upendra (eds.). *The rights of subordinated peoples*. Delhi: Oxford University Press, 1994. pp. 251-275.

10 JOY, Morny. Women's Rights and Religions: A Contemporary Review. *Journal of Feminist Studies in Religion*, v. 29, n. 1, 52-68, 2013. Disponible en: <https://muse.jhu.edu/article/509042/summary>. Acceso en: 08 sept. 2021.

de democratización e igualdad en las religiones. Durante el periodo colonial británico en Tanzania las mujeres islámicas jugaron un papel protagonista en los procesos de independencia, y formaron parte de los movimientos de liberación nacional, ideando y llevando a cabo estrategias para facilitar una independencia pacífica del país.<sup>11</sup> Otro ejemplo, más reciente, es el de Nigeria durante el contexto de la crisis económica, con el ajuste estructural y el autoritarismo político que dieron lugar a un crecimiento del activismo por derechos humanos y libertades civiles, junto con un proceso de resurgimiento religioso que menosprecia los derechos de las mujeres y un feminismo de Estado creciente e institucionalizado. Las luchas de las organizaciones de mujeres activistas, como Women in Nigeria (WIN), que surgieron en 1983, han implicado la articulación de estrategias para responder al impulso despolitizado y las consecuencias de la femocracia estatal, al tiempo que se intenta aprovechar los elementos potencialmente positivos del proceso en beneficio de las mujeres nigerianas. La Federación de Asociaciones de Mujeres Musulmanas en Nigeria (FOMWAN), han intentado utilizar la religión y las disputas sobre la interpretación doctrinal para presionar a favor de reformas en favor de los derechos humanos de las mujeres. Sin embargo, las luchas de las mujeres nigerianas por el cambio todavía tienen que lidiar con estructuras patriarcales resistentes, que elementos del nuevo radicalismo religioso han tendido a reforzar.<sup>12</sup>

## EL ORIGEN EUROPEO DE LA CONCEPCIÓN MODERNA DE DERECHOS (CONTROVERSIA 2)

Si bien algunos autores establecen como antecedentes a nuestra setentagenaria declaración la Carta Magna de 1215 o La Petición de Derechos de 1628, es con la modernidad occidental de un lado del mundo y la colonización del otro que se sitúa la Declaración de Virginia en 1776 y poco después la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a través de la que se define un estado basado en la libertad. La definición del derecho de participación en la producción de la voluntad política, entendida como esfera inviolable e intangible para el Estado es central en esta declaración. Aparece el cimiento mismo de los derechos individuales y de la libertad presumiblemente humana. Sin embargo, las diferentes críticas al legado de la Ilustración europea a los derechos humanos ha señalado cómo se trataba más de un imperialismo enmascarado para someter al resto del mundo a su voluntad bajo el pretexto de la universalidad<sup>13,14</sup> con ejemplos como la esclavitud en las colonias europeas y en América, la exclusión de las mujeres en la igualdad de derechos con los hombres, la usurpación de los derechos de los niños y la falta de consideración del derecho a la preferencia sexual entre otros.

11 MANZANERA RUIZ, Roser. Aculturación y diferenciación social en Tanganyika colonial: el impacto de medidas de desarrollo sociales en las identidades de género africanas. *Revista Andaluza de Antropología*, n. 3, p. 208-227, sept. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.12795/RAA.2012.i03.10>. Disponible em: [https://institucional.us.es/revistas/RAA/3/roser\\_manzanera.pdf](https://institucional.us.es/revistas/RAA/3/roser_manzanera.pdf). Acceso en: 08 setp. 2021.

12 ABDULLAH, H. J. Religious revivalism, human rights activism and the struggle for women's rights in Nigeria. In Mamdani, M (ed.). *Beyond rights talk and culture talk: comparative essays on the politics of rights and culture*. Claremont: David Philip, 2000. p. 96-120.

13 FOUCAULT, Michele. What is enlightenment? In: RABINOW, P. (ed.). *The Foucault Reader*. New York: Random House, 1984. p. 32-33.

14 ISHAYA, Micheline. *Internationalism and its Betrayal*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1995.

En este sentido, los feminismos ilustrados europeos de los siglos XVIII y XIX van a denunciar la exclusión de las mujeres como humanos y como individuos sujetos de derechos de esta declaración. Francois Poullain de la Barre planteó por primera vez a las mujeres como sujetos epistemológicos propios y puso sobre la mesa a la desigualdad social, criticando al mismo tiempo la valoración positiva del progreso científico-técnico.<sup>15,16</sup> Más tarde la obra fundacional de Mary Wollstonecraft, *Vindicación de los derechos de la mujer* (1792) será una defensa razonada y exhaustiva contra la exclusión y la desigualdad de las mujeres en el ámbito de los bienes y derechos que diseñó la teoría política rousseauiana.<sup>17</sup> Las críticas parten de los principios intelectuales y políticos del racionalismo ilustrado que siguen permeando los fundamentos de la actual Declaración de Derechos Humanos de 1948: razón, universalidad, virtud e igualdad. Cabe señalar, de acuerdo con Rosa Cobo (2009<sup>18</sup>), que el origen de la teoría feminista ilustrada permitió la extensión de los derechos de la mitad de la humanidad sin distinción racial, sexual o cultural al ampliar la idea de sujeto jurídico.

### EL FEMINISMO COMO CONTRAPESO AL ENDEUDAMIENTO DEL LIBERALISMO MODERNO CON EL PENSAMIENTO SOCIALISTA (CONTROVERSIA 3)

La Declaración de los Derechos Humanos son producto de un momento histórico específico, caracterizado por unos valores, cultura y normas también concretas, que han ido cambiando a través de las críticas y aportaciones de diferentes acciones individuales, movimientos sociales y desarrollos teóricos entre otros. Si bien Ishay (2004<sup>19</sup>) rescata las aportaciones del socialismo a los derechos humanos en este contexto liberal hegemónico donde “la revolución industrial del siglo XIX y el crecimiento del movimiento obrero abrieron las puertas de la libertad a los individuos previamente marginados, que desafiaron al liberal clásico concepción económica de la justicia social” (2004:363<sup>20</sup>), el feminismo constituyó uno de los discursos más críticos contra esta hegemonía, sus valores, normas e instituciones desde finales del siglo XVIII.<sup>21</sup> Si la lucha histórica por el sufragio universal fue iniciada en gran medida por el movimiento socialista fue, cómo explica Maria José Guerra Palmero, “el feminismo radical el que sumó a la agenda liberal -derechos políticos y derechos civiles– y a la agenda socialista– derechos económicos y sociales– la reivindicación de derechos sexuales, la exigencia de vivir una sexualidad libre y el propio control sobre la reproducción. La segunda ola produce un discurso, en consonancia con la tradición feminista, que relanza la universalización: las vindicaciones de derechos se

15 AMORÓS, Celia. *Tiempo de feminismo*: sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad. Madrid, Cátedra, 1995.

16 AMORÓS, Celia; COBO, Rosa. *Feminismo e Ilustración*. En: AMORÓS Celia; MIGUEL, Ana

de (eds.). *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*. Madrid: Minerva Ediciones Biblioteca Nueva, 2005. v. 1.

17 VALCÁRCCEL, Amelia. *La memoria colectiva y los retos del feminismo*. CEPAL – SERIE Mujer y desarrollo: Santiago de Chile, 2001.

18 COBO, Rosa. Otro recorrido por las ciencias sociales: género y teoría crítica. En Marta Aparicio, Begoña Leyra y Rosario Ortega (eds.). *Cuadernos de género: Políticas y acciones de género*. Materiales de formación. Ed. Universidad Complutense/Instituto Complutense de Estudios Internacionales, 2009. p.11-53.

19 ISHAYA, Micheline. What are human rights? Six historical controversies. *Journal of Human Rights*, v. 3, n. 3, p. 359-371, 2004. DOI: <https://doi.org/10.1080/1475483042000224897>. Acceso en: 08 sept 2021.

20 ISHAYA, Micheline, p. 363.

21 MISKOLCI, Richard. Feminismo y derechos humanos. In: ESTÉVEZ Ariadna; VÁZQUEZ, Daniel (org.). *Los derechos humanos en las ciencias sociales: una perspectiva multidisciplinaria*. Ciudad de México: Flasco-México/Cisan, 2010. p. 168.

proponen para todas las mujeres, no hay salvedades” (Guerra, 2014:164). A partir del siglo XIX, el feminismo logró mover a las mujeres de los márgenes al centro, entendiendo este centro cómo define Celia Amorós a la democracia en el sentido “*del bien común y no el deseo y la voluntad de la gente privilegiada y su “libertad de elección”*”, y desde el cuestionamiento de la mayoría de los conceptos de nuestro y otros ordenes sociales, para tener en cuenta la vida las mujeres.

## LAS DEMANDAS DE LOS DERECHOS CULTURALES (CONTROVERSIA 4)

Ishay discute cómo la invocación de los derechos culturales ocurre cuando un grupo específico se siente privado de sus competencias políticas, sociales y de derechos económicos que disfrutaban otros. Según ella son tres errores históricos los que confunden en este debate: El primero es la tendencia a agrupar los derechos de segunda (derechos de la igualdad o derechos económicos, sociales y culturales) y tercera generación (derechos colectivos, de la solidaridad o emergentes). El segundo es el esfuerzo por colapsar los derechos de primera (derechos individuales que corresponden con los derechos civiles y políticos) y segunda generación (derechos de la igualdad o derechos económicos, sociales y culturales) en una única perspectiva occidental. El tercero se origina en la ignorancia de las raíces occidentales de los derechos de tercera generación (derechos colectivos, de la solidaridad o emergentes). Más allá de estas controversias en este texto nos interesa uno de los principales debates dentro de la comunidad de los derechos humanos sobre universalismo y relativismo cultural.<sup>22</sup> La relevancia histórica del debate universalidad-diferencia ha permitido retomar la tensión entre el universalismo de los derechos humanos y la perspectiva de diferencia que ha implicado el pensamiento feminista desde finales del siglo XVIII.<sup>23</sup>

En este sentido, en el siglo XIX, el movimiento sufragista en Estados Unidos, exigió la inclusión de las mujeres como sujetos políticos yendo más allá de la igualdad subjetiva a la igualdad material exigiendo el derecho al voto, el derecho a la propiedad, a la educación, el acceso a las profesiones o a la libertad para organizarse o hablar en público. Al mismo tiempo las mujeres afroamericanas, como la pionera Sojourner Truth, reivindicaba terminar con la esclavitud que oprimía a la población negra en EEUU. Se señalaba aún más la necesidad de interseccionar las categorías género, la clase, la raza y la sexualidad como ejes de opresión. Recientemente, los argumentos se dirigen a que los llamamientos para articular los derechos de las mujeres como derechos humanos sólo pueden tener éxito si se conoce el contexto geopolítico del internacionalismo de los derechos humanos y los nacionalismos que sustenta. Las críticas poscoloniales y decoloniales a los derechos humanos plantean la necesidad de tener en cuenta las particularidades raciales y étnicas de las mujeres y se concentran en la construcción de la identidad, coincidiendo con el feminismo radical crítico, en la herencia

22 ISHAYA, Micheline. What are human rights? Six historical controversies. *Journal of Human Rights*, v. 3, n. 3, p. 359-371, 2004. DOI: <https://doi.org/10.1080/1475483042000224897>. Acceso en: 08 sept 2021.

23 MISKOLCI, Richard. Feminismo y derechos humanos. In: ESTÉVEZ Ariadna; VÁZQUEZ, Daniel (org.). *Los derechos humanos en las ciencias sociales: una perspectiva multidisciplinaria*. Ciudad de México: Flasco-México/Cisan, 2010.

racista y de clase internacional y social que dejó el colonialismo blanco en la definición de derechos humanos en Asia, África y América Latina.<sup>24</sup>

Lo que parece claro es que las acciones dirigidas al cumplimiento de los derechos humanos requieren abordar especificidades localizadas y transnacionales que crearon desigualdades de género y que vayan más allá de las invocaciones generalizadas de los derechos humanos de las mujeres<sup>25</sup>), para trascender el fracaso histórico de los discursos de derechos universales en la práctica y promover una alternativa legítima a la visión integral ofrecida por una postura universal sobre la justicia.<sup>26</sup>

## **EL PROGRESO HISTÓRICO EN LOS DERECHOS HUMANOS CON LAS APORTACIONES FEMINISTAS, LOS MOVIMIENTOS SOCIALES DE MUJERES PARA LA EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PAZ CON LA GLOBALIZACIÓN COMO FORTALEZA (CONTROVERSIAS 5 Y 6)**

En el siglo XX, sobre todo a partir de la década de 1970, el mayor sentido político del feminismo promovió que las mujeres de Naciones Unidas, y concretamente aquellas de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer modificaran el artículo 1 de la Declaración que originalmente decía “todos los *hombres* nacen libres e iguales en dignidad y derechos...” para que quedara como “todos las *personas* nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. A pesar de que este fue un avance importante, la poca elaboración de los derechos de las mujeres deja sin un cuerpo de derechos humanos internacionales significativo en este área. Las definiciones dominantes de los derechos humanos y los mecanismos e instrumentos para que se cumplan en el mundo pertenecen fundamentalmente a aquellos tipos de violación que los hombres que articularon el concepto temían. Ello ha tendido a excluir la mayor parte de las experiencias de las mujeres y de hombres fuera de la élite, porque no han sido representados en el discurso de los derechos humanos. Por ejemplo, baste conocer las cifras donde una de cada diez niñas en el mundo sufre una agresión sexual antes de los 20 años; en España el porcentaje de las niñas y mujeres que han sufrido violencia sexual en algún momento de su vida es del 13,7%, mientras que sólo un tercio de los países de la Unión Europea reconocen que las relaciones sexuales sin consentimiento constituyen violación; o cómo la violencia sexual se agudiza en las regiones en conflicto, como Nigeria, Irak, Sudán del Sur y Myanmar.

El reconocimiento de que existen diferentes visiones sobre los conceptos e instituciones sociales dependiendo de nuestra conciencia y nuestro lugar en la sociedad ha sido una de las principales aportaciones del análisis feminista en este sentido. El debate sobre cuestiones como ¿Quiénes han sido excluidas del ejercicio de los derechos de ciudadanía y cómo han influido en las mujeres a través de la limitación de la democracia?;

24 ESTÉVEZ, Ariadna. *Los derechos humanos desde la crítica feminista*. 2018. Seminario mixto del 12 de febrero de 2018 al 16 de abril de 2018. Disponible en: <https://17edu.org/los-derechos-humanos-desde-la-critica-feminista>. Acceso en: 08 sept. 2021.

25 GREWAL, Inderpal. Women's rights as human rights': Feminist practices, global feminism, and human rights regimes in transnationality. *Citizenship Studies*, v. 3, n. 3, p. 337-354, 1999. DOI: <https://doi.org/10.1080/13621029908420719>. Acceso en: 08 setp. 2021.

26 ISHAYA, Micheline. *Internationalism and its Betrayal*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1995.

¿Cuál ha sido el impacto sobre las mujeres las definiciones de derechos humanos tan limitadas y estrechas? ¿Por qué se han denigrado las experiencias de vida de las mujeres por no entenderse cómo un tema central de derechos humanos? han logrado progresar en el examen sobre los derechos humanos al incluir las experiencias vitales de las mujeres.<sup>27</sup> Uno de los conceptos fundamentales a recuperar, en este sentido, es el que define Celia Amorós del feminismo como ‘*vindicación*’, entendiendo por tal una crítica política a la usurpación que han realizado los varones [de la élite o de las masculinidades hegemónicas siguiendo el concepto de Rawing Connel] de lo que ellos mismos han definido como lo genuinamente humano.

Siguiendo con las contribuciones para despejar esta quinta y sexta controversias en la definición de derechos humanos que plantea Ishaya (2004)<sup>28</sup> sobre, por una parte, la tensión entre seguridad y derechos humanos y la cuestión relacionada del progreso histórico de los derechos humanos, y por otra, si la globalización promueve los derechos humanos. El reconcomiendo de los movimientos internacionales de mujeres pro derechos humanos en la presión para la resolución de conflictos bélicos a través de estrategias no violentas y la promoción de la paz es fundamental para la aclaración de esta controversia.<sup>29</sup> Existen multitud de ejemplos que datan desde el siglo XIX cómo la Organización inglesa de Mujeres Auxiliares de la Paz (*The Women’s Auxiliary of the Peace Society*), las mujeres de negro de la antigua Yugoslavia en 1990, o los movimientos de mujeres por la paz en Liberia (*Women of Liberia Mass Action for Peace*) que comenzaron su andadura en 2003, entre otros. El trabajo de estos movimientos de permitió aprobar por parte Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el año 2000 la primera Resolución 1325 de Naciones Unidas, que puso de manifiesto el efecto brutal y específico que sufren mujeres y niñas en situaciones de conflicto armado, el importante rol de las mujeres en la prevención y la resolución de los conflictos, las instituciones políticas, en la construcción y la consolidación de la paz.

Por su parte, en 1967, se consiguió que la Asamblea General de la ONU adoptara la “Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, y que dio lugar a la legalmente vinculante “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (CEDAW), adoptada en 1979, que emplaza a los estados a la eliminación de todas las prácticas y costumbres discriminatorias contra las mujeres. La CEDAW no ha estado exenta de críticas sobre todo al introducir la variable cultural y la dialéctica entre lo local y lo global que se pondrán de manifiesto en las Conferencias de Naciones Unidas sobre la Mujer entre 1975 y 1995. Académicas, activistas o profesionales del desarrollo pusieron de manifiesto la marginalización de las temáticas de género dadas las estructuras internacionales dominantes de raza, capitalismo y patriarcado. La expansión de los valores sociales feministas permitió la articulación de los derechos de las mujeres como derechos humanos a principios de 1990, un momento de grandes expectativas para los

27 BUNCH, Charlotte. Transforming human rights from a feminist perspective. In Julia Peters and Andrea Wolper (ed.). **Women’s Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives**. Routledge, 1995.

28 Trust Development and Management in Virtual Communities Tanko Ishaya and Darren P. Mundy. [https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-540-24747-0\\_20](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-540-24747-0_20)

29 MANZANERA-RUIZ, Roser; VIEITEZ, Cerdeño Soledad. Movimientos de mujeres y gestión comunitaria en África Subsahariana. En: VV. AA (ed.). **Repensando África**. Alianza por la Solidaridad: Granada, 2019. p. 226-244.

movimientos de mujeres a nivel global, y el uso de este marco como una estrategia para posicionar a las mujeres en las agendas de políticas públicas.

La globalización, si bien en términos generales ha impactó de forma negativa en la vida de las mujeres a nivel mundial, sobre todo de las más desfavorecidas, permitió conectar valores, reivindicaciones, estrategias y movimientos y será a partir de entonces que el feminismo amplíe su mirada e incluya las opresiones específicas de colectivos de mujeres marcados por la etnia, la orientación sexual, la raza o la cultura. Esta mirada más incluyente estará relacionada con la introducción en la agenda política de las mujeres de los países en desarrollo, la cuestión de la opresión de las minorías, la reflexión crítica sobre el pasado colonial de los países europeos y su influencia en la conformación de las estructuras sociales y simbólicas de los países colonizados. En particular, el movimiento más amplio de derechos humanos de las mujeres se ha dado cuenta de que las libertades político-civiles y los derechos socioeconómicos son inextricables.

## CONCLUSIONES

En conclusión, las contribuciones feministas han logrado desde su origen contribuir a clarificar controversias históricas en los derechos humanos, cómo las expuestas por Micheline Ishaya. Lo hicieron inspirando y ampliando el concepto de universalidad de los derechos humanos a través de sus críticas sobre la exclusión de las mujeres en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; también con la inclusión en su artículo 1 de la categoría “personas” en la Declaración de los Derechos Humanos de 1948; y lo hace en la actualidad cuando sin perder la atención de las diferencias, sostenemos que un frente unido es esencial para cualquier movimiento social que defienda los derechos humanos. El reconocimiento del movimiento feminista internacional es más necesario que nunca, así como la necesaria transformación de los derechos humanos desde una perspectiva feminista pues pone de relieve la necesidad de estrategias estructurales que aborden las violaciones sistemáticas de los derechos humanos tanto en el norte cómo en el sur de nuestro planeta y atajar los retos globales e internacionales del siglo XXI.

## REFERENCIAS

- ABDULLAH, H. J. Religious revivalism, human rights activism and the struggle for women’s rights in Nigeria. In Mamdani, M (ed.). **Beyond rights talk and culture talk: comparative essays on the politics of rights and culture**. Claremont: David Philip, 2000. p. 96-120.
- AMORÓS, Celia. **Tiempo de feminismo: sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad**. Madrid, Cátedra, 1995.
- AMORÓS, Celia; COBO, Rosa. Feminismo e Ilustración. En: AMORÓS Celia; MIGUEL, Ana de (eds.). **Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización**. Madrid: Minerva Ediciones Biblioteca Nueva, 2005. v. 1.
- BROWN, Chris. Universal human rights: a critique, **The International Journal of Human Rights**, v. 1, n. 2, p. 41-65, 1997. DOI: <https://doi.org/10.1080/13642989708406666>. Acceso em: 08 sept. 2021.
- BUNCH, Charlotte. Transforming human rights from a feminist perspective. In Julia Peters and Andrea Wolper (ed.). **Women’s Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives**. Routledge, 1995.



- BUNCH, Charlotte. Women's Rights: Toward a Re-Vision of Human Rights. **Human Rights Quarterly**, v. 12, n. 4, p. 486-498, Nov. 1990. DOI: <https://doi.org/10.2307/762496>. Acesso en: 08 sept. 2021.
- COBO, Rosa. Otro recorrido por las ciencias sociales: género y teoría crítica. En Marta Aparicio, Begoña Leyra y Rosario Ortega (eds.). **Cuadernos de género: Políticas y acciones de género**. Materiales de formación. Ed. Universidad Complutense/Instituto Complutense de Estudios Internacionales, 2009. p. 11-53.
- CONNELL, R. W. Globalization, imperialism, and masculinities. In Kimmel, M. S., Hearn, J. and Connell, R. W (ed.). **Handbook of Studies on Men and Masculinities**. Thousand Oaks, CA & London: Sage, 2005. p. 71-89.
- DUSSEL, Enrique; SENENT DE FRUTOS, Juan Antonio; MENDIETA, Eduardo. Los Sin derechos. En **Hacia una filosofía política crítica**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001.
- ESTÉVEZ, Ariadna. **Los derechos humanos desde la crítica feminista**. 2018. Seminario mixto del 12 de febrero de 2018 al 16 de abril de 2018. Disponible en: <https://17edu.org/los-derechos-humanos-desde-la-critica-feminista>. Acesso en: 08 sept. 2021.
- FACIO, Alda. Viena, 1993. Cuando las mujeres nos hicimos humanas. **Pensamiento Iberoamericano**, n. 9, p. 3-20, 2011. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3710875>. Acesso em: 08 sept. 2021.
- FOUCAULT, Michele. What is enlightenment? In: RABINOW, P. (ed.). **The Foucault Reader**. New York: Random House, 1984. p. 32-33.
- GARCÍA LÓPEZ, Daniel J. Has de tener un cuerpo que mostrar: el grado cero de los Derechos Humanos. **Isegoría**, n. 59, p. 663-682, 2018. DOI: <https://doi.org/10.3989/isegoria.2018.059.16>. Disponible en: <https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/1044>. Acesso en: 08 sept. 2021.
- GREWAL, Inderpal. Women's rights as human rights': Feminist practices, global feminism, and human rights regimes in transnationality. **Citizenship Studies**, v. 3, n. 3, p. 337-354, 1999. DOI: <https://doi.org/10.1080/13621029908420719>. Acesso en: 08 setp. 2021.
- GUERRA PALMERO, María José. Universalismo, derechos humanos y perspectiva de género. Apuntes sobre teoría y praxis feminista. Em: LÓPEZ FERNÁNDEZ CAO, Marián; KUBISSA, Luisa Posada (ed.). **Pensar con Celia Amorós**. Madrid: Fundamentos, 2018. p. 93-106.
- HÉLIE-LUCAS, Marie-Aimée. Strategies of women and women's movements in the Muslim world *vis-à-vis* fundamentalisms: From entryism to internationalism. In MENDELSON, Oliver; BAXI, Upendra (eds.). **The rights of subordinated peoples**. Delhi: Oxford University Press, 1994. pp. 251-275.
- HOBSBAWM, Eric. **The invention of tradition**. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.
- HOBSBAWN, Eric. **Sobre história**. São Paulo: companhia das Letras, 1998.
- INFORME ANUAL DE AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2018. Disponible en: [https://amnistia.org.mx/contenido/wp-content/uploads/2020/04/Informe-Anual\\_2018-FINAL.pdf](https://amnistia.org.mx/contenido/wp-content/uploads/2020/04/Informe-Anual_2018-FINAL.pdf).
- ISHAYA, Micheline. **Internationalism and its Betrayal**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1995.
- JOLLY, Susan. **Culture. Gender and Development in brief**. Institute of Development Studies, UK: BRIDGE, 2002.
- JOY, Morny. Women's Rights and Religions: A Contemporary Review. **Journal of Feminist Studies in Religion**, v. 29, n. 1, 52-68, 2013. Disponible em: <https://muse.jhu.edu/article/509042/summary>. Acesso em: 08 sept. 2021.
- MACROENCUESTA DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES 2015. [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/Libro\\_22\\_Macroencuesta2015.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/Libro_22_Macroencuesta2015.pdf)
- MANZANERA RUIZ, Roser. Aculturación y diferenciación social en Tanganyika colonial: el impacto de medidas de desarrollo sociales en las identidades de género africanas. **Revista Andaluza de Antropología**, n. 3, p. 208-227, sept. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.12795/RAA.2012.i03.10>. Disponible em: [https://institucional.us.es/revistas/RAA/3/rosier\\_manzanera.pdf](https://institucional.us.es/revistas/RAA/3/rosier_manzanera.pdf). Acesso en: 08 setp. 2021.
- MANZANERA-RUIZ, Roser; VIEITEZ, Cerdeño Soledad. Movimientos de mujeres y gestión comunitaria en África Subsahariana. En: VV. AA (ed.). **Repensando África**. Alianza por la Solidaridad: Granada, 2019. p. 226-244.
- MERCEDES, Jabardo (ed.). **Feminismos negros**. Una antología. Traficantes de Sueños: Madrid. 2012.
- MISKOLCI, Richard. Feminismo y derechos humanos. In: ESTÉVEZ Ariadna; VÁZQUEZ, Daniel (org.). **Los derechos humanos en las ciencias sociales: una perspectiva multidisciplinaria**. Ciudad de México: Flaco-México/Cisan, 2010. p.167-190.
- OKIN, Susan Moller. Feminism, Women's Human Rights, and Cultural Differences. **Hypatia**, v. 1, n. 2, p. 32-52, Mayo 1998. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.1998.tb01224.x>. Acesso em: 08 set. 2021.

ONYANGO, Oloka y Tamale, Sylvia. The personal is political, or why women's rights are indeed human rights: an African perspective on international feminism. *Human Rights Quarterly*, v. 17, n. 4, p. 691-731, Nov. 1995. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/762486>. Acceso en: 08 sept. 2021.

PARISI, Laura. Reclaiming spaces of resistance: Women's human rights and global restructuring. En: MARCHAND, Marianne H. (ed.). **Gender and Global Restructuring Sightings, Sites and Resistances**. London: Routledge, 2010.

VALCÁRCEL, Amelia. **La memoria colectiva y los retos del feminismo**. CEPAL – SERIE Mujer y desarrollo: Santiago de Chile, 2001.

VALENCIA, Sayak. El capitalismo como construcción cultural. Em: **Capitalismo Gore**. España, Melusina, 2010. p. 49-94.

WOLLSTONECRAFT, Mary **A Vindication of the Rights of Women**. New York: Norton, [1792]. 1988.

# CAPÍTULO 7

## DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO, BIODIREITO E BIOCONSTITUIÇÃO: BASES INTERPRETATIVAS BIOCONSTITUCIONAIS ENQUANTO SINÔNIMO DE EMPODERAMENTO DO SER HUMANO

Ana Paula Myszczyk

Jussara Maria Leal de Meirelles

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O desenvolvimento da Ciência no século XX resultou em muitos avanços técnicos e variados questionamentos bioéticos. A mesma civilização que se prepara para colonizar outros planetas convive com mazelas aparentemente insolúveis como a fome, a miséria e a devastação do meio ambiente. Ainda, atualmente vive-se as agruras da pandemia da Covid-19<sup>1</sup>. A possibilidade de aplicação dos conhecimentos técnicos alterarem de forma irreversível o ser humano e o meio ambiente e essa contradição interna na Ciência se aprofundou.

O desenvolvimento das Ciências Biomédicas levou à que as decisões dos profissionais dessa área fossem cada vez mais complexas e envolvessem não apenas os pacientes, mas toda o corpo social. As implicações científicas de determinados procedimentos não se circunscrevem mais somente às relações médico/paciente, pois a sua concretização coloca em jogo não só os interesses privados da pessoa afetada, mas de todos os seres humanos enquanto espécie.<sup>2</sup>

Questionados, conceitos clássicos da Ciência moderna estão em xeque. Novos entendimentos acerca do que é e qual a função do conhecimento científico são procurados e movimentos que defendem maior sinergia entre Ciência e proteção jurídica ganham força. Sociedade e cientistas despertam para uma reflexão sobre qual caminho a humanidade quer trilhar e qual mundo quer deixar para as futuras gerações.

Essas discussões alcançam em cheio os alicerces hermenêuticos do sistema jurídico clássico e abrem espaço para o desenvolvimento de novos paradigmas interpretativos acerca dos institutos jurídicos. É uma obrigação das gerações atuais dispor de um instrumental valorativo ético e jurídico para enfrentar as novas realidades,

<sup>1</sup> A denominação é usada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) desde o início de fevereiro de 2020. COVID significa *CO*rona *VI*rus *D*isease (Doença do Coronavírus); e19 refere-se ao ano de 2019, quando os primeiros casos foram oficialmente identificados (PORTAL FIOCRUZ, 2020).

<sup>2</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María et al. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

inclusive antes que essas surjam e se assentem de forma irreversível na sociedade. O discurso jurídico deve ser provisório e inevitavelmente aberto e sujeito à revisão.<sup>3</sup>

Dessa forma, parte-se da premissa de que a proteção jurídica das investigações científicas, das descobertas e inovações biotecnológicas são bem-vindas, desde que sejam acompanhadas por um ferramental que facilite o acesso da população aos benefícios obtidos ou gerados pela biotecnociência e eliminem, previnam ou ao menos minimizem os riscos de danos para o ser humano, o meio ambiente e a matéria viva em geral.<sup>4</sup>

O artigo apresenta algumas lacunas que o desenvolvimento científico ocorrido no século XXI geraram à proteção jurídica baseada no sistema civil clássico. Analisam-se algumas questões fundamentais nas interações entre desenvolvimento científico e proteção jurídica, buscando-se estabelecer bases interpretativas bioconstitucionais que possam projetar o desenvolvimento da Ciência enquanto sinônimo de empoderamento do ser humano.

## 2 APROXIMAÇÕES ENTRE CIÊNCIA, ÉTICA E SÉCULO XXI

Ao longo da História, a Ciência e a Ética tiveram seus períodos de afastamento e aproximação. Especificamente para o tema desse artigo importa que, na civilização ocidental e a partir do período Moderno a sociedade passou por um processo de logocentrismo. Estabeleceu-se a Ciência como o centro de seu universo e uma completa separação com outros tipos de conhecimento, nos quais pode se incluir a Ética, ocorreu.<sup>5</sup>

A construção teórico-científica se deu a partir da premissa de que tudo no universo compõe um sistema cheio de engrenagens e mecanismos de funcionamento específicos. Nessa concepção tanto os astros, como os seres vivos estão submetidos às mesmas leis mecânicas e existiriam dois mundos nitidamente separados: o natural e o artificial.<sup>6</sup>

A isso se seguiu um processo de instrumentalização e ideologização da razão, que resultaram na construção do chamado “paradigma mecanicista”, na visão antropocêntrica do mundo e na geração de um discurso de dominação da natureza, por meio do controle e previsão de seus fenômenos. Essa construção foi possibilitada pela “abstração” da natureza, apreendendo-se apenas seu aspecto quantificável e universal. O mesmo ocorreu com o ser humano, que se tornou um “sujeito” e foi destituído de memória, cultura, história e paixões.<sup>7</sup>

3 ROMEO CASABONA, Carlos María et al. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

4 ROMEO CASABONA, Carlos María. El Bioderecho y la Bioética, un largo camino en común. *Revista Iberoamericana de Bioética*, n. 3, p. 1-16, 2017. DOI: <https://doi.org/10.14422/rib.i03.y2017.009>. Disponível em: <https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/7658>. Acesso em: 08 set. 2021.

5 HERRERO, Francisco Javier. Desafios Éticos do mundo contemporâneo. *Síntese (Revista de Filosofia)*, v. 26, n. 84, p. 05-11, 1999. Disponível em: <https://faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/12>. Acesso em: 08 set. 2021.

6 MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Ser humano-informação e sociedade pós-genômica: a crise da proteção jurídica do sujeito de direitos em face das biopatentes. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 9, n. 1, p. 65-74, jan./abr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2017.91.07>. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.91.07>. Acesso em: 08 set. 2021.

7 CARDOSO, Clodoaldo Menegello. Ciência e Ética: alguns aspectos. *Revista Ciência & Educação*, v. 5, n. 1, p. 01-06, 1998. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1516-73131998000100001>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ciedu/a/RTCjK9SZZ3tCCjfMPzVSGPg/?lang=pt>. Acesso em: 08 set. 2021.

Criou-se uma dualidade entre sujeito e objeto, de forma que o primeiro pudesse manipular, apropriar, analisar, destruir, reconstruir e/ou transformar o segundo, de acordo com seus planos e cálculos. Foi assim que a Ciência se integrou na sociedade, nas atividades que operam a transformação do mundo e conectou os avanços científicos teóricos a campos cada vez mais vastos, incluídos aí, os próprios seres humanos.<sup>8</sup>

O mesmo ocorreu entre Ciência e Ética. A razão instrumental organizou e adequou os fins aos meios, sem espaços para reflexão em termos de valores, mas apenas em grau de eficiência. Isso produziu uma contradição: enquanto os fundamentos da Ciência colocam o ser humano como o sujeito ativo que domina a natureza, por outro, o mesmo saber, utilizado enquanto instrumento de poder, no mais das vezes, acabou por destruir as condições do ser humano se realizar enquanto sujeito.<sup>9</sup>

Ocorreu uma divisão no próprio ser humano também. De um lado estava sua mente, quase sempre confundida com sua alma. De outro seu corpo, que pode ser explicado, analisado e comparado à uma máquina hidráulica ou um relógio. Corpo e mente são independentes. No corpo reside a materialidade e finitude humana, já na mente, residiria a “essência” do ser humano.<sup>10</sup>

Entretanto, no início do século XX, o estereótipo do cientista construído como aquele ser racional que recorre a procedimentos lógicos para buscar somente a “verdade das coisas” e da representação da Ciência enquanto conhecimento de leis objetivas da natureza passou a ser duramente questionados pela Filosofia da Ciência.<sup>11</sup> Esses questionamentos destacam a existência de variados entraves políticos e éticos na sociedade, que colocam a humanidade numa encruzilhada onde:

- a) ou a lógica da racionalidade técnica se torna o único princípio regulador e se assistirá a sua expansão sem limitação de poder, ou;
- b) a sociedade faz um grande esforço no sentido de reinserir a variável ética nas questões científica e ajustar a racionalidade técnica aos ideais humanitários construídos ao longo dos séculos.<sup>12</sup>

A partir da segunda metade do século XX, quando as ambiguidades dos processos científico-tecnológicos passaram do plano teórico para o existencial, foi possível verificar, na vida cotidiana, tanto a enorme deterioração de meio ambiente físico e social, quanto possibilidades inimagináveis de um mundo altamente tecnológico. Nesse contexto, duas transformações fizeram com que a visão mecânica da Ciência, do ser humano e da natureza fosse sendo substituída por uma perspectiva molecular-digital.

8 HERRERO, Francisco Javier. Desafios Éticos do mundo contemporâneo. *Síntese (Revista de Filosofia)*, v. 26, n. 84, p. 05-11, 1999. Disponível em: <https://faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/12>. Acesso em: 08 set. 2021.

9 CARDOSO, Clodoaldo Menegello. Ciência e Ética: alguns aspectos. *Revista Ciência & Educação*, v. 5, n. 1, p. 01-06, 1998. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1516-73131998000100001>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ciedu/a/RTCjK9SZZ3tCCjfMPzVSgPg/?lang=pt>. Acesso em: 08 set. 2021.

10 MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Ser humano-informação e sociedade pós-genômica: a crise da proteção jurídica do sujeito de direitos em face das biopatentes. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 9, n. 1, p. 65-74, jan./abr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2017.91.07>. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.91.07>. Acesso em: 08 set. 2021.

11 GONÇALVES, M. E. Ciência e Direito: de um paradigma a outro. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 31, p. 89-113, 1991.

12 HERRERO, Francisco Javier. Desafios Éticos do mundo contemporâneo. *Síntese (Revista de Filosofia)*, v. 26, n. 84, p. 05-11, 1999. Disponível em: <https://faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/12>. Acesso em: 08 set. 2021.

A primeira é a transição para uma sociedade pós-industrial ou informacional. A segunda é a transformação na forma de organização social, em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se fontes fundamentais da produtividade e de poder. Remodela-se a base material da sociedade à linguagem da informação, centrando-se na decodificação, manipulação e reprogramação dos códigos. Nessa nova realidade a principal matéria-prima é a vida e essa passa a ser analisada apenas enquanto um código, um dígito, que pode ser transmitido e informar circuitos ou fibras óticas.

Em resumo, tem-se a passagem do conceito de ser humano-máquina para o de ser humano-informação.<sup>13</sup> Essa conjuntura levou a sociedade a questionar se é válido o avanço técnico desacompanhado do progresso moral da humanidade. O estabelecimento de uma relação entre Ética e Ciência se tornou o grande desafio para a fundamentação crítica dos conhecimentos e práticas científicas atuais.<sup>14</sup>

## 2.1 LIMITES BIOÉTICOS E DESENVOLVIMENTO DA CIÊNCIA

Deve ser lembrado que é o próprio desenvolvimento obtido pela Ciência Moderna o ponto inicial para os questionamentos éticos da atualidade. Embora a Ciência tenha se desenvolvido o suficiente para formular seus princípios e métodos próprios, não está livre de controle interno e externo.

O controle científico interno é estabelecido pelos próprios pesquisadores e a comunidade científica, baseados em critérios que incluem: controle rigoroso da metodologia utilizada, honestidade na apresentação dos resultados da pesquisa aos pares e benefícios para a vida, principalmente a humana.

Já, o controle externo, muito mais amplo, é realizado pela sociedade organizada e se refere à aplicação desses conhecimentos no mundo real. Mas, como são estabelecidos esses critérios? A Ética parte de dois juízos: o sapiencial e o circunstancial.

O juízo sapiencial acolhe o valor universal do bem. O circunstancial considera a conjuntura temporal, espacial e histórica. Dessa forma a Ética é sempre atual e pode conviver com qualquer avanço científico, sendo capaz de formular um juízo ético pertinente e que respeite a liberdade de pesquisa, posto que formado tendo em vista uma determinada realidade e tempo.<sup>15</sup>

Considerando esses princípios, os desafios trazidos pela Biotecnociência do século XXI são, de certa forma, muito diferentes, talvez, a escolha mais adequada seja a adoção, não de critérios éticos, mas bioéticos para o controle externo das pesquisas científicas. A Bioética pode se tornar uma baliza ética para nortear as re-

13 MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Ser humano-informação e sociedade pós-genômica: a crise da proteção jurídica do sujeito de direitos em face das biopatentes. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 9, n. 1, p. 65-74, jan./abr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2017.91.07>. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.91.07>. Acesso em: 08 set. 2021.

14 CARDOSO, Clodoaldo Menegello. Ciência e Ética: alguns aspectos. *Revista Ciência & Educação*, v. 5, n. 1, p. 01-06, 1998. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1516-73131998000100001>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ciedu/a/RTCjK9SZZ3tCCjfMPzVSgPg/?lang=pt>. Acesso em: 08 set. 2021.

15 PEGORARO, Olinto Antônio. Historicidade da ciência e da ética. *Revista Bioethikos*, Centro Universitário São Camilo, v 4, n. 1, p. 10-18, 2010. Disponível em: <https://saocamilos-sp.br/assets/artigo/bioethikos/73/10a18.pdf>. Acesso em: 08 set. 2021.

lações humanas com todas as áreas do conhecimento, pois acrescenta aos critérios sapiencial e circunstancial uma análise transdisciplinar, complexa e plural.<sup>16</sup>

Entretanto, por mais que a Bioética possa ser adotada para análise de critérios externos e até internos para dar validade àquilo que possa ser considerado adequado à Ciência, naquele lugar e momento histórico, é apenas um caminho dentro vários outros que podem ser tomados. Não se torna obrigatório e pode ser simplesmente ignorado pela Ciência e pelo Mercado.<sup>17</sup>

É por isso que, ao critério sapiencial e circunstancial, deve ser incluído um terceiro: o das leis sociopolíticas. Esse critério traz objetividade aos limites internos e externos da pesquisa científica, sendo o momento de plenitude do juízo ético.<sup>18</sup> As normas jurídicas, obrigatórias e coercitivas, devem atuar de modo a evitar que cientistas sucumbam à tentação experimentalista e à pressão de interesses econômicos.<sup>19</sup>

### 3 CIÊNCIA, DIREITO E BIODIREITO

É na exteriorização da Ciência que se encontra a explicação e legitimação da interferência do Direito. A pesquisa é bastante livre quando guiada pelos seus princípios internos; já a aplicação dos resultados, produtos ou procedimentos obtidos depende da legislação sociopolítica.

Isso se deve à mudança nas próprias bases da Ciência. No modelo tradicional, a Ciência os interesses envolvidos na investigação não parecem se apresentar como absolutamente contraditórios ou em direto conflito com a sociedade. Todavia, a investigação básica passou a utilizar técnicas e instrumentos suscetíveis de interferir incisivamente na realidade física e social, o que criou relações mais extensas e intensas entre sociedade e Ciência e entre Ciência e Economia. A Ciência, que se tornou algo comercialmente útil.

Nesse contexto, uma Ética exclusivamente interna ao saber demonstra-se insuficiente e deve ser complementada pela ordem jurídica. O Direito deve garantir que sejam definidas regras de conduta que intervenham diretamente na atuação do pesquisador, possam prevenir qualquer ato lesivo e efetivem a liberdade da comunidade científica em se conduzir de acordo com os regulamentos estabelecidos no controle interno.<sup>20</sup>

Tudo estaria resolvido se as leis sociopolíticas, desafortunadamente, não apresentassem uma grave contradição: nosso sistema legal é baseado na lei escrita. Portanto, enquanto a lei se congela no tempo, o costu-

16 BORBA, M. de N. **Bioética e Direito: biodireito?** Implicações epistemológicas da Bioética ao Direito. 2010. 74 f. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Bioética do Centro Universitário São Camilo, 2010.

17 PEGORARO, Olinto Antônio. Historicidade da ciência e da ética. **Revista Bioethikos**, Centro Universitário São Camilo, v 4, n. 1, p. 10-18, 2010. Disponível em: <https://saocamilo-sp.br/assets/artigo/bioethikos/73/10a18.pdf>. Acesso em: 08 set. 2021.

18 PEGORARO, Olinto Antônio. Historicidade da ciência e da ética. **Revista Bioethikos**, Centro Universitário São Camilo, v 4, n. 1, p. 10-18, 2010. Disponível em: <https://saocamilo-sp.br/assets/artigo/bioethikos/73/10a18.pdf>. Acesso em: 08 set. 2021.

19 LOUREIRO, C. R. M. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009. 222 p.

20 GONÇALVES, M. E. Ciência e Direito: de um paradigma a outro. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 31, p. 89-113, 1991.

me cresce e diversifica-se. Logo, é preciso encontrar soluções para que a lei se renove e se adapte à Bioética da atualidade.<sup>21</sup>

E é aí que surge outro grande problema para o Direito. A construção da atual forma de proteção jurídica se originou nos séculos XVII e XVIII, baseada no paradigma mecanicista e como consequência do Estado Moderno. Nesse contexto, as normas foram editadas com a finalidade exclusiva de atender aos interesses dos detentores de capital. A legalidade e a segurança jurídica foram os principais instrumentos usados para garantir o poder e a dominação, criando um discurso ideologizado, onde o Estado se apresentava como o grande racionalizador/garantista da sociedade.<sup>22</sup>

Por sua vez, o sistema jurídico-civil clássico se compôs de uma série de elementos essenciais, sem os quais não se pode efetivar a proteção do ser humano, quais sejam: titulares de direitos, objetos de direitos e as relações jurídicas.<sup>23</sup> Esse sistema reduziu o ser humano em “sujeito” e o tornou detentor de uma capacidade geral e abstrata para ser “titular de direitos e obrigações patrimoniais”.

O sujeito é ativado a partir de categorias determinadas (pessoa, nascituro e prole eventual), fazendo parte de determinadas relações jurídicas, as quais lhe concedem determinadas titularidades sobre os objetos.<sup>24</sup> Se as categorias não são ativadas, inexistente a criação de qualquer relação jurídica e, conseqüentemente, não se efetiva proteção legal.

Restou claro, na segunda década do século XXI, o descompasso entre a proteção jurídica clássica atual e o desenvolvimento científico. Vários exemplos podem ser trazidos à presente análise:

- a) a questão dos embriões in vitro, que revelou o distanciamento entre a persona estabelecida pela lei formal e a vida humana pulsante em laboratório. O avanço científico dos métodos de reprodução humana artificial possibilitou a concepção extrauterina e a existência de embriões in vitro, o que veio a representar realidade nova, totalmente afastada da tradição que fundamentou as codificações. A proteção desses embriões não encontrou respostas na categorização/sistematização oriunda do Direito Clássico, uma vez que vinculada a perfeita adequação às figuras jurídicas da pessoa, prole eventual e nascituro.
- b) Outro exemplo é sobre as atuais técnicas científicas são capazes de traduzir o ser humano em dados genéticos, em uma cadeia química que pode ser decifrada, separada e pulverizada em diversos campos e para diferentes finalidades. Isso faz com que não seja mais tão simples pensar-se um corpo íntegro e indiviso, do qual o ser humano é titular. Indaga-se: como proteger o ser humano em uma realidade

21 PEGORARO, Olinto Antônio. Historicidade da ciência e da ética. *Revista Bioethikos*, Centro Universitário São Camilo, v 4, n. 1, p. 10-18, 2010. Disponível em: <https://saocamillo-sp.br/assets/artigo/bioethikos/73/10a18.pdf>. Acesso em: 08 set. 2021.

22 OLIVEIRA, S. B. de. *Da Bioética ao Biodireito: manipulação genética e dignidade humana*. Curitiba: Juruá, 2008. 216 p.

23 MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Ser humano-informação e sociedade pós-genômica: a crise da proteção jurídica do sujeito de direitos em face das biopatentes. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 9, n. 1, p. 65-74, jan./abr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2017.91.07>. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.91.07>. Acesso em: 08 set. 2021.

24 MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. La protección del ser humano en la era posgenômica: el ser humano inmaterial. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, número especial, p. 401-409, 2014.



onde o corpo se tornou obsoleto e o que interessa é a informação, algo abstrato, desvinculado da materialidade e distante da titularidade?

- c) Outra questão importante é a do uso de teste genéticos para a contratação do trabalho. O que fazer quando o corpo humano passa a ser dispensável e aquilo que importa é apenas uma determinada informação. Como proteger o ser humano de não se tornar um “enfermo são”, tendo em vista o que seus genes dizem sobre ele(a)?
- d) E uma das mais inquietantes indagações: como aplicar o princípio da dignidade humana, quando não há mais o corpo humano e apenas uma virtualidade codificada para proteção?

Todos esses questionamentos, essas lacunas na proteção jurídica, forçam os juristas a concluir que na análise das questões relativas à Biotecnociência<sup>25</sup>, é imprescindível que se reinterpretem várias das regras jurídicas a partir de novas e renovadas bases. Impõe-se a revisão das categorias e conceitos tradicionalmente utilizados e formulados para as situações patrimoniais.<sup>26</sup>

Os problemas enfrentados no século XXI não podem ser resolvidos apenas com as bases criadas nos séculos XVII e XVIII. Não basta que o ser humano integre o sistema jurídico apenas como um sujeito de direitos, porque muitas vezes essa titularização não permite sua proteção jurídica efetiva e eficaz. É preciso considerá-lo na sua integralidade. Não é mais aceitável apenas unir Direito e Ciência, sem que as bases epistemológicas estejam em sincronia. É necessário que se estabeleçam novas bases interpretativas, conceitos e compromissos com a vida humana (MYSZCZUK, MEIRELLES, 2014)<sup>27</sup>.

Mas qual caminho se pode adotar para uma atualização eficiente do sistema jurídico, para enfrentar os problemas do século XXI? Nessa encruzilhada, o Biodireito tem condições de construir uma forma de interpretação adequada para que a sociedade possa optar por reinserir a variável ética nas questões científicas e ajustar a racionalidade técnica aos ideais humanitários construídos ao longo dos séculos.

#### 4 BIODIREITO: BASES INTERPRETATIVAS EM CONSTRUÇÃO

O Biodireito emerge na transição paradigmática da atualidade, onde o modelo mecanicista não serve mais para explicar as relações entre Ciência, Ética e Direito, mas ainda não se tem um novo padrão totalmente retratado para guiar as ações no século XXI.<sup>28</sup>

25 Nesse sentido, vale destacar que, no combate à pandemia da Covid-19, práticas de monitoramento têm sido realizadas em diversos países, no intento de identificar e isolar os indivíduos infectados com o novo vírus. Por isso, temas como intimidade, privacidade, sigilo, imagem, honra e a não discriminação vem sendo especialmente trazidos ao debate no tocante à sua devida transparência e inviolabilidade. Alemanha, Áustria, Bélgica, Brasil, Coreia do Sul, Irã, Israel, Itália, Polônia e Taiwan usam ou fizeram uso de tais práticas, em maior ou menor escala (REQUIÃO, 2020).

26 MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Ser humano-informação e sociedade pós-genômica: a crise da proteção jurídica do sujeito de direitos em face das biopatentes. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 9, n. 1, p. 65-74, jan./abr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2017.91.07>. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.91.07>. Acesso em: 08 set. 2021.

27 MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. La protección del ser humano en la era posgenômica: el ser humano inmaterial. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, número especial, p. 401-409, 2014.

28 BORBA, M. de N. *Bioética e Direito: biodireito?* Implicações epistemológicas da Bioética ao Direito. 2010. 74 f. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Bioética do Centro Universitário São Camilo, 2010.

Embora a construção dessa nova forma de interpretação ainda esteja em curso, já é possível estabelecer certas características que determinam a forma como o Biodireito atualiza o modo de análise dos institutos jurídicos. Reinserindo a vertente ética e considerando o ser humano de forma integral, o Biodireito apoia-se na racionalidade pluralista e dialógica, na interdisciplinaridade e no pluralismo democrático.

Essa racionalidade procura resgatar a validade formal e material do Direito, rompendo com a identificação plena desse à lei e promovendo valores como o da dignidade da pessoa humana. Deixa de aplicar apenas a racionalidade do “sujeito”, “titular” de uma relação jurídica patrimonial, para efetivar a proteção do ser humano, nas suas mais variadas facetas, o que impõe trazer à consideração também as relações jurídicas existenciais.

Incumbe, também, ao Biodireito a tarefa de resguardar o pluralismo democrático, por meio da oferta de condições procedimentais, uso de método dialógico e interdisciplinar e de normatização não positivista.<sup>29</sup> Busca constituir uma perfeita sincronia entre “o ser com o dever ser e o poder fazer”, combinando o bem e o mal, com o justo e injusto.<sup>30</sup>

Devem adequar os conceitos jurídicos ao fato novo, pois o Biodireito é fato, valor e norma e essa tridimensionalidade deve ser aplicada de maneira eficaz, de acordo com o momento social vivido e com base no princípio da dignidade humana.<sup>31</sup> No caminho de sua construção e como fruto do amadurecimento do Biodireito, são buscadas bases interpretativas propriamente biojurídicas para a aplicação e resolução dos conflitos entre Ciência, Ética e sociedade.

Nessa procura, o Biodireito tem de encontrar respostas num sistema jurídico baseado na construção mecanicista e compartimentada. O principal alicerce encontrado advém do princípio da hierarquia das leis escritas, que determina que a interpretação das regras jurídicas deva ser feita de acordo com a Constituição Federal. Foi essa premissa tradicional que fez surgir a concepção teórica inovadora da “Bioconstituição” ou “Biodireito Constitucional”.

#### 4.1 BIODIREITO E INTERPRETAÇÃO BIOCONSTITUCIONAL

Para Baracho (2009<sup>32</sup>), o conceito moderno da Ciência do Direito Constitucional tem provocado diversas reflexões que procuram uma nova concepção de Constituição, adaptada as grandes transformações do mundo contemporâneo provocadas pela problemática da Bioética, do Biodireito e do desenvolvimento científico. Nesse caminho, o conceito de Bioconstituição, pode trazer uma oxigenação na forma de interpretação das regras constitucionais brasileiras, voltando-se para a defesa do ser humano e do meio ambiente.

29 BORBA, M. de N. **Bioética e Direito: biodireito?** Implicações epistemológicas da Bioética ao Direito. 2010. 74 f. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Bioética do Centro Universitário São Camilo, 2010.

30 OLIVEIRA, S. B. de. **Da Bioética ao Biodireito: manipulação genética e dignidade humana.** Curitiba: Juruá, 2008. 216 p.

31 LOUREIRO, C. R. M. **Introdução ao Biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2009. 222 p.

32 BARACHO, J. A. de O. A identidade genética do Ser humano. *Bioconstituição: Bioética e Direito. Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 32. p. 98-109, 2009.

O Biodireito Constitucional se caracteriza por ser um conjunto de princípios e regras, formal ou materialmente constitucionais, que tratam das ações ou omissões do Estado ou de entidade privada em suas relações com a biotecnociência. Funda-se na tutela da vida, identidade, integridade e saúde do ser humano atual e futuro.<sup>33</sup>

Essa forma de interpretação parte do principal valor e base comum para análise dos conflitos entre Ciência e sociedade, seja no Brasil ou em outras partes do mundo: o respeito pela dignidade humana. Destaque-se que a Constituição Federal brasileira de 1988, dentre estes princípios fundamentais, elege a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado.

O resultado desta escolha legislativa é o de que este princípio se torna o principal fundamento do sistema constitucional vigente e o último pilar de defesa dos direitos civis. Não é só uma escolha ética e moral, mas norma jurídica, valor-guia que direciona as posições jurídico-subjetivas que definem os direitos, garantias e deveres fundamentais. Serve, também, para dirimir conflitos existentes entre direitos fundamentais, impondo a restrição de um(ns) ou outro(s) de acordo com a possibilidade de proteção, promoção e desrespeito da pessoa humana.<sup>34</sup>

É elemento informador e basilar de todos os direitos fundamentais, possuindo função integradora e hermenêutica como parâmetro para a aplicação, interpretação e integração das normas de direitos fundamentais. Além disso, é o fundamento para a imposição de restrições a direitos fundamentais, atuando simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites às restrições aos direitos fundamentais.<sup>35</sup>

Assim, só se justifica a existência do desenvolvimento científico, se esse servir para promover a existência digna da pessoa humana e colaborar para a melhoria da qualidade de vida do ser e da espécie humana. Impõe-se a consideração da pessoa enquanto o fim único do Direito e não como um meio para se chegar ao conhecimento científico ou em ganhos financeiros. Entender a pessoa humana como um fim significa respeitá-la e tratá-la como alteridade e, portanto, reconhecê-la como um ser diverso livre e um centro de dignidade que é único e não pode ser substituído por outro<sup>36</sup>.

Por tudo isso, o princípio da dignidade humana é condição imprescindível para a existência do Estado Democrático de Direito, tornando-se critério de legitimação do poder constituído e da ordem constitucional. Porém, conforme Padilha e Bertoncini (2016<sup>37</sup>), definir jurídica e filosoficamente a dignidade da pessoa humana não é tarefa fácil, podendo-se afirmar que esse é um conceito vazio, cujo conteúdo depende da cultura

33 BARACHO, J. A. de O. A identidade genética do Ser humano. Bioconstituição: Bioética e Direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 32, p. 98-109, 2009.

34 MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, J. M. L. Bioethics, biolaw,(bio) constitutional interpretation and biopatents under the light of Brazilian law. *Revista de Derecho y Genoma Humano. Law and the Human Genome Review*, n. 33, p. 65-91, 2010.

35 MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, J. M. L. Bioethics, biolaw,(bio) constitutional interpretation and biopatents under the light of Brazilian law. *Revista de Derecho y Genoma Humano. Law and the Human Genome Review*, n. 33, p. 65-91, 2010.

36 Coliga-se a dignidade da pessoa humana à ideia de alteridade, que não pressupõe o outro como igual; busca-se, por conseguinte, tratar a dignidade com o binômio igualdade e reciprocidade, o que se faz adequado apenas se o for a partir da ideia de diferença (FROTA, 2019).

37 PADILHA, Elisângela; BERTONCINI, Carla. A dignidade da pessoa humana na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy: uma análise sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. *Revista Brasileira de Direito*, v. 12, n. 2, 2016. p. 137-145.

e do contexto histórico de cada grupo de seres humanos. Em poucas ocasiões é utilizado como um argumento definitivo, tornando-se um argumento de autoridade, vazio e avesso ao diálogo.

Ao mesmo tempo, se recorre cada vez mais a essa categoria, muitas vezes, com uma excessiva “manipulação” pelos juristas ou moralistas, o que pode levar a um esvaziamento do conteúdo de valor desse instituto. A dignidade humana somente poderá se tornar um argumento idôneo quando deixar de ser um conceito geral, abstrato e cambiante e passar à uma definição materialmente concreta e positivada. Um marco jurídico de intervenção precisa, concreta e racional, utilizado apenas quando outros instrumentos, como os direitos fundamentais, não tragam as soluções jurídicas necessárias ao caso concreto.<sup>38</sup>

Em virtude dessa singularidade, uma interpretação Bioconstitucional deve se pautar no mais amplo conceito de dignidade da pessoa e atuar concretamente na promoção de sua existência com qualidade e respeito. Para definir, materialmente, o que seria esse complexo de direitos e deveres fundamentais, se propõe o entendimento de que, quando em face de uma hermenêutica bioconstitucionalizada, seja considerado humanamente digno apenas o que atenda simultaneamente aos critérios de: solidariedade, tolerância e sustentabilidade.

Solidariedade com toda a humanidade, nas suas presentes e futuras gerações. A possibilidade de convivência entre Ciência e sociedade depende de uma mudança global.<sup>39</sup> É preciso superar a perspectiva ética baseada no sujeito isolado e abstrato e adotar-se uma atitude baseada na responsabilidade universal e solidária face os desafios do século XXI.<sup>40</sup>

Numa hermenêutica bioconstitucionalizada, o critério da solidariedade reveste-se num dever de toda a sociedade em prestar auxílio aos fracos e desamparados. Deve ser adotado e efetivado em plena harmonia com os demais princípios constitucionais, servir como justificador de direitos fundamentais e estar em consonância com os parâmetros de cidadania, erradicação das desigualdades e cooperação. Tem, ainda, o mérito de ser instrumento de enriquecimento e humanização do Direito, trazendo para o meio jurídico, valores indiscutivelmente nobres e essenciais para a vida em sociedade.<sup>41</sup>

Tolerância com o diferente, respeitando a diversidade cultural, social, econômica, política, de gênero, de opção sexual, religiosa, etc. e o uso de posições democráticas para libertação do ser humano de qualquer forma de opressão. Por isso passa, certamente, a superação do uso do conhecimento científico enquanto razão instrumental e a construção de uma responsabilidade da razão. O sujeito abstrato do sistema jurídico clássico

38 ROMEO CASABONA, Carlos María *et al.* *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

39 CARDOSO, Clodoaldo Menegello. Ciência e Ética: alguns aspectos. *Revista Ciência & Educação*, v. 5, n. 1, p. 01-06, 1998. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1516-73131998000100001>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ciedu/a/RTCjK9SZZ3tCCjfMPzVSgPg/?lang=pt>. Acesso em: 08 set. 2021.

40 HERRERO, Francisco Javier. Desafios Éticos do mundo contemporâneo. *Síntese (Revista de Filosofia)*, v. 26, n. 84, p. 05-11, 1999. Disponível em: <https://faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/12>. Acesso em: 08 set. 2021.

41 ROSSO, Paulo Sergio. Solidariedade e direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988. *Revista Eletrônica do CEJUR*, v. 1, n. 2, ago./dez. 2007. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/cejur.v1i2.16752>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/16752>. Acesso em: 08 set. 2021.

precisa se tornar um sujeito ético e moral, consciente de si e dos outros, que seja dotado de vontade racional, se reconheça como ser responsável e, assim, possa se autodeterminar.<sup>42</sup>

Na perspectiva da dignidade da pessoa humana, a [Declaração de Princípios sobre a Tolerância](#) (UNESCO, 1995), é elemento central para o direcionamento jurídico. Nessa regulação, tolerância é descrita como “o respeito, a aceitação e a apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos”. Representa a harmonia na diferença, um marco para a substituir-se uma cultura de guerra por uma cultura de paz. Representa uma atitude ativa fundada no reconhecimento dos direitos universais da pessoa humana e das liberdades fundamentais do outro.

A Declaração eleva a tolerância à categoria de sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo, da democracia e do Estado de Direito. Implica em que toda pessoa tem a livre escolha de suas convicções e aceita que o outro desfrute da mesma liberdade, aceitando o fato de que os seres humanos têm o direito de viver em paz e de ser tais como são. Significa que ninguém deve impor suas opiniões a outrem, sendo um método universal de convivência civil, que usa da persuasão, ao invés da força e da coerção, tendo como base comum a prática da confiança na capacidade alheia de entender o bem comum.

Portanto, numa hermenêutica bioconstitucional, veda-se qualquer forma de discriminação, seja por meio da outorga de benefício ilegítimo a pessoa ou grupo, tratando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupo em iguais condições, ou; pela imposição de obrigações, ônus, sanção ou qualquer sacrifício à pessoa ou grupo, discriminando-as desfavoravelmente em face de outras pessoas ou grupo nas mesmas condições. Impõe o dever de se tratar o ser humano com equidade, não se podendo impor condições diversas para atendimento de pessoas em iguais condições.

Sustentabilidade – nas vertentes jurídica, social, ambiental e econômico-financeira –, para enfrentar os problemas ecológicos que nos fizeram ter de repensar a qualidade do desenvolvimento científico atual.<sup>43</sup> A humanidade precisa assumir as consequências de seu agir ambientalmente desequilibrado e sem direcionamento ético. A adoção de princípios de responsabilidade solidária pode criar ferramentas para que a humanidade possa garantir a si mesma a capacidade de governar os efeitos do poder que o conhecimento científico proporcionou.<sup>44</sup>

A sustentabilidade, mais que um conceito, visa buscar o equilíbrio entres todas as partes: ambiental, local e recursos que os seres vivos necessitam para sobrevivência; social, balancear as desigualdades sociais; e econômicas, onde a produção e o consumo exacerbado e até mesmo sem sentido de existir prevaleçam acima da própria existência e continuidade da espécie humana.

42 CARDOSO, Clodoaldo Menegello. Ciência e Ética: alguns aspectos. *Revista Ciência & Educação*, v. 5, n. 1, p. 01-06, 1998. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1516-73131998000100001>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ciedu/a/RTCjK9SZZ3tCCjfMPzVSgPg/?lang=pt>. Acesso em: 08 set. 2021.

43 CARDOSO, Clodoaldo Menegello. Ciência e Ética: alguns aspectos. *Revista Ciência & Educação*, v. 5, n. 1, p. 01-06, 1998. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1516-73131998000100001>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ciedu/a/RTCjK9SZZ3tCCjfMPzVSgPg/?lang=pt>. Acesso em: 08 set. 2021.

44 HERRERO, Francisco Javier. Desafios Éticos do mundo contemporâneo. *Síntese (Revista de Filosofia)*, v. 26, n. 84, p. 05-11, 1999. Disponível em: <https://faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/12>. Acesso em: 08 set. 2021.

Numa hermenêutica bioconstitucional, se impõe o estabelecimento de um ponto de equilíbrio entre o desenvolvimento social, crescimento econômico e a utilização dos recursos naturais, exigindo um planejamento territorial que tenha em conta os limites da sustentabilidade. Este princípio seria, então, aquele que atenda às necessidades das gerações presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atender às próprias necessidades. Com isto, se dá prioridade a práticas que evitem, reduzam, corrijam ou eliminem a possibilidade de causarem alterações na qualidade do meio ambiente.<sup>45</sup>

Os princípios da solidariedade, tolerância e sustentabilidade dão dimensão material à dignidade humana, unindo o ser com o dever ser e o poder fazer. A partir desses critérios se reinsere a vertente ética e se considera o ser humano, suas relações com a sociedade e com a natureza de forma integral. Permite que se interpretem os fatos com base numa racionalidade dialógica, interdisciplinar, pluralista e democrática.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo central desse artigo foi verificar os pontos de contato e encontrar um caminho no qual Ciência e Direito possam produzir uma sinergia e colaborar para o desenvolvimento da Ciência enquanto meio de empoderamento do ser humano. O trabalho demonstrou que não só há possibilidade de interação, mas a necessidade de uma sinergia e que as formas jurídicas clássicas não dão conta de solucionar os questionamentos trazidos pela Ciência no século XXI.

Os conceitos de solidariedade, tolerância e sustentabilidade podem tornar o conceito de dignidade humana algo materialmente realizável e não apenas um argumento de autoridade, vazio e abstrato das interpretações jurídicas tradicionais. A partir dessa sinergia, é possível dar mais um passo para que o desenvolvimento da Ciência seja sinônimo de empoderamento do ser humano: o estabelecimento de um núcleo Bioconstitucional ligado ao desenvolvimento científico e suas relações com o ser humano.

Esse núcleo será imprescindível na construção de um estatuto jurídico do cidadão bioético e não mais da “pessoa” ou do “sujeito de direitos”.<sup>46</sup> É imprescindível reinterpretarem-se várias das regras jurídicas positivadas, buscando novas ou reoxigenadas bases para resolução das questões jurídicas,<sup>47</sup> para a proteção e garantia do respeito à liberdade de pensamento, criação e produção científica, estabelecendo um quadro jurídico adequado para as diversas necessidades, compatibilizando a agilidade e dinamismo com a segurança jurídica requerida pelo tema.

45 MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, J. M. L. Bioethics, biolaw,(bio) constitutional interpretation and biopatents under the light of Brazilian law. *Revista de Derecho y Genoma Humano. Law and the Human Genome Review*, n. 33, p. 65-91, 2010.

46 ROMEO CASABONA, Carlos María. El Bioderecho y la Bioética, un largo camino en común. *Revista Iberoamericana de Bioética*, n. 3, p. 1-16, 2017. DOI: <https://doi.org/10.14422/rib.i03.y2017.009>. Disponível em: <https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/7658>. Acesso em: 08 set. 2021.

47 MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. La protección del ser humano en la era posgenómica: el ser humano inmaterial. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, número especial, p. 401-409, 2014.

Enfim, a intervenção bioconstitucional deve servir para garantir a convivência e a paz social, resolver os conflitos onde eles surjam e proteger os valores individuais e coletivos mais importantes para a sociedade, sejam estes bens jurídicos já reconhecidos ou novos, que necessitem de identificação e mercedores de proteção.

## REFERÊNCIAS

- BARACHO, J. A. de O. A identidade genética do Ser humano. Bioconstituição: Bioética e Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 32. p. 98-109, 2009.
- BORBA, M. de N. **Bioética e Direito: biodireito?** Implicações epistemológicas da Bioética ao Direito. 2010. 74 f. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Bioética do Centro Universitário São Camilo, 2010.
- CARDOSO, Clodoaldo Menegello. Ciência e Ética: alguns aspectos. **Revista Ciência & Educação**, v. 5, n. 1, p. 01-06, 1998. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1516-73131998000100001>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ciedu/a/RTCjK9SZZ3tCCjfMPzVSgPg/?lang=pt>. Acesso em: 08 set. 2021.
- FERRER, J. J. La Bioética como quehacer filosófico. **Acta Bioética**, v. 15, n. 1, p. 35-41, 2009. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2009000100004>. Disponível em: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1726-569X2009000100004&lng=en&nrm=iso&tlng=en](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2009000100004&lng=en&nrm=iso&tlng=en). Acesso em: 08 set. 2021.
- FIOCRUZ. Fundação Oswaldo Cruz. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/>. Acesso em: 08 set. 2021.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Princípio da dignidade da pessoa humana ressignificado a partir do Direito Civil-Constitucional prospectivo. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos;
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coord.). **Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição**: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 47.
- GODIN, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. **Revista HCPA**, v. 26, n. 2, p. 86-92, 2006. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/164730>. Acesso em: 08 set. 2021.
- GONÇALVES, M. E. Ciência e Direito: de um paradigma a outro. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 31, p. 89-113, 1991.
- HERRERO, Francisco Javier. Desafios Éticos do mundo contemporâneo. **Síntese (Revista de Filosofia)**, v. 26, n. 84, p. 05-11, 1999. Disponível em: <https://faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/12>. Acesso em: 08 set. 2021.
- LOUREIRO, C. R. M. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009. 222 p.
- MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, J. M. L. Bioethics, biolaw,(bio) constitutional interpretation and biopatents under the light of Brazilian law. **Revista de Derecho y Genoma Humano. Law and the Human Genome Review**, n. 33, p. 65-91, 2010.
- MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. La protección del ser humano en la era posgenómica: el ser humano inmateral. **Revista de Derecho y Genoma Humano**, número especial, p. 401-409, 2014.
- MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Ser humano-informação e sociedade pós-genômica: a crise da proteção jurídica do sujeito de direitos em face das biopatentes. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 9, n. 1, p. 65-74, jan./abr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2017.91.07>. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.91.07>. Acesso em: 08 set. 2021.
- OLIVEIRA, S. B. de. **Da Bioética ao Biodireito**: manipulação genética e dignidade humana. Curitiba: Juruá, 2008. 216 p.
- PADILHA, Elisângela; BERTONCINI, Carla. A dignidade da pessoa humana na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy: uma análise sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. **Revista Brasileira de Direito**, v. 13, n. 6, 2016. p. 137-145. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2016.v13i6.2908>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2908>. Acesso em: 08 set. 2021.
- PEGORARO, Olinto Antônio. Historicidade da ciência e da ética. **Revista Bioethikos**, Centro Universitário São Camilo, v 4, n. 1, p. 10-18, 2010. Disponível em: <https://saocamilo-sp.br/assets/artigo/bioethikos/73/10a18.pdf>. Acesso em: 08 set. 2021.
- POTTER, Van Ressenlaer. **Bioética**: ponte para o futuro. Stevens Point: Universidade de Wisconsin, 1971.
- REQUIÃO, Maurício. Covid-19 e proteção de dados pessoais: o antes, o agora e o depois. **Conjur**, 05 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-05/direito-civil-atual-Covid-19-protacao-dados-pessoais-antes-agora-depois>. Acesso em: 07 jul. 2020.
- ROMEO CASABONA, Carlos María *et al.* **El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

ROMEO CASABONA, Carlos María. **Do gene ao direito**: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano. IBCCrim, 1999.

ROMEO CASABONA, Carlos María. El Bioderecho y la Bioética, un largo camino en común. **Revista Iberoamericana de Bioética**, n. 3, p. 1-16, 2017. DOI: <https://doi.org/10.14422/rib.i03.y2017.009>. Disponível em: <https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/7658>. Acesso em: 08 set. 2021.

ROMEO CASABONA, Carlos María. O desenvolvimento do Direito diante das biotecnologias. *In*: ROMEO CASABONA, Carlos María. FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. **Desafios jurídicos da biotecnologia**. Belo horizonte: Mandamentos, 2007. p. 29-61.

ROSSO, Paulo Sergio. Solidariedade e direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988. **Revista Eletrônica do CEJUR**, v. 1, n. 2, ago./dez. 2007. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/cejur.v1i2.16752>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/16752>. Acesso em: 08 set. 2021.

STAFFEN, Márcio Ricardo; ZAMBAM, Neuro José. Direito ao desenvolvimento humano enquanto bem jurídico global. **Revista de Direito Brasileira**, v. 11, n. 5, p. 22-43, 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2864/2677>. Acesso em: 08 set. 2021.



# CAPÍTULO 8

## A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DO ESTRANGEIRO NO BRASIL SOB O PARADIGMA DA DIGNIDADE HUMANA PÓS-CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Marina Andrade Cartaxo

### INTRODUÇÃO

Michael Walzer<sup>1</sup>, em sua obra *Esferas de Justiça*, argumenta que toda comunidade tem direito de escolher os seus membros, e que a proposta de criação de Estados com fronteiras abertas acabaria por criar nichos de filiação menores, como bairros ou clubes, já que o ser humano precisa deste tipo de identificação. As políticas migratórias, portanto, são de imensa necessidade. O Estado, a comunidade política, precisa filtrar e escolher aqueles de fora que poderão ingressar no seu território. Mas, uma vez que o estrangeiro, e sua família, foi acolhido, sujeitá-lo à eterna situação de não membro, de *outsider*, daquele que recebe sempre da comunidade, mas sem voz ativa, sem participação política, seria uma espécie de tirania.

De acordo com Walzer<sup>2</sup>, um país é uma comunidade de membros, um “mundo de significados” e “modos de vida” compartilhados, que seus membros têm o direito de preservar. Como a entrada desimpedida de estranhos tornaria tal preservação impossível, os membros de uma comunidade nacional devem ter o direito de fazer sua política de admissão, controlar e, às vezes, restringir o fluxo de imigrantes. A sua defesa do direito dos Estados de impor limites a estranhos está fundamentada em sua teoria mais ampla de justiça distributiva.

Para Walzer<sup>3</sup>, o bem primário que é distribuído uns aos outros é filiação em uma comunidade política nacional, e a filiação é um bem que só pode ser distribuído entre pessoas. Ele argumenta que os membros de uma comunidade têm o direito de moldá-la de acordo com suas próprias preferências: a política de admissão de uma comunidade é, para ele, uma decisão eminentemente política. Walzer presume que todos que já são membros escolhem, de acordo com sua própria compreensão do que significa pertencer à comunidade e de que tipo de comunidade se quer ter. E, no atual contexto internacional, alguns Estados serão confrontados com escolhas difíceis. Walzer<sup>4</sup> considera a comunidade em si como um bem – talvez o bem mais importan-

1 WALZER, M. *Esferas da justiça*: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

2 WALZER, M. *Esferas da justiça*: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

3 WALZER, M. *Esferas da justiça*: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

4 WALZER, M. *Esferas da justiça*: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

te – que é distribuído, colocando o controle sobre as admissões de estrangeiros como um valor inerente e precioso, que ele afirma enfaticamente.

A maioria dos analistas de imigração, com razão, lê Walzer<sup>5</sup> como uma justificativa normativa para a restrição nacional à imigração. No entanto, isto não representa toda a sua análise de imigração. Seu trabalho tem outra dimensão, que recebeu muito menos atenção na literatura sobre políticas migratórias, apesar de sua centralidade e para o seu tratamento global de adesão. Esta dimensão do seu trabalho aborda o *status* de alienígenas já residentes dentro da sociedade política nacional. De acordo com Walzer<sup>6</sup>, uma vez imigrantes já residirem dentro de uma comunidade política e lá trabalharem, eles devem ser tratados como membros dessa comunidade. Se eles ainda não são membros plenos, eles devem estar em um caminho rápido para a cidadania ou adesão plena (naturalização). Justiça exige que todos os imigrantes e todos os residentes sejam cidadãos ou pelos menos um cidadão em potencial. Na medida em que os imigrantes que vivem e trabalham dentro de uma comunidade nacional não são reconhecidos como membros, eles estão sujeitos a nada menos que “tirania”.

O exemplo paradigmático desse tipo de tirania, afirma Walzer<sup>7</sup>, era o *status* de “metecos” na antiga *polis* ateniense. Metecos eram residentes estrangeiros em Atenas que não podiam se tornar cidadãos. Viviam e trabalhavam na cidade, mas não possuíam direitos políticos nem direitos sociais. Enquanto os cidadãos transmitiam seu *status* através do nascimento e do sangue, o status de meteco foi passado através das gerações para que os filhos dos metecos fossem da mesma forma metecos, e não cidadãos. Na falta de cidadania, os metecos foram tratados com desprezo; eles eram os sujeitos de um bando de tiranos cidadãos, governados sem consentimento.

A proposta deste artigo capítulo então é discutir sobre a possibilidade da participação política do estrangeiro no Brasil, tomando como paradigma a cidadania política do nacional na história do Estado brasileiro. Mas para garantir a coesão social e solidariedade, vale a pena refletir sobre como o Estado brasileiro, que se baseia na soberania, na cidadania e, principalmente, na dignidade da pessoa humana, pode, em pleno século XXI, privar os estrangeiros da condição humana de ação e voz política, para utilizar as categorias de Hannah Arendt. Não se trata de cidadania global, mas da extensão de direitos políticos a estrangeiros residentes de forma permanente no Estado nacional.

## 1 O ESTADO MODERNO E A DINÂMICA MIGRATÓRIA

Embora seja um fenômeno universal, a migração é sempre discutida dentro da estrutura da unidade local e, principalmente, dentro da estrutura do Estado-nação. No que pese a extrema diversidade de situações em

5 WALZER, M. *Esferas da justiça*: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

6 WALZER, M. *Esferas da justiça*: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

7 WALZER, M. *Esferas da justiça*: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

que ocorre e apesar das variações que existem no tempo e no espaço, o fenômeno da mobilidade humana exhibe constantes características (sociais, econômicas, jurídicas e políticas) que reaparecem ao longo de sua história.<sup>8</sup>

Somente em um mundo composto de Estados soberanos, cada um exercendo controle final sobre um território e população delimitados, há migração internacional. Mas o Estado moderno não está apenas envolvido na definição da migração internacional. Tomando este como um governo territorial, libertam-se os indivíduos dos vínculos e escravidão pessoal que outrora os prendiam a um lugar e comunidade concretos, fornecendo incentivos para a mobilidade física e social. Além disso, os Estados modernos não são mônadas, mas existem como parte de um sistema interativo e abrangente, requerendo comunicação regularizada e constante, além de controle de fronteiras.

As bases estruturais do modelo do Estado moderno surgem com a Paz de Westfália, no século XVII, garantindo aos governos controle sobre sua população e território. No entanto, será no século seguinte (XVIII) que se verá o casamento entre o conceito de Estado e de nação, em virtude da Revolução francesa (1789), que irá utilizar os mecanismos de coesão social que a ideia de nação e nacionalidade representa.<sup>9</sup>

A essência do Estado-nação é a instituição da cidadania: a integração de todos os habitantes de um território na comunidade política e sua igualdade política como cidadãos. É claro que relativamente poucas nações correspondem a esse ideal democrático. Segundo Martin van Creveld<sup>10</sup>, durante os cinquenta anos que precederam a Revolução Francesa, difundiu-se a convicção de que as unidades em que a humanidade vivia tinham de ser Estado, “e, cada vez mais, os povos que não vivam em Estado, como era o caso fora da Europa, pertenciam a civilizações ‘tribais’ inferiores e quase não se podia dizer que fossem humanos”. A nacionalidade e a cidadania passaram a ser “um dos aspectos mais importantes da existência de todo indivíduo, além dos fatos biológicos de raça, idade e sexo, era saber se ele era cidadão deste ou daquele Estado”.

A migração internacional é habilitada e alimentada pela grade expansiva e comunicativa do sistema de Estados modernos. Estes criaram ativamente movimentos transfronteiriços, como Estados nacionalizadores que expulsam grupos religiosos, étnicos ou políticos indesejados, como Estados colonizadores que estabelecem dependências no exterior ou, ao contrário, como Estados que recrutam trabalhadores que forcem ou convidam estrangeiros a preencher empregos para os quais os trabalhadores domésticos não podem ser encontrados.

Embora eles tenham influência direta na migração internacional, os Estados modernos também precisam restringi-la. Isso ocorre porque a migração internacional viola o princípio do sedentarismo subjacente ao sistema estatal moderno, que diferencia a sociedade mundial em uma multiplicidade de unidades autorreprodutoras territorialmente delimitadas.

8 SAYAD, A. *The suffering of the immigrant*. Cambridge: Polity Press: 2004. *E-book*.

9 KISSINGER, H. *Ordem mundial*. Tradução Cláudio Figueiredo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015. p. 31-33.

10 CREVELD, M. van. *Ascensão e declínio do estado*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 262-263.

Como Rogers Brubaker<sup>11</sup> mostrou, em sua discussão sobre as origens da filiação estatal na Prússia, o sedentarismo codificado como nacionalidade (*Staatsangehörigkeit*) é administrativamente conveniente, dividindo a responsabilidade com a comunidade internacional de certas categorias de pessoas (como o migrante pobre). Mas a expectativa de sedentarismo e a consequente restrição de entrada também nascem do fundamento cultural dos Estados modernos, sua nacionalidade. Como nações, eles são comunidades políticas investidas do direito de autodeterminação. Uma expressão desse direito é a admissão ou rejeição de novos membros.

Sobre o tema, Michael Walzer<sup>12</sup> defende que os membros de uma comunidade política têm o direito coletivo de moldar a população residente. Caso contrário, as comunidades políticas (ou nações) não poderiam criar laços permanentes. Embora restritos por obrigações morais àqueles que podem reivindicar um direito de lugar e aos refugiados, as decisões sobre a nova afiliação são discricionárias e não estão sujeitas a considerações de justiça. Inclusivos e democráticos no interior, os Estados-nação são necessariamente excludentes e antidemocráticos para o exterior, pedras de facticidade que desafiam a justiça universal e os direitos humanos.

## 2 DICOTOMIA NACIONAL VS. ESTRANGEIRO

As categorias pelas quais a imigração é estudada, geralmente, são categorias políticas que são, definitiva e objetivamente, categorias nacionais ou mesmo nacionalistas. O fenômeno migratório como um todo – a emigração e a imigração – só pode ser descrito e interpretado com base nas categorias do pensamento estatal. Esse modo de pensar está completamente inscrito dentro da linha de demarcação que divide radicalmente “nacionais” de “não nacionais”. A linha em si é invisível ou dificilmente perceptível, mas tem grandes implicações. Por um lado, têm-se aqueles dotados de naturalidade, “por direito”, a nacionalidade do país (seu país) de onde vêm – em outras palavras, do Estado de onde cidadãos eles são e do território sobre o qual esse Estado tem soberania – e, por outro lado, há aqueles que não têm a nacionalidade do país em que residem.<sup>13</sup>

Rogers Brubaker<sup>14</sup> comparou a cidadania e a nacionalidade na França e na Alemanha, concluindo que os fluxos migratórios do final do século XX impactaram no conceito de cidadania nacional, que deverá ser corrigido em longo prazo. Em estudo sobre os direitos dos migrantes na Europa do pós-guerra, Yasemin Soysal<sup>15</sup> chegou à conclusão oposta. Ao transferir o Estado-nação de variável independente para variável dependente, ela argumenta que as recentes migrações ajudaram a colocar em prática um modelo alternativo permanente de associação “pós-nacional” ancorado em um discurso de direitos humanos em nível mundial.

11 BRUBAKER, R. *Citizenship and nationhood in France and Germany*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1994.

12 WALZER, M. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

13 SAYAD, A. *The suffering of the immigrant*. Cambridge: Polity Press: 2004. *E-book*.

14 BRUBAKER, R. *Citizenship and nationhood in France and Germany*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1994.

15 SOYSAL, Y. N. *Limits of citizenship: migrants and postnational membership in Europe*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

O que Brubaker tomou para um desvio sujeito à correção, Soysal<sup>16</sup> conceitua cidadania de uma nova forma “transgride a ordem nacional das coisas”. Na sua opinião, Estados-nação ficaram sem ideias para justificar seus limites. Este estudo assume uma posição empiricamente fundamentada entre os defensores, ou não, do Estado-nação. No entanto, nem o Estado-nação é simplesmente reafirmado por recentes desafios migratórios, nem está passando por uma transformação fundamental. Pode-se observar em ambos uma insistência obstinada dos Estados em manter o controle sobre suas fronteiras e aumentar as restrições aos direitos humanos sobre a soberania tradicional; uma proliferação de categorias de membros e pressões para remodelá-los como cidadania unitária; uma persistência de modelos nacionais distintos de manipulação, que contém diversidade étnica e pressões multiculturais sobre a textura monocultural das nações.

Contra Brubaker<sup>17</sup>, Christian Joppeke<sup>18</sup> argumenta que a imigração é muito condicionada por estar envolvida na redefinição da nacionalidade. Sua abordagem de “idioma cultural” à nacionalidade deixa muito pouco espaço para contingência e contestação. Por exemplo, a Alemanha, que Brubaker enxerga sempre presa a um modo etnocultural de cidadania e nacionalidade, está se movendo em direção à cidadania cívico-territorial para integrar melhor seus imigrantes de segunda e terceira geração.

Contra a Soysal, Joppeke argumenta que as normas e obrigações de direitos humanos não atendem à população de países não democráticos. Em vez de pairar no espaço “global” abstrato, a proteção dos direitos humanos é um princípio constitutivo dos Estados-nação como Estados liberais. As migrações do pós-guerra criaram uma barreira entre o princípio da proteção dos direitos humanos e um segundo princípio constitutivo dos Estados-nação, a soberania popular. Consequentemente, a imagem adequada da raiz não é que os Estados-nação cumpram as obrigações externas de direitos humanos, mas estes em conflito interno entre suas dimensões de direitos humanos e soberania popular.

Avaliar a persistência ou transformação dos Estados-nação requer uma compreensão mais clara de quais aspectos destes estão emaranhados com a imigração. Tanto Brubaker quanto Soysal desenvolvem estudos sobre cidadania, mas omitem uma segunda dimensão-chave do Estado-nação desafiada pela imigração: a soberania. Soberania refere-se ao estadismo dos Estados-nação modernos: controle final sobre um território e população delimitados. A soberania é o legado do Absolutismo, no qual a fragmentação feudal da autoridade e a luta religiosa do período de reforma foram postas de lado pelo estabelecimento de uma autoridade secular dentro de um determinado território. A soberania faz do território, e não das pessoas, o ponto de referência básico do governo. Isso implica controle sobre o acesso e permanência dentro do território, que é o domínio da política de imigração.

16 SOYSAL, Y. N. *Limits of citizenship: migrants and postnational membership in Europe*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994. p. 159.

17 BRUBAKER, R. *Citizenship and nationhood in France and Germany*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1994.

18 JOPPEKE, C. *Immigration and the nation-state*. The United States, Germany and Great Britain. Oxford: Oxford University Press, 1999. *E-book*.

Cada Estado divide o mundo em “nacionais”, que têm direito de entrada e permanência, e “estrangeiros”, aos quais a entrada e a permanência podem ser negadas. Conseqüentemente, a soberania nunca foi absoluta, mas limitada à exclusão de estrangeiros. Um desenvolvimento recente é que até mesmo a capacidade dos Estados de excluir alienígenas foi atacada. Uma expressão disso é o fenômeno da imigração indesejada: imigração ilegal, procura de asilo e (na Europa) o reagrupamento familiar dos trabalhadores migrantes. Nesses casos, as limitações ao direito de um estado de excluir estrangeiros não provêm da interdependência dos estados, mas dos direitos humanos elementares com que os estrangeiros são investidos. Isso levanta a questão de onde esses direitos, e as subsequentes limitações da soberania, estão situados: no nível nacional dos estados-nação ou em um regime global de direitos humanos.

A soberania restrita do Estado sobre a entrada e permanência de estrangeiros tem raízes predominantemente domésticas. Caso contrário, os novos países receptores de recebimento de imigrantes no Oriente Médio ou no Sudeste Asiático fariam o que os Estados ocidentais (normalmente) fazem: respeitar os direitos dos migrantes. Embora a instituição da soberania tenha raízes pré-democráticas, reinterpretada desde a Revolução Francesa como soberania popular.

Conseqüentemente, a insistência nos controles soberanos de entrada e residência é em nome da coletividade nacional da qual o Estado deriva sua legitimidade. Isto implica uma confusão do continuado político estabelecido da Esquerda *versus* Direita: no controle de imigração, o apelo de direita por controles fronteiriços apertados está na demanda popular, enquanto a defesa esquerdista dos direitos dos migrantes tende a dissociar o estado de seu povo. Em suma, a democracia é uma ameaça para os migrantes.

O principal dilema do controle da imigração é reconciliar as restrições populares dos Estados com seu mandato, inerentemente impopular, de proteger os direitos humanos dos migrantes. Cidadania refere-se ao estado moderno não como uma organização territorial, mas como uma associação de membros. Desde a Revolução Francesa, a cidadania tem sido a categoria de membros unitários dos estados democráticos, substituindo as múltiplas categorias de sujeito (propriedades) estratificadas do antigo regime.

Se a soberania está ligada ao estadismo (pré-democrático) dos Estados-nação modernos, a cidadania está ligada à sua nacionalidade (democrática). Enquanto não houver um estado mundial democrático, a nação demarca os limites de uma comunidade de cidadãos. A cidadania é, portanto, “internamente inclusiva” e “externamente exclusiva”: um conjunto de direitos e obrigações conferidos igualmente a todos os membros da comunidade, mas também um mecanismo de fechamento, separando membros de não membros num mundo de recursos limitados, as dimensões internas e externas, a cidadania é interdependente, porque os direitos são caros, não podem ser para todos.

Na tradição de T. H. Marshall<sup>19</sup>, a cidadania foi abordada em seu aspecto internamente inclusivo, como reivindicação normativa de trabalhadores, mulheres e outros grupos desfavorecidos para alcançar a plena inclusão na comunidade nacional. Ele identificou três tipos de cidadania: política, civil e social. Na cidadania política, os indivíduos participam como agentes políticos nas questões do Estado e da comunidade à qual pertence. Quanto à cidadania civil, diz respeito aos direitos e liberdade públicos. E a cidadania social, que é o foco da sua pesquisa, seria aquela que assegura direitos que serão prestados pelo Estado, ligados à ideia de Estado social, tais como: educação, saúde, trabalho e seguridade social. O autor defende uma cidadania entre os membros da mesma comunidade, independentemente da posição social à qual eles pertencem.

No caso dos *denizens*, o esquema de Marshall teria de ser invertido: a cidadania social dos imigrantes antecede e detém no limiar da cidadania política. Este fato, que é cada vez mais frequente, viria a mostrar não só que a cidadania perdeu grande parte de sua antiga densidade como princípio regulador de direitos, como, também, que para realizar essa missão, ela foi substituída pela residência legal. Por isso, em vez de proporem um conceito fechado, alguns autores propuseram a redefinição de pertença social (ou qualidade de membro) como um *continuum* de direitos que, numa determinada comunidade, flui entre os indivíduos quase totalmente privados desses direitos e os seus membros de pleno direito.<sup>20</sup>

Empiricamente, a imigração multiplicou as categorias de membros nas sociedades ocidentais, desafiando o dualismo cidadão-estrangeiro de adesão plena ou nenhuma. Muitos imigrantes hoje se contentam com algo menor que a cidadania plena. Como “estrangeiros residentes permanentes” (no jargão dos EUA), eles desfrutam de direitos civis e direitos sociais iguais. Apenas seu direito político é severamente restrito. Há discordância entre os analistas de cidadania pós-marshalliana sobre as implicações disso. A filiação não cidadã, ou *denizenship*<sup>21</sup>, é um desvio temporário da filiação como cidadania ou é um novo modelo de filiação por direito próprio que acarreta o declínio da cidadania tradicional?

Uma resposta a essa pergunta remete à questão inicial em que os direitos dos migrantes estão, em última análise, situados nos níveis nacional ou supranacional. Se o *denizenship*, tanto em sua implementação quanto na sua legitimação, está situado no nível dos Estados-nação, como sugeriria, seria precipitado celebrá-lo como um novo modelo de participação pós-nacional. Na ausência de uma política supranacional com força de implementação, a exclusão de *denizens* da política nacional não deve ser menosprezada, porque então a *denizenship* é um estado inerentemente vulnerável.

Os atuais debates sobre cidadania na Alemanha e nos Estados Unidos fornecem muitas evidências de que o *denizenship* é um membro vulnerável de «segunda classe», que precisa ser corrigido. Michael Walzer<sup>22</sup> está certo, pois nenhuma comunidade pode ser semimística, meio-cidadã, e afirmar que suas políticas de admis-

19 MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

20 VELASCO, J. C. As migrações internacionais. In: ROSAS, J. C. (org.). *Manual de filosofia política*. 2. ed. Coimbra: Almedina. *E-book*.

21 HAMMAR, T. *Democracy and the nation state*. Aldershot: Avebury, 1990. p. 22.

22 WALZER, M. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

são atos de autodeterminação ou que sua política é democrática. A cidadania não é apenas um *status* legal, mas também uma identidade.<sup>23</sup>

### 3 AS PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO PARA ESTENDER DIREITOS POLÍTICOS AO ESTRANGEIRO RESIDENTE NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 apesar de no seu artigo 1º declarar, como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político, restringiu a cidadania política ativa e passiva somente aos brasileiros nos artigos que tratam dos direitos políticos. E dessa forma destoando dos demais países da América do Sul (Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Uruguai, Paraguai, Peru e Venezuela) onde o voto do estrangeiro tem regulamentação.<sup>24</sup>

Sob a égide da Constituição de Federal 1988, a Proposta de Emenda à Constituição nº 61/1999 visava alterar os §§2º e 3º, do artigo 14 da Constituição, para permitir que o estrangeiro domiciliado no Brasil pudesse se alistar como eleitor nas eleições municipais e se candidatar a vereador. Porém, esta foi emendada para que o período de residência passasse a ser de oito anos (emenda nº 01) e houvesse a exigência de reciprocidade (emendas nº 02 e 03). O Parecer 713/2001, publicado no Diário do Senado Federal nº 93, cuja relatoria ficou a cargo do Senador Bello Braga, assevera pela rejeição das emendas nº 02 e 03, diante da inviabilidade da reciprocidade, por falta de condições de estabelecer os seus efeitos jurídicos. Nesses termos, a exemplo da falta de tratamento mútuo, cita-se o fato dos libaneses residentes no território brasileiro, que anseiam por tal direito, mas que, diante do número ínfimo de brasileiros no Líbano, inexistiria tratamento semelhante. Já no ano 2000, o Senador Edison Lobão recomendava a aprovação da emenda nº 03, para possibilitar o alistamento e a candidatura do estrangeiro residente e domiciliado no Brasil por pelo menos 8 anos ao cargo de vereador, e desde que houvesse reciprocidade. No entanto, essa PEC foi rejeitada.

Em 4 de setembro de 2002, o Senador Álvaro Dias concebe a PEC 7/2002, que propunha a participação do estrangeiro nas eleições municipais, mas esta foi arquivada em 22 de janeiro de 2007. Já a PEC 33/2002 tinha por finalidade possibilitar não só o voto do estrangeiro residente, como a candidatura a qualquer cargo, com exceção dos preceituados no artigo 12, §3º da Constituição Federal de 1988 (Presidente e Vice-Presidente, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado). Em 11 de janeiro de 2011, esta foi arquivada em definitivo.

No ano 2005, o Deputado Orlando Fantazzini criou a PEC 401/2005, cujo escopo era garantir o direito ao voto do estrangeiro residente no território brasileiro por mais de cinco anos. Porém foi arquivada em 2007. Logo depois, em 2007, o Senador Álvaro Dias propõe a PEC 14/2007, cuja finalidade era possibilitar

23 KYMLICKA, W. NORMAN, W. *Citizenship in diverse societies*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 369.

24 Mas o Brasil já teve a experiência da participação política de estrangeiros na época da Primeira República. As constituições estaduais da Bahia, do Ceará e de Minas Gerais (todas do ano 1891) previam a participação política dos estrangeiros residentes, e contribuintes, nas eleições municipais.



o voto do estrangeiro domiciliado no Brasil, nas eleições municipais e a respectiva candidatura a vereador. A PEC 88/2007, de autoria do Senador Sérgio Zambiasi, possibilitava o voto do estrangeiro residente no Brasil há mais de cinco anos e com dezesseis anos de idade. Em 2010, por força do Requerimento 926, as PEC nº14 e 88 passaram a tramitar em conjunto com a PEC nº 33/2002. Em 2013, em razão Requerimento nº 1272, as propostas de emenda em análise foram apensadas à PEC nº 25/2012.

Compete ainda analisar a PEC nº 119/2011, de autoria do Deputado Roberto Freire, que tem como finalidades permitir a cidadania ativa ao estrangeiro domiciliado no Brasil e residente há mais de cinco anos nas eleições municipais; e a cidadania passiva (candidatura) ao residente há no mínimo 10 anos. A PEC nº 347/2013 (apensada à PEC nº 119/2011), de autoria do Deputado Carlos Zarattini, é mais restrita por se limitar a facultar o voto do estrangeiro com residência no país superior a quatro anos.

A diferença da PEC nº 25/2012 para as demais propostas é o fato de ela garantir aos estrangeiros (independentemente de serem residentes ou não), além do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade e à segurança (inerente aos nacionais), o direito ao voto, ao possibilitar a candidatura, nas eleições municipais. Complementarmente, sublinha-se que o Projeto de Lei nº 5.655/2009 (de autoria do Poder Executivo e apensado ao Projeto de Lei nº 2.516/2015 – convertido na Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017), permite avanços em relação à Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980408 (Estatuto do Estrangeiro), sob a égide da Constituição de 1967, que remonta ao Regime Militar, posto que a segurança nacional e os interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil dão lugar à garantia dos direitos humanos e ao fortalecimento das instituições democráticas e das relações internacionais.

Dessa forma, o Projeto de Lei em análise se mostra em conformidade com a PEC nº 25/2012, por garantir ao estrangeiro residente (permanente ou de forma temporária) uma série de direitos, tais como: igualdade de direitos civis e sociais com os nacionais, direito de associação e os estabelecidos no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Não obstante, veda, no artigo 8º, o exercício de atividade político-partidária.

De forma mais ampla, a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira, originária do Projeto de Lei do Senado nº 288/2013, possui um alinhamento maior com os direitos humanos, ao dispor, no artigo 3º, a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos (inciso I); repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a qualquer forma de discriminação (inciso II); acolhida humanitária (inciso VI); igualdade de tratamento e oportunidade (inciso IX); inclusão social (inciso X); promoção e difusão de direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante (inciso XII); integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina (inciso XIV). Nessa vertente, alinham-se aos preceitos constitucionais da cidadania, a não distinção, a dignidade da pessoa humana e a cooperação latino-americana.

## CONCLUSÃO

O que ficou evidente na pesquisa é que o modelo de Estado-nação que nasceu no século XVIII consolida-se durante os séculos XIX e XX, no atual momento histórico, não se consegue ficar inerte, nem se deve, perante as mudanças dentro e fora das suas fronteiras. Trazer o conceito de nação para dentro do Estado como uma forma criar laços entre as pessoas dentro do seu território (língua comum e cultura), e entre estas e o próprio Estado (soberania popular e nacionalidade), foi necessário, e interessante, como forma de organização social da população e para consolidar as instituições políticas nacionais. No entanto, a relação entre o Estado e o nacional é quase como um vínculo de parentesco, ela o acompanha a vida inteira, a não ser que o indivíduo a renuncie (adotando outra nacionalidade ou assimilando outra cultura). Então, possuir uma determinada nacionalidade quer dizer que onde o indivíduo se encontre aquele vínculo e aquela referência estarão juntos. Isso fica mais evidente quando se mora fora do país e se necessita de proteção diplomática. A marca da nacionalidade, e de todas essas referências nacionais comuns, é o que permite a criação de diásporas. É esse “parentesco” que os une.

Cidadania, no entanto, tem um papel dentro do Estado democrático. É por meio da cidadania que as pessoas participam do governo dos Estados (de forma direta ou indireta), utilizando-se dos direitos políticos de participação popular, para alcançar e garantir prestações de serviço público e direitos sociais, bem como tutelar a sua própria autonomia e liberdade individual. No caso dos estrangeiros, por não terem acesso a esses direitos políticos de participação, eles são um grupo sem autonomia, porque sempre estão sob a tutela do Estado de acolhimento. O que é importante frisar é o fato de que o estrangeiro tem as mesmas obrigações dos nacionais: eles têm a obrigação de obedecer à lei e respeitar a ordem pública, e pagam impostos. Mesmo que um estrangeiro não esteja inserido no mercado de trabalho formal, e não recolha contribuições sociais ou pague imposto sobre a renda, ele é tributado porque consome, e uma grande parte da arrecadação tributária é oriunda de impostos sobre o consumo. Sem cidadania política, o estrangeiro não pode opinar sobre questões que dizem respeito a sua vida atual: moradia, transporte, saneamento básico, saúde pública, educação, segurança pública, trânsito... É como o eterno parente que vem do interior para morar na capital na casa dos tios e tem que ser eternamente grato pela acolhida dos parentes, mas não pode fazer nada errado nem reclamar de nada, porque ele não pertence, originalmente, àquele núcleo familiar.

Vários autores passaram a enxergar a cidadania sob a ótica cosmopolita, ou seja, o fato de sermos todos humanos é o que nos vincula, e a construção de um governo mundial seria o destino da humanidade. No entanto, este tipo visão é muito idealista e pouco prática. Se analisado pelo aspecto moral, é muito interessante este tipo discurso, porque diminui as diferenças e pretende criar uma solidariedade de todos para com o mundo. Mas o mundo é muito vasto, e é muito diversificado. Cada localidade, cada região, é composta de seres humanos, mas com características próprias e estilos de vida próprios. É da natureza humana se agregar em grupos.

Não há nada de errado ou perverso nisso. A questão que se desafia aqui é justamente quando e como um grupo maior (os cidadãos nacionais de um Estado) pode excluir grupos minoritários (aqui, os estrangeiros) de ter o direito de participar, de forma ativa, na vida pública da comunidade onde residem. Normalmente, o argumento utilizado é a nacionalidade do estrangeiro, e por isso ele tem um vínculo com um outro país. Mas como foi visto, a nacionalidade é mais do que questões de governo, pois envolve questões de identidade, e, sim, os indivíduos podem ter mais de uma identidade nacional, como eles podem ter mais de uma nacionalidade. Exigir que o estrangeiro renuncie a sua nacionalidade para poder adquirir a cidadania política do país de residência atual, por meio da naturalização, isto sim é perverso.

A Constituição Federal de 1988 atenuou em parte essa questão. Primeiro, ela garante direitos fundamentais de forma isonômica para os estrangeiros. No rol do art. 5º da Constituição, fica garantido o direito de livre associação e de reunião. Por força dos direitos trabalhistas, existe a possibilidade na participação de sindicatos. Então, existe um espaço de atuação do estrangeiro no domínio público, porém ele não opina ou ele não possui mecanismos de participação efetiva. O único grupo de estrangeiros que a Constituição permite acesso a direitos políticos é o formado por portugueses, por força do Estatuto da Igualdade, que garante a reciprocidade em Portugal.

O que deveria existir, no Brasil, era uma política pública voltada para migração com base na realidade brasileira, sem levar em consideração questões discriminatórias, mas com regras claras sobre, por exemplo, controle demográfico da população ou questões sobre a distribuição da mão de obra estrangeira no mercado de trabalho. O perfil migratório deve permitir que os estrangeiros possam solicitar acolhimento e justificar a sua vinda para o Brasil. Já este, por meio, destas regras, deve deixar claro qual o perfil de migrante que o país não deseja acolher, para que a autorização não fique somente na discricionariedade dos agentes públicos. Mas, uma vez acolhidos, os migrantes deverão ter direito à mesma participação política dos nacionais. Por enquanto, no Brasil, nenhuma proposta de emenda à Constituição foi aprovada para incluir os estrangeiros no rol de direitos políticos, mas já é um começo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. **Lei 13.455, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm). Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 5.655, de 20 de julho de 2009**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=443102>. Acesso em: 09 set. 2021.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 119, de 2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=530024>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 14, de 2007**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/80077>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 25, de 2012**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105568>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 33, de 2002**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/53316>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 347, de 2013**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=599448>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 405, de 2005**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=287461>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 61, de 1999**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/40987>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 7, de 2002**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/49571>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 88, de 2007**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/82695>. Acesso em: 04 jan. 2021.

CREVELD, M. van. **Ascensão e declínio do estado**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HAMMAR, T. **Democracy and the nation state**. Aldershot: Avebury, 1990.

JOPPKE, C. **Immigration and the nation-state**. The United States, Germany and Great Britain. Oxford: Oxford University Press, 1999. *E-book*.

KISSINGER, H. **Ordem mundial**. Tradução Cláudio Figueiredo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

KYMLICKA, W. NORMAN, W. **Citizenship in diverse societies**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

SAYAD, A. **The suffering of the immigrant**. Cambridge: Polity Press: 2004. *E-book*.

SOYSAL, Y. N. **Limits of citizenship: migrants and postnational membership in Europe**. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

VELASCO, J. C. As migrações internacionais. In: ROSAS, J. C. (org.). **Manual de filosofia política**. 2. ed. Coimbra: Almedina. *E-book*.

WALZER, M. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

# CAPÍTULO 9

## VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI): ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 347

Isabela Bellini Tranjan

Tais Ramos

### INTRODUÇÃO

No Brasil, é possível acompanhar diariamente notícias acerca da precariedade do sistema carcerário. No ano de 2019, o “Infopen”, Levantamento Nacional de Informações Penitenciária, forneceu um levantamento de dados feito pelo Departamento Penitenciário Nacional, demonstrando que, mesmo com a criação de novas vagas, o déficit no sistema prisional brasileiro continua crescendo. A insuficiência chegou a 289.522 em 2018, e até julho de 2019, subiu para 312.125, mesmo com a criação de 6.332 vagas entre janeiro e junho de 2019.<sup>1</sup>

A superlotação dos presídios vem sendo um dos principais fatores causadores da violação dos direitos humanos fundamentais, tais como o direito à vida, (art. 5º, *caput*), direito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), direito de não ser submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a vedação da aplicação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, alínea “e”), entre outros, versados na Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>.

Além disso, cabe ressaltar que não só os direitos constitucionais são desrespeitados, como também aqueles presentes em tratados internacionais que o Brasil consta como signatário e, inclusive, naqueles em que foram promulgados como emenda constitucional, podendo citar como exemplo a Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>3</sup>, em que tem previsto logo em seu artigo 4º o direito à vida.

Assim, é possível notar que a violação dos direitos humanos fundamentais é estrutural e generalizada no sistema prisional do país. Partindo desse ponto, o sistema carcerário brasileiro foi inserido no conceito do

1 BARBIÉRI, Luiz Felipe; PALMA, Gabriel. Déficit no sistema prisional brasileiro cresce apesar de criação de vagas, diz Infopen. **G1 e TV Globo**, Brasília, 14 fev. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/02/14/deficit-no-sistema-prisional-brasileiro-cresce-apesar-de-criacao-de-vagas-diz-infopen.ghtml>. Acesso em: 06 nov. 2020.

2 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 06 nov. 2020.

3 BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União: República Federativa do Brasil – Imprensa Nacional, DF, n. 214, segunda-feira, 09 de novembro de 1992, p. 15.562-15.567. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 05 nov. 2020.

“Estado de Coisas Inconstitucional”, lançado pela Corte Constitucional da Colômbia em 1997<sup>4</sup>, o qual será definido e explicado ao longo da pesquisa.-

Por conseguinte, este trabalho buscará fazer uma análise da problemática supracitada, buscando elucidar as falhas estruturais no sistema prisional brasileiro, na tentativa de compreender a violação dos direitos fundamentais e o enquadramento do “Estado de Coisas Inconstitucional” no cárcere, assim como um de seus desdobramentos, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2015.<sup>5</sup>

## 1 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: PRECARIEDADE E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS

No Brasil, segundo o Código Penal<sup>6</sup>, em seu artigo 32, existem três tipos de pena a serem cumpridas após a condenação de uma pessoa. São elas: (i) privativa de liberdade; (ii) restritivas de direito; e (iii) multa. Neste presente estudo, a análise ficará restrita às penas privativas de liberdade.

As penas privativas de liberdade têm como principal finalidade, como o próprio nome já coloca, privar indivíduos condenados ao seu direito de liberdade, sem que essa restrição transgrida os demais direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil<sup>7</sup>, de 1988, ou em tratados internacionais que o Brasil seja signatário, como na Declaração Universal de Direitos Humanos<sup>8</sup> (1948) e na Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>9</sup>, de 1992.

Segundo Luciano Meneguetti Pereira, os problemas encontrados nos presídios brasileiros são diversos:

dentre eles, constatam-se a falta, a insuficiência e a ineficiência da estrutura prisional para acomodar um elevadíssimo número de reclusos com dignidade. As políticas públicas voltadas ao tratamento dos presos no país são escassas em relação à demanda, e as que existem são insuficientes e ineficientes em muitos aspectos. Com isso, o grande número de pessoas presas (em muitos casos, indevidamente) leva à superlotação, que por sua vez acaba por potencializar uma multiplicidade de violações de direitos humanos no interior dos presídios.<sup>10</sup>

4 COLÔMBIA: Corte Constitucional da Colômbia. **Sentença SU-559 de 1997**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 06 nov. 2020.

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Pesquisa de Jurisprudência*, Inteiro Teor do Acórdão, 09 set. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 05 nov. 2020.

6 BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 06 nov. 2020.

7 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 05 nov. 2020.

8 FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Declaração Universal dos Direitos Humanos (217 [III] A)**. Paris, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 06 nov. 2020.

9 BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União: República Federativa do Brasil – Imprensa Nacional, DF, n. 214, segunda-feira, 09 de novembro de 1992, p. 15.562-15.567. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 05 nov. 2020.

10 PEREIRA, Luciano Meneguetti. O estado de coisa inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, v. 5, n. 1, p. 167-190, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472/206>. Acesso em: 06 nov. 2020.

A precariedade do sistema prisional brasileiro é evidenciada de diversas maneiras, tendo como um de seus principais fatores a superlotação, que é uma peça chave para a ocorrência de outras violações. O déficit de vagas nos presídios brasileiros é evidenciado a todo momento por meio de notícias e dados estatísticos.

No ano de 2019, o “Infopen”, Levantamento Nacional de Informações Penitenciária, forneceu um levantamento de dados feito pelo Departamento Penitenciário Nacional, demonstrando que, mesmo com a criação de novas vagas, o déficit no sistema prisional brasileiro continua crescendo. A insuficiência chegou a 289.522 em 2018, e até julho de 2019, subiu para 312.125, mesmo com a criação de 6.332 vagas entre janeiro e junho de 2019<sup>11</sup>.

A partir dos dados supramencionados, fica evidente que a superlotação dos presídios vem sendo um dos principais fatores causadores da violação dos direitos humanos fundamentais. Tratando dos direitos constitucionais, podemos citar o direito à vida, (art. 5º, *caput*), direito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), direito de não ser submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a vedação da aplicação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, alínea “e”), entre outros<sup>12</sup>. No que diz respeito aos tratados internacionais, é possível identificar a violação ao artigo 4º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê o direito à vida<sup>13</sup>.

No preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, têm-se:

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que mulheres e homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum.<sup>14</sup>

Partindo dessa perspectiva, assegurar e proteger os direitos humanos fundamentais inerentes a todas as pessoas é a base para uma sociedade benéfica para todos. E, sem que assegurem esses direitos a todos de maneira efetiva, as sociedades estão fadadas à violência.

O sistema carcerário, além de fazer com que as pessoas cumpram suas penas, tem como finalidade a ressocialização, buscando com que os apenados não voltem a cometer infrações, afastando-os da criminalidade, e evitando assim que retornem ao sistema prisional.

11 BARBIÉRI, Luiz Felipe; PALMA, Gabriel. Déficit no sistema prisional brasileiro cresce apesar de criação de vagas, diz Infopen. **G1 e TV Globo**, Brasília, 14 fev. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/02/14/deficit-no-sistema-prisional-brasileiro-cresce-apesar-de-criacao-de-vagas-diz-infopen.ghtml>. Acesso em: 06 nov. 2020.

12 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm). Acesso em: 06 nov. 2020.

13 BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União: República Federativa do Brasil – Imprensa Nacional, DF, n. 214, segunda-feira, 09 de novembro de 1992, p. 15.562-15.567. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 05 nov. 2020.

14 FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Declaração Universal dos Direitos Humanos (217 [III] A)**. Paris, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 06 nov. 2020.

Contudo, nesse ponto existe um paradigma apontado por Foucault, em “Vigiar e Punir”, quando o autor cita um trecho do *Rapport au conseil general de la société des prisons*, realizado por Bigot de Prémeneu, em 1819:

O sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimento que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade; não pensa mais ter sido culpado: acusa a própria justiça.<sup>15</sup>

Esse sentimento de injustiça vivido pelos prisioneiros é habitualmente fruto de todos esses abusos que ocorrem ao longo do cumprimento das penas privativas de liberdade. Desse modo, vê-se que a superlotação prisional, apontada como um dos principais fatores de causa das demais violações nos direitos humanos dos presos, é também um elemento atenuante que impede a ressocialização no Brasil.

## 2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO PRISIONAL BRASILEIRO

O Estado de Coisas Inconstitucional surgiu na Corte Constitucional Colombiana, com o julgamento do caso SU-559, em 6 de novembro de 1997, em que foi reconhecida a distribuição desigual do subsídio educativo do Fundo Nacional de Prestações Sociais do Magistério entre os diversos departamentos e municípios do país.<sup>16</sup>

Essa decisão visava confrontar cenários de violações constantes, graves e sistêmicas dos direitos humanos fundamentais, que decorriam de falhas estruturais por parte dos órgãos do Poder Público e da sociedade civil.

O Estado de Coisas Inconstitucional pode ser entendido, como já mencionado anteriormente, como um cenário de violações constantes, sistêmicas e generalizadas de direitos humanos fundamentais.

A Corte Constitucional da Colômbia (CCC) instituiu os seguintes fatores na implementação do Estado de Coisas Inconstitucional:

*(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las*

15 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro. Editora Vozes, 2014. p. 261.

16 COLÔMBIA: Corte Constitucional da Colômbia. **Sentença SU-559 de 1997**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020.



*personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.*<sup>17</sup>

No sistema prisional brasileiro estão presentes os requisitos supramencionados, exigidos pela Corte Constitucional Colombiana, demonstrando, assim, que é válido que seja instaurado o Estado de Coisas Inconstitucional no âmbito carcerário do Brasil. Sua aplicação tem por finalidade defender os direitos humanos de todos os cidadãos, assim como exigir que sejam criadas ou colocadas em prática, medidas administrativas e legislativas que visem a proteção dos direitos humanos fundamentais.

No caso do cárcere no Brasil, percebe-se uma falta de compromisso do Poder Público com a solução do problema, e um descaso constante frente às normas constitucionais, infraconstitucionais e internacionais que versam sobre o tema, demonstrando que os direitos e a dignidade dos presos são considerados quase inexistentes.

Foi decretado no Brasil o Estado de Coisas Inconstitucional em 2015, com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF) nº 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pedindo o reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população carcerária e que fosse determinada a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional no país.<sup>18</sup>

Cabe acrescentar o julgamento do Recurso Extraordinário n. 592.581, de 13 de agosto de 2015, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski:

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DEBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I – É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II – Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III – Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV – Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V – Recurso conhecido e provido. (STF. Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. Min. Rel. Ricardo Lewandowski)

No julgamento, por unanimidade, salvo ausência justificada do Ministro Teori Zavascki, foi assentada a seguinte tese:

17 COLÔMBIA: Corte Constitucional da Colômbia. **Sentença T-025, de 22 de janeiro de 2004**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 10 nov. 2020.

18 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional. **Notícias STF**, Brasília, 27 ago. 2015. Disponível em: <https://www.olharjuridico.com.br/noticias/exibir.asp?id=27946&noticia=stf-inicia-julgamento-de-acao-que-pede-providencias-para-crise-prisional>. Acesso em: 09 nov. 2020.

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.<sup>19</sup>

O referente julgado não faz alusão explícita do Estado de Coisas Inconstitucional, mas se mostra relevante ao tema, porque traz à tona o princípio da dignidade humana, e a importância que a Administração Pública tem de colocar em prática de forma efetiva as obras e reformas emergenciais no contexto prisional, com a finalidade de garantir a observância dos direitos fundamentais dos prisioneiros.

No próximo capítulo será feita uma análise e breves considerações acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF 347), que versa sobre a necessidade de reconhecimento das violações de direitos constitucionais e internacionais no sistema prisional do Brasil.

### **3 ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 347 (ADPF 347)**

Em 27 de agosto de 2015 iniciou-se no Plenário do Supremo Tribunal Federal o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF 347):

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Min. Rel. Marco Aurélio Mello)

Na cautelar, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pediu o reconhecimento da:

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581/RS – Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos, 13 ago. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2020.

figura do “Estado de Coisas Inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.<sup>20</sup>

O ministro do Supremo Tribunal Federal ressalta, ao mencionar o sistema prisional brasileiro, que ocorre uma violação generalizada de direitos fundamentais, principalmente quando versa sobre a dignidade, sendo que “*O quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema*”.<sup>21</sup> O ministro aponta em sua decisão acerca da ADPF 347 que:

[...] o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, que ultrapassava, em maio de 2014, 711 mil presos. “Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males”, disse, assinalando que a maior parte desses detentos está sujeita a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.<sup>22</sup>

Ainda, o ministro coloca que o Supremo tem papel de extrema importância no que tange ao tema, sendo o órgão responsável:

por retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas.<sup>23</sup>

No que concerne à realidade brasileira, a superlotação, aliada ao déficit de vagas e a precariedade do sistema prisional, propicia uma diversidade de violações dos direitos humanos fundamentais, que acarreta uma falha sistêmica e generalizada do Estado Brasileiro no cumprimento de seus objetivos no que tange à aplicação da pena privativa de liberdade, na ressocialização dos presidiários e em sua reinserção na sociedade civil.

Conforme salientam Jane Reis Gonçalves Pereira e Gabriel Accioly Gonçalves:

Na decisão do STF que empregou o conceito, o relator destacou a severidade e persistência das violações a direitos humanos nos presídios brasileiros, afirmou que a responsabilidade seria atribuível aos três poderes do Estado, bem como a todos os entes da federação, já que as transgressões maciças decorrem da falta de coordenação institucional entre os agentes públicos e de falhas estruturais.<sup>24</sup>

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 MC/DF – Distrito Federal**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos, 09 set. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 05 nov. 2020.

21 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional*. Notícias STF, Brasília, 27 ago. 2015. Disponível em: <https://www.olharjuridico.com.br/noticias/exibir.asp?id=27946&noticia=stf-inicia-julgamento-de-acao-que-pede-providencias-para-crise-prisional>. Acesso em: 13 nov. 2020.

22 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional*. Notícias STF, Brasília, 27 ago. 2015. Disponível em: <https://www.olharjuridico.com.br/noticias/exibir.asp?id=27946&noticia=stf-inicia-julgamento-de-acao-que-pede-providencias-para-crise-prisional>. Acesso em: 13 nov. 2020.

23 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional*. Notícias STF, Brasília, 27 ago. 2015. Disponível em: <https://www.olharjuridico.com.br/noticias/exibir.asp?id=27946&noticia=stf-inicia-julgamento-de-acao-que-pede-providencias-para-crise-prisional>. Acesso em: 13 nov. 2020.

24 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. **Revista Juris Poiesis**, ano 18, n. 18, jan-dez.2015, p. 130-159. Disponível em: <http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/1785/909>. Acesso em 11 nov. 2020.

Nessa perspectiva, a finalidade da ADPF 347 é trazer à tona as falhas presentes no cárcere e as possíveis medidas a serem tomadas pelos diferentes poderes da União, colocando as violações ocorridas como sendo algo estrutural e não esporádico.

É necessário que ocorra a comunicação entre os representantes dos diferentes órgãos públicos, assim como um monitoramento do cumprimento das medidas e determinações propostas que forem aprovadas pelo STF, para que seja possível alcançar uma melhoria efetiva e a aplicabilidade dos preceitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

## CONCLUSÃO

A precariedade do sistema prisional brasileiro se mostra como sendo um dos pontos de discussão mais relevantes no país. Ao longo dos anos, é possível perceber que o sistema caminha em divergência à busca de melhorias. A violação dos direitos humanos fundamentais no cárcere brasileiro precisa ser analisada com a devida importância, para que seja possível encontrar e colocar em prática medidas efetivas no que concerne a vida, a dignidade e os direitos dos encarcerados.

Por meio das análises e dos dados apontados anteriormente, percebe-se que, ainda que a Constituição Federal de 1988 e os diversos diplomas internacionais versem sobre a proteção dos direitos humanos e princípios da dignidade humana, a realidade prisional brasileira se mostra em total desconformidade com as previsões legais supramencionadas.

Por conta disso, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 se mostra essencial para o avanço nas condições de vida dos encarcerados, visto que instituiu o Estado de Coisas Inconstitucional e que reconhece que a violação dos direitos fundamentais no cárcere brasileiro é sistêmica, constante e generalizada.

Com isso, percebe-se que esse problema deve ser elucidado para que se tome conhecimento, buscando dar um enfoque e atenção especial a essa questão, tendo em vista o descaso e a omissão do Estado. Cabe aos poderes uma atuação conjunta, para a aplicação efetiva de políticas públicas que resguardem os direitos e garantias fundamentais dos apenados.

## REFERÊNCIAS

BARBIÉRI, Luiz Felipe; PALMA, Gabriel. Déficit no sistema prisional brasileiro cresce apesar de criação de vagas, diz Infopen. **G1 e TV Globo**, Brasília, 14 fev. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/02/14/deficit-no-sistema-prisional-brasileiro-cresce-apesar-de-criacao-de-vagas-diz-infopen.ghtml>. Acesso em: 06 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 06 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União: República Federativa do Brasil – Imprensa Nacional, DF, n. 214, segunda-feira, 09 de novembro de 1992, p. 15.562-15.567. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 06 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 MC/DF – Distrito Federal**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos, 09 set. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581/RS – Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos, 13 ago. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308563123&ext=.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2020.

COLÔMBIA: Corte Constitucional da Colômbia, **Sentença T-025, de 2004**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 10 nov. 2020.

COLÔMBIA: Corte Constitucional da Colômbia. **Sentença SU-559 de 1997**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 05 nov. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro. Editora Vozes, 2014.

*FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA* (UNICEF). **Declaração Universal dos Direitos Humanos (217 [III] A)**. Paris, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 06 nov. 2020.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. **Revista Juris Poiesis**, ano 18, n. 18, jan-dez.2015, p. 130-159. Disponível em: <http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/1785/909>. Acesso em 11 nov. 2020.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. O estado de coisa inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, v. 5, n. 1, p. 167 – 190, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472/206>. Acesso em: 06 nov. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional*. Notícias STF, Brasília, 27 ago. 2015. Disponível em: <https://www.olharjuridico.com.br/noticias/exibir.asp?id=27946&noticia=stf-inicia-julgamento-de-acao-que-pede-providencias-para-crise-prisional>. Acesso em: 13 nov. 2020.

# CAPÍTULO 10

## O ARTIGO 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA EFICÁCIA JURÍDICA: AUTODETERMINAÇÃO INDÍGENA E LEGITIMIDADE PROCESSUAL COMO NORMAS AUTOEXECUTÁVEIS

Sandra Nascimento

### INTRODUÇÃO

O recente processo de reconhecimento constitucional das sociedades pluriétnicas na América Latina, em fins do século XX e limiar do século XXI, motivou o redirecionamento epistemológico para se compreender as interações jurídico-políticas entre os Estados Nacionais (re)fundados e os povos indígenas em cada país.

No caso do Brasil, foram incorporados no documento constitucional os direitos territoriais e o de legitimidade processual. Soa estranho ter que elevar ao patamar constitucional um direito aos índios<sup>1</sup>, o de estar em juízo, ou de se representar por si próprio, um direito que é conferido a qualquer “cidadão” nacional. Certamente, a prolongada política indigenista da integração e da tutela respondem a esse espanto. No entanto, a lógica da tutela e do extermínio étnico e cultural foi suplantada, ao menos como promessa jurídica, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A constitucionalização dos direitos étnicos naquele fim da década de 80, representou, em termos políticos, uma resposta aos emergentes movimentos indígenas organizados e o distanciamento do liberalismo individualista. Esse novo cenário estimulou uma nova forma política justificada na discursividade multicultural da época, no qual o Estado deixaria de ser proprietário e passaria a ser solidário.

Se por um lado representou um passo importante para novas práticas de tratar os povos indígenas, de outro, acirrou o tensionamento entre os interesses indígenas emergentes e a ordem jurídica e política ainda constituída sobre uma *práxis* de dominação cultural. Significa dizer que a tensão foi amplificada na medida em que abriria fendas no projeto de incorporação do índio à sociedade nacional (não indígena).

O desenho jurídico emergente favoreceu, por certo, a inclusão das demandas de “minorias”, entre as quais se incluiu o “índio”, em sutis processos de abertura participativa e de dissolução dos adversários. Contudo, não foram eliminados os fatores da exclusão e da discriminação, já que a condição do índio continuou conec-

1 O termo “índio” foi utilizado como título na Constituição Federal de 1988. Aqui reproduzimos como necessidade de coerência textual, no entanto, é importante destacar que o termo suprime a real dimensão comunitária dos povos, assim como coletivamente se autorrepresentam, seja como povos originários ou povos indígenas.

tada à pobreza e ao estereótipo de sociedades apartadas das transformações políticas, econômicas e sociais contemporâneas.

Nesse cenário em que os índios são tratados como grupos vulneráveis, não raro, o pensamento jurídico-político tem deslegitimado as identidades étnicas tanto quanto silenciado sobre a historicidade de práticas autoritárias e marcadas pela distinção de raça/cor que acompanharam a ocidentalização das Américas.

A memória e a história nos intimam a compreender que o esgotamento do projeto e da política colonial luso-hispânica resultante da expansão do domínio francês em fins do século XVIII e início do século XIX com as independências no continente americano, não significou a construção de sociedades horizontalizadas culturalmente. Ao contrário, marcou-se o aprofundamento do colonialismo que se projetou no tempo, preservando a estrutura política e social de desigualdade étnico/racial.

A situação colonial no continente latino-americano reforçou o despotismo, a arbitrariedade, a desigualdade e o obscurantismo, segundo nos alerta Quijano.<sup>2</sup> É nesse cenário sociopolítico que a classe dominante (oligárquica) – os senhores de terras e escravos – bem como as práticas de invasão de terras e de subjugação dos índios, levou ao encapsulamento dos indígenas como “sujeitos” incapazes de gerir suas próprias vidas e cultura.

Estes cinco séculos de colonialismo provocaram impactos profundos na identidade étnica e no reconhecimento e afirmação dos direitos territoriais dos povos em situações concretas, em grande medida proporcionado e mantido pela estrutura jurídica ocidental.

Há certo consenso sobre os princípios abstratos que norteiam o campo jurídico, como, por exemplo, a ideia de que o texto da Constituição é importante, e que a ele os gestores públicos devem obediência. Mas também, é compartilhado, diga-se de modo conveniente, que o precedente, ou seja, as decisões resultantes de interpretações dos Tribunais, também tem peso na solução de controvérsias sociojurídicas. A experiência judicial norte-americana acabou ditando essas premissas, como em relação a precedentes importantes, como no julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, entre outros.

Os estudos apontam que a teoria constitucional opera como um organizar de teses e interpretações que propicia dar soluções mínimas em casos nos quais não há acordo sobre o resultado. Significa dizer que uma teoria constitucional é comparável a uma explicação das regras gramaticais, diante de lacunas, dubiedades e contradições práticas.

Por este aspecto, a proposta deste artigo é refletir sobre as bases epistemológicas para interpretação/aplicação do artigo 232 da Constituição Federal de 1988, a partir da teoria da autoexecutoriedade das normas constitucionais – normas fundamentais – e seus desdobramentos práticos no âmbito do Poder Judiciário.

2 QUIJANO, Anibal. Colonialidad del poder y clasificación social. *Journal of World-System Research*, v. XI, n. 2, p. 342-386, verão/outono, 2000. DOI: <https://doi.org/10.5195/jwsr.2000.228>. Disponível em: <http://jwsr.pitt.edu/ojs/jwsr/article/view/228>. Acesso em: 09 set. 2021. p. 344.

É importante trazer à memória que, até bem pouco tempo, os tribunais não tinham sequer consenso jurídico sobre a competência para julgar causas envolvendo pessoas indígenas. O rastro das decisões judiciais nos dá esse panorama. Ainda em 2009, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) debatia sobre o entendimento de que havendo motivação relacionada à defesa dos interesses da comunidade indígena, a competência para o processamento da ação seria da Justiça Federal. O mesmo STJ, em outro tema, decidiu, não se sabe bem com que fundamentação teórica, que a demarcação de terras indígenas, é matéria controvertida, como se lê no Mandado de Segurança (MS) 8.873, e embora reconheça que está constitucionalmente definido que os indígenas têm direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, não poderia reconhecer o direito como líquido e certo, para fins de proteção cautelar contra as invasões de fazendeiros, por exemplo.

A relevância do tema deste artigo advém das controvérsias, contradições e da duvidosa interpretação que vem sendo dada sobre as normas definidoras dos direitos dos povos indígenas. Aliado ao fato de que a intervenção das entidades como a Funai ou o Ministério Público, na prática, pode significar a anulação da autodeterminação dos povos e comunidades indígenas. Há ainda uma lacuna na formação jurídica, pois grande parte dos juízes e tribunais não dominam os códigos constitucionais da sociedade pluriétnica e multifacetada em termos culturais.

O objetivo deste trabalho é trazer o rastro da teoria constitucional ocidental sobre a força normativa da Constituição, em relação a aplicação do artigo 232 da Constituição Federal de 1988, enquanto direito fundamental, a fim de demonstrar a seletividade dos operadores do direito em não aplicar os fundamentos teóricos quando a mesma teoria direcionará a melhor interpretação que garante os direitos dos povos indígenas. Essa reflexão sobre a normatividade autoexecutável está orientada pela revisão de algumas teorias ocidentais sobre a força normativa da constituição e o caráter de autoexecutoriedade das normas, projetando a análise dentro da perspectiva histórico-cultural, com referência ao atual contexto do denominado novo constitucionalismo em sua perspectiva anticolonial.

## **TEORIAS DA VALIDADE E LEGITIMIDADE DA CONSTITUIÇÃO E SUA FORÇA NORMATIVA: O CARÁTER DE AUTOEXECUTORIEDADE DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A mudança de paradigma em meados do Século XX, que eleva a Constituição a norma jurídica, forçou a compreensão das experiências de sua aplicação. Nesse momento pós II guerra mundial, marcado pelo cenário político do 3º. Reich em declínio, na Alemanha, é difundido o modelo americano, fundado na força normativa da Constituição, juntamente a mecanismos de controle de constitucionalidade.

O imaginário jurídico dessa segunda metade do século XX desenhou a nova epistemologia, ocidental, que acomoda a Constituição como norma jurídica, e não apenas como documento político. Esta mudança vem



acompanhada do campo do denominado pós-positivismo jurídico, que coincide bem com a moldura jurídica eurocêntrica.

A influência do constitucionalismo alemão trazendo as bases do Estado de Direito, e da constituição como matriz da ordem jurídica, consagra a teoria constitucional ocidental de consensos entre os juristas, no cenário jurídico doméstico e transconstitucional. Em realidades jurídicas distintas, mas não menos influenciadoras, tanto os estudos da América do Norte quanto do norte europeu, estabelecem suas premissas fundadas na cultura de que, o texto da constituição é importante, mas também, os precedentes judiciais. Para muitos pensadores, a teoria constitucional tenta organizar esses pontos de consenso para que haja soluções a partir deles, principalmente em casos onde não há acordo sobre a situação fática.

Já nos alerta Goyard-Fabre (2002, p. 102) que o Direito Político moderno (entenda-se moderno/colonial) é uma apropriação do pensamento filosófico grego quando defendiam, para a solução de divergências, que a Constituição (ou Politeia) era o que determinava a articulação entre o fim visado pela política e os meios que tinham de ser empregados para realizá-la.

Ainda segundo a filósofa Goyard-Fabre (2002, p. 103) a “palavra Constituição é uma metáfora do ‘corpo político’ para designar sua organização que, daí, seguiu para a ideia de lei fundamental. Quando se fala em Constituição fala-se em estatuto político que conjuga a ideia do Direito Político.

Segundo Pierre Clastres<sup>3</sup>, a nossa “cultura, desde as suas origens, pensa o poder político em termos de relações hierarquizadas e autoritárias de comando obediência. Por este aspecto, toda forma, real ou possível de poder seria redutível a essa relação privilegiada que exprime a priori a sua essência.”<sup>4</sup>

Sabendo dessa conjuntura histórico-cultural do Direito Político, importa considerar que o Estado de Direito pressupõe uma sociedade civil dotada de vontade coletiva e do cidadão participativo. No entanto, essa vontade coletiva é orientada por princípios colonialistas, e certamente monoculturais. Em consequência, o arcabouço normativo que se constrói desses cidadãos participativos é excludente e isolacionista, em relação aos povos indígenas e comunidades tradicionais. A exclusão abrange a história, a memória e a cultura do “outro”, distinto da sociedade nacional ocidentalizada, e, deste modo, atua isolando os seus interesses e demandas próprias.

É intrigante refletir sobre os fundamentos filosóficos da Constituição, como sendo pré-coloniais e, ao mesmo tempo, pós-coloniais. O direito político moderno é, no entanto, colonial, já que a modernidade se fez a partir da colonização, ou seja, é sua projeção no tempo.

A reflexão mais cuidadosa nos leva a conclusões importantes. Uma delas, a de que a Constituição como expressão da realidade organizativa de uma sociedade é ela o fundamento do exercício do poder político, po-

3 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*. Trad. Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2003. p. 32.

4 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*. Trad. Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2003. p. 32.

rém, claramente, daqueles que detêm historicamente o controle sobre o comando e as deliberações acerca do conjunto da sociedade, e o domínio cultural.

Tendo isso em mente, podemos apresentar algumas das teorias que tem tido maior poder de influenciar a prática jurídica no Brasil, principalmente porque são adotadas nas escolas jurídicas e formam gerações e gerações de operadores do direito. Em termos dogmáticos quero concentrar a orientação para esta reflexão a partir da influência do constitucionalismo alemão de Konrad Hesse, Friedrich Muller e Robert Alexy .

Sem dúvida, o deslocamento da Constituição de documento político para norma jurídica, trouxe inegáveis consequências práticas. A exemplo, a construção argumentativa do caráter de aplicabilidade direta e imediata do texto às situações descritas no documento constitucional, enquanto norma jurídica.

Há consenso entre os teóricos que a Constituição como norma jurídica ocupa lugar de superioridade jurídica em relação às demais normas, seguindo a linha de Hans Kelsen. E consenso que a Constituição possua supremacia político/jurídica, bem como defende-se a linguagem aberta, pronta para ser atualizada e reconstruída no tempo de acordo com o contexto, além claro de possuir uma estrutura normativa, objeto e finalidade específicos.

Tais aspectos gerais do estudo da norma constitucional não será objeto de análise neste artigo, apenas o que se refere a sua aplicabilidade, direta e imediata, e de que maneira, teoricamente, foram construídas as razões científicas para dar materialidade ao conceito jurídico da autoexecutoriedade (*self executing norms*).

O objeto central dessa configuração normativa é qualificar a norma em seu programa normativa, se reúne todos os componentes jurídicos para desencadear efeitos sem necessitar de provimento legislativo, e se o destinatário dessa norma tem o direito de direta e imediatamente exercê-lo e, em particular, no caso de violação.

Por este ângulo o Poder Judiciário – os Juízes – assume o papel de principal agentes na tarefa de qualificar os efeitos que a norma constitucional desencadeia frente a situações concretas controvertidas. Trata-se, na verdade de um sofisticado artifício para que a lógica ocidental mantenha o controle social a partir do papel dos operadores do direito, como estratégia de hegemonia cultural que golpeia diretamente povos e comunidades cujos códigos culturais são distintos da sociedade ocidentalizada.

Em pese esse prisma, é certo que a teoria da normatividade tem influenciado e dominado o cenário jurídico judicial brasileiro, que transita entre o positivismo jurídico e o pós-positivismo sem muito rigor científico. No rastro do pós-positivismo (superção do positivismo) entende-se que não há identidade entre norma e texto normativo, e que “a norma jurídica é determinada também pela realidade social, pelo âmbito da norma”, conforme salienta Friedrich Muller.<sup>5</sup>

5 MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Para R. Alexy<sup>6</sup>, por exemplo, uma teoria orientada por um conceito semântico de norma jurídica está obrigada a fundamentar suas decisões jurídicas somente por meio de argumentos semânticos seria verdadeira somente se fosse correta a afirmação de que aquilo que não pertence ao conceito de norma não pode ser utilizado na argumentação jurídica.

De acordo com a teoria de Alexy, segundo o qual é perfeitamente possível e recomendável diferenciar uma norma como um objeto semântico dos argumentos axiológicos, empíricos, jurisprudenciais, dogmáticos, entre outros, que podem ser usados na fundamentação de uma proposta de interpretação. Significa dizer que a norma constitucional não teria força para produzir efeitos pelo texto, e sim, pela conjunção entre realidade social e interpretação. A Constituição escrita é condicionada pela realidade<sup>1</sup> e por esta razão é dinâmica e sua eficácia é viva. No entanto, o princípio do pluralismo cultural/étnico nela consagrado não autoriza interpretação aberta que reduza ou anule os direitos fundamentais, uma vez que também consagra a intangibilidade de direitos e liberdades fundamentais, prevalecendo o princípio do não retrocesso (ver Canotilho<sup>7</sup>), em face ao caráter de progressividade destes direitos.

Por estes dois autores não há suficiente clareza acerca da executoriedade imediata de uma norma de direito fundamental, senão que se pode inferir dessa relação entre texto, realidade social e interpretação.

Já a doutrina da autoexecutoriedade das normas constitucionais foi construída na sala dos tribunais norte-americanos. Por esta doutrina o poder judiciário deve iniciar a solução de casos controvertidos, com a interpretação da Constituição, presumindo que toda provisão constitucional signifique alguma coisa. Considera-se que a doutrina da autoexecutoriedade das normas constitucionais tem suas origens nas elaborações argumentativas de Thomas J. Cooley (ver Wyatt-Shaw<sup>8</sup>), segundo o qual, para ter força executiva imediata, o dispositivo constitucional deve suprir o judiciário com uma regra por meio da qual o direito concedido pode ser desfrutado e protegido, ou o dever imposto pode ser executado; e a disposição não será autoexecutável quando se limita a indicar princípios, sem estabelecer regras por meio das quais esses princípios possam adquirir força de lei.

É essa doutrina que sustenta que a norma não autoexecutável dependa de provimento legislativo posterior, pois, até que isto aconteça, o dispositivo constitucional tem apenas força moral.

Um dos pontos centrais da doutrina da autoexecutoriedade da norma diz respeito a norma ter força normativa ou não ter, de imediato e por seu próprio programa normativo. De acordo com Friedrich Müller.<sup>9</sup> No entanto, se tornarmos a Constituição como pacto político, resultado do consenso social em determinado momento histórico para afirmar e reconhecer direitos, seria contraditório, afirmar que não teria autoridade normativa, quando seus dispositivos não contivessem o programa normativo apto a garantir a sua própria executoriedade

6 ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 80.

7 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

8 WYATT-SHAW, Tammy. The Doctrine of Self-Execution and the Environmental Provisions of the Montana State Constitution: 'They Mean Something. New York: Public Land and Resource Law Review, v. 15. p. 219-247, Rev. 219 (1994). Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/232674224.pdf>. Acesso em: 09 set. 2021. p. 222.

9 MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

em casos concretos. A depender então da hermenêutica jurídica constitucional, estaremos e as comunidades e povos de cultura apropriada, estará reféns de resultados da interpretação, não de seus pares, mas de membros que integram uma estrutura hierarquizada racialmente.

Ainda que seja esse o risco, é necessário que dentro da estrutura jurídica majoritária, que se reconheça os âmbitos da hermenêutica constitucional. Como bem ressalta Marques<sup>10</sup> “as peculiaridades da interpretação constitucional decorrem, dentre outros fatores, da posição que a Constituição – objeto da interpretação constitucional – ocupa dentro do sistema normativo”, e como tal, concluímos, que não se pode afastar um direito incorporado no documento constitucional a partir da parcialidade do intérprete não indígena.

Por este prisma, sustenta-se aqui, neste artigo, que o artigo 232 da Constituição da República Federativa do Brasil possui força de autoexecutoriedade, e não dependeriam de providência legislativa alguma para sua regulamentação. Não só pelo texto, mas, principalmente, pelo princípio que o fundamenta, orientado para reparar o erro legal de ficticiamente retirar dos indígenas a capacidade jurídica para estar em juízo, por mais de 4 séculos, como adiante desenvolverei o argumento.

## A AUTOEXECUTORIEDADE NORMATIVA DO ARTIGO 232 E SEU CARÁTER DE REPARAÇÃO HISTÓRICA.

A [Constituição da República Federativa do Brasil](#), promulgada em 1988, expressa de forma inquestionável um pacto ético de respeito aos povos indígenas e comunidades tradicionais, ao afirmar o caráter legítimo das distintas expressões culturais e dos direitos delas inerentes, como previsto o artigo 215, 216, 231 e 232.

Não sem razão, em face da necessidade de romper com a lógica da tutela – herança colonial que se projetou no Brasil independente – a Constituição Federal de 1988 nos termos do seu artigo 232, conferiu legitimidade processual aos índios, seja singularmente seja coletivamente/comunitariamente, para figurarem em juízo na defesa de seus direitos e interesses.

O artigo 232 da CR/FB estabelece que os “índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”. Esse conteúdo reúne potencialidade para desencadear efeitos jurídicos imediatos, pois, confere ao judiciário certeza de que o direito é desfrutado e em caso de não observância por parte do judiciário, há suficiente força para fazer incidir os efeitos de restabelecimento desse direito.

Trata-se, a meu ver, de um direito fundamental no nível da liberdade individual – e não de direitos difuso. Tampouco refere-se ao indígena-indivíduo, singularmente, mas da unidade étnica que o constitui. Melhor dizendo, a unidade étnica que é composta por todos os membros da comunidade, é o sujeito singular. Significa

10 MARQUES, Samanha R. Meyr-Pflug. A interpretação constitucional suas especificidades e seus intérpretes em homenagem ao Prof. Dr. Celso Ribeiro Bastos. *Revista Anima*, (s.d). Disponível em <http://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima5-Conselheiros/Samantha-Ribeiro-Meyer-Pflug.pdf>. Acesso em: 09 set. 2021.

que o interesse de um integrante da comunidade, mesmo que em uma questão singular/particular, não será nunca, uma situação isolada, pois este indígena-indivíduo, não tem existência dissociada de sua comunidade étnica. É o vínculo étnico que determina sua posição como sujeito de direito, não de si, mas da comunidade a que se vincula, inclusive ancestralmente.

Ter essa premissa epistemológica, no campo jurídico, exigirá que o operador do direito conheça e reconheça os valores culturais e as práticas de cada povo indígena quando um de seus integrantes, ou a coletividade esteja perante diante do Estado para solução de eventuais controvérsias jurídicas, seja no âmbito das questões territoriais, de família, penal, cível, entre outros.

Há, ainda, certo consenso de que uma norma de direito fundamental reúne o enunciado deôntico, que precisa ser desvendado e aceito pela comunidade jurídica de constitucionalistas. Observe-se que pela teoria ocidental, apresentada por Robert Alexy, tal preceito condiciona a atividade dos tribunais e exige a definição de regras semânticas claras. Segundo, então, Alexy<sup>11</sup> um enunciado conterà uma norma de direito fundamental se estiver de acordo com os preceitos constitucionais (unidade da constituição), exigindo-se uma verificação pela “relação de refinamento”.

Por outro lado, a leitura do texto do artigo 232 da CF/88 nos traz a dimensão de uma disposição que não é meramente dogmática, mas fundamentalmente, principiológica, pois vincula-se ao espírito da Constituição que em 1988, que por sua vez, absorve o anseio de parte da sociedade em reparar as violações a que os povos originários foram submetidos dentro do sistema jurídico da “tutela”. Por esta ótica, o preceito mencionado reúne também o caráter de princípio-norma, ou seja, de uma ética sociopolítica.

Seguindo as diretrizes das elaborações germânicas mais aceitas no campo jurídico brasileiro, é necessário entender que, deontologicamente, o artigo 232 possui caráter prescritivo autorizativo, na medida em que autoriza o poder judiciário a admitir os indígenas, comunidades e organizações como parte no processo judicial. Ao mesmo tempo, possui caráter obrigacional (aqui trata-se de obrigação de não fazer), ou seja, de não impedir que estes os indígenas, suas comunidades e organização, sejam afastados ou não incluídos no polo ativo ou passivo de uma demanda que discuta seus interesses.

Assim, tomando como referência a teoria defendida por Alexy é obrigatório observar esse direito. Por esta ótica, o Poder Público – os órgãos do Poder Judiciário em particular – tem o dever de não praticar qualquer ato que inviabilize o exercício desse direito, de não criar embaraços e de não retirar ou eliminar a posição jurídica dos sujeitos de direitos – no caso os indígenas, suas comunidades e organizações. Trata-se, teoricamente, de uma liberdade protegida, como sustenta Alexy.<sup>12</sup>

11 ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 73-74.

12 ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

Em consonância com outros dispositivos e princípios constitucionais, como o da igualdade perante a lei, da não discriminação e do acesso à justiça não há como interpretar o grau de sua aplicabilidade fazendo recortes com o disposto em normas menores, infraconstitucionais, tais como a Lei 6.001 ou da Lei 5371/67, que foram regidas pelo sistema de tutela do indígena. Não é demais revisar essa legislação, que dentro da conjuntura processual civilista encapsulou o indígena como não sujeito de direito, e por esta razão, sustentou por séculos a incapacidade jurídica dos indígenas e de suas comunidades, que estiveram aprisionados na opressora atuação estatal alienativa de seus direitos e capacidade jurídica.

Esses modais deônticos, dentro da dogmática jurídica, se comportam como parâmetros para se inferir a aptidão para produzir efeitos concretos. A força normativa deste preceito constitucional não pode ser afastada como de autoexecutoriedade.

### **LEGITIMIDADE PROCESSUAL E LEGITIMIDADE ÉTNICO-CULTURAL CONSTITUCIONAL: OS ATORES PROCESSUAIS E INDISPENSABILIDADE DA PRESENÇA E PARTICIPAÇÃO AUTODETERMINADA DO POVO/COMUNIDADE INDÍGENA**

É importante destacar que em face da autoexecutoriedade normativa do artigo 232 da Constituição Federal, a legitimidade do Ministério Público para ingressar com a ação civil pública na defesa dos direitos e interesses indígenas não exclui a legitimidade dos indígenas, pois, o Ministério Público não atua, e não poderá atuar como substituto processual.

Dentro dos princípios filosóficos e políticos da Constituição de 1988 o Ministério Público Federal foi alçado a outro papel em relação aos povos indígenas e comunidades tradicionais, atuando para a defesa de direitos aos povos indígenas, e por força da superação da lógica da política indigenista estatal da tutela a que os povos indígenas foram submetidos desde 1492 com a colonização, esta legitimidade do Ministério Público, enquanto competência constitucional, não é uma autorização para substituição processual.

Trata-se, na verdade, de cautela jurídico-política a garantir minimamente o andamento processual quando se trata da questão indígena que reúne características diferenciadas, na medida em que a diferença cultural, linguística e étnica pode traduzir uma atuação menos cuidadosa do órgão jurisdicional.

Tampouco essas diferenças étnicas/culturais podem ser justificadoras de uma classificação de incapacidade do indígena de estar em juízo, ou traduzir-se em vulnerabilidade cognitiva dos povos originários. Há necessidade de um tradutor intercultural para suprir essa lacuna no sistema processual (ver NASCIMENTO, 2006<sup>13</sup>). No entanto, diante da inexistência desta figura processual, os próprios indígenas estão habilitados a atuar no processo por meio de representação própria, e neste aspecto o litisconsórcio só pode ser o necessário.

13 NASCIMENTO, Sandra. **Colonialidade do poder no direito e povos indígenas na América Latina**: as faces da subordinação/dominação jurídica frente ao direito de retorno às terras ancestrais dos povos indígenas Kaiowá do Tekohá Laranjeira Nande'Rú no Brasil e Mapuche do Lof Temucucui no Chile. 2016. 514 f., il. Tese (Doutorado em Ciências

Não se pode analisar o dispositivo do artigo 232 como uma liberalidade o juiz atuar por sua “livre convicção”. Trata-se de um mandamento constitucional, a que o Judiciário deve obediência. Não é uma escolha do julgador promover, processualmente, a inclusão dos indígenas, suas comunidades e organização. É condição da ação, inegavelmente, que se traduz no dever do Juiz de intimar os interessados para manifestar se tem interesse na demanda. Mas cabe apenas aos indígenas, suas comunidades e organização, dizer se tem ou não interesse na demanda.

Estar em Juízo é um direito, principalmente quando as questões que dizem respeito diretamente aos interesses dos povos indígenas, e não se pode dar interpretação restritiva desse direito, dando seguimento ao processo sem antes fazer a intimação de inclusão. Entendo, que deve o juiz em todas as causas em que há interesse indígena, independente da expressa situação de interesse coletivo, chamar ao processo a comunidade sob pena de nulidade do processo, quando a ausência da manifestação da comunidade indígena lhe trouxer grave prejuízo.

A própria atuação da FUNAI em processos envolvendo interesses indígenas não é e não pode ser, por incompatibilidade constitucional, de substituto processual ou de tutora, seja qual for o grau de interação e conhecimento dos indígenas diante dos códigos da sociedade nacional.

A interpretação do disposto nos artigos 7º da Lei 6.001/1973 e artigo da Lei 5371/67, há de ser constitucionalmente adequada, distanciando-se de forjar acomodações semânticas com normas editadas em outra ordem jurídica, anterior a Constituição de 1988.

Qualquer análise ou interpretação/aplicação do artigo 232, ora comentado aqui, que reduza a potência da autonomia cultural e étnica será inconstitucional, pois a lógica da integração do indígena na sociedade nacional foi recusada e rechaçada pela Constituição Federal de 1988.

A atuação da Funai ou do MPF como representante dos índios ou de suas comunidades, em termos de coletividade, seria admissível como situação processual válida, se fosse resultado da consulta livre, previa, informada e adequada, no qual resultado deliberado pelos próprios indígenas e suas comunidades. Por este prisma, é certo que há primazia da aplicação do disposto na Convenção da OIT nº 169/1989.

A legitimidade da FUNAI e do MPF, possui caráter subsidiário e não pode ser confundida com a figura do substituto processual, afastando a atuação direta dos indígenas, de suas comunidades ou organizações.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto latino-americano há ainda artificios ocidentalizados que tomam os conceitos de diversidade, pluralismo e multiculturalismo como estratégias para ocultar mais uma vez a afirmação das questões realmente relevantes no campo étnico.

A ancestralidade, a territorialidade geo-histórica e cultural, assim como a coesão social distinta de outros povos e grupos, são os elementos diferenciadores que devem recolocar as questões dos povos indígenas da agenda do pensamento jurídico ocidental, sem, contudo, eliminar suas bases, e sim adequá-las para que haja interpretações que sejam compatíveis com uma outra configuração sociopolítica (ver NASCIMENTO, 2006<sup>14</sup>). Por esta razão este artigo, cumpre a tarefa de demonstrar a aplicabilidade de categorias jurídicas constitucionais dentro de uma epistemologia multiculturalista anticolonial, tratando de atualizar as concepções de normatividade da Constituição para conferir abrangência e valoração étnico-racial para os conteúdos constitucionais. Cuidou-se aqui de trazer a reflexão sobre a autoexecutoriedade do artigo 232 da Constituição da República Federativa do Brasil e suas consequências práticas para a atividade jurisdicional, e para o ativismo dos povos originários nas demandas que lhes sejam de interesse e necessidade.

Em face da natureza das instituições jurídicas e políticas construídas sob as bases da democracia liberal ainda lidamos com a estrutura sociojurídica voltada para a consagração de direitos individuais, preservando os institutos privatísticos em favor de uma economia de mercado do que direcionada para a consagração dos direitos sociais, inconciliável, em certa medida, com o modelo econômico capitalista.

Independentemente da questão de fundo a ser solucionada pelo judiciário, seja na área de família, penal, ou outras na área cível, tais como indenizações ou nas demandas relacionadas à demarcação (devolução) das terras/territórios de um povo indígena, é indispensável sob pena de nulidade do processo, que os indígenas, as comunidades e as organizações interessadas estejam presentes no processo, atuando e sendo representados de acordo com sua própria cultura, ou seja, nos seus próprios termos.

O caráter de autoexecutoriedade do artigo 232 da Constituição Federal, exige o operador/aplicador do direito atue de outro modo, tendo em mente a harmonização da ordem jurídica constitucional, em particular, com a coerência política da decisão Constituinte em conferir autodeterminação aos indígenas. Por este prisma, sem dúvida, seja qual for o objeto da ação, que envolva interesse dos povos indígenas, deverá o Juiz garantir a aplicação da regra da isonomia ou do tratamento igualitário as partes, determinando a manifestação dos indígenas interessados, por suas comunidades ou organizações. Trata-se de poder/dever de atuar no interesse público e conferir igualdade normativa e máxima efetividade ao preceito constitucional. Por outro lado, não se pode afastar a necessidade de melhor compreender os impactos jurídicos quando se tratar de ações em curso. Por certo, a não presença dos indígenas interessados no polo ativo ou passivo de uma demanda que discuta seus interesses, será atingida pela nulidade, no entanto, há de se ter o cuidado para que essa nulidade não elimine direitos, e para que não haja prejuízo para as comunidades envolvidas. Por este aspecto, a constituição

14 NASCIMENTO, Sandra. **Colonialidade do poder no direito e povos indígenas na América Latina**: as faces da subordinação/dominação jurídica frente ao direito de retorno às terras ancestrais dos povos indígenas Kaiowá do Tekohá Laranjeira Nande'Rú no Brasil e Mapuche do Lof Temucucui no Chile. 2016. 514 f., il. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) — Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/20866>. Acesso em: 09 set. 2021.



merece ser tratada com supremacia naquilo que afirma como direito para ser concretizada, e não para sua supressão ou de outros direitos.

Há, sim, de prevalecer a melhor compreensão do âmbito da normatividade da Constituição e de sua supremacia sobre as demais normas em relação aos princípios da diversidade étnica e principalmente, da finalidade de reparação histórica gira em torno da maior garantia dos direitos e não sua supressão.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Lisboa: Almedina, 1998.
- CLASTRES, P. **A sociedade contra o Estado**. Trad. Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2003.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MARQUES, Samantha R. Meyr-Pflug. A interpretação constitucional suas especificidades e seus intérpretes em homenagem ao Prof. Dr. Celso Ribeiro Bastos. **Revista Anima**, (s.d). Disponível em <http://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima5-Conselheiros/Samantha-Ribeiro-Meyer-Pflug.pdf>. Acesso em: 09 set. 2021.
- MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann.
- NASCIMENTO, Sandra. **Colonialidade do poder no direito e povos indígenas na América Latina**: as faces da subordinação/dominação jurídica frente ao direito de retorno às terras ancestrais dos povos indígenas Kaiowá do Tekohá Laranjeira Ñande'Rú no Brasil e Mapuche do Lof Temucucui no Chile. 2016. 514 f., il. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) — Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/20866>. Acesso em: 09 set. 2021.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidad del poder y clasificacion social. **Journal of Word-System Research**, v. XI, n. 2, p. 342-386, verão/outono, 2000. DOI: <https://doi.org/10.5195/jwsr.2000.228>. Disponível em: <http://jwsr.pitt.edu/ojs/jwsr/article/view/228>. Acesso em: 09 set. 2021.
- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- WYATT-SHAW, Tammy. The Doctrine of Self-Execution and the Environmental Provisions of the Montana State Constitution: 'They Mean Something. New Yourk: Public Land and **Resource La Reveiw**, v. 15, p. 219-247, Rev. 219 (1994). Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/232674224.pdf>. Acesso em: 09 set. 2021.

# CAPÍTULO 11

## DO DIREITO À LIBERDADE, AO RESPEITO E À DIGNIDADE<sup>1</sup>

Anna Candida da Cunha Ferraz

Fernando Luque

Este capítulo introduz de modo expresse a disciplina legal relativa à proteção do direito dos idosos à liberdade, ao respeito e à dignidade do idoso como pessoa humana e como cidadão, sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais. As modalidades dessa proteção, especificamente com relação aos direitos e valores relacionados, estão desenvolvidas no art. 10, abaixo transcrito, no *caput* e parágrafos.

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

### 1 FONTE CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS EM EXAME E A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PRECEDENTE

Consoante acentuado nos comentários introdutórios à Lei e aos artigos 1º e 2º (ver comentários a respeito) os idosos gozam de todos os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, especialmente os constantes dos artigos 5º e 6º da CF, sendo que o Estatuto em exame tem por finalidade assegurar, por intermédio de vários meios legais, jurisdicionais e administrativos, proteção especial aos idosos para o exercício de seus direitos, muitas vezes dificultado pelas naturais deficiências que a maior idade lhes impõe. Assim, o *caput* do art. 10 cuida, sob tal enfoque, da proteção especial aos idosos para o exercício dos direitos que especifica.

Na verdade, no rol de “direitos” que estabelece, o texto legal abriga apenas um direito fundamental, de primeira dimensão, consagrado na Constituição o direito à liberdade (art. 5º, *caput*, inciso II e outros). O “respeito” referido no *caput* do art. 10 não é direito fundamental inserido no elenco caudaloso dos direitos fundamentais, individuais e coletivos. Pode-se dizer, como se pontuará mais adiante, que o “respeito” devido à pessoa idosa (ou a qualquer pessoa humana) é “direito decorrente ou derivado”, ou mesmo inerente aos direitos humanos em geral que, uma vez consagrados, devem ser respeitados por todos, como pessoa e como membro da sociedade. Ou se pode acrescentar que o “respeito” é um valor ou um postulado que envolve uma atitude pes-

<sup>1</sup> Artigo publicado anteriormente na obra “Comentários ao Estatuto do Idoso: efetividade legislativa, administrativa e jurisdicional” Organizadores: Anna Candida da Cunha Ferraz; Fernando Pavan Baptista e Ariovaldo de Souza Pinto Filho. Osasco: EDIFIEO, 2015.

soal e social advinda dos princípios da fraternidade ou da solidariedade que informam os direitos humanos. Em outras palavras, sempre que um direito for violado haverá um desrespeito à pessoa humana.

Refere-se, também, o *caput* do art. 10 à dignidade como um direito do idoso assegurado pelo Estatuto. Também a dignidade, na Constituição brasileira, não é tratada como um direito específico. Na verdade, constitui um valor, ou seja, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito que se impõe a toda a construção do arcabouço constitucional e especialmente à construção dos direitos humanos fundamentais. Como fundamento demanda, por óbvio, a observância do Estado e da sociedade em geral.

Relevante, todavia, o registro do *caput* em exame ao apontar como diretriz a necessidade de serem assegurados aos idosos os postulados que indica, quais sejam o respeito que merece como pessoa humana digna e o direito à liberdade.

Observe-se que, é de se admitir, é essa a finalidade do dispositivo ao impor, como dever ou obrigação ao Estado e à sociedade assegurar o exercício desses valores e bens da vida ao idoso, seja como pessoa humana ou cidadão, sujeito e destinatário dos direitos civis, políticos, individuais e sociais assegurados pela Constituição e pela legislação infraconstitucional.

Dessa imposição legal resulta que ambos os destinatários da norma – Estado e sociedade – podem ser “cobrados” pelos titulares dos direitos se e quando a ação estatal ou societária faltar no cumprimento desse dever.

Como se verá nos demais comentários específicos, o Estatuto cria mecanismos para a efetivação dessa obrigação sempre que não cumprida ou violada.

A proteção imposta ao Estado deve ser interpretada como obrigação extensível imposta a todos os entes estatais federativos, aos poderes estatais e aos órgãos que exercem as funções estatais nos respectivos campos de atuação.

Veja-se, apenas para ilustrar, ementa de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

**Ementa:** Ação Direta de Inconstitucionalidade. Município de Ipatinga. Lei Municipal nº 2.016, de 02 de outubro de 2003. Obrigatoriedade de fixação de placas com advertência de respeito ao **idoso**. Matéria estranha à organização e estruturação administrativa do Município. Política de protecionismo ao idoso. Iniciativa do processo legislativo. Reserva inexistente. Poder Legislativo. Possibilidade. Tramitação regular do projeto de lei. Ausência de prévia dotação orçamentária. Irrelevância. Representação improcedente. 1. A Política Nacional de Proteção ao Idoso, que engloba a implementação de mecanismos de divulgação com informes sobre a necessidade de respeito aos **idosos**, é tarefa a ser desempenhada por todos os entes da Federação e, no caso do Município, insere-se no âmbito das atribuições de competência comum, afastando possível indagação a respeito de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa de projeto de lei tratando sobre o respectivo assunto. 2. A ausência de prévia dotação orçamentária não prejudica a determinação legal, primeiro porque não se deve arguir a inconstitucionalidade de uma lei com base em norma infraconstitucional – “in casu”, a Lei Complementar nº 101/2000–, e a Constituição, frisa-se, não condiciona a edição de lei à respectiva dotação orçamentária; segundo, porque não se trata de criação de despesa obrigatória de caráter continuado, em que se exige na lei a estimativa do

impacto orçamentário – financeiro e a demonstração da origem dos recursos para seu custeio; e terceiro, porque o momento oportuno para a inclusão de receita no orçamento para cobrir eventuais despesas será procedido a partir da regulamentação pelo Executivo. Processo: Ação Direita de Inconstitucionalidade 1.0000.03.402890-2/000 – 40.28902-53.2003.8.13.0000 (2). (n.g.)<sup>2</sup>

Registre-se, por necessário, que a menção ao dever da sociedade na proteção desses direitos, certamente fundada no espírito de fraternidade e solidariedade que informa a concretização dos direitos fundamentais, alcança os atores sociais em geral – família, associações e grupos sociais em geral.

O dever da família quanto à observância dessa norma vem inscrito expressamente nos arts. 239 e 230 da Constituição de 1988. Assim, temos aqui o dever mútuo de assistência, ou seja, a obrigação de proteção dos pais pelos filhos maiores e dos idosos pertencentes à família, ainda que não exatamente nela integrantes na linha de ascensão genética direta. Vale dizer que o dever de assistência familiar se impõe a todos os membros da família, consanguíneos ou não, com relação a descendência direta ou indireta. Essa proteção e com tal amplitude extraí-se dos dispositivos citados pela primeira vez incluídos em texto constitucional brasileiro.

## 2 LIBERDADE, RESPEITO E DIGNIDADE NAS CONSTITUIÇÕES ANTERIORES.

Tal como acentuado em comentários a artigos precedentes, a conceituação ou a definição de idoso não aparece expressa nos textos constitucionais anteriores<sup>3</sup>. Também a proteção especial que lhes deveria ser atribuída se apresenta de modo bastante limitado e tênue nessas constituições. Anote-se, porém, que todas as constituições precedentes asseguraram o direito à liberdade e que nenhuma se remete ao “direito ao respeito” ou “à dignidade”. No que respeita à definição do idoso, em relação à idade, não há referências diretas. A espécie de proteção repetida nas constituições se relaciona à questão da aposentadoria ou do seguro ou previdência social. Vejamos:

A Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824 e a Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, nossas duas primeiras constituições não fazem referência expressa à temática do idoso ou da velhice.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16/07/1934 apenas referia-se à “velhice” no Título da Ordem Econômica e Social. Previa a instituição da “previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado a favor da velhice, da invalidez” entre outros casos. Referida proteção estava escrita no âmbito da regulamentação dos direitos trabalhistas (artigo 121, alínea “h”).

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10/11/1937, agora sob o rótulo da Ordem Econômica, também se refere a velhice. Todavia, de forma mais ampla assegura, no art. 137, alínea “m” a “instituição de

<sup>2</sup> Site do TJMG, Jurisprudência. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1204557919/acao-direta-inconst-10000205891088000-mg/inteiro-teor-1204557921>. Acesso em: 20 nov. 2013.

<sup>3</sup> Para referência às constituições brasileiras ver CAMPANHOLE, Adriano e CAPANHOLE, Hilton Lobo em *Constituições do Brasil* – compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices, 8. edição. São Paulo: Atlas, 1985.

seguros de velhice”..., e impõe às associações de trabalhadores o dever de garantir “os seguros sociais” aos seus associados. Embora não mencionando o termo “velhice” a Constituição de 1937, em seu art. 156, “d” estabelece a chamada aposentadoria compulsória aos funcionários públicos que atingirem a “idade de sessenta e oito anos”, podendo este limite de idade ser reduzido por lei para categorias especiais.

A Constituição de 18/09/1946 – a Constituição que redemocratizou o País – também no Título V, dedicado à disciplina da Ordem Econômica e Social, que contém normas sobre os direitos e a proteção do trabalhador, inova no art. 157, inciso XVI, criando a previdência “contra as consequências da velhice”, ampliando, assim, a abrangência do social, restringindo-o, contudo, ao trabalhador regido pela CLT No Título VII, referente aos Funcionários Públicos, em seu art. 191, a Constituição estabelece a aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade. Esta parece ser a conceituação constitucional de velhice, ligada à idade.

A Constituição de 24/01/1967 com a redação da EC nº 1, de 1969, mantém o Título da Ordem e Social e nele introduz algumas inovações: em primeiro lugar assegura, de modo mais amplo, a “previdência social” em decorrência da velhice, aprova a aposentadoria da mulher aos trinta anos de trabalho e mantém a aposentadoria compulsória dos funcionários públicos aos setenta anos (art. 101, Seção VII sobre os Funcionários Públicos).

Nesse contexto, a velhice, pela evolução da proteção constitucional desta, deixa de ser questão social aberta, já que instrumentos legais e as políticas públicas, traduzindo o espírito da Constituição, estabelecem meios de respeito aos direitos dos idosos.

### **3 LIBERDADE, O RESPEITO E A DIGNIDADE RELACIONADA AO IDOSO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA EM VIGOR**

Fruto dos anseios de redemocratização do País e informada, ainda, pelos movimentos internacionais que tornaram o Século XX o “Século dos Direitos Humanos” ou o “Século dos excluídos e das minorias” como reação, especialmente, aos malefícios produzidos pela Segunda Guerra Mundial, nossa Carta Magna em vigor traz inúmeras inovações nesse campo, visando, de modo especial, dar proteção aos excluídos ou às minorias, seja por razões de sexo, idade, religião, raça, cor ou deficiências físicas, entre outros fatores e valores. Essa nova visão democrática do tratamento constitucional dos direitos humanos porta profunda modificação com referência ao idoso.

Está na Constituição, portanto, a raiz da proteção especial a ser dirigida ao idoso pelo Estado, pela sociedade em geral e especialmente pela família e que inspira e fundamenta todo o Estatuto do Idoso.

O art. 10 em exame busca, nessa linha, assegurar proteção especial à pessoa idosa no tocante ao exercício da liberdade e à proteção ao respeito e à dignidade que deve merecer como pessoa humana e como sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais nos termos dos §§1º e 2º.

Para tanto, o § 1º, considerando a finalidade do Estatuto, indica a compreensão que se deve ter da extensão do direito à liberdade relacionado ao idoso. Em outras palavras, estabelece ou privilegia certos aspectos desse direito que, no entender do legislador melhor refletem as necessidades do idoso para seu exercício.

O direito à liberdade, como se verá logo a seguir, tem sede constitucional e se desdobra em vários outros direitos fundamentais e vem disciplinado no §1º da Lei.

Respeito e dignidade não verdade não constituem direitos fundamentais diretos ou autônomos, como se afirmou acima. O “respeito” como direito do idoso vem conceituado no §2º da lei e o dever de zelar pela “dignidade” da pessoa humana tem seu desdobramento no §3º do mesmo artigo, ambos a serem comentados mais à frente.

Vejam-se os dispositivos do referido §1º e seus incisos:

§1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:

- I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários ressalvadas as restrições legais;
- II – opinião e expressão;
- III – crença e culto religioso;
- IV – Prática de esportes e de diversões;
- V – Participação na vida familiar e comunitária;
- VI – participação na vida política, na forma da lei;
- VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

Registre-se, em primeiro lugar, que na dicção legal o rol de aspectos indicados no §1º é exemplificativo, já que não afasta outros matizes ou conteúdos do direito à liberdade que, também, poderão ser reivindicados pelo idoso.

Claro está que o rol exemplificativo se fundamenta e necessariamente absorve todas as disposições contidas no texto constitucional, especialmente as que se referem aos desdobramentos do direito à liberdade.

## **I – FACULDADE DE IR, VIR E ESTAR NOS LOGRADOUROS PÚBLICOS E ESPAÇOS COMUNITÁRIOS, RESSALVADAS AS RESTRIÇÕES LEGAIS;**

Refere-se, aqui, a Lei, à liberdade de locomoção ou à chamada liberdade da pessoa física (prevista no art. 5º, inciso XV da CF) a ser exercida pelo idoso no círculo restrito dos espaços públicos abertos, de modo geral, a todas as pessoas: ruas, praças, espaços comunitários etc.

A liberdade de locomoção (*jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*) significa assim, a liberdade de ficar, ir e vir, conforme menciona Ferreira Filho<sup>4</sup> ao comentar o inciso XV do art. 5º da Constituição brasileira em vigor. Observa o autor, com propriedade, que “Esta é a manifestação mais visível da liberdade pessoal,

4 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. v. 1 (arts. 1º a 43), pp. 39-40.

por isso muitas vezes a liberdade pessoal é identificada com a liberdade de locomoção, com a liberdade física de seguir para onde se quiser ir, ou de permanecer onde se quiser ficar.”

Embora o tema venha a ser tratado ou mencionado em outros dispositivos da Lei<sup>5</sup>, o texto legal abre a possibilidade ou o dever de implantação de políticas públicas e de determinações legais ou administrativas que devem favorecer ou permitir a livre locomoção do idoso nesses espaços. A norma tem aplicação geral e se estende a todas as unidades federativas, resguardadas, por necessário, as respectivas competências constitucionais.

Pretende, portando, a lei, levando-se em conta as dificuldades (motoras ou mesmo financeiras) que usualmente atingem as pessoas de maior idade, que se instalem nesses logradouros equipamentos urbanos adequados para facilitar a locomoção do idoso, ficando implícita a necessidade de instituição de espaços comunitários que facilitem o exercício dessa liberdade (tema que é retomado especialmente no inciso V).

Assim, o rebaixamento de guias em vias e ruas, a construção de rampas adequadas, a reserva de locais ou vagas para facilitar estacionamento de veículos, a reserva de sanitários adequados, a construção de equipamentos urbanísticos que possibilitem a estada do idoso nesses locais (como por exemplo, bancos reservados para seu descanso) constituem, entre outras, medidas para possibilitar o amplo exercício do direito de ir, vir e principalmente estar considerado no parágrafo em exame.

Mas não só. A liberdade de locomoção prevista neste artigo arrasta consigo todas as decorrências dessa liberdade, também estabelecidas na Constituição e que alcançam as pessoas em geral. Assim os incisos LXI, LXV, LXVII, LXVIII, LIV, todos da Constituição Federal.

Para além da garantia constitucional de ir, vir e ficar, o Estatuto do Idoso preocupa-se com a efetiva inclusão de seus tutelados nos eventos sociais e comunitários que, sem tais facilidades, levariam à restrição do direito de locomoção ao idoso (ver inciso V deste parágrafo).<sup>6</sup>

## II – OPINIÃO E EXPRESSÃO

Outro desdobramento do direito de liberdade a merecer proteção privilegiada no Estatuto é a liberdade de opinião e expressão estabelecida neste inciso do artigo em exame.

Funde-se nessa disposição duas modalidades da liberdade: a liberdade de ter opinião ou liberdade de pensamento (liberdade de foro íntimo, prevista no art. 5º, inciso IV da CF), pela qual se assegura ao idoso ter e revelar opinião, direito apenas passível das restrições a todos impostas na órbita do direito penal ou civil. De outro lado, garante, também, a liberdade de expressão ou manifestação do pensamento, que se desdobra em várias outras modalidades tais como a comunicação do pensamento a terceiros (liberdade de correspondência em geral etc., prevista no art. 5º, inciso XII, CF), a liberdade de informar e de ser informado (art. 5º, inciso

<sup>5</sup> Ver, para ex., o art. 41

<sup>6</sup> Como exemplo da aplicação prática dessa inclusão, temos o direito de aposentados e idosos com mais de 65 anos, à meia-entrada para ingresso nos cinemas, teatros, espetáculos, eventos esportivos e passeios turísticos gratuitos realizados no âmbito de alguns municípios como o de São Paulo.

XIV); a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura (assegurada no art. 5º, inciso IX, da CF) e a liberdade de comunicação social (de que trata o art. 220 e segts. da CF).

Como se vê, repete a lei, privilegiando-as, certas modalidades ou espécies do direito à liberdade, asseguradas na Constituição de 1988.

Não se vislumbra, nessa repetição, qualquer alcance diferente que a Lei em exame procure atingir.

Esses direitos se aplicam a todos, com as restrições igualmente aplicáveis a todos.

Em outras palavras, no exercício desses direitos não tem o idoso privilégios e responde pelo excesso tal como todas as pessoas submetidas à Constituição do País. Para exemplo, responderá o idoso por calúnia, injúria ou difamação, hipóteses de violação do direito de manifestação de pensamento abrangidas no Código Penal.

Assim, parece, vale o texto como exortação a toda a sociedade relativamente ao dever de respeitar os direitos do idoso nessa matéria de alta repercussão social e individual.

### III – CRENÇA E CULTO RELIGIOSO;

Da mesma forma que o legislador se preocupou em salientar este direito à criança e ao adolescente no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, preocupou-se também em garantir, ao idoso, de modo expresso, o direito à liberdade de crença (liberdade de foro íntimo, que significa o direito de crer ou não crer) e a liberdade de praticar ou participar livremente de culto religioso, direitos previstos no art. 5º, inciso VI, da CF.

A afirmação legal desses direitos merece destaque.

É que, muitas vezes, a pessoa idosa vê o exercício dessas atividades cerceado por pessoas que delas cuidam, por razões variadas, às vezes no recinto familiar e mais frequentemente em instituições de internação coletiva destinadas a agasalhar o idoso (casas de repouso, clínicas de tratamento geriátrico entre outras).

Parece justificável a ênfase à proteção específica desses direitos, pois, dependendo das circunstâncias, o idoso pode se apresentar como pessoa fragilizada, com dificuldades de fazer valer o exercício desses direitos, inclusive no que respeita a eventualmente ser obrigado ou impedido de participar de cultos que se realizam nessas instituições relacionados à religião que não adere. Assim, a disposição legal busca garantir a efetiva concretização desses direitos do idoso nessas situações, podendo ele, se necessário, fazer seu direito valer perante o Judiciário. Ademais as disposições referidas servem de alerta àqueles que mantêm sob sua guarda pessoas idosas.

Convém lembrar que o Código Penal tipifica como crime atos que possam impedir a prática de culto a todos e obviamente aos idosos (Cf. art. 208 do C. P.).



## IV – PRÁTICA DE ESPORTES E DE DIVERSÕES

A Constituição de 1988 contempla entre os direitos sociais indicados no art. 6º, o direito ao lazer e o direito à saúde.

Por outro lado, no art. 215, estabelece a obrigatoriedade de o Estado garantir o pleno exercício dos direitos culturais, o acesso às fontes de cultura nacional e determina também que deverá apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais. Nesse conteúdo pode se incluir as atividades culturais voltadas para a “diversão” de que trata o inciso em exame.

Já no art. 217 a Constituição impõe ao Estado o dever de fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, sendo que no § 3º do mesmo artigo determina que o Poder Público incentive o lazer, como forma de promoção social.

Ademais, no art. 196 e nos seguintes, repete o texto constitucional contido no art. 6º (em que consagra os direitos sociais) indicando inclusive sua forma de concretização ao estabelecer que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, prescrevendo que “políticas sociais e econômicas devem ser executadas com vistas à redução do risco de doenças e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Ressalte-se que a Política Nacional do Idoso, instituída pela Lei n. 8.842/94 estabelece que cabe ao Poder Público: “incentivar e criar programas de lazer, esporte e atividades físicas que proporcionem a melhoria da qualidade de vida do idoso e estimulem sua participação na comunidade”. (alínea “e”, inserido no inciso VII – na área de cultura, esporte e lazer – do art. 10”).

Nessas disposições normativas constitucionais se assentam as atividades relacionadas no inciso IV em exame, que se remete a medidas de preservação tanto da saúde física como mental da pessoa idosa.

Ora, o direito ao lazer é essencial à saúde física e mental da pessoa humana. E é essencial especialmente para o idoso que, em geral, tem maior tempo de ociosidade, já que não mais trabalha e nem tem maiores preocupações de cuidar da família. No lazer se inserem atividades de pura diversão, culturais, prática de esportes, assistência de espetáculos diversos etc. O Estatuto visa a possibilitar o cultivo do lazer, inclusive pelo apoio da sociedade e do Estado.

Por essa razão, a imposição constitucional contida nos artigos citados e prevista nesse inciso tem como destinatários todas as unidades federativas que devem, no desenvolvimento de atividades dessa natureza assegurar o necessário espaço para sua prática pelos idosos, criando centros recreativos para a maior idade, praças de esportes adequadas para esse grupo de pessoas, centros de convivência, espaços para tais atividades em institutos de internação prolongada de idosos etc.

Assim, unidades esportivas estatais, especialmente as municipais e estaduais (que mais atuam nesse ramo de atividades) deverão estar voltadas ao atendimento esportivo, cultural, à recreação e ao lazer da população, destinando atendimento específico aos idosos. O Poder Público deverá, pois, destinar recursos orçamentários para incentivar a adequação dos locais já existentes e a previsão de medidas necessárias quando da construção de novos espaços, tendo em vista a prática de esportes, de recreação e de lazer por parte dos idosos de maneira integrada aos demais cidadãos.

Como se sabe (e a medicina comprova), o exercício físico na velhice da pessoa é uma atividade “poderosa” pela sua repercussão direta e em curto prazo na qualidade de vida digna que lhe deve ser assegurada; e o lazer, particularmente no âmbito da cultura, aumenta a autoestima da pessoa, pela convivência e pelo aprendizado que constroem.

Importante verificar, todavia, como e se as disposições normativas em exame vêm sendo concretizadas nos vários âmbitos de governo federativo.

Desde a Constituição Federal e o Estatuto do Idoso ampliaram-se significativamente as medidas de proteção aos idosos.

Assim, no plano federal, distrital<sup>7</sup>, estadual e municipal várias políticas públicas vêm sendo adotadas e concretizadas para dar cumprimento às determinações da Constituição e da legislação que as regulamenta.

Para exemplo, vejam-se no Portal do Governo de São Paulo, algumas das políticas públicas desenvolvidas buscando dar concretização às atividades programadas pelo inciso IV em exame: criação, em 2008, da “Praça de Exercícios e Sala de Leitura” para idosos, integrada ao Parque Fernando Costa, na Água Branca, na Capital, como parte da comemoração do Dia Internacional do Idoso; Programa “Amigo do Idoso”, com iniciativas da Saúde, Desenvolvimento Social, Turismo e Esporte, que prevê a implantação de 249 Centros de Convivência voltados para a integração dos idosos e 100 Centros-Dia do Idoso em municípios de médio e grande porte (2012); foi criado, também o projeto “Melhor Viagem SP” para beneficiar, por ano, 6.4 mil idosos acima de 60 anos residentes em municípios com até 30 mil habitantes (informa o Portal que, em março de 2013, 500 idosos foram contemplados com viagens para colônias de férias localizadas em Atibaia, Caraguatatuba e Praia Grande); ainda na área de esporte e lazer, instituiu-se o “Cartão Melhor Idade Ativa” pelo qual são oferecidos cartões de débito de R\$ 57,00 por mês para pessoas com mais de 60 anos para prática de atividades físicas e de lazer em clubes ou academias de ginástica. Outro Programa relevante para a finalidade foi o “Escola da Família” que recebe, em média, 112 mil idosos aos finais de semana nas unidades da rede estadual de ensino. Também o Programa “Jogos Regionais dos Idosos – JORI” atrai a participação de inúmeros idosos.

Algumas questões restam pendentes: se todas as entidades federativas atendem, na realidade, as necessidades dos idosos; se há publicidade adequada das medidas existentes, pois a informação, nesses casos, é o

7 Cf. excelente trabalho de pós-graduação elaborado por Cláudia Regina Vieira Lima, que contém, inclusive, interessantes e relevantes estatísticas sobre a matéria. Acesso em 29 de outubro de 2013. [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/6005/politica\\_idosos\\_lima.pdf?sequence=5](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/6005/politica_idosos_lima.pdf?sequence=5)

meio de os idosos poderem usufruir das políticas públicas já efetivadas e se há planejamento para a construção dos centros de atividades para idosos especialmente em bairros centrais e da periferia, pois a distância exagerada desses em relação às moradias constituem empecilho sério para a frequência dos idosos nessas atividades.

Cabe ressaltar, por fim, que na lei em exame outros dispositivos guardam referência com este tema, pelo que o assunto deverá neles, também, se tratado.

## V – PARTICIPAÇÃO NA VIDA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

A participação do idoso na vida familiar também tem raízes no texto constitucional em vigor, tanto no art. 229 como no art. 230. No primeiro, consagra a Constituição o dever de os filhos maiores ajudarem e ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade. No art. 230, *caput*, estabelece, de modo mais amplo e genérico: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”, e no respectivo §1º dispõe: “Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares”.

Depreende-se desses textos constitucionais, concretizado pelo inciso V em exame, que a pessoa idosa deve preferencialmente estar com sua família, participando da vida familiar e gozando do amparo e da proteção que a família lhe deve propiciar.

Na verdade, este inciso V complementa disposições vertidas no Estatuto, de modo mais amplo e genérico, em seu artigo 3º.

Entende-se que a convivência familiar é a que melhor atende às necessidades de uma pessoa idosa. Em sentido contrário, ter-se-ia de admitir que a pessoa idosa, além das limitações forçadas pela idade, poderia usualmente ser afastada de seu natural “habitat”, do convívio com aqueles que sempre estiveram ao seu lado etc.

Essa disposição legal é louvada pela doutrina e sufragada pela jurisprudência.

Nesse sentido veja-se decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que assegura o direito à filha de visitar sua mãe, baseada no direito do idoso à convivência familiar<sup>8</sup>:

Direito de visita – Regulamentação – Filha impedida de visitar a mãe – violação, em tese, ao direito de convivência familiar, assegurado pelo art. 3º da Lei 10.741/2003, Estatuto do Idoso – Presença de interesse processual da filha – Extinção do processo afastada – Recurso provido (AC 387.843-4/5-00-TJSP – 3ª; Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Donegá Morandini, 30/08/2005)

Também a respeito dessa temática observe-se que relevante decisão foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em mandado de segurança em que filho maior, considerando ser seu dever imposto pela Constituição Federal cuidar de seu pai doente e já na velhice, solicita à Administração Pública a redução de sua jornada de trabalho. O Mandado de Segurança foi concedido. Veja-se a ementa:

<sup>8</sup> Ver apud FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes. *Direitos e garantias do idoso (doutrina, jurisprudência e legislação)*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2011. p. 15.

Apelação Cível/REMESSA EX-OFFÍCIO 200050110763920APC – COMARCA DE BRASÍLIA – DF. EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA SEM VENCIMENTO PARA CUIDAR DE GENITOR IDOSO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PREPONDERA SOBRE O INTERESSE PÚBLICO. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, ESPECIALMENTE A DOS IDOSOS, DEVE PREPONDERAR SOBRE O INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, POR SER UMA DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 1ª, III, da CF)

Em feito semelhante, ainda no mesmo Tribunal do Distrito Federal, foi julgada igualmente procedente a redução do salário e da carga horária de um filho que solicitava tais medidas para cuidar de pai doente e idoso. Veja-se a decisão:

APELAÇÃO CIVIL 200050110076865APC – COMARCA DE BRASÍLIA – DF  
EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE MÁXIMA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS – PEDIDO DE REDUÇÃO DE CARGA HORÁRIA, COM REDUÇÃO DE SALÁRIO FORMULADO POR FILHO DE PESSOA IDOSA OBJETIVANDO ASSITIR-LHE O DIREITO DIANTE DA DOENÇA E SOLIDÃO QUE O AFLIGEM – CUIDADOS ESPECIAIS QUE FOGEM À DEEDICAÇÃO DO FILHO ZELOSO, ÚNICA PESSOA RESPONSÁVEL PELO GENITOR – DEVER DE AJUDA E AMPARO IMPOSTOS À FAMÍLIA, À SOCIEDADE, AO ESTADO E AOS FILHOS MAIORES – DOCTRINA – ORDEM CONCEDIDA.

Observe-se que texto legal em exame não se esgota, todavia, na interpretação literal. Isto porque, conforme determina a Constituição, o amparo e a proteção do idoso para participar plenamente da vida familiar exigem, muitas vezes, a atuação estatal e da sociedade. Nem sempre a família tem condições financeiras e mesmo psicológicas para cuidar do idoso. Assim, impõem-se a adoção de medidas de proteção efetivas para garantir que o idoso possa permanecer no seio familiar, seja do ponto de vista financeiro (como, aliás, prevê o art. 14 do Estatuto, ao qual se remete o leitor para complementação dessas considerações), seja do psicológico e mental. Para exemplo, medidas como a instituição do direito à percepção de auxílio, com fundamento na assistência social (previsto no art. 34 do Estatuto) que possibilita ao idoso, que não tendo trabalhado durante sua vida para fazer jus à aposentadoria, perceba o benefício mensal de um salário mínimo, desde que conte 65 (sessenta e cinco anos). A medida é eficiente, mas parece que seria mais justa se considerasse a idade para a concessão desse benefício a partir de sessenta anos, idade que, como se viu, é fixada pela lei como início da conceituação legal do idoso.

Também a prestação gratuita de serviços de saúde e de remédios (ver comentários ao art. 15 e seguintes), além de outras formas de proteção com vistas a essa problemática, possibilita a vida em família ao idoso que necessita de tratamento médico.

No que concerne à proteção devida pela família ao idoso, convém registrar que o Código Civil de 1916, já trazia a figura do dever mútuo de assistência, no parágrafo único do art. 399, "in verbis":

Parágrafo único. No caso de pais que, na velhice, carência ou enfermidade, ficaram sem condições de prover o próprio sustento, principalmente quando se despojaram de bens em favor da prole, cabe, sem perda de tempo e até em caráter provisional, aos filhos maiores e capazes, o dever de ajudá-los e ampará-los, com a obrigação irrenunciável de assisti-los e alimentá-los até o final de suas vidas. (Incluído pela Lei nº 8.648, de 1993).”

No Código Civil em vigor não existe disciplina exatamente igual, referente especialmente à velhice. O parágrafo único acima transcrito corresponde, segundo se lê no quadro comparativo publicado pelo Senado Federal<sup>9</sup>, ao artigo 1696, que traz outra redação, mais genérica, como se vê abaixo transcrito:

Art. 1696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Observe-se, por fim, que o idoso não pode ser obrigado a permanecer vivendo no núcleo familiar. Sendo capaz, poderá escolher como e onde prefere viver.

A participação do idoso na vida comunitária encontra direto fundamento no texto constitucional disposto no art. 226.

Implicitamente, considerando os direitos assegurados a todas as pessoas, é claro que se pode subentender que tem o idoso direito a participar na vida comunitária em qualquer de suas modalidades. Assim, por exemplo, ao ângulo político, que será examinado a seguir.

De outro lado, na vida social, também a participação do idoso não pode sofrer quaisquer restrições legais ou administrativas. A família, o Poder Público e a sociedade têm o dever de cuidar que assim seja e propiciar os meios de proteção requeridos para esse fim.

Parece oportuno salientar que, em certas situações de vida, o idoso precisa e goza de respeito ou tratamento especial.

Veja-se, a título exemplificativo, que no que respeita às relações de consumo, a pessoa idosa goza de tratamento preferencial. Assim, nos supermercados o idoso dispõe de guichês próprios para seu atendimento, vagas próprias para estacionamento etc.

Também com relação à prática do consumo merece o idoso tratamento especial inclusive em ações perante o Judiciário. Pode-se citar, a título de exemplo, a decisão proferida na AC 200601 10123954, do TDFD, de 30.10.2006, citada por Roberto Mendes de Freitas Junior<sup>10</sup>, que considera a situação da pessoa idosa para fins de concessão de dano moral pela quebra ou bloqueio de seu celular, e da qual se retira o seguinte trecho:

9 In Código Civil – quadro comparativo – 1916-2002 – Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicação – Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 2003, In <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70309/704509.pdf?sequence=2>

10 FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes. **Direitos e garantias do idoso (doutrina, jurisprudência e legislação)**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2011, pp. 48-49. Cita o autor outras decisões nas quais a justiça prestigia a figura do idoso em ações de dano moral, de violência à honra etc.

DIREITO CIVIL. EMPRESA DE TELEFONIA. MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. SUSPENSÃO INDEVIDA DO SERVIÇO. VERBA INDENIZATÓRIA MANTIDA. 1. Configurada a relação de consumo, a responsabilidade é de ordem objetiva [...] 2. Com efeito, o celular transformou-se em serviço essencial em muitos casos, ademais, na hipótese em análise, **o serviço de telefonia móvel era utilizado por idoso, que dele necessitava para manter contato com seu médico. Nessa medida, o bloqueio do serviço é fato suficiente para gerar ao usuário do serviço dano moral suscetível de indenização.** [...]. (n. g.)

## VI – PARTICIPAÇÃO NA VIDA POLÍTICA, NA FORMA DA LEI

Essa disposição constitui, na verdade, uma extensão das disposições contidas no inciso V, analisado acima, e tem direto fundamento na Constituição (art. 12 e seguintes).

A participação na vida política é, certamente, um dos ângulos da participação da vida comunitária, da vida do cidadão. Talvez por sua especificidade o legislador tenha entendido necessário regulá-la autonomamente com relação ao idoso.

Isto porque, de modo geral, a participação política é um dos aspectos da cidadania, conceito que, todavia, modernamente, vai além da mera participação política para significar, como ensina Hannah Arendt “o espaço público de vivência das pessoas”, o “direito a ter direitos”. Dessa noção se extrai que o direito de participar do “exercício do poder, direta ou indiretamente”, significa antes de tudo “a inserção do indivíduo em uma comunidade”, sua “participação social”, sua promoção geral e a possibilidade de exercitar todos os direitos que desenvolvem o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>11</sup>

Assim, na verdade, pode o idoso participar, como cidadão, de todas as atividades políticas permitidas em lei e exercer todos os direitos políticos e civis consagrados constitucionalmente, inclusive o de votar e ser votado, observadas as restrições constitucionais e legais que a todos alcançam. Isto significa dizer, para exemplo, se, no serviço público (uma das modalidades de participação ativa do cidadão), a pessoa com idade acima de 70 anos não mais pode exercer funções como servidor em sentido estrito por expressa disposição constitucional (art. 40, inciso II, CF), na vida política poderá continuar a exercer mandatos de vereador, deputado estadual ou federal, senador, prefeito, governador ou presidente da República. Lei alguma poderá colocar empecilhos onde a Constituição não os coloca. Trata-se, portanto, de fórmula necessária à sua inserção na coletividade.

Além disso, considerando-se que a cidadania (conceito do qual derivam os direitos políticos) é assegurada como princípio fundamental do Estado de Direito Brasileiro (art. 1º, inciso II, CF) e que, em decorrência, a soberania popular poderá ser exercida pela representação ou diretamente (art. 14 da CF), o idoso poderá participar, como todos os cidadãos, observadas apenas eventuais restrições constitucionais ou legais, desses instrumentos de participação democrática direta (plebiscito, referendo etc.) realizados no âmbito de todas as

<sup>11</sup> Cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Fundamentos constitucionais da participação popular no exercício do Poder. *Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais*, Osasco: Edifício, v. 8, n. 2, pp. 29-50, 2008. DOI: <https://doi.org/10.36751/rdh.v8i2.234>. Disponível em: <https://intranet.unifieo.br/legado/edificio/index.php/rmd/article/view/234>. Acesso em: 09 set. 2021. p.41

esferas de poder público. Mesmo a referência à idade de 70 anos, relacionada ao idoso, é concessão de benefício, na medida em que o libera, se quiser, da obrigatoriedade de votar.<sup>12</sup> Por outro lado, goza o idoso de alguns benefícios conferidos pelo Código Eleitoral, como, por exemplo, o direito de ser tratado com prioridade na hora de votação.<sup>13</sup> Aliás o tratamento prioritário em várias situações é privilegiado no Estatuto (ver, entre outros, comentários ao art. 4º).

## VII – FACULDADE DE BUSCAR REFÚGIO, AUXÍLIO E ORIENTAÇÃO

A fragilidade da pessoa idosa conduziu o legislador a enfatizar aspectos da proteção que lhe deve ser assegurada e que decorre, em síntese, da possibilidade de pleno exercício de direitos fundamentais e da obrigação de a família, a sociedade e o Estado possibilitarem esse exercício.

Artigos do próprio Estatuto estabelecem modalidades de assistência que redundam, em última análise, em possibilitar refúgio, orientação e auxílio à pessoa idosa, por intermédio de diversas modalidades, quando em situação de risco social, necessitem<sup>14</sup>.

Modalidade de refúgio é, para exemplo, a possibilidade de um adulto ou núcleo familiar assumir acolher pessoa idosa em situação de risco social, situação que caracterizará a dependência econômica do idoso para com a família que o acolhe para os efeitos legais, tais como declaração de rendimentos do idoso como dependente (art.36 do Estatuto) ou a “inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas do próprio idoso ou de pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação” (art. 45, IV) do Estatuto.

Em contrapartida à disposição é de se salientar que ninguém – sociedade, Estado ou família – pode constituir empecilho para a concretização do preceituado ou deixar de tomar as providências necessárias para a plena execução do mesmo.

§2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

O respeito às pessoas humanas não constitui um direito autônomo, como se disse. Trata-se na verdade de uma atitude ou comportamento que deve ser seguido por todos no relacionamento entre pessoas nas comunidades em que convivem. Tal comportamento torna-se, sem dúvida, mais relevante quando se cogita de rela-

12 O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, não faz referência específica aos direitos políticos do idoso. Contém cláusula sobre a igualdade desses direitos a todos os cidadãos e disciplina especificamente os direitos políticos e civis das minorias étnicas (art. 27). Ver In MiniCódigo de Direitos Humanos. BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme de (Organizadores). Edição revista e ampliada, Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2010, p.320 e segs.

13 Referências aos artigos 6º e 132 do Código Eleitoral, feitas por Aline Hack Moreira no artigo Anotações sobre os direitos dos idosos no Brasil, publicado no site acessado em 09 set. 2021.. <http://jus.com.br/artigos/20634/anoacoes-sobre-o-direito-do-idoso-no-brasil>

14 Ver, para exemplo, os artigos relativos à “Assistência social” (33 a 36), às Medidas de proteção (Título III do Estatuto) entre outras. Ver especificamente art. 46, II do Estatuto,

cionamento com pessoas idosas que, em razão de suas características pessoais são mais sujeitas a confrontos indevidos com os integrantes de qualquer comunidade.

Relevante, pois, que o § 2º em exame busque conceituar o que denomina “direito ao respeito” ao idoso, que vem a significar especialmente o impedimento à violação da integridade física, psíquica e moral do idoso violação esta que abrangerá preservação de direitos previstos no texto constitucional: assim o direito à imagem, à autonomia (da vontade), à liberdade de ideias e crenças (liberdade de pensamento, tratada nos Incisos I e II do artigo em exame), à liberdade física no que respeita ou uso de espaços (liberdade de locomoção – ir, vir e ficar, tratada no inciso I), a inviolabilidade dos valores assumidos pelo idoso (direito também englobado, ainda que implicitamente, nos incisos do art. 10) e a inviolabilidade dos “objetos pessoais” (homenagem ao direito de propriedade consagrado na Constituição. Considera o Estatuto, que sob este aspecto – proteção de seus bens pessoais – o idoso é particularmente vulnerável).

Decisão do Supremo Tribunal Federal enfatiza o “direito ao respeito”<sup>15</sup> atribuído ao idoso.

No caso, senhora idosa propôs ação indenizatória, por dano moral, eis que vítima de grosserias que lhe foram dispensadas por motorista de coletivo pertencente ao Embargante. Não tendo condições físicas para transpor os degraus da porta dianteira do ônibus, pretendeu entrar pela porta traseira e foi destratada pelo motorista. A ação foi julgada procedente na instância inferior, e o réu, condenado, apelou da decisão e recorreu ao STF. O STF reconheceu que por ser um concessionário de serviço público essencial deve o réu bem orientar e preparar os seus prepostos de modo a não intimidar, tampouco menosprezar quem quer que seja. Entendeu, ademais, que a responsabilidade do transportador é objetiva e que não cabia rever os valores fixados na indenização já que o motorista faltou **com seu dever de urbanidade e respeito com a pessoa idosa**. No acórdão referido lê-se: “Se a autora goza de gratuidade no transporte público e se a mesma tem dificuldades de adentrar ao coletivo pela escada da frente, acesso esse mais dificultoso para a idosa do que pela porta traseira, fato este que restou comprovado no juízo *a quo*”. (n. g).

Parte da decisão proferida no julgamento recorrido, transcrito no acórdão do STF, merece transcrição, pois faz valer exatamente a noção de “respeito” que o parágrafo em exame ressalta:

“Como visto, a autora foi **desrespeitada** verbalmente pelo motorista da ré, o qual foi grosseiro ao se dirigir à passageira, pessoa idosa, maior de 85 anos, que por força da lei nº 10.741/2003 merecia especial proteção, atenção e respeito (art. 3º). O art. 4º do antecitado diploma prescreve, igualmente, que nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, violência, discriminação ou opressão, razão pela qual o preposto da ré deveria ter se reportado à passageira idosa com a **devida cordialidade e respeito**, pois é dever de todos prevenir ameaça a direito e liberdade dos idosos. (...) Atitudes como essas retratadas no autos demonstram discriminação à pessoa de idade avançada, o que deve ser rechaçado e punido pelo Judiciário, sob pena de valerem como mau exemplo. Ou seja, se psicologicamente o idoso sofre intimamente com mau a falta de respeito e urbanidade, socialmente este fica estigmatizado, possibilitando que condutas idênticas sejam respeitadas por outras pessoas dentro de uma ‘normalidade’, o que também

<sup>15</sup> Ver, também, comentários ao artigo 4º do Estatuto que tem conexão com o parágrafo em exame



merece ser prontamente repudiado. Tanto isso é verdade que a prova testemunhal acostada a fls. 88 demonstra de maneira inequívoca que o motorista do coletivo foi grosseiro com a autora na ocasião em que impediu a sua entrada sua entrada no veículo pela porta traseira, sendo certo que por outras ocasiões a autora não havia sido bem tratada pelos prepostos da ré.

(...)

Frise-se por oportuno, que mesmo a pretexto de fazer valer as determinações da Lei nº 4.291/2004 o motorista do coletivo não poderia simplesmente se exceder em seus gestos e palavras, dispensando grosserias a passageira, pessoa idosa, que por sua especial condição **deveria ter sido tratada com urbanidade e respeito, ex vi**, o art. 187 do CCB, segundo o qual: “**Art. 187.** *Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*” Desta feita, mesmo a pretexto de convencer a passageira entrar no coletivo pela porta dianteira na forma usual, não pode o motorista ser imoderado no modo de fazê-lo. Desde tempos remotos, faz parte dos bons costumes e, hodiernamente, da própria lei (Estatuto do Idoso), o dever de tratar bem os mais velhos, lição essa que todos recebemos desde tenra idade. Tal como consignado na sentença, verifico que a autora é pessoa de avançada idade e com problemas de saúde, situações que a fragilizam ainda mais, sendo certo que foi destrutada por um funcionário da ré, que ao negar seu embarque pela porta da frente o fez de forma inadequada. Portanto, configurado está o dano moral.” (n.g.).

Por outro lado, outros direitos a serem protegidos e preservados têm merecido acolhimento nos tribunais do País.

Conforme acentua Roberto Mendes de Freitas Junior, em obra já citada<sup>16</sup>, tal como ocorre com toda pessoa humana, o uso indevido da imagem “atinge o próprio idoso, no tocante à sua honra, privacidade e decoro”.

Cita o autor jurisprudência a respeito, da qual colhemos a seguinte:

“[...] em Belo Horizonte/MG, um idoso atuava como vendedor autônomo de bilhetes de loterias, em locais públicos. Em determinada data, foi realizada matéria jornalística sobre seu mister, e publicadas algumas fotos em jornal local. Ao ler a matéria o idoso interpôs ação de indenização por danos morais contra o jornal, alegando que os comentários dos jornalistas sobre suas fotografias foram feitos de tal forma que induziam o leitor ao sentimento de pena e compaixão, relegando-o à posição marginalizada e discriminada pela sociedade, por vender loterias em locais públicos. O idoso afirmou que a situação lhe causou indignação e humilhação perante pessoas de seu círculo social”. O Tribunal de Justiça decidiu: **INDENIZAÇÃO – OFENSA AO DIREITO DE IMAGEM – EXIBIÇÃO DE FOTOGRAFIA SEM AUTORIZAÇÃO DO FOTOGRAFADO.** Em se tratando de foto exibida e publicada em jornal, sem a devida autorização do cidadão, constitui violação de direito à imagem e acarreta para o responsável pela exibição o dever de indenizar, nos termos do art. 5º, V e X da Constituição e art. 159 do Código Civil (AC 312.964-6 – TJMG – 4ª. Câmara Cível. Rel. Jarbas Ladeia, 05.09.2000).”

A imagem do idoso deve ser preservada especialmente porquanto, com o passar dos anos, sua fisionomia pode sofrer revezes e seu porte físico pode ser afetado. Imagem dele assim tirada poderia ser caricaturada, violando frontalmente seu direito à honra e à privacidade.

No que respeita à proteção aos bens e valores ressaltada pelo parágrafo em exame, registre-se que, como se mencionou acima, o idoso pode se mostrar extremamente vulnerável no que concerne aos seus bens.

<sup>16</sup> **Direitos e garantias do idoso (doutrina, jurisprudência e legislação)**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2011, pp. 52 e 53.

Veja-se a propósito decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que envolve essa temática:

**Ementa:** APELAÇÃO. LEI 10.741/2003. ESTATUTO DO IDOSO. ART. 102. APROPRIAÇÃO DE PROVENTOS DE IDOSO. EXISTÊNCIA DO FATO E AUTORIA. Existência do fato com suficiente demonstração nos autos. Comprovado que o réu apropriou-se de valores, uma vez que na posse do cartão magnético e da senha de acesso, efetuou saques da conta da vítima, bem como efetuou compras utilizando do cartão bancário da mesma, que recebe um salário mínimo de aposentadoria pelo INSS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. Pena fixada no mínimo legal, devendo ser mantida. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. [...] (Apel. Crime, 5ª. Câmara Criminal, Relator Ivan Leonor Bruxe, Comarca de Santo Cristo, Processo nº 70055331169, julgamento em 13/11/2013) quantidade de pena. PENAS SUBSTITUTIVAS. Quantitativo que permite a substituição. Réu primário. APELO DEFENSIVO IMPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70055331169, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 06/11/2013)  
§3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

A dignidade da pessoa humana consubstancia, na Constituição brasileira em vigor, fundamento do Estado Democrático de Direito, tal como se lê no art. 1º, inciso III, sendo repetida em dispositivos constitucionais como, para exemplo, o art. 230, relativo à proteção da família e do idoso. Nessa categorização, a dignidade da pessoa é princípio norteador de toda a interpretação constitucional seja referente à estruturação e funcionamento dos poderes e da organização social, política e econômica do Estado e particularmente com relação aos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional.

Preside, portanto, toda a interpretação dos direitos fundamentais dos idosos estabelecidos no texto constitucional ou em legislação infraconstitucional.

No Estatuto do Idoso *sub examine*, a dignidade da pessoa humana vem primeiramente indicada nos artigos 2º e 3º como máxima que norteia o gozo de todos os direitos fundamentais pelo idoso (art. 2º) e que impõe obrigações à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público no sentido de assegurar ao idoso “absoluta prioridade” na efetivação desses direitos (art. 3º)<sup>17</sup>.

No texto do §3º, em exame, o tratamento indigno do idoso, sob qualquer pretexto ou motivação, tal como previsto neste parágrafo, pode submeter o violador inclusive às penas da lei previstas na legislação civil ou criminal e no próprio Estatuto.

Registre-se, mais uma vez, que neste parágrafo, o Estatuto do Idoso tem como destinatária toda a sociedade em geral, o que parece incluir não apenas a comunidade civil, mas também o Estado. Resulta tal mandamento, sem dúvida, do espírito de fraternidade e solidariedade que embasam, no mundo contemporâneo, o tratamento de minorias, seja sob o conceito quantitativo, seja sobre o qualitativo, nesses casos incluindo aqueles que não podem exercer em plenitude seus direitos por razões diversas de natureza física, psicológica, econômica etc. Tal disposição pretende, não apenas impedir qualquer tipo de discriminação ou exclusão relativa-

<sup>17</sup> Remete-se o leitor aos comentários referentes aos artigos mencionados.

mente aos idosos, mas principalmente defendê-lo de tratamentos como refere o texto, desumano, degradante, vexatório ou constrangedor.

O tratamento desumano, vexatório ou constrangedor dos idosos encontra supedâneo também em documentos internacionais. Veja-se, para exemplo, a Convenção Interamericana Para Prevenir e Punir Tortura, de 1989 e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Desumanos ou Degradantes, de 1984.<sup>18</sup>

Em várias decisões judiciais encontram-se expressas referências à indispensável rejeição de tratamento desumano ou constrangedor envolvendo o idoso<sup>19</sup> e a efetiva projeção do dispositivo desse parágrafo para justificar o tratamento digno a ser atribuído ao idoso.

A maior dificuldade que decorre do texto é sua efetiva aplicação. Realmente, por intermédio muitas vezes de medidas mesmo públicas transversas a dignidade do idoso é fortemente afrontada. Veja-se, para exemplo, a questão da aposentadoria do INSS que, segundo noticiam até os meios de comunicação, vem sendo arrochada, trazendo dificuldades para o idoso até com relação à proteção da saúde e causando-lhe inegável constrangimento moral.

## REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. A qualificação da dignidade da pessoa humana nos julgados do Supremo Tribunal Federal. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo; LIESTER, Margareth (org.) **Direitos humanos fundamentais** – doutrina, prática, jurisprudência. Osasco: EDIFIEO, 2009, v. 2.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de (org.). **MiniCódigo de Direitos Humanos**. Edição revista e ampliada, Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2010.

CAMPANHOLE, Adriano; CAPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil** – compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1985.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Fundamentos constitucionais da participação popular no exercício do Poder. **Revista Mestrado em Direito – Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco: Edifio, v. 8, n. 2, pp. 29-50, 2008. DOI: <https://doi.org/10.36751/rdh.v8i2.234>. Disponível em: <https://intranet.unifio.br/legado/edifio/index.php/rmd/article/view/234>. Acesso em: 09 set. 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. v. 1 (arts. 1º a 43).

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes. **Direitos e garantias do idoso (doutrina, jurisprudência e legislação)**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2011.

LIMA, Cláudia Regina Vieira. **Políticas públicas para idosos: a realidade das instituições de longa permanência no Distrito Federal**. Disponível em: [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/6005/politica\\_idosos\\_lima.pdf?sequence=5](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/6005/politica_idosos_lima.pdf?sequence=5). Acesso em: 09 set. 2021.

MOREIRA, Aline Hack Anotações sobre os direitos dos idosos no Brasil. **Jus.com.br**, nov. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20634/anotacoes-sobre-o-direito-do-idoso-no-brasil>. Acesso em: 09 set. 2021.

## JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Regional Federal da 2ª. Região. 09/12/2013. Publicação no Diário da Justiça de 24/11/2011

18 **Minicódigo de direitos humanos**, pp. 972 e 345 e seguintes, obra cit.. No plano internacional tais documentos impedem, de modo geral, a tortura e o tratamento desumano, sem referência específica aos idosos, mas constituem exemplo de legislação que pune tais atividades que abrangerão, inclusive, os idosos.

19 Vejam-se alguns exemplos: JFRJ – Tribunal Regional Federal da 2ª. Região. 09/12/2013. Publicação no Diário da Justiça de 24/11/2011... Remete-se especificamente à aplicação do art. 10, §3º, para justificar o direito do idoso à moradia digna; Ver referências ao art. 10, § 3ª também no Diário da Justiça do Estado de São Paulo, de 21/10/2013, p. 293; no diário de Justiça do Estado do Paraná, de 05/12/2013, p. 1986; In JusBrasi – Tópicos, comentários ao art. 10, § 3º do Estatuto do Idoso, acesso em 13/01/2014.

Diário da Justiça do Estado de São Paulo, de 21/10/2013

Diário de Justiça do Estado do Paraná

Site JusBrasi – Tópico, comentários ao art. 10, § 3º do Estatuto do Idoso

Site do TJMG, Jurisprudência

## LEGISLAÇÃO

BRASIL. Senado Federal. **Código Civil – quadro comparativo – 1916-2002**. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicação – Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70309/704509.pdf?sequence=2>. Acesso em: 09 set. 2021.

# SEÇÃO V

## A IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES

## SUMÁRIO SEÇÃO V

**INTRODUÇÃO**

A IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES ..... 745

*RENATA MOTA MACIEL**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES**PATRICIA PACHECO RODRIGUES**SAMIRA RODRIGUES P. ALVES***CAPÍTULO 1**

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988, COMO MECANISMO INSTITUCIONAL NO CONGRESSO NACIONAL PARA O AVANÇO DAS MEDIDAS LEGISLATIVAS ADOTADAS EM FAVOR DAS MULHERES ..... 746

*DORINHA SEABRA REZENDE***CAPÍTULO 2**

A CONTRIBUIÇÃO FEMININA MUITO ALÉM DA IGUALDADE DE GÊNERO: O CASO MASSACHUSETTS V. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY (EPA) ..... 754

*CARÍSIA BALDIOTI SALLES VIDAL**BEYLA ESTHER FELLOUS***CAPÍTULO 3**

O ARTIGO 4º DA CONSTITUIÇÃO E A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS DE IGUALDADE DE DIREITOS ENTRE HOMENS E MULHERES: DA CONSTITUINTE À SUA EFETIVAÇÃO POR MEIO DO MERCOSUL ..... 764

*CLARITA COSTA MAIA**ELISA DE SOUSA RIBEIRO**JÚLIO EDSTRON S. SANTOS***CAPÍTULO 4**

HACIA UN ANÁLISIS INTEGRAL DE ESTEREOTIPOS: DESAFIANDO A LA GARANTÍA ESTÁNDAR DE IMPARCIALIDAD § ..... 802

*LAURA CLÉRICO***CAPÍTULO 5**

DESIGUALDADE DE GÊNERO EM PROCESSO SELETIVO: NOVAS PERSPECTIVAS COM A LGPD ..... 823

*ELISA HAMU ALMEIDA**MANUELA SIMÕES FALCÃO ALVIM DE OLIVEIRA***CAPÍTULO 6**

PARA LER A CONSTITUIÇÃO COM AS LENTES DE GÊNERO: O DIREITO À IGUALDADE E A NÃO DISCRIMINAÇÃO ..... 831

*KATYA KOZICKI**MARINA BONATTO***CAPÍTULO 7**

DIREITOS FUNDAMENTAIS E O AVANÇO DA MULHER EM RELAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ..... 843

*MARIA LUCIA MIRANDA DE SOUZA CAMARGO**ROBERTA CAMPEDELLI AMBIEL GONÇALVES*

**CAPÍTULO 8**

O PAPEL DA MULHER NO “PROCESSO CIVILIZADOR” .....	854
<i>JOSIANE ROSE PETRY VERONESE</i>	

**CAPÍTULO 9**

UMA LEITURA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA DE MENINAS E MULHERES A PARTIR DA PERSPECTIVA DE GÊNERO .....	859
<i>JULIANA ROSA GONÇALVES MOTA</i>	

**CAPÍTULO 10**

DIREITOS FUNDAMENTAIS E AÇÕES AFIRMATIVAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	868
<i>RUTH MARIA JUNQUEIRA DE ANDRADE PEREIRA E SILVA</i>	
<i>DANIELA NUNES VERÍSSIMO GIMENES</i>	

**CAPÍTULO 11**

REFLEXÕES SOBRE IGUALDADE DE GÊNERO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA ANTIDISCRIMINATÓRIA.....	884
<i>GRAZIELLY ALESSANDRA BAGGENSTOSS</i>	

**CAPÍTULO 12**

UMA ANÁLISE SOBRE A CONDIÇÃO DA MULHER FRENTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE.....	898
<i>MICHELE VILELA BULGARELI</i>	

**CAPÍTULO 13**

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA: DIREITO PREFERENCIAL E INDISPENSÁVEL À SUSTENTAÇÃO DAS DEMOCRACIAS.....	907
<i>CLÁUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO</i>	
<i>LÚCIA HELENA POLLETI BETTINI</i>	

**CAPÍTULO 14**

DISCRIMINAÇÃO POSITIVA: O PROGRAMA DE TRAINEE DO MAGAZINE LUIZA .....	915
<i>PATRICIA TUMA MARTINS BERTOLIN</i>	
<i>CLARICE SEIXAS DUARTE</i>	
<i>WALESKA MIGUEL BATISTA</i>	

**CAPÍTULO 15**

O DIREITO A NÃO DISCRIMINAÇÃO E AS MÚLTIPLAS OPRESSÕES VIVIDAS POR MULHERES NEGRAS .....	929
<i>GISELENE APARECIDA DOS SANTOS</i>	

**CAPÍTULO 16**

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS DESAFIOS PARA O COMBATE À DESIGUALDADE DE GÊNERO .....	940
<i>GABRIELA SHIZUE SOARES DE ARAUJO</i>	
<i>JULIANA CARDOSO RIBEIRO BASTOS</i>	

**CAPÍTULO 17**

DESIGUAIS ASPECTOS DA IGUALDADE DE DIREITOS ENTRE MULHERES E HOMENS PREVISTA NO ART. 50, INCISO I , DA CF. UMA ABORDAGEM CRÍTICO REFLEXIVA .....	953
<i>CLAUDIA PATRICIA DE LUNA SILVA</i>	

**CAPÍTULO 18**

A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: POR UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA AOS DIREITOS DA MULHER..... 958

*KARYNA BATISTA SPOSATO*

*LUCIANA ABOIM DE MACHADO*



# INTRODUÇÃO

## A IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES

**Renata Mota Maciel**

**Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques**

**Patrícia Pacheco Rodrigues**

**Samira Rodrigues P. Alves**

As mulheres são consideradas minorias na fruição de direitos. A [Constituição Federal de 1988](#) representou um avanço ao fazer referência expressa à igualdade entre homens e mulheres, garantindo uma igualdade formal. No entanto, é imprescindível a implantação de políticas públicas para as mulheres de maneira a assegurar igualdade de acesso ao trabalho, à educação, à política e à propriedade. As mulheres, ainda são vítimas de violência doméstica e sujeitas a dupla jornada de trabalho.

Nesse particular, a formulação e implantação de políticas públicas que assegurem igualdade de condições às mulheres na fruição de direitos individuais, sociais e econômicas são de extrema relevância para se atingir o desenvolvimento do País e uma sociedade livre, justa e solidária. É necessário combater toda forma de discriminação contra a mulher, com base no gênero.

# CAPÍTULO 1

## O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988, COMO MECANISMO INSTITUCIONAL NO CONGRESSO NACIONAL PARA O AVANÇO DAS MEDIDAS LEGISLATIVAS ADOTADAS EM FAVOR DAS MULHERES

Dorinha Seabra Rezende

### 1 INTRODUÇÃO

Diariamente se tem notícia de intrincadas questões jurídicas que são decididas por juízes de 1ª instância, pois são os que primeiro estabelecem contato com as partes, geralmente nas varas e juizados ou na 2ª instância, cujas decisões em geral provêm de desembargadores, sendo ainda possível recorrer a uma terceira instância, que são os tribunais superiores, cabendo ao Supremo Tribunal Federal (STF) as decisões dos processos que envolvem matérias constitucionais.

Nessa perspectiva, uma decisão em uma pequena cidade do Tocantins até as decisões do mais alto Tribunal, que é o STF, o qual tem como parte do seu feixe de competências, o exame das questões da Constituição, percebe-se que mesmo em Cortes altamente qualificadas, surgem em algumas audiências, exaltadas e apaixonadas discussões em jargão excessivamente técnico, quando até os aspectos que seriam próprios da matriz comum da língua portuguesa do Brasil assumem, desnecessariamente talvez, formulações arrevesadas.

Essa maneira de proceder dos operadores do direito com essas tecnicidades, a nosso ver seriam em princípio dispensáveis, pois certamente levam muitos de nós a tomar distância da Constituição, como se ela fosse um patrimônio exclusivo das práticas jurídicas, e só pudesse ser discutida e interpretada por juristas. Nessa linha de pensamento, seria, sem dúvida valioso, sermos inspirados por uma conhecida frase atribuída a Georges Clemenceau, primeiro-ministro francês durante a primeira grande guerra. A frase é a seguinte:

“A guerra é assunto demasiado grave para ser confiada [apenas] aos militares.”<sup>1</sup>

<sup>1</sup> “L’origine de cette phrase, très souvent citée par les historiens (mais sans note), est problématique puisqu’on ne la retrouve pas dans ses[de Clemenceau] discours. Même incertitude sur la forme : selon les auteurs, la guerre serait « une chose trop sérieuse » ou « trop grave » pour être « confiée aux généraux » ou « aux militaires ». Il en est même qui, dans le souci d’épargner l’honneur de l’armée, atténuent la violence du propos en ajoutant un adverbe : « La guerre est une chose trop grave pour être exclusivement confiée à des militaires. » Certains prétendent et impriment que le Tigre n’a fait que plagier Voltaire, qui aurait dit : « La santé est une chose trop importante pour être confiée aux seuls médecins. » Mais l’on ne trouve pas la moindre trace de cette citation dans les oeuvres complètes du philosophe. Il faut en convenir, Clemenceau n’a peut-être jamais prononcé cette maxime. (LE NAOUR, 2013).

E de fato tinha razão o autor desse célebre dito, pois as guerras tocam a vida de uma sociedade profunda e largamente, alcançando cada casa, cada membro dessa sociedade, afetando a sua vida espiritual e a sua vida material, trazendo angústias e sofrimentos generalizados. Então vemos que essa frase em princípio paradoxal é, com efeito, de uma verdade incontestável, pois os temas que afetam toda a sociedade não podem ficar restritos a esse ou àquele grupo, a essa ou àquela categoria de profissionais.

Ora, poderíamos nessa linha dizer que “a Constituição é também assunto demasiado sério para ser deixada apenas com os juristas”. Com efeito, a Constituição é documento político que toca o espaço de todos e de cada um, e não podemos simplesmente delegar a um grupo restrito a nossa obrigação de interpretá-la, mas cabe a todos nós emprestar-lhe substância com as nossas lutas e sentido com as nossas interpretações.

Com essas palavras, à guisa de introdução, quero dizer que, sendo pedagoga e não jurista, sinto-me como cidadã e enquanto Parlamentar, à vontade para interpretar a nossa Constituição do ponto de vista da mulher e reconheço nessa maneira de proceder uma fecunda fonte de descoberta de direitos para a sociedade, especialmente para a mulher, para a juventude e para os despossuídos em geral (a esse propósito, remeto a leitora e o leitor à nota nº5). Evidentemente, nessa minha abordagem não tenho, nem faria sentido, a pretensão de entrar na discussão de questões estritamente judiciais, da chamada “prática jurídica”, que é a legítima atividade do Poder Judiciário, de seus Tribunais e dos operadores do direito em geral. Meu foco, como educadora e parlamentar, é a Constituição da República, enquanto documento político essencial da nação<sup>2</sup> para produção de direitos.

E os que tivemos a chance de ver nascer a [Constituição de 1988](#)<sup>3</sup>, com a tarefa de pacificar o país e abrir-lhe novos horizontes, lembramos que ela é o coroamento de longas lutas, cujas bandeiras foram levadas com entusiasmo cívico pelas brasileiras e pelos brasileiros. É o documento de referência número um para a consolidação dos direitos da mulher, o qual devemos invocar sempre em favor de nossas causas, que acontecem em uma sociedade ainda muito injusta, onde o simples fato de ser mulher pode ser um terrível fardo a mais para carregar. Essa é, infelizmente, a realidade da condição feminina em nossa sociedade, a realidade que nós mulheres temos de superar, com a nossa luta, com a nossa união e com a nossa sensibilidade.

## 2 DIREITOS INDIVIDUAIS, DIREITOS SOCIAIS E A MULHER

Sendo a luta das mulheres pelo reconhecimento pleno de sua cidadania, é notável, sob esse aspecto, o capítulo I dos direitos e deveres individuais e coletivos da [Constituição de 1988](#), que aí está como farol que deve orientar a nossa intervenção política no longo caminho para a superação das desigualdades estruturais de nossa sociedade.

<sup>2</sup> E poderíamos encontrar arrimo mesmo em juristas famosos, escrevendo em 1889, vale lembrar, o prefácio à nona edição de seu consagrado livro “**A Luta pelo Direito**” de Rudolph. von Jhering que dizia de tal obra: “Não é, absolutamente, uma pura tese jurídica, mas uma tese de moral prática que eu persegui, desde a origem, na elaboração. Deste escrito.” enfim, inspirados em Jhering, poderíamos dizer que não estamos no puro terreno do direito, mas no puro terreno da luta pelo direito( isto é, no domínio da moral prática. (IHERING, 1890).

<sup>3</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 21 out. 2020.

O art. 5º desta Carta Magna, em seu caput, proclama a igualdade de todos perante a lei. Por ele já se anuncia que os tratamentos discriminatórios não podem ter lugar em face da lei. Mais, ainda no caput, proclama-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Não se pode aqui restringir (ou violar) o exercício pleno da vida, de um ser dotado de liberdade, isto significa que a dignidade da mulher e a sua soberania sobre a própria vida, incluindo seu corpo, deve ser respeitada.

Ademais a igualdade é sua condição natural e deve ser protegida para que ela possa viver em segurança como sujeito de direito da propriedade, isto é, como um ser apto a praticar todos os atos da economia e nela ocupar todas as posições. Temos nesse dispositivo um arcabouço protetor para tantas lutas da mulher em sua busca pelos seus direitos, a proteção à maternidade, a proteção aos seus direitos reprodutivos e o respeito à sua condição feminina, tudo isso está aqui incluso, de forma abstrata e silente como se a Constituição dissesse: “Nenhuma de suas bandeiras, mulher, foge ao universo de meu texto, particularmente do meu art. 5º em seu caput e em seu inciso I.”

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

**I** – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.<sup>4</sup>

Não sejamos, todavia, ingênuas! O direito passa a existir legalmente do momento em que é materialmente enunciado na Constituição ou em alguma lei. E da existência em lei à sua prática, quantas lutas e tantos esforços ainda são necessários. Aliás, o inciso I do art. 5º da CF/1988 traz um balizamento importante em referência à igualdade entre os varões e as mulheres: “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição.” Esse inciso é uma bússola e marca a primeira aparição do termo “mulher” no texto da Constituição de 1988 como conceito fundante, que é biológico, social e espiritual, tornando assim de fato a nossa lei suprema, merecedora do codinome, “Constituição Cidadã”.

Ressalte-se que o art. 3º, inciso IV da nossa Carta Fundamental já coloca como objetivo essencial de nossa ordem constitucional “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Trata-se de uma primeira abordagem ao combate às desigualdades, todavia, nesse ponto o princípio da igualdade, de modo expresso, não está posto.

A abstração, que acabo de apontar no caput do art. 5º e que inclui certamente o seu inciso I, funciona, todavia, como um campo, sempre aberto, para extração de novos direitos, sendo assim importante referência posta na Constituição na luta das mulheres por mais justiça e igualdade. Mas, é claro, extraído o novo direito, a norma abstrata parece adquirir um novo sentido. Neste aspecto, Rudolf von Ihering, filósofo do direito, em

4 BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 21 out. 2020.

sua obra clássica, “A Luta Pelo Direito” (1997<sup>5</sup>) poderia dizer que a norma concreta recebe sua vida e sua força da norma abstrata, mas em reciprocidade aquela devolve à última mais vida e mais força.

### 3 EXEMPLOS DE EXPLICITAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DIREITO E A MULHER NA CONSTITUIÇÃO

Tomemos alguns exemplos de concretização do caput do inciso I do art. 5º, para ilustrar aquilo de que falávamos ainda há pouco tempo.

1) Começamos analisando a desigualdade de salários, que infelizmente persiste em quase todo o mundo. Políticas que vierem efetivamente a inibir essas iníquas diferenças estão em plena consonância com o enunciado do caput do art. 5º de nossa atual Constituição. Porém, no art. 7º, XXX, o qual já está posicionado nos direitos sociais, a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil aparece de modo expresso. Nesse sentido, sendo proibição, estamos diante de uma disposição negativa, a qual assegura que não venham pairar dúvidas a esse propósito. Se no enunciado abstrato (conjunto do caput e de seu inciso I), impera entre homens e mulheres a isonomia universal, no inciso XXX do art. 7º, “não” pode haver desigualdade por motivo de gênero, cor ou estado civil. Para assegurar esses direitos, é imprescindível que estejam disponíveis e atuantes os serviços do Estado, como a fiscalização do trabalho com seus respectivos agentes em diferentes níveis, a Defensoria Pública com toda a sua estrutura, o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho. Para que tais instituições estejam em condições de atuar no âmbito a que estou me referindo, exigem-se leis, inclusive orçamentárias que tornem tal atuação possível. A ação política em favor da mulher e de outros grupos inclusos no inciso XXX do art. 7º não pode deixar escapar esses aspectos.

2) A proteção à maternidade e à infância, (conceitos que aparecerão, assim nominados, nos direitos sociais, no art. 6º), já está de alguma forma, ainda que abstratamente, na abertura do art. 5º, no conceito de segurança, do mesmo modo que a educação, espaço de minha atuação profissional, que também aparecerá no art. 6º, já está, de alguma maneira, inclusa na universalidade do caput do art. 5º. Vemos aqui que o conceito de segurança tem uma amplitude muito significativa, estando muito além das indispensáveis ações das forças de segurança (tomadas nesse ponto em seu sentido estritamente policial). Ora, como pode uma mãe ou uma jovem grávida sentirem-se seguras se não se lhes ocorre o apoio necessário em tais circunstâncias? Serviço de saúde, licença-maternidade, alimentação, pré-escola, creches etc. Em correspondência a tais demandas, há sempre a necessidade de leis, atos administrativos, e financiamento, o qual sempre deve acontecer em consonância com as leis e planos orçamentários.

3) A educação, vale ressaltar, que também aparece no art. 6º da CF/1988, é um direito e uma ferramenta emancipatória essencial, capaz de gerar autonomia e liberdade e contribuir para segurança dos indivíduos e da

<sup>5</sup> IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

sociedade, e as mulheres têm sabido, com dedicação, ocupar com dignidade esse espaço, mostrando sua capacidade cognitiva, sua sensibilidade e seu poder de concentração de tal sorte que, a despeito das diferenças e iniquidades persistentes, as universidades sejam cada vez mais femininas, com as mulheres mostrando a que vêm. Mas para que se assegure esse direito social, é preciso cuidar dele desde a pré-escola até os seus níveis mais altos. A chamada educação básica, que abarca o ensino infantil, o ensino fundamental e o ensino médio é a porta para a cidadania e para um futuro melhor para todos os brasileiros, homens e mulheres. A viabilização de cada ato em nível da educação básica requer uma intrincada cadeia de financiamento, a qual vem de receber dignidade constitucional, isto é, foi constitucionalizada de modo permanente a principal ferramenta de financiamento do ensino básico, que é o FUNDEB<sup>6</sup>, BRASIL.<sup>7-8</sup> O que significa essa constitucionalização? Ela garante a estabilidade do projeto da escola básica, ao ser menos vulnerável a mudanças, por estar no texto da Constituição. Tive a honra de ser a relatora dessa matéria na Comissão Especial, que a analisou na Câmara dos Deputados, e posso dar o meu testemunho de que a mobilização em favor da Proposta teve participação decisiva das mulheres educadoras e das mulheres Parlamentares.<sup>9-10</sup>

Fica evidente também aqui que não se pode falar em igualdade entre homens e mulheres, se não se garante à mulher a possibilidade de obter sua formação em nossos sistemas de ensino. Demais, a escola pode ser um centro onde se passam os melhores valores e se combatam desde sempre os preconceitos que estão postos culturalmente em relação à mulher.

4) A violência contra qualquer ser humano é sempre odiosa, todavia a violência contra a mulher, impulsionada pelos preconceitos que se cristalizaram ao longo da história, é especialmente repugnante. Agressões de todo o tipo, estupro, assassinatos, tudo isso causa a nossa justa indignação. Essas questões, que muitas vezes são difíceis de trabalhar, até pela emoção que provocam, têm recebido a especial atenção da bancada parlamentar feminina, bem como respostas legislativas à altura do problema. É preciso aqui dizer que a **Lei nº 11.340**, de 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha<sup>11</sup> é um marco no combate à chamada ine-

6 “O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb é um fundo especial, de natureza contábil e de âmbito estadual (um fundo por estado e Distrito Federal, num total de vinte e sete fundos), formado, na quase totalidade, por recursos provenientes dos impostos e transferências dos estados, Distrito Federal e municípios, vinculados à educação por força do disposto no art. 212 da Constituição Federal. Além desses recursos, ainda compõe o Fundeb, a título de complementação, uma parcela de recursos federais, sempre que, no âmbito de cada Estado, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente. Independentemente da origem, todo o recurso gerado é redistribuído para aplicação exclusiva na educação básica (FNDE, 2020).

7 BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei n o 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis n os 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 jun.2007 e retificado em 22 jun. 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111494.htm) Acesso em: 21 out. 2020.

8 BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Constitucional nº 108, de 26 de agosto de 2020. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei n o 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis n os 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 ago. 2020a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc108.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc108.htm). Acesso em 21 out. 2020.

9 A Frente Parlamentar em Defesa dos Direitos da Mulher é um importante grupo de articulação das mulheres Deputadas e um dos mais ativos no âmbito da Câmara dos Deputados. Recentemente, criou-se o Grupo de Trabalho sobre Mulher e Economia (BRASIL, Câmara dos Deputados, Portaria nº 001, 17/8/2020).

10 BRASIL. Câmara dos Deputados. Portaria nº 001, de 17/08/2020. EMENTA: Cria no âmbito da Secretaria da Mulher da Câmara dos Deputados, Grupo de Trabalho com a finalidade de promover estudos, analisar projetos de leis em tramitação e enviados pelo Poder Executivo e apresentar proposições para superação dos impactos econômicos da Pandemia da Covid-19 na vida das mulheres brasileiras e desigualdade de gênero no mercado de trabalho. **Diário da Câmara dos Deputados**: Suplemento, Brasília, DF, 26/8/2020b, p. 4. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020200826S01470000.PDF#page=4>. Acesso em: 21 out. 2020.

11 BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir,

ficiência seletiva do Estado, onde durante muitos anos as denúncias da mulher na condição de vítima nem sequer se faziam ouvir nas delegacias e nos juizados. E com certeza esse marco pauta positivamente o modo de enfrentar a violência contra a mulher também no Parlamento, onde a questão finalmente adquiriu a densidade merecida, especialmente pela ação das mulheres Parlamentares. E todas aqui sabemos, mais que todos, que na violência se esquece, totalmente, a igualdade e a dignidade da agredida. Também aqui nossa intervenção é não somente em favor da integridade física e emocional da mulher, mas também em favor dos princípios constitucionais da igualdade (art. 5º e da dignidade (art. 1º, III, da CF/1988).

5) Ainda em continuidade aos avanços na legislação infraconstitucional de proteção e combate à violência contra a mulher, ressalte-se que de 2019 até outubro de 2020 já foram sancionadas diversas leis em favor da mulher. Tais legislações em sua maioria alteram leis que já existiam, mas que precisavam ser reformuladas para atender, de forma efetiva, às necessidades das mulheres. É importante destacar que essas conquistas foram resultados da articulação do Poder Legislativo em parceria com órgãos como a Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, organismos não governamentais, como a ONU Mulher Brasil, além de outros órgãos que atuam também junto à Bancada Feminina da Câmara dos Deputados na luta para garantir a isonomia jurídica entre homens e mulheres no âmbito familiar e doméstico; além de buscar eliminar a discriminação contra a mulher, no mercado de trabalho.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para concluir, eu diria que a apreensão desse importante fenômeno, que é a lei, é muito diferente, se a perspectiva é de um jurista, o que exige inclusive a formação própria, ou se a perspectiva é de uma simples cidadã ou de um simples cidadão, que pode ser uma Parlamentar ou um Parlamentar. O jurista vê a lei como forma de identificar um problema ocorrido ou de afastá-lo, no caso de reconhecer a conformidade do fato ou da norma com o sistema legal posto. Faz isso, especialmente em nossa tradição luso-brasileira, valendo-se, com frequência, de um cerrado jargão técnico, que muitas vezes arrevesam os usos próprios da língua comum. Esse modo de apropriação da lei pelos juristas e o tipo de cobertura que recebe na mídia acabam por afastar o cidadão das leis e, de modo particular, desse importante documento político que é a Constituição da República.

A Parlamentar ou o Parlamentar apreendem o fenômeno-lei em suas conexões, visando a resolver problemas concretos que alcançam, em princípio, coletividades e estão postos para o presente e para o futuro. Para que a merenda chegue, ou continue chegando, àquela menina ou àquele menino no ensino básico, são neces-

sárias várias normas (isto é, comandos legais) em um desenho especial de suas possíveis articulações. Essa perspectiva conformaria as interpretações da legisladora ou do legislador.

Em toda a interpretação, põe-se a questão dos sentidos envolvidos, das valorações apreendidas ou produzidas, da linguagem de apreensão do objeto. É precisamente aqui que, de alguma forma, a hermenêutica (prefiro, sinceramente, a palavra interpretação!) da legisladora e a hermenêutica do legislador são diferentes. O modo-mulher é uma realidade incontornável e, por natureza, fecunda, cujos sentidos são ora perscrutáveis, ora talvez imperscrutáveis.

Suponhamos dois casos em que os sentidos do modo-mulher sejam perfeitamente perscrutáveis. Permitam-me um parêntese para situá-los (ia me esquecendo), a pauta da mulher vai-se ampliando na Câmara Federal. Recentemente nós Deputadas criamos o Grupo de Trabalho sobre Mulher e Economia.<sup>12</sup> Afinal, a mulher enfrenta na economia problemas concretos que lhe são próprios<sup>13</sup> Por exemplo, às vezes empresas evitam a contratação de jovens mulheres com receio de que engravidem e quebrem a dinâmica do empreendimento, causando-lhe prejuízos, ou pode acontecer de se discutir o mercado do batom<sup>14</sup>). Alguém teria alguma dúvida de que aquilo que passará pela cabeça das Deputadas ou Senadoras nesses dois casos, para além de suas diferenças políticas, será diferente do que passará pela cabeça dos Deputados ou Senadores?

Esses são exemplos de sentidos ou valorações produzidas pelo modo-mulher, os quais terminam por cunhar uma maneira de interpretar as leis e os eventos legislativos.

Diante dessas reflexões, como agente política e legisladora posso afirmar que esse artigo, em sua generalidade, assegura a todas nós que as nossas bandeiras, que tentamos explicitar, estão plenamente em sintonia com a letra e o espírito da Constituição. Não são, portanto, bandeiras desgarradas do documento mais importante do nosso País. Nossas intervenções políticas em favor da mulher, a despeito de toda a resistência que atraem, não se inserem no âmbito das posições contra a lei, mas são em favor da lei e do aperfeiçoamento do estado de direito.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Audiências interativas:** lançamento do Grupo de Trabalho sobre Mulher e Economia da Secretaria da Mulher. Brasília: Câmara dos Deputados. 2020c. Disponível em: <https://edemocracia.camara.leg.br/audiencias/sala/1629>. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Portaria nº 001, de 17/08/2020. EMENTA: Cria no âmbito da Secretaria da Mulher da Câmara dos Deputados, Grupo de Trabalho com a finalidade de promover estudos, analisar projetos de leis em tramitação e enviados pelo Poder Executivo e apresentar

12 BRASIL. Câmara dos Deputados. Portaria nº 001, de 17/08/2020. EMENTA: Cria no âmbito da Secretaria da Mulher da Câmara dos Deputados, Grupo de Trabalho com a finalidade de promover estudos, analisar projetos de leis em tramitação e enviados pelo Poder Executivo e apresentar proposições para superação dos impactos econômicos da Pandemia da Covid-19 na vida das mulheres brasileiras e desigualdade de gênero no mercado de trabalho. **Diário da Câmara dos Deputados:** Suplemento, Brasília, DF, 26/8/2020b, p. 4. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020200826S01470000.PDF#page=4>. Acesso em: 21 out. 2020.

13 No ato de criação de Grupo de Trabalho sobre Economia e Mulher por meio da Portaria nº 001, de 17/08/2020, da Câmara dos Deputados tive a oportunidade de salientar que o recorte-mulher não é exclusivista, e alcança, na atividade e produção legislativa das mulheres Deputadas, outros grupos. Com efeito, a juventude e os despossuídos em geral são aqui também alcançados. (BRASIL, 2020c)

14 Quantas vezes a palavra batom aparece na vida de um homem, e quantas aparece na vida de uma mulher? Sem dúvida, a palavra batom aparece muito mais na vida das mulheres. Não é à toa que a Bancada feminina ficou conhecida na Constituinte de 1988 como a Bancada do Batom. Na época havia apenas 26 mulheres deputadas em defesa dos direitos das mulheres, mas que demonstraram seu poder de coesão ao contemplar no texto constitucional direito fundamental para a cidadania das mulheres (PASSARELLI, 2018).



proposições para superação dos impactos econômicos da Pandemia da Covid-19 na vida das mulheres brasileiras e desigualdade de gênero no mercado de trabalho. **Diário da Câmara dos Deputados**: Suplemento, Brasília, DF, 26/8/2020b, p. 4. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020200826S01470000.PDF#page=4>. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Constitucional nº 108, de 26 de agosto de 2020. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei nº 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis nºs 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 ago. 2020a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc108.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc108.htm). Acesso em 21 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei nº 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis nºs 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 jun. 2007 e retificado em 22 jun. 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111494.htm) Acesso em: 21 out. 2020.

Disponível em: <https://arte.estadao.com.br/focas/capitu/materia/lobby-do-batom-mostrou-poder-de-coesao-feminina-na-constituicao-de-1988>. Acesso em: 21 out. 2020.

FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO (FNDE). **Sobre o Fundeb**: o que é? Brasília: FNDE / MEC, 2020. Disponível em: <http://www.fnde.gov.br/financiamento/fundeb/>. Acesso em: 21 out. 2020. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 21 out. 2020.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

IHERING, Rudolf Von. **La lutte pour le droit**. Paris: Marescq Aine, 1890.

LE NAOUR, Jean-Yves. La guerre: c'est une chose trop grave pour la confier à des militaires » georges clemenceau, 1887. **História**, edição especial n. 9, jan./fev. 2013. Disponível em: <https://www.historia.fr/ki-ka-di/%C2%AB-la-guerre-cest-une-chose-trop-grave-pour-la-confier-%C3%A0-des-militaires-%C2%BB-georges-clemenceau>. Acesso em: 09 set. 2021.

PASSARELLI, Vinicius. Lobby do batom mostrou poder de coesão feminina na Constituição de 1988: deputadas eram apenas 26 em 559, mas texto contempla direitos defendidos pelas mulheres e deixa claro seu caráter cidadão. São Paulo: **Jornal O Estado de S. Paulo**; Arte Estádio / Capitu. 2018.

## CAPÍTULO 2

# A CONTRIBUIÇÃO FEMININA MUITO ALÉM DA IGUALDADE DE GÊNERO: O CASO MASSACHUSETTS V. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY (EPA)

Carísia Baldioti Salles Vidal

Beyla Esther Fellous

### INTRODUÇÃO

Na década de 50, raras eram as moças que buscavam a graduação. Sobretudo no meio jurídico, a visão conservadora impedia ou dificultava em muito o acesso feminino. Neste cenário, muitas mulheres foram pioneiras e desbravaram o caminho para a ampliação da presença feminina.

Na França, Madame Curie<sup>1</sup> fez história como a primeira professora da Sorbonne em 1906 e a primeira a ganhar o prêmio Nobel<sup>2</sup>. Marie perdeu tragicamente seu marido e companheiro de pesquisa Pierre Curie. Não se intimidou e seguiu com seus filhos pequenos a batalha incansável de professora e cientista. Graças ao mecenato de Henri de Rothschild, criou a *Fondation Curie* e inspirou centros de combate ao câncer no mundo inteiro.

Por aqui, Esther Figueiredo Ferraz foi pioneira e acumulou as posições de primeira professora na Faculdade de Direito da USP na década de 50, primeira Reitora no Mackenzie e a primeira Ministra de Estado no Brasil, na década de 80<sup>3</sup>.

Nos Estados Unidos não foi diferente. A Faculdade de Direito de Harvard era um ambiente majoritariamente masculino. As primeiras moças precisavam superar seus pares em coragem e capacidade intelectual para conquistar seu espaço. Neste cenário, Ruth Bader Ginsburg era uma entre nove mulheres a cursar direito em Harvard em uma turma de 500 rapazes. O sonho de advogar não se realizou de imediato. Muitas portas se fecharam para a melhor aluna da turma, que finalizou a graduação em *Columbia University*<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> “Première femme professeure et titulaire d’une chaire à la Sorbonne, à décrocher deux prix Nobel et à entrer au Panthéon pour son propre mérite... À bien des égards, Marie Curie, née Maria Skłodowska, a eu un parcours remarquable. Elle fait figure, aujourd’hui encore, de femme d’exception”. Disponível em <https://curie.fr/dossier-pedagogique/marie-curie-une-femme-de-premieres>

<sup>2</sup> Marie Curie foi a primeira mulher a receber o primeiro prêmio Nobel em 1903 e o segundo em 1911.

<sup>3</sup> Ministra da Educação do Governo Figueiredo em 1982. A Emenda Calmon, que garante atribuição de percentuais mínimos de gastos da União, dos Estados e dos municípios em educação foi aprovada na sua gestão e segue até hoje como uma das mais relevantes normas da área educacional.

<sup>4</sup> Even her exceptional academic record was not enough to shield her from the gender-based discrimination women faced in the workplace in the 1960s. [https://www.oyez.org/justices/ruth\\_bader\\_ginsburg](https://www.oyez.org/justices/ruth_bader_ginsburg)

A percepção da desigualdade de gênero foi vivida na própria pele. Para Ruth, as portas se fecharam em razão de sua condição mulher e mãe-judia<sup>5</sup>. Professora Universitária, renomou-se anos depois ao advogar *pro-bono* em causas relacionadas à discriminação de gênero<sup>6</sup>. A primeira delas, referente a uma norma tributária discriminatória que limitava a possibilidade de dedução do serviço de cuidador de idosos apenas para mulheres, deixando seu cliente, o Sr. Moritz, em situação contrária ao princípio da isonomia entre os contribuintes sendo, portanto, inconstitucional<sup>7</sup>.

Em 1980, o presidente americano Jimmy Carter a indicou para integrar a Corte de Apelação do Distrito de Columbia e em 1993 foi indicada pelo presidente Bill Clinton à Suprema Corte Americana. Diferentemente do sistema brasileiro, a Suprema Corte dos Estados Unidos não prevê aposentadoria compulsória por idade, razão pela qual Ruth Ginsburg ali permaneceu até perder uma dura batalha contra o câncer e deixar fisicamente esse mundo em 18 de setembro de 2020, aos 87 anos, no dia do *Rosh Hashaná*, ano novo judaico de 5781.

Ruth Bader Ginsburg, também conhecida como *notorious RBG*, grande professora e magistrada, deixou um imenso legado que não se limita a questões de igualdade de gênero e direitos civis, mas também, em questões de relevante impacto em matéria de proteção ambiental, tendo participado do emblemático julgamento de *Massachusetts v. Environmental Protection Agency (EPA)* que enfatizou a autoridade da *Environmental Protection Agency (EPA)* para regular os gases poluentes geradores do efeito estufa.

Ruth Ginsburg manifestou-se favorável à maioria em uma decisão apertada de 5 votos a 4. O caso, levado à Suprema Corte em 2006 e decidido em 2007, concluiu que a *Environmental Protection Agency (EPA)* teria autoridade para regular os gases de efeito estufa que são expelidos pelos escapamentos dos carros, nos termos da *Clean Air Act*. A Suprema Corte norte-americana, composta pela juíza Ruth Bader Ginsburg, ao exercer o controle judicial das decisões de atos normativos das agências reguladoras independentes fez história com decisão considerada um marco na luta contra o aquecimento global.

## O PANORAMA DA REGULAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Até a década de sessenta, a regulação nos Estados Unidos consistia, basicamente, nos esforços por parte dos governos federal e estadual em controlar os preços e a entrada de novos agentes econômicos em setores como telecomunicações e transportes. Assim, as agências americanas foram criadas pelo Legislativo de forma a colaborar com o Executivo no processo de gestão pública.

<sup>5</sup> “Sou uma juíza, nascida, criada e orgulhosa de ser judia. A busca pela justiça corre por toda a história e tradição judaicas.” afirmou no Comitê Americano Judaico. Para a professora de história da Universidade da Califórnia, a biógrafa da juíza, Jane Sherron de Hart, a mãe de Ruth a incentivava a ser independente e sábia como as grandes mulheres da tradição bíblica judaica.

<sup>6</sup> Ginsburg also directed the influential Women’s Rights Project of the American Civil Liberties Union during the 1970s. In this position, she led the fight against gender discrimination and successfully argued six landmark cases before the U.S. Supreme Court. [https://www.oyez.org/justices/ruth\\_bader\\_ginsburg](https://www.oyez.org/justices/ruth_bader_ginsburg)

<sup>7</sup> Moritz x Commissioner, 1972.

A partir de então, esse movimento regulatório intensificou-se e o governo federal passou a regular a produção do petróleo, as diversas fases da produção de energia, de controle à poluição ambiental, segurança no ambiente de trabalho, além das relações de consumo.

A justificativa central para a ampliação da atividade regulatória baseou-se, em suma, na falta de habilidade do mercado em lidar com problemas estruturais específicos. A regulação passou a ser, justamente, o mecanismo capaz de superar as falhas do mercado. Essa regulação, concretizada pela criação de novas regras, institui uma determinada forma de organização e funcionamento da economia, de tal modo que permite a preservação do sistema capitalista vigente por meio de normas que superem os problemas de fragmentação da sociedade, permitindo assim a manutenção dos mercados.

O poder normativo das agências americanas, portanto, fundamenta-se na delegação de competência normativa do Legislativo, que transfere razoável liberdade para a Administração Pública normatizar determinadas áreas.

Não obstante a Constituição norte-americana não faça menção alguma às agências; e mesmo considerando que os Constituintes não previram a possibilidade de delegação de poderes legislativos, a doutrina, contudo, confirma que a delegação sempre ocorreu. Não por acaso, o Direito Administrativo Norte Americano é considerado fundamentalmente o Direito das Agências.<sup>8</sup> Neste sentido, Kenneth Warren<sup>9</sup> afirma que o direito administrativo norte-americano compreende a transferência dos poderes do legislativo às agências reguladoras, o exercício destes poderes pelas agências e o controle deste exercício pelos Tribunais.

Em outras palavras, as agências americanas recebem delegação legislativa do Congresso. As normas expedidas pelas agências (cuja elaboração está sujeita a minuciosas regras procedimentais impostas pelo *Administrative Procedure Act* -APA – de 1946) tem valor de lei e a operatividade própria da lei – aplicabilidade a todos os casos da mesma espécie. Sobre a legislação editada pelas agências, contudo, é exercido rigoroso controle judicial.

## O CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES

As agências reguladoras norte-americanas possuem competência para julgar administrativamente, executar políticas públicas e regulamentar leis por delegação do Congresso. Estes poderes não afastam da apreciação do judiciário a análise das normas editadas pelas agências, pelo que a Corte Suprema norte-americana, ao longo de mais de um século, com base no princípio do processo legal em sentido substantivo, examina a razoabilidade de referidas normas perante conceitos indeterminados previstos nas leis e na Constituição.

<sup>8</sup> SCHWARTZ, Bernard. *Administrative law*. A case book. 3 ed. [s.n.: S.I.]: 1998. p. 57.

<sup>9</sup> WARREN, Kenneth. *Administrative law in the political system*. 5th ed. [Nashville, Tennessee]: Westview Press, 2010.

Em um breve comparativo com as agências brasileiras é possível destacar que, o contexto político, ideológico e econômico em que se deu a implantação das agências reguladoras no Brasil, durante a década de 90, foi diametralmente oposto ao norte-americano. Com efeito, o modelo regulatório brasileiro foi adotado por conta de um processo de privatizações e desestatizações, para o qual a chamada reforma do Estado era um requisito essencial.

No contexto brasileiro, portanto, agência reguladora é uma autarquia especial, criada por lei, também com estrutura colegiada, com a incumbência de normatizar, disciplinar e fiscalizar a prestação, por agentes econômicos públicos e privados, de certos bens e serviços de acentuado interesse público, inseridos no campo da atividade econômica. O Poder Legislativo entendeu por bem destacar e entregar à regulamentação autônoma e especializada de uma entidade administrativa relativamente independente da Administração Geral.

Muito embora existam algumas semelhanças com o modelo norte americano, no Brasil não há que se falar em delegação do poder de legislar para as autarquias de regime especial, posto que estas, mediante a descentralização dos poderes outorgados constitucionalmente ao executivo, exercem função regulamentar imposta pela ordem constitucional, podendo fazer referência ao ente que confere função regulamentar ou autorizar que a lei assim o faça.

A função exercida pela agência confere direitos e estabelece obrigações, não pela transferência da atividade legislativa, mas pela autorização constitucional de descentralização e regulação.

Uma vez que as agências reguladoras norte-americanas, diferentemente das agências brasileiras, possuem independência em relação ao Poder Executivo, não estando submetidas ao controle hierárquico, estas são autorizadas a elaborar algumas regras jurídicas e aplicá-las aos casos concretos, com poderes, inclusive, para fiscalizar, investigar, punir e decidir controvérsias.

Reitere-se, contudo, que ao analisar as normas editadas por delegação, impôs a Suprema Corte americana o critério da razoabilidade, quer dizer, o da adequação entre normas e o fim depreendido do *standard*. E aferindo tal razoabilidade, passou, de fato, a exercer um controle de fundo sobre a legislação delegada<sup>10</sup>.

Em outras palavras, a Corte Suprema, mediante a apreciação dos casos concretos, ao interpretar a Constituição de forma diferente no decurso do tempo, alterando-a, ampliando-a, adaptando-a às constantes exigências sociais foi acolhendo a doutrina da delegação de função normativa às agências a interpretação, através de decisões nem sempre pacíficas da Corte Suprema.

No que tange ao entendimento quanto à possibilidade de delegação legislativa no direito norte americano, a Suprema Corte invalidou, por inconstitucionalidade, várias leis que delegavam a produção de leis ao Poder Executivo. Referidos posicionamentos passaram por um processo evolutivo lento e contraditório, desde a negação à possibilidade de o Congresso transferir suas funções, iniciando a aceitação pelas teorias da *con-*

<sup>10</sup> COWIN, Edward S. *The president – office and power* 4th ed. New York: New York University Press, 1957. p. 130.

*tingented delegation, named delegation* e afinal, com a *filling in details*. Todas essas teorias têm em comum a possibilidade de o titular da atribuição legislativa se limitar a cumprir os fins e objetivos do legislador, comportando discricionariedade mínima para preencher as lacunas deixadas na lei formal.

Ao longo do tempo, o entendimento da Suprema Corte passou a distinguir entre abdicação e delegação legislativa. O Congresso estabeleceria padrões (*standards*)<sup>11</sup> deixando a outros órgãos o cargo de estabelecimento de regras subordinadas, dentro dos limites (*standards*) aos quais o plano formulado pelo legislador é aplicável. Na ausência de tais *standards*<sup>12</sup>, ou sendo estes vagos e imprecisos, haveria abdicação do Congresso do seu poder de legislar.

No mesmo período, de forma a possibilitar a recuperação pelo Congresso, da função atribuída ao Executivo, desenvolveu-se o *intelligible principle*, cuja interpretação passa a ser cada vez mais permissiva e flexível. Neste contexto evoluem os chamados *meaning standards*, que permitem a predeterminação pela lei do poder das agências ao estabelecer princípios ou diretrizes suficientes e claras até os chamados *meaningless standards*, que não permitem essa limitação dos poderes administrativos. Ausentes esses requisitos, a delegação converte-se em abdicação, vedada pelo princípio da separação dos poderes, podendo a inconstitucionalidade da delegação ser declarada pela Suprema Corte.

Ainda sobre o tema, em *Panamá Refining Company v. Ryan 293 US 388 (1935 – Gerald Gunther, citando o caso Panamá Refining Co. v. Ryan* enfatiza que os *standards* devem ser minuciosos. A definição dos *standards* é vital para a validade da delegação, não podendo tornar-se uma prerrogativa vaga e indefinida conferida ao Executivo, inviabilizando até mesmo o controle dos atos do Presidente ou das agências.

Durante a última metade do século passado, as agências norte-americanas gozavam de amplo poder normativo e exerciam a função de dirimir litígios às atividades por elas disciplinadas, sendo que a edição da Lei Geral de Procedimento Administrativo (APA – *Administrative Procedural Act*)<sup>13</sup>, trouxe uniformidade ao processo de tomada de decisões pelas agências, conferindo-lhes maior legitimidade na medida em que as normas editadas pelas agências norte-americanas são submetidas à participação do cidadão pelo sistema de publicidade prévia.

11 Mas de acordo com *the United States v. Curtiss-Wright Export Co.*, 299 U.S. 304 (1936), as cortes decidiram constantemente em favor do direito do Congresso de delegar sua autoridade, assim como o Congresso estabeleceu alguns significantes modelos para guiar os administradores nos seus esforços de implementar políticas governamentais. No caso *United States v. Chicago, M., St. P. and P.R.R.*, 282 U.S. 311, 324 (1931), firmou-se a necessidade de a delegação ser feita observando-se certos padrões, sob pena de se converter em abdicação e proporcionar o arbítrio do Executivo. Esses padrões devem permitir que a atividade do Executivo seja orientada e limitada pela lei, permitindo assim o controle de seus atos normativos.

12 Em *Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins* (310 U.S. 381;1940) (20), a corte notou que o Congresso deveria delegar alguns de seus poderes legislativos para escapar da futilidade legislativa. No caso *SEC v. Chenery Corp.*, 332 U.S. 194 (1947), (21) a Corte assumiu posição de que a delegação de poderes legislativos é aceitável se o administrador “strive to do as much as they reasonably can to develop and to make know the needed confinements of discretionary power through Standards, principles and rules.”

13 A Lei do processo administrativo de 1946 é uma exposição dos princípios que devem reger o processo administrativo, destinando-se a proteger o cidadão dos riscos do processo administrativo incerto e desorganizado que pode resultar na ação arbitrária. Ao mesmo tempo, essa lei procura preservar ao máximo a flexibilidade, a eficiência e anormalidade da repartição pública, razão pela qual seus preceitos processuais se dividem em delegação legislativa e julgamentos administrativos (que, em regra, seguem a lógica do judicial). Sobre a legislação delegada, estabelece sistema de publicidade prévia (publicação no registro federal dos atos ou regulamentos propostos), proporcionando participação aos interessados por meio de sugestões para obter alguma democratização do processo normativo sem, ao mesmo tempo, destruir a sua flexibilidade, impondo exigências processuais muito onerosas. SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Traduzido por Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 357-358.

Contudo, o sistema regulatório americano deparou-se com uma questão capaz de desvirtuar as finalidades da regulação desvinculada do poder político, qual seja, a captura de agências reguladoras pelos agentes econômicos regulados, pela qual os agentes privados, de grande poder econômico e grande influência, diante de entes reguladores que dispunham de completa autonomia perante o poder político, não encontraram dificuldades para implantar um mecanismo de pressão que acabasse por influir e quase determinar o conteúdo da regulação que iriam sofrer.

Por isso, na década de oitenta, iniciou-se um processo de redefinição do modelo regulador independente que perdurou por décadas, mas com os controles externos necessários para garantir independência. Tratou-se de um processo de desregulação da economia, representada pela mitigação do poder de intervenção das agências de regulação em relação ao comportamento dos agentes privados. Essa redução no poder das agências deu-se mediante a flexibilização das regras estipuladas para os setores regulados.

A experiência regulatória norte-americana deste período demonstra que a autonomia das agências reguladoras foi reforçada pelo aumento dos mecanismos de controle político, jurídico e social, realizados de diferentes formas pelos três poderes e por grupos econômicos e sociais organizados. Tais mecanismos são fundamentais, de um lado, para diminuir o risco de captura dos entes reguladores por agentes ou grupos econômicos bem organizados e, por outro lado, para aumentar o grau de responsabilidade social e legitimidade democrática da função regulatória.

## ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY E A REGULAÇÃO DAS EMISSÕES DE POLUENTES

Neste contexto regulatório norte-americano, em 1999, foi apresentado à *Environmental Protection Agency (EPA)* pedido de esclarecimentos sobre as razões pelas quais a referida agência estaria abdicando de sua responsabilidade de regular a emissão de quatro gases-estufa específicos, incluindo o dióxido de carbono, questionando, principalmente, as razões para a recusa de tal tarefa regulatória de acordo com a legislação de regência.

A *Clean Air Act*, sancionada pelo presidente Richard Nixon em 1970, determina que o governo federal regule a poluição do ar de fontes móveis, como veículos motorizados, e fontes fixas, como usinas de energia e instalações industriais. O texto da lei, contudo, não se refere à mudança climática ou aos gases de efeito estufa.

Por outro lado, a lei autoriza o administrador da *Environmental Protection Agency (EPA)* a definir padrões de emissão de veículos motorizados para “qualquer poluente do ar”. Neste contexto, o administrador do *Environmental Protection Agency (EPA)* deveria emitir um parecer detalhando como um poluente do ar de um veículo motorizado causaria ou contribuiria para qualquer poluição do ar “que pode ser razoavelmente considerada como uma ameaça à saúde pública ou ao bem-estar da população”.

Massachusetts e onze outros estados (Califórnia, Connecticut, Illinois, Maine, Nova Jersey, Novo México, Nova York, Oregon, Rhode Island, Vermont e Washington), portanto, fizeram um requerimento para que a ***Environmental Protection Agency (EPA)*** passasse a regular as emissões de gases-estufa dos novos veículos automotores<sup>14</sup> argumentando que o CO<sub>2</sub> e outros gases dos veículos motorizados contribuiriam para o aquecimento global e a mudança climática, que “*pode ser razoavelmente antecipado como uma ameaça à saúde pública ou ao bem-estar*”.

No ano de 2003, a ***Environmental Protection Agency (EPA)*** negou o pedido para regular a emissão de poluentes. Considerou que, não obstante sua autoridade para regular o tema, não poderia regular o dióxido de carbono, porque tal procedimento interferiria na abordagem política, baseada em ações voluntárias e em incentivos a programas com o objetivo de minimizar as incertezas científicas e encorajar o desenvolvimento tecnológico, defendida pelo Governo George W. Bush para as mudanças climáticas. Ressaltou que essas políticas incluiriam acordos internacionais voluntários sobre o clima, ao contrário de regulamentos baseados na *Clean Air Act*.

Ademais, a ***Environmental Protection Agency (EPA)*** decidiu que não faria nenhuma conexão preliminar entre o dióxido de carbono e a mudança climática causada pelo homem antes das conclusões sobre a pesquisa das reais causas e a extensão e importância da mudança climática, bem como as potenciais opções para abordá-las.

Massachusetts recorreu ao Tribunal de Apelações dos Estados Unidos para o Circuito do Distrito de Columbia em 2005, pugnando pela revisão do posicionamento da agência, sob o fundamento de que esses gases-estufa contribuiriam para o aquecimento global devendo ser, portanto, classificados como poluentes de ar, sendo, portanto, a regulamentação de responsabilidade da ***Environmental Protection Agency (EPA)***.

A ***Environmental Protection Agency (EPA)***, por sua vez argumentou que, de acordo com a interpretação das normas contidas no *Clean Air Act*, os gases-estufa emitidos por veículos automotivos novos não poderiam ser considerados “poluentes do ar”, pois caso o dióxido de carbono fosse realmente um poluente do ar, o único método possível para reduzir as emissões seria aumentar a economia de combustível.

O Tribunal, contudo, manteve a posição da ***Environmental Protection Agency (EPA)***. Concluiu que a regulação de tal assunto não poderia ser atribuída diretamente à agência. De acordo com o voto vencedor, a agência reguladora tem considerável discricionariedade ao ser questionada sobre seu dever ou não de regular determinado assunto. O voto ressaltou, ainda, que o Congresso não determina que o poder discricionário das

14 “Sec. 202. (a) Except as otherwise provided in subsection (b)– (1) The Administrator shall by regulation prescribe (and from time to time revise) in accordance with the provisions of this section, standards applicable to the emission of any air pollutant from any class or classes of new motor vehicles or new motor vehicle engines, which in his judgment cause, or contribute to, air pollution which may reasonably be anticipated to endanger public health or welfare. Such standards shall be applicable to such vehicles and engines for their useful life (as determined under subsection (d), relating to useful life of vehicles for purposes of certification), whether such vehicles and engines are designed as complete systems or incorporate devices to prevent or control such pollution”



agências seja baseado somente pela avaliação de evidências científicas, mas também pode ser fundamentado pelos diversos tipos de decisões políticas que motivam a atuação do Congresso.

Por fim, o voto divergente concluiu que as declarações juramentadas dos requerentes dariam suporte, mais do que adequado, à conclusão de que a *Environmental Protection Agency (EPA)* falhou em conter a emissão de gases-estufa, o que contribuiu para o aumento do nível dos mares, ameaçando a área costeira especificamente do Estado de Massachusetts.

Diante da decisão do Tribunal de Apelações dos Estados Unidos para o Circuito do Distrito de Columbia em 2005, os estados apelaram para a Suprema Corte dos Estados Unidos, em 2006, tendo a Corte proferido sua decisão em abril de 2007 para concluir que a Clean Air Act deu à *Environmental Protection Agency (EPA)* autoridade para regular os gases de efeito estufa que são expelidos pelos escapamentos dos carros.

## MASSACHUSETTS VS. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY (EPA) – O LEGADO AMBIENTAL DE RUTH GINSBURG

A análise do julgado da Suprema Corte em 2007, permite-nos chegar a algumas conclusões sobre o seu legado. O desdobramento desta decisão histórica de 2007 da Corte Suprema expandiu a autoridade das agências reguladoras para controlar os poluidores. Descrito como o caso ambiental mais significativo na história dos Estados Unidos – reconheceu a atribuição legal da *Environmental Protection Agency (EPA)* para regular a emissão de gases-estufa dos veículos novos sob a égide da *Clean Air Act* e deu aos ambientalistas um importante mecanismo para impor ao governo meios de lidar com a mudança climática.

Tal como é possível depreender da leitura do julgado, o voto acompanhado pela maioria decidiu que Massachusetts poderia enfrentar danos na forma de elevação do nível do mar ao longo de suas costas se a *Environmental Protection Agency (EPA)* deixasse de regular as emissões de dióxido de carbono.<sup>15</sup>

A *Environmental Protection Agency (EPA)*, por sua vez, defendeu que o *Clean Air Act* não pretendia incluir dióxido de carbono e gases semelhantes no conceito da lei de poluentes do ar. Neste caso, no entanto, a Suprema Corte entendeu que a definição da lei de poluente do ar é ampla e poderia abranger várias substâncias físicas e químicas liberadas no ar, e sob esta fundamentação confirmou que a *Environmental Protection Agency (EPA)* possui autoridade legislativa para regular as emissões de dióxido de carbono.

Por outro lado, a *Environmental Protection Agency (EPA)* não obstante admitir a sua autoridade legislativa para regular o dióxido de carbono e gases semelhantes, argumentou que a decisão de regular tal tema entraria em conflito com as políticas defendidas pelo governo de George W. Bush para tratar de questões de mudança climática causadas por humanos. Neste ponto, porém, a Suprema Corte rejeitou o argumento da

15 “ [...] Dada a falha da EPA em contestar a existência de uma conexão causal entre as emissões de gases de efeito estufa causadas pelo homem e o aquecimento global, sua recusa em regular tais emissões, no mínimo, contribui para os ferimentos de Massachusetts [...]”, segundo o Juiz Stevens.

*Environmental Protection Agency (EPA)* de que a agência teria o poder de retardar a ação regulatória sobre o dióxido de carbono com base em suas prioridades políticas.<sup>16</sup> A maioria do tribunal entendeu que as razões específicas da *Environmental Protection Agency (EPA)* para procrastinar a questão eram injustificadas sob a égide do *Clean Air Act*.

Em *Massachusetts vs. Environmental Protection Agency (EPA)*, a Suprema Corte decidiu que uma agência federal não tem o poder de impor preferências políticas como razão para se recusar a regulamentar certas questões sob sua jurisdição. O voto do Ministro Stevens foi acompanhado pelos Ministros Kennedy, Souter, Ginsburg e Breyer. O Presidente Roberts e o Ministro Scalia votaram em sentido contrário à maioria, por fundamentos distintos.

Embora o núcleo de seu legado se centrasse inicialmente nos direitos das mulheres e na igualdade de gênero, a juíza Ginsburg foi muito além em sua rica trajetória e proferiu voto decisivo na Suprema Corte que, ao longo de décadas, manifestou-se a favor da proteção ambiental.

A juíza Ginsburg teve posição decisiva neste julgado, ficando ao lado da maioria (cinco votos a favor de *Massachusetts vs.* 4 votos a favor da EPA). Este precedente permitiu ao governo Obama elevar o padrão de emissões de escapamento para tornar os carros novos cinco por cento mais eficientes até 2026, tendo a referida regra sido revertida pelo governo Trump para torná-los apenas 1,5% mais eficientes.

Para o professor de Harvard Law School, Richard Lazarus, autor da obra sobre o julgado da Suprema Corte *Massachusetts v. Environmental Protection Agency (EPA)*, “*The Rule of Five: Making Climate History at the Supreme Court*”<sup>17</sup>, cuida-se de decisão em matéria ambiental de grande alcance não apenas nos Estados Unidos, mas no mundo inteiro. Esta decisão impulsionou o Acordo de Paris de 2015, no qual 195 nações uniram-se em torno da redução das *emissões de gases geradores do efeito estufa*.

Brian J. Preston, juiz chefe do Tribunal de Terras e Meio Ambiente de New South Wales, Austrália também ressalta a importância da decisão *Massachusetts v. EPA* e seus diversos impactos: “(...)da decisão da Suprema Corte de acatar o pedido do governo de Massachusetts e considerar os gases de efeito estufa como poluentes atmosféricos e, portanto, passíveis de serem regulados pela EPA no âmbito da Lei de Ar Limpo, provocou um conjunto de impactos para além do pedido constante da ação judicial. Em primeiro lugar, abriu precedente para várias outras ações judiciais nos EUA usarem a mesma linha argumentativa para destravar políticas e medidas de proteção climática. Em segundo lugar, efetivamente inaugurou um ciclo de iniciativas regulatórias na EPA que resultou na definição de padrões de emissão de gases de efeito estufa para outras ti-

16 “ [...] Sob os termos claros da [Clean Air Act], [a] Environmental Protection Agency (EPA) pode evitar a promulgação de regulamentações apenas se determinar que os gases de efeito estufa não contribuem para a mudança climática ou se fornecer alguma explicação razoável de por que não pode ou não exercerá seu critério para determinar se o fazem [...]”, segundo Juiz Stevens

17 LAZARUS Richard. *The Rule of Five: making climate History at the Supreme Court*. [Cambridge, MA]: Harvard University Press, 2020.

*pologias de fontes para além dos veículos automotores. E, em terceiro lugar, foi tomada como referência em outras jurisdições*”<sup>18</sup>.

Certamente, na posição norte americana de liderança e potência global, a adoção de decisão pela Suprema Corte que ratificou a legitimidade legislativa para a tutela ambiental pelas agências federais, ao exercer o controle judicial das decisões de atos normativos das agências reguladoras independentes deixou um evidente legado para o direito ambiental por ampliar o grau de controle da produção automobilística com estabelecimento de critérios rigorosos na eliminação de poluentes.

Ruth Ginsburg, com seu talento e perseverança inigualáveis, brindou-nos com mais este relevante julgamento pela Suprema Corte, em favor de um mundo mais limpo, justo e solidário.

## REFERÊNCIAS

COWIN, Edward S. **The president – office and power** 4th ed. New York: New York University Press, 1957.

LAZARUS Richard. **The Rule of Five: making climate History at the Supreme Court**. [Cambridge, MA]: Harvard University Press, 2020.

SCHWARTZ, Bernard. **Administrative law**. A case book. 3rd ed. [s.n.: S.I.]: 1998.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Traduzido por Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

WARREN, Kenneth. **Administrative law in the political system**. 5th ed. [Nashville, Tennessee]: Westview Press, 2010.

---

<sup>18</sup> PRESTON, Brian. Climate change litigation (Part 1). Carbon and Climate Law Review, Berlim, v. 3, 2011.

# CAPÍTULO 3

## O ARTIGO 4º DA CONSTITUIÇÃO E A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS DE IGUALDADE DE DIREITOS ENTRE HOMENS E MULHERES: DA CONSTITUINTE À SUA EFETIVAÇÃO POR MEIO DO MERCOSUL

Clarita Costa Maia  
Elisa de Sousa Ribeiro  
Júlio Edstron S. Santos

### INTRODUÇÃO

A [Constituição de 1988](#), famosa por sua bem atribuída alcunha Constituição Cidadã, constitui-se em um marco inegável em diversas latitudes e dimensões, dentre eles, na promoção da igualdade de gênero e no controle social das relações internacionais, matéria tradicionalmente reservada à discricionariedade da alta cúpula do poder dos países, ou do Poder Executivo quando existisse estrutura de comando tripartido.

Enquanto no tema da promoção da igualdade de gênero a Constituinte de 1988 tenha sido caudatária de um longo e consistente despertar do movimento feminista no Brasil, que tem na escolarização feminina iniciada no século XIX seu momento exordial<sup>1</sup>, no tema do controle social das relações internacionais, nota-se um avanço legislativo mais pautado pela maturidade da classe política e de uma ainda restrita comunidade nacional epistêmica de relações internacionais do que por reivindicações sociais.

Nada obstante, esclarecedor é inquirir se e como as 25 (vinte e cinco) parlamentares Constituintes, a despeito da heterogeneidade de suas legendas e ideologias, reunidas em bancada ou separadamente, abordaram direta ou indiretamente as relações internacionais como veículo de promoção dos direitos humanos e dos temas de gênero, em específico.

O interesse de pesquisa deve-se ao fato de que há uma coincidência incomum, na linha do tempo, entre o impulso político adquirido pelo movimento feminista, nos planos multilateral, regional e nacional e as diligências de diversos setores da sociedade brasileira pela causa da instauração de uma [Assembleia Nacional Constituinte](#) (ANC). Eis que a Organização das Nações Unidas (ONU) proclama a quadra que se inicia em

<sup>1</sup> LEMOS, Cleide de Oliveira. Constituição, mulher e cidadania. In: DANTAS, Bruno. *et al.* (org.). **Constituição de 1988**: o Brasil 20 anos depois. Os Alicerces da Redemocratização. Volume I. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-constituicao-mulher-e-cidadania>. Acesso em: 30 out. 2020.

1976 e que termina em 1985 como a Década da Mulher. Neste mesmo período, os mais importantes fatos precursores da ANC ganham o proscênio. Natural e intuitiva é, portanto, a inferência de que importante pauta internacional não apenas tenha influenciado e reforçado o movimento de gênero brasileiro, culminando na participação feminina sem precedentes no momento Constituinte, mas que esse movimento tenha propugnado, nas relações internacionais, sobretudo no fecundo momento Constituinte, uma adesão mais frontal à agenda dos direitos humanos nos diversos tabuleiros das relações internacionais.

O exame torna-se ainda mais promissor em razão do fato de que, por força do Regimento Interno da ANC, de 1987, que estabeleceu a estrutura organizacional dos trabalhos, foram criados 8 (oito) grupos temáticos, chamados Comissões Constituintes, integrados por 63 (sessenta e três) membros titulares e igual número de suplentes. A primeira delas, a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, era subdividida em 3 subgrupos: Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais; Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias; Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais. O tema de relações internacionais durante a Constituinte parecia estar, assim, irremediavelmente submetido à perspectiva dos direitos humanos, mais, ainda, potencialmente à perspectiva de gênero<sup>2</sup>.

Não se consegue aduzir dos autos dos trabalhos preparatórios do regimento interno da ANC, compulsados para fins deste estudo, os desenvolvimentos que teriam culminado na junção dos temas dos direitos humanos e das relações internacionais. Há uma descontinuidade lógica marcante.

Tem-se que, no Projeto de Resolução nº 2, de 1987<sup>3</sup>, mencionava-se, no art. 21, (quatro) comissões: Comissão de Declaração dos Direitos e Garantias; Comissão de Organização do Poder do Estado; Comissão da Ordem Econômica; e Comissão de Ordem Social.

Algumas emendas e alguns Projetos Substitutivos tiveram por objeto, entre outros, a reorganização das competências das Comissões Constitucionais, seja expandindo a temática, seja mesclando temas considerados convergentes. Para fins dos temas das relações internacionais e dos direitos humanos e de gênero, convém mencionar algumas peças específicas.

O Substitutivo, com emendas, ao Projeto de Resolução, oferecido pela bancada do Partido dos Trabalhadores (PT) sugeriu a criação de 20 (vinte) Comissões temáticas, dentre elas, a de Defesa do Estado Democrático, Segurança Nacional e Forças Armadas e a de Soberania e Relações Internacionais, dentre outras atinentes aos direitos humanos. O Substituto apresentado pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), por sua vez, sugeriu a Comissão de Defesa do Estado Democrático, Segurança Nacional e Forças Armadas; a Comissão de Soberania e Relações Internacionais; e a Comissão de Direitos, Liberdades e Garantias do Cidadão. Finalmente,

2 BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. Resolução nº 2 de 1987. Dispõe sobre o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília-DF, 25 de março de 1987, ano I, nº 33. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-2-1987](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-2-1987)

3 BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. Projeto de Resolução nº 2, de 1987. Dispõe sobre o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília-DF, 4 de fevereiro de 1987, ano XLII, nº 3. p. 25. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/pdf/003anc04fev1987.pdf#page=7>.

o Substitutivo apresentado pelo Partido da Frente Liberal (PFL) apresentou a arquitetura de competências que mais se aproxima da redação final da Resolução. Em seu art. 15, sugere, dentre outras, a Comissão da Declaração dos Direitos e Garantias e a Comissão da Defesa Nacional, Soberania e Relações Internacionais. O Substitutivo apresentado pelo Senador Max Rosenmann (PMDB/PR) sugeria a criação da Comissão de Direitos e Garantias e nenhuma menção a um grupo para tratar de questões de defesa ou de relações internacionais. O Deputado Aluizio Campos apresentou substitutivo no qual se criava a Comissão de Direitos e Garantias e a de Defesa Nacional. Na linha de orientar a criação dessas duas comissões em separado, ou mesmo de apresentar a sugestão de criação de garantias e direitos, mas não de relações internacionais e defesa, seguiram os substitutivos apresentados pelos Constituintes Euclides Scalco, Francisco Pinto, Maurício Fruet, Messias Soares, Flávio Palmier da Veiga, Márcia Kubitschek, Uldurico Pinto, Jorge Leite, Nilson Gibson, Mendes Ribeiro, Nelson Wedekin, Nelson Carneiro, Messias Gois, Mozarildo Cavalcanti, Gastone Righi, Genebaldo Correia, Vilson Souza, Cunha Bueno, Domingos Leonelli, Vasco Alves, propôs que as comissões temáticas fossem reduzidas a duas: Comissão de Audiência à Sociedade Civil e a Comissão dos Direitos Humanos. O Substitutivo Raimundo Bezerra sugere as comissões de Defesa Nacional, Soberania e Relações Internacionais e, pela primeira vez, menciona o tema de gênero no âmbito das comissões, com a proposta de criação da Direitos e Garantias da Mulher: Proteção à Maternidade e Defesa de Privilégios Específicos<sup>4</sup>.

O Parecer às emendas, por sua vez, apresentou Substitutivo no qual constava, *inter alia*, a Comissão dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, subdividida na Subcomissão da Nacionalidade; Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias; e na Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais. Não foi sugerida comissão temática de relações internacionais e defesa nacional. Emendas apresentadas ao Substitutivo do Relator não apresentam a sugestão da conjugação de ambas as temáticas<sup>5</sup>.

Finalmente, no Parecer às emendas e ao Substitutivo, as comissões são unidas, o que é aprovado na condição de texto final. Por proposta do Relator, então Senador Fernando Henrique Cardoso: a Comissão de Soberania dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher passou a constituir-se na primeira comissão temática e subdividida entre a Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais; a Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias; e a Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais<sup>6</sup>.

Conforme já mencionado, as razões que fundamentaram a cisão podem ser especuladas, porém não são deduzíveis do material colacionado pelo Arquivo do Congresso Nacional. Supõe-se que o movimento internacional pelos direitos humanos, capitaneados em nível multilateral, influenciaram a junção dos temas gerais

4 ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Emendas Oferecidas Em Plenário Ao Projeto de Resolução nº 02/87, que Dispõe Sobre O Regimento Interno Da Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Volume 325. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-325.pdf>.

5 BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. Emendas apresentadas ao Substitutivo do Relator. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Volume 327. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-327.pdf>.

6 BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. Parecer sobre as emendas de Plenário ao Substitutivo do Relator ao Projeto de Resolução nº 2, de 1987, que “dispõe sobre o Regimento da Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. ano I, nº 920. Brasília-DF, 25 de fevereiro de 1987. p. 552. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/020anc25fev1987.pdf#page=24>.

de relações internacionais com os relativos aos direitos e garantias individuais, assim como com a abordagem de gênero.

Os anos de 1975, 1980 e 1985 são marcados pela I Conferência Mundial da Mulher (México), II Conferência Mundial da Mulher (Copenhage) e III Conferência Mundial da Mulher (Nairóbi). Ainda no plano multilateral, há a criação do Fundo de Contribuições Voluntárias das Nações Unidas para a Década da Mulher e, após a III Conferência, do Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (Unifem). Em 1979, a Assembleia Geral da ONU aprova a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW).

No âmbito regional, constata-se a criação do Plano de Ação Regional (PAR) sobre a Integração da Mulher no Desenvolvimento Econômico e Social da América Latina e do Caribe.

E, no plano interno, os anos 1970 e 1980 são palco de importantes marcos legislativos e de políticas públicas promotores dos direitos de gênero, dos quais destacamos: (i) a [Lei no 5.859, de 1972](#), que dispõe sobre a profissão do empregado doméstico, categoria profissional que ainda congregava a maior massa feminina do país; (ii) a criação dos primeiros centros de autodefesa do País no início dos anos 80, como resultado da demanda social contra a violência de gênero e os crimes passionais; (iii) a aprovação do fim da indissolubilidade do casamento (1977), seguida pela [Lei nº 6.515, de 26 de Dezembro de 1977](#), que regulava os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências (Lei do Divórcio); (iv) a criação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) para examinar a situação da mulher brasileira, em todos os setores de atividade (1976), como resultado do Requerimento nº 15/76, cuja presidência ficou ao encargo do Senador Gilvan Rocha e a relatoria ficou sob a responsabilidade da Deputada Lygia Lessa Bastos<sup>7</sup>; (v) a ratificação com ressalvas, pelo Brasil, em 1984, da Cedaw, o que acirra o debate político acerca do anacronismo do vigente [Código Civil, de 1916](#); (vi) o surgimento dos primeiros conselhos estaduais e municipais da condição feminina, instituídos para traçar políticas públicas para as mulheres (1983); (vii) a criação do Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PAISM); (viii) a criação da primeira Delegacia de Atendimento Especializado à Mulher (DEAM), no Estado de São Paulo; (ix) também são criadas algumas assessorias ministeriais para o estudo da condição feminina, além do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM)<sup>8</sup>.

Em paralelo a esses acontecimentos, importantes fatos prenunciam e são os precursores da ANC: a publicação da Carta Política pela Constituinte, documentado lançado no Encontro Nacional do Movimento Democrático Brasileiro (MDB) (1971); o Manifesto do MDB pedindo convocação da Constituinte (1977); a 8ª Conferência

7 SENADO FEDERAL. COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO. Requerimento nº 15/76-CN. **CPI da Mulher**. Brasília, 1978. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4222417&ts=1593989268355&disposition=inline>.

8 LEMOS, Cleide de Oliveira. Constituição, Mulher E Cidadania. In: DANTAS, Bruno. *et al.* (org.). **Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois. Os Alicerces da Redemocratização**. Volume I. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-constituicao-mulher-e-cidadania>.

Nacional da OAB pede convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte (1980); o “Compromisso com a Nação”, manifesto da Aliança Democrática, estipula a convocação da Constituinte (1984); as Plenárias do Movimento Pró-Constituinte (1985); a Mensagem nº 330, de 28 de junho de 1985, do então Presidente José Sarney, encaminhando ao Congresso a proposta de convocação da Assembleia Nacional Constituinte (1985); a Criação da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais para elaborar anteprojeto de Constituição (1985); a Caravana a Brasília para entrega de abaixo assinado com 19.214 assinaturas pela Constituinte (1986); a publicação do Anteprojeto Constitucional da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida por Afonso Arinos (1986); e, finalmente, a eleição dos deputados federais e de dois terços dos senadores que comporão a Assembleia Constituinte (1986)<sup>9</sup>.

Individualmente, as 25 (vinte e cinco) parlamentares Constituintes<sup>10</sup> apresentaram, ao todo, 3.321 (três mil, trezentas e vinte e uma) emendas ao Anteprojeto Constitucional da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, das quais 974 (novecentas e setenta e quatro) foram aprovadas<sup>11</sup>. Conforme se verificará na narrativa, poucas, ainda que marcantes e visionárias, foram as injunções no tema específico das relações internacionais, as quais se cingiram aos tópicos da codificação do Direito Internacional, da sua estatura no ordenamento jurídico nacional e na processualística de internalização de tratados internacionais.

O Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo **Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985**<sup>12</sup>, e presidida pelo Senador Afonso Arinos de Melo Franco, disciplinava as relações internacionais em dois artigos:

Art. 5º – O Brasil rege-se nas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I – defesa e promoção dos direitos humanos;

II – condenação da tortura e de todas as formas de discriminação e de colonialismo;

III – defesa da paz, repúdio à guerra, à competição armamentista e ao terrorismo;

IV – apoio às conquistas da independência nacional de todos os povos, em obediência aos princípios de autodeterminação e do respeito às minorias;

V – intercâmbio das conquistas tecnológicas, do patrimônio científico e cultural da humanidade.

Art. 6º – O Brasil participa da sociedade internacional por meio de pactos, tratados e acordos com os Estados soberanos, com os organismos internacionais e com as associações de relevantes serviços à causa da humanidade e ao amparo e promoção da pessoa humana.

Essencialmente, o texto constitucional aprovado difere do Anteprojeto nos seguintes aspectos: (i) elege como o primeiro elemento da lista de princípios o da “independência nacional”, em substituição ao termo “apoio às conquistas da independência nacional de todos os povos”; (ii) dispõe como segundo princípio o da

9 BRASIL. Câmara dos Deputados. Fatos antecedentes à Assembleia Nacional Constituinte. Portal da Constituição Cidadã. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/assembleia-nacional-Constituinte/linha-do-tempo](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/assembleia-nacional-Constituinte/linha-do-tempo).

10 Originalmente, foram eleitas 26 (vinte e seis) mulheres parlamentares Constituintes. Todavia, a Deputada Bete Mendes licenciou-se para exercer o cargo de Secretária de Estado.

11 SOUZA, Marcius F. B. de. A participação das mulheres na elaboração da Constituição de 1988. In: DANTAS, Bruno. *et al.* (org.). **Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois. Os Alicerces da Redemocratização**. Volume I. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-a-participacao-das-mulheres-na-elaboracao-da-constituicao-de-1988>.

12 BRASIL. Suplemento Especial ao Nº 185. Brasília–DF, 26 de setembro de 1986. Seção I. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/Constituinte/AfonsoArinos.pdf>.



prevalência dos direitos humanos, substituindo os termos “defesa” e “promoção; (iii) elenca como terceiro, quarto, quinto, sexto e sétimo princípios, respectivamente, os da autodeterminação dos povos, da não intervenção, da igualdade entre os Estados, da defesa da paz e da solução pacífica dos conflitos, todos eles postulados constantes da Carta constitutiva da Organização das Nações Unidas, constituição, no sentido lato, do concerto de nações inaugurado com o fim da Segunda Guerra Mundial; (iv) opta por dispor como oitavo princípio repúdio ao terrorismo e ao racismo, apartado do segundo princípio, o da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, endereçando-se, assim, aos acontecimentos de foro doméstico de tal forma graves que mereceriam, doravante, específica manifestação de repúdio por parte do Brasil, a despeito do princípio da não intervenção; (v) constitui como nono princípio a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, o que parece uma nova redação para o princípio da “intercâmbio das conquistas tecnológicas, do patrimônio científico e cultural da humanidade”; (vi) inova ao dispor sobre concessão de asilo político; finalmente (vii) transforma a redação do artigo 6º do Anteprojeto, tornando-o no parágrafo único do novel artigo 4º e alterando seu escopo ao dispensar a redação genérica às formas e fóruns de participação do Brasil nas relações internacionais, deixando-os em aberto, para, especificamente, mencionar a busca pela integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina.

De que forma a bancada feminina, como bloco, ou as parlamentares Constituintes, individualmente, contribuíram para a formação dessa concepção de primazia das relações regionais, será um dos objetos deste estudo. Para além da promoção do futuro parágrafo primeiro do artigo 4º, de que outras formas a bancada e as parlamentares propugnaram por temas internacionais, seja na forma de emendas ao Anteprojeto, seja na forma de manifestação política e crítica no âmbito da Constituinte? Essas serão, fundamentalmente, as preocupações deste trabalho colaborativo. Para tanto, o estudo explorará as 7 (sete) fases da ANC<sup>13</sup>: (1) Preliminar (definição do Regimento Interno da ANC); (2). Trabalhos das Subcomissões Temáticas; (3) Trabalhos das Comissões Temáticas; (4) Comissão de Sistematização; (5) Plenário; (6). Comissão de Redação; e (7) Epílogo (Promulgação).

Ainda, o presente trabalho apresentará de que forma a prevalência dos direitos humanos, norma programática presente no inciso II do artigo 4º (realizado por meio da promoção e proteção dos direitos humanos, em especial dos direitos das mulheres), é viabilizada pela integração regional, preconizada no parágrafo único do mesmo artigo 4º. Optou-se por restringir essa análise a um único organismo internacional: o Mercosul.

Para tanto, dois pontos devem ser enfocados, ou seja, a eficácia e a aplicabilidade dos comandos constitucionais contidos no artigo 4º da Constituição Cidadã relativos aos princípios fundamentais sobre as rela-

13 (1) Preliminar Definição do Regimento Interno da ANC; (2). Trabalhos das Subcomissões Temáticas (anteprojeto do Relator, emenda ao Anteprojeto do Relator e anteprojeto da Subcomissão); (3) Comissões Temáticas (emenda ao Anteprojeto da Subcomissão na Comissão, Substitutivo do Relator, emenda ao Substitutivo e Anteprojeto da Comissão); (4) Comissão de Sistematização (Anteprojeto de Constituição, Emendas de Mérito e de Adequação ao Anteprojeto, Projeto de Constituição, Emendas (1P) de Plenário e Populares, Substitutivo 1 do Relator, Emenda (ES) ao Substitutivo 1 e Substitutivo 2 do Relator); (5) Plenário (Projeto A, início 1º turno; Ato das Disposições Transitórias; Emenda (2P) de Plenário e Emendas do Centrão; Projeto B, fim do 1º; início 2º turno; Emenda (2T) ao Projeto B; Projeto C (fim 2º turno)); (6). Comissão de Redação (proposta exclusivamente de redação, redação final); e (7) Epílogo (Promulgação). BRASIL. Câmara dos Deputados. Etapas e Fases. **Portal da Constituição Cidadã**. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituente](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituente)

ções internacionais, reconhecendo-se que eles possuem aplicação imediata e, logo, incidem diretamente sobre a produção legislativa brasileira.

Portanto, sobre a aplicabilidade, ela é imediata, sem a necessidade de mediação por normas infraconstitucionais e a eficácia é plena incidindo na produção de efeitos imediatos dos comandos expressos no artigo 4º.

A constatação sobre a eficácia e aplicabilidade deixou registrado que, após escolha e positivação dos princípios fundamentais pelos Constituintes sobre as relações internacionais, estabeleceu-se o dever negativo de filtrar-se os atos normativos que contiverem comandos contrários ao artigo 4º, bem como uma obrigação estatal positiva, ou seja, é necessário que o Estado brasileiro produza ações governamentais para a concretização daqueles preceitos do Direito e das Relações Internacionais brasileiras.

A escolha do Mercosul como objeto deu-se, pois busca-se trazer uma nova perspectiva sobre o assunto, haja vista a diversidade de artigos que abordam a referida proteção no âmbito do sistema regional (Organização dos Estados Americanos – OEA) e no sistema universal (Organização das Nações Unidas – ONU), ao passo que poucos a abordam na integração regional latino-americana. Ainda, dentro aos organismos latinos, a preferência pelo Mercosul deve-se ao fato de o Brasil ter anunciado sua saída da União de Nações Sul-Americanas (Unasul) e de o Foro para o Progresso da América do Sul (Prosul) ter sido criado recentemente, em 2019, motivo pelo qual, apesar de sua área temática de segurança ter uma linha de ação sobre prevenção de crimes e violência de gênero, não houve tempo hábil para que políticas regionais mais amplas tivessem sido tomadas.

Nesse sentido, o recorte escolhido para a apresentação das ações regionais de proteção aos direitos das mulheres foi por aquele meio dos seus órgãos, apontando-se, à medida que fossem abordados, quais foram as medidas adotadas por cada um deles. Assim, este estudo perpassa a Reunião de Altas Autoridades sobre Direitos Humanos do Mercosul; o Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos do Mercosul; a Reunião de Ministras e Altas Autoridades da Mulher do Mercosul; o Foro de Consulta e Concertação Política; a Reunião Especializada da Mulher e a Comissão de Cidadania e Direitos Humanos do Parlamento do Mercosul.

## **1 A CONSTITUINTE E A CONSTRUÇÃO DO ARTIGO 4º, DO ARTIGO 5º, § 2º, E DO ARTIGO 7º**

O artigo 4º é o *topoi* constitucional no qual, tradicionalmente, desde a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934, o Constituinte versa sobre os princípios regentes da República Federativa do Brasil em suas relações internacionais. A partir daquele ano, decidiu-se retirar do Poder Executivo sua quase primazia absoluta na determinação dos parâmetros inspiradores das relações diplomáticas brasileiras. Muito embora os temas de relações internacionais tenham assumido alta relevância nas discussões parlamentares desde o Brasil Império, mercê da apaixonada denúncia dos tratados iníquos aos quais o jovem país teve que se submeter para ter reconhecida sua independência perante os principais atores

do concerto internacional, a constitucionalização dos postulados nacionais nas relações internacionais ocorre com o amadurecimento da sociedade brasileira e de sua classe política no sentido de compreender a política externa como uma política pública e, portanto, passível de controle social.

O art. 4º da Constituição de 1934 cingia-se a disciplinar os critérios do *jus ad bellum*. Por ele, o Brasil somente declararia guerra se não coubesse ou se malograsse o recurso do arbitramento. Ademais disso, vetava a hipótese de engajamento legítimo pelo país em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por iniciativa própria ou em aliança com outra nação.

A Constituição de 1967 desloca do artigo 4º para o 7º os critérios diretores das relações internacionais, modificando, não substancialmente, a disciplina do *jus ad bellum*: os conflitos internacionais deveriam ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participasse. Insistia-se na vedação à guerra de conquista, sem, todavia, mencionar as vias diretas ou indiretas, por iniciativa própria ou alianças e pactos.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946, por sua vez, devolve ao artigo 4º a orientação das relações internacionais do Brasil, mantendo, contudo, a limitada abrangência temática do direito à guerra e à semântica de suas predecessoras.

A Constituição de 1988 excepcionaliza-se pelo desvelo com os temas internacionais. Com a mais recente Constituinte, o escopo do artigo 4º sofreu invulgar expansão, que espelhou não a continuidade de um alargamento constitucional material, senão a busca por uma drástica ruptura no fazer diplomático conferindo ao poder Constituinte derivado a autoridade de supervisionar essa seara do poder público.

Conforme visto, são alçados à condição de princípios das relações internacionais do Brasil a independência nacional; a prevalência dos direitos humanos; a autodeterminação dos povos; a não intervenção; a igualdade entre os Estados; a defesa da paz; a solução pacífica dos conflitos; o repúdio ao terrorismo e ao racismo; a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; e a concessão de asilo político. Em adição a esse rosário, a premissa disposta no parágrafo único do artigo: a de que o país buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

A Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher tinha em sua composição diretora, como Presidente o Deputado Mário Assad (PFL-MG), como 1º Vice-Presidente o Deputado Aécio Neves (PMDB-MG), como 2º Vice-Presidente a Deputada Anna Maria Rattes (PMDB-RJ) e como Relator o Deputado José Paulo Bisol (PMDB-RS). Além da 1ª Vice Presidente, fizeram parte da 1ª Comissão Constituinte 10 (dez) parlamentares: Benedita da Silva (PT), Cristina Tavares (PMDB), Lídice da Mata (PCdoB), Lúcia Braga (PFL), Lúcia Vânia (PMDB), Maria de Lourdes Abadia (PFL), Maria Lúcia (PMDB), Rita Camata

(PMDB) e Rita Furtado (PFL)<sup>14</sup>. Importa lembrar que a Resolução dos trabalhos da ANC já instituía o critério de proporcionalidade parlamentar para a composição de comissões e subcomissões, o que explica a elevada concentração de parlamentares do PMDB e do PFL, legendas melhor sucedidas no pleito para a constituição da ANC, que as demais<sup>15</sup>.

A estrutura do primeiro subgrupo – a Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais – consistia no que segue: Constituinte Roberto D'Ávila (Presidente), Constituinte Aluizio Bezerra (Primeiro-Vice-Presidente), Constituinte Antonio Ferreira (Segundo-Vice-Presidente)<sup>16</sup>. João Hermann Neto foi eleito como relator do Anteprojeto da Comissão. Como membros, constavam os seguintes Constituintes: Samey Filho, Manuel Viana, José Carlos Grecco, Roberto D'Ávila, Jonival, Lucas, Aluizio Bezerra, João Herrmann Neto, Milton Uma, Mario Uma, Antonio Ferreira, Aécio Neves e Matheus Iensen.

Nada obstante, a não representatividade feminina na Subcomissão e a baixa representatividade na Comissão, pouco depois da conclusão dos trabalhos preliminares, que redundaram no Regimento Interno da ANC, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), no dia 27 de março de 1987, oficiou a Entrega da Carta das Mulheres em sessão oficial. A presidência dos trabalhos, foi transferida à Constituinte Cristina Tavares, e a Mesa de trabalhos foi composta pelas Constituintes Abigail Feitosa, Irma Passoni, Wilma Maia e Rose de Freitas. Assim, a Carta das Mulheres, de autoria formal de um órgão do Poder Executivo, recebeu as digitais da bancada feminina na Constituinte. Do texto constava os seguintes pontos na agenda das relações internacionais:

## **2 GARANTIA DE INTEGRAÇÃO AO TEXTO CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS, DOS QUAIS O BRASIL É SUBSCRITOR, QUE CONSAGREM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, HUMANOS E SOCIAIS, ENTRE OS QUAIS OS QUE PROÍBEM TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO, COM EXIGIBILIDADE DO SEU CUMPRIMENTO**

(...)

3– Soberania na negociação da dívida externa, resguardando os interesses nacionais e do povo brasileiro.

(...)

8– Política de desenvolvimento tecnológico com a preservação no meio ambiente e da soberania nacional.

(...)

12– Paz nas relações internacionais, apoio às manifestações contra corrida armamentista e impedimento à experimentação nuclear no Brasil.

14 BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Portal da Constituição Cidadã**. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/comissao-da-soberania-e-dos-direitos-e-garantias](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/comissao-da-soberania-e-dos-direitos-e-garantias)

15 ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Resolução Nº 2 de 1987. Dispõe sobre o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília-DF, 25 de março de 1987, ano I. nº 33. Art. 13, § 2o. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-2-1987](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-2-1987)

16 ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Ata da reunião de instalação em 7 de abril de 1987. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Suplemento ao nº 53. Brasília-DF, 1 de maio de 1987. p. 7. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup53anc01mai1987.pdf#page=7>

13– Política externa baseada no princípio da autodeterminação dos povos e de não ingerência, vedada qualquer participação em agressões externas, salvo para a defesa do território nacional.

14– Política de não relacionamento de qualquer espécie com países que praticam o preconceito racial<sup>17</sup>

Muitas dessas propostas foram formalizadas como emendas ao Anteprojeto Constituinte por parlamentares homens que, todavia, têm na Carta fundamento de apoio político e importante catalizador dos debates. Muitas foram endereçadas de forma direta e outras, de forma oblíqua. Outras propostas, ainda, conexas com a agenda de irradiação do Direito Internacional na ordem jurídica interna, podem ser compreendidas como, se não inspiradas, estimuladas pelo espírito da Carta. Destacamos (i) o dever de propugnação, na ordem internacional, pela codificação e evolução progressiva do Direito Internacional; (ii) o dever de defesa da criação de Tribunal Internacional de Direitos Humanos; (iii) a previsão de que o Direito Internacional integre o Direito Interno revogando norma anterior e não sendo revogado por norma posterior; e (iv) a previsão da proibição de relações diplomáticas e comerciais com países com políticas discriminatórias, autoritárias, racistas, fascistas ou condenadas pela Assembleia-Geral das Nações Unidas. Percebe-se, de pronto, que a dimensão da integração latino-americana não estava no eixo das propostas da Carta, bem como não estiveram nas emendas parlamentares apresentadas pelas parlamentares. Vejamos adiante o nascimento dessas propostas.

A Subcomissão convocou, ao todo, 16 (dezesesseis) reuniões. Nas 10 (dez) primeiras reuniões, foram convidados a discorrer sobre temas diversos das relações internacionais luminares da área, como o Embaixador Paulo Tarso Flecha de Lima, Celso Albuquerque Mello e Vicente Marotta Rangel, Ramiro Saraiva Guerreiro, Carlos Roberto Siqueira Castro e José Francisco Rezek, Jacob Dolinger, Renato Archer, Jorge Monteiro Fernandes e Nelson Torres Duarte, Roberto de Abreu Sodr e, Paulo Machado Guimarães, Lúcia Maria Rocha Rausis e Raoni, Leonel Brizola e Paulo Roberto de Guimarães Moreira.

Na 11ª reunião, o Relator apresentou seu Anteprojeto. O primeiro esboço da Constituição, no que atine à temática internacional, difere muito do texto acabado. Justificou o relator dedicar seção apartada às relações internacionais da seguinte forma:

A reserva de um espaço constitucional para as Relações Internacionais ou a Política Externa tem sido uma constante depois do exemplo soviético de 1977. Esta atitude não é totalmente estranha ao Brasil que, desde a Carta de 1891, ostenta conteúdo semelhante ao do atual art. 79, que enfatiza a necessidade de solucionar os conflitos internacionais por meios pacíficos e proíbe a guerra da conquista.

O que se tem notado pouco é que nossos textos constitucionais vão além, explicitando competências do Executivo, do Legislativo e do Judiciário no âmbito das relações internacionais, embora fazendo-o de um modo um tanto disperso e inconsequente, que nos tira a visão de conjunto de matéria.

O fato da Subcomissão temática que temos a honra de participar se intitular “Da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais” é, para nós, altamente auspicioso, pois dá-nos a possibilidade

17 CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER (CNDM). **Carta das Mulheres**. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/a-Constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-Constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf)

e de tentar uma consolidação destes princípios esparsos num capítulo único e inicial de nossa futura Constituição.<sup>18</sup>

No título específico, contudo, o texto cingiu-se a determinar a personalidade jurídica de Direito Internacional que, em nome do povo brasileiro, entabularia negociações internacionais e os símbolos nacionais; a afirmar que o Brasil não permitirá que conflito internacional do qual não seja parte atinja seu território nacional e se transforme de motivo de desagregação; a determinar o compromisso com a coexistência pacífica, com os princípios da Carta da Organização dos Estados Americanos e com a codificação progressiva do Direito Interacional. Finalmente, dispõe que o Direito Internacional fazia parte do Direito Interno<sup>19</sup>.

As emendas ao Anteprojeto de Relator versaram, na maioria, sobre os contratos financeiros perante organismos internacionais, refletindo a difícil administração da dívida externa brasileira à época, sobre garantias de soberania territorial (proibir tratado internacional de alienar parte do território nacional), regras mais minudentes de internalização de tratados internacionais e regras específicas de desarmamentismo: algumas proibiam o uso não pacífico da energia nuclear, a construção, manufatura e comércio de armas nucleares e a prévia autorização congressional para a construção de plantas nucleares.

Contudo, no tocante à construção do rosário de princípios regentes das relações internacionais que conformariam o art. 4º da Constituição Federal, destacam-se as emendas dos Constituintes Deputado Maurício Nasser (PMDB) e Deputado Roberto Freire (PCB), as emendas que mais aproximaram o texto seminal do resultado promulgado:

Da lavra do Deputado Maurício Nasser registram-se, entre outras:

### TITULO III

#### DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Acrescente-se ao Artigo 17:

“Parágrafo único – A política externa do Brasil se orientará por:

I – Defesa de autodeterminação dos povos;

II – Não ingerência em assuntos internos de outros povos;

III – Respeito aos direitos humanos;

IV – Condenação ao colonialismo sob todas as formas à discriminação racial e ideológica, ao terrorismo, à tortura, ao armamentismo e à guerra.

Art. – O Brasil se empenhará na criação do Mercado Comum Afro-Latino-Americano.<sup>20</sup>

18 BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia nacional Constituinte. I– **Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**. Subcomissão da nacionalidade, da soberania e das relações internacionais. Anteprojeto da Constituição. Anteprojeto do relator da subcomissão. Seção de documentação parlamentar Constituinte. Fase a, v. 70. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/documentosavulsos/vol-70.pdf>.

19 BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I– **Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**. Subcomissão da nacionalidade, da soberania e das relações internacionais. Anteprojeto da Constituição. Anteprojeto do relator da subcomissão. Seção de documentação parlamentar Constituinte. Fase a, v. 70. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/documentosavulsos/vol-70.pdf>.

20 BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I– **Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**. Anteprojeto do relator da subcomissão. Seção de documentação parlamentar Constituinte. Fase B. v. 71., p. 29. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-71.pdf>.

De autoria do Deputado Roberto Freire:

Emenda substitutiva

Título

DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Substitua-se os artigos que compõem o título “Das Relações Internacionais” pelos artigos seguintes:

Art. – O Brasil rege-se nas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I – Defesa da paz e da coexistência pacífica, do desarmamento geral e completo e da solução negociada dos conflitos;

II – Defesa de uma nova ordem econômica internacional, mais justa e igual;

III – Intercâmbio das conquistas tecnológicas, do patrimônio científico e cultural da humanidade;

IV – Promoção dos direitos humanos, condenação da tortura e de todas as formas de discriminação;

V – Defesa do não alinhamento permanente;

VI – Apoio às conquistas da independência nacional de todos os povos, contra todas as formas de colonialismo;

VII – Valorização da ONU e dos seus organismos setoriais;

**VIII – Defesa da integração latino-americana e dos povos do terceiro-mundo;** (grifo nosso)

Art. Norteando-se nesses princípios e buscando a sua consecução, o Brasil manterá relações com Estados estrangeiros, organismos internacionais e outras entidades dotadas de personalidade jurídica.

Art. O Brasil defende a solução consensual das eventuais controvérsias com outros Estados, ou pelo arbitramento, na conformidade dos princípios da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU).

Art. O Brasil não permitirá que conflitos internacionais em que não é parte atinjam seu território, direta ou indiretamente.

Art. É vedado o estabelecimento de bases ou tropas militares estrangeiras, em território brasileiro, seja terrestre, marítimo ou aéreo.

Art. Não haverá extradição de estrangeiro do território nacional, perseguido por crime ou delito político.

O parecer do Relator às Emendas, nessa fase, rejeitou as contribuições de ambos os Constituintes, por considerar que a alusão àqueles desposados pela ONU seria bastante. No que atine à referência ao empenho pela criação do Mercado Comum Afro-Latino-Americano (Emenda N° 23, Deputado Maurício Nasser) por ter sido “(...) atitude do Relator do Anteprojeto evitar que, em matéria de Relações Internacionais, o texto constitucional se transformasse numa mera carta de intenções ou numa declaração de bons propósitos. A Emenda proposta parece-nos muito vaga e difícil de ser implementada, sem que haja vontade política de todos os interessados.”<sup>21</sup>.

O Anteprojeto proposto pela Subcomissão e encaminhado ao escrutínio da Comissão, no título relativo às relações internacionais, abordava: que o Brasil era a entidade a manter relações internacionais com quaisquer entidades dotadas de personalidade jurídica internacional em nome de seu povo; que não permitiria que conflitos internacionais de que não faça parte atinja seu território e que gere desagregação de seu povo; que a índole das relações internacionais brasileiras é pacífica e se regeria pelos princípios ditados pela Carta da ONU e pelo respeito à Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA); que favorecerá a codificação progressiva do Direito Internacional e a criação de uma ordem econômica internacional justa e equitativa; que o Direito

21 BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Parecer do Relator sobre as emendas apresentadas ao anteprojeto. Redação Final Do Anteprojeto.** Relator: Constituinte João Hennann Neto – PMDB – 8P. Seção de Documentação. Parlamentar Constituinte Fase C. Anteprojeto da Subcomissão. Volume 72. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-72.pdf>

Internacional faz parte do Direito Interno, revoga lei anterior e não pode ser revogado por lei posterior; e que a competência para a condução das relações internacionais é privativa da União<sup>22</sup>.

Seis emendas foram apresentadas na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher ao Anteprojeto apresentado por sua Subcomissão da Nacionalidade da Soberania e das Relações Internacionais<sup>23</sup>.

A primeira, de autoria do Constituinte Wilson Souza (PMDB), com o fito de reestruturar os princípios regentes das relações internacionais no *topoi* próprio. De certa maneira, resgata a proposta do Constituinte Nasser, ampliando-a. Em sua proposta, estavam inseridos os princípios de defesa e promoção dos direitos humanos; de condenação da tortura e de todas as formas de discriminação e de colonialismo; de defesa da paz, repúdio à guerra, à competição, ao armamentismo e ao terrorismo; de apoio à conquista da independência nacional de todos os povos, em obediência aos princípios de autodeterminação e de respeito às minorias; de intercâmbio das conquistas tecnológicas, do patrimônio científico e cultural da humanidade; de condenação ativa à guerra de agressão e de conquista; de proibição, sob todas as formas, de propaganda de guerra; de apoio oficial e material à propaganda da Paz; a proibição de fabricação e uso de armas nucleares; e uma disciplina muito restrita de venda de armamento bélico.

O Deputado Roberto Freire reapresentou emenda para classificar a principiologia da política externa brasileira. Essencialmente, sua nova proposição diferia do Constituinte Wilson Souza por acrescentar o dever do não alinhamento (às potências da bipolaridade na política internacional da época), a valorização da ONU e dos seus organismos setoriais e, uma vez mais, a defesa da integração latino-americana e dos povos do terceiro-mundo. Não tratava do mercado de armamentos, nucleares ou convencionais, mas trazia para essa latitude constitucional a temática da disciplina sobre o trânsito de tropas estrangeiras em território nacional.

A Constituinte Deputada Anna Maria Rattes, por sua vez, apresentou 4 (quatro emendas) para melhor dispor sobre a técnica de internalização de tratados internacionais.

O Deputado José Paulo Bisol condensou as propostas na forma do Substitutivo que, porém, não incorporou quaisquer das propostas, incluso à perspectiva de integração regional<sup>24</sup>. Nas emendas ao Substitutivo, os

22 BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Anteprojeto**. p. 4 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-73.pdf>

23 BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Emendas Oferecidas À I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**. Volume 65. p. 36, 49, 50, 53 e 54. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-65.pdf>

24 Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher

PARECER E SUBSTITUTIVO (NOVA REDAÇÃO)

CAPÍTULO IV

DO ESTADO E DE SUAS RELAÇÕES COM OS DEMAIS ESTADOS E ORGANISMOS INTERNACIONAIS

Art. 24 – O Brasil participa da sociedade internacional por meio de tratados e compromissos com os Estados Soberanos, com as organizações internacionais outras entidades dotadas de personalidade internacional, desde que não afetem a soberania de seu povo.

Art. 25 – O Brasil não permitirá que conflitos internacionais em que não é parte atinjam seu território e nele se transforme em fatores de desagregação da sua gente.

Art. 26 A inviolabilidade desta constituição rege as relações internacionais do Brasil, à luz dos princípios constantes de Declarações Internacionais de Direitos de que signatário, com ênfase nos seguintes:

I – o da independência nacional;



Constituintes Stelio Dias (PFL) e Noel Carvalho (PDT) buscaram reestabelecer a menção expressa à proibição de fabricação e uso de armamentos nucleares. O Constituinte Haroldo Lima (PCdoB) apresentou 4 (quatro) propostas para resgatar a manifestação ostensiva contra ingerência externa e a existência ou criação de bases militares estrangeiras em território nacional, com a permissão de venda de armas somente a país que esteja em processo de independência nacional e para vedar relações diplomáticas e comerciais com Estados que discriminação racial ou possuam regimes fascistas. O Constituinte Percival Munoz (PMDB), na mesma linha, tentou a proibição de manutenção de relações diplomáticas ou comerciais com países que mantenha regime de segregação racial; Amaury Muller (PDT) e Márcio Maia (PDT), com todos aqueles que mantenham regimes autoritários; Nelson Wedekin (PMDB), com os que promovam ações contra os direitos humanos; José Genuíno, com os que sejam condenados pela Assembleia Geral da ONU. Uma vez mais, por meio do Constituinte Farabulini Junior (PTB), tentou-se recobrar a menção ao recurso aos meios pacíficos de solução de controvérsias, como a arbitragem e a não intervenção<sup>25</sup>.

A nova redação do Substitutivo da Comissão ao Anteprojeto de sua Subcomissão incorporou algumas propostas, com redação própria e outra carga semântica. Agregou aos princípios o da independência nacional e o da igualdade entre os Estados (no lugar do conceito do permanente não alinhamento internacional; o do direito dos povos à soberania e à autodeterminação (no lugar da menção aos países que lutam contra o colonialismo); o da intocabilidade dos direitos humanos (agregando os conceitos de rechaço às políticas racistas e atentatórias contra os direitos humanos); o da solução pacífica de conflitos (sem discriminar seus meios);

II– o da intocabilidade dos direitos humanos;

III– o do direitos dos povos à soberania e à autodeterminação;

IV– o da igualdade entre os Estados;

V– o da não ingerência nos assuntos internos de outros Estados;

VI– o da solução pacífica dos conflitos internacionais;

VII– o da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade.

Art. 27 – Na ordem internacional o Brasil preconiza:

I – a codificação progressiva do Direito Internacional e a formação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos com poder de decisão vinculatória.

II – a instauração de uma ordem econômica justa e equitativa, com a abolição de todas as formas de dominação de um Estado por outro;

III – a união de todos os Estados soberanos contra a competição armamentista e o terrorismo;

IV – o desarmamento geral, simultâneo e controlado e a dissolução de todos os blocos político-militares;

VI – o estabelecimento de um sistema universal de segurança, com vistas à criação de uma ordem internacional capaz de assegurar a paz e a justiça nas relações entre os povos;

VII – o intercâmbio das conquistas tecnológicas e do patrimônio científico e cultural da humanidade, sem prejuízo do direito à reserva de mercado sempre que o controle de nações estrangeiras possa implicar dominação política e perigo para a autodeterminação nacional;

VIII – o direito universal de uso, reprodução e imitação, sem remuneração, das descobertas científicas e tecnológicas relativas à vida, à saúde e à alimentação dos seres humanos;

IX – a suspensão do sigilo bancário, por decisão passada em julgado da Suprema Corte Constitucional ou de Justiça do País onde o titular da conta, encoberto ou não pela personalidade jurídica, tenha domicílio;

Art. 28 – Os tratados e compromissos internacionais dependem da aprovação do Congresso Nacional, excetuados os que visem simplesmente a executar, aperfeiçoar, interpretar ou prorrogar tratados pré-existentes e os de natureza meramente administrativa.

§ 1º – Os tratados a que se refere a parte final deste artigo serão levados, dentro de trinta dias, ao conhecimento do Congresso Nacional, que poderá rejeitá-los, caso modifiquem substancialmente o ato que lhes deu origem.

§ 2º – O conteúdo normativo dos tratados e compromissos internacionais se incorpora à ordem interna, revoga a lei anterior– e está sujeito à revogação por lei nova ou Emenda Constitucional

BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I -Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Parecer e Substitutivo (nova redação)**. Seção de Documentação Parlamentar. Constituinte Fase F. Volume 68. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-68.pdf>

25 BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Emendas Oferecidas ao Substitutivo**. Volume 67. pp. 2, 7, 23-26, 29, 32, 38, 41, 42, 45-46. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-67.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

e o da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (no lugar da proibição peremptória de se manter relações com países com regimes considerados nefastos)<sup>26</sup>. O art. 27 do texto inclui uma pauta de temas de política externa que seriam mandatórias para o Brasil e que reforçariam esses princípios. Destacamos: a codificação progressiva do Direito Internacional e a formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos com poder de decisão vinculatória; a luta contra o armamentismo e o terrorismo; o desarmamento geral, simultâneo e controlado; a dissolução de todos os blocos político-militares. Essa redação foi confirmada no Anteprojeto da Comissão<sup>27</sup>

Na Comissão de Sistematização, etapa seguinte à apreciação da Comissão temática, o Anteprojeto de Constituição recebeu diversas emendas parlamentares e 20.791 (vinte mil, setecentas e noventa e uma) emendas populares. Em plenário, os artigos relativos às relações internacionais foram objeto de um número significativo de emendas<sup>28</sup>. O texto do Substitutivo do Relator da Comissão de Sistematização resumiu os cinco artigos referentes às relações internacionais a dois, acrescentando a previsão sobre a busca da integração no âmbito latino-americano:

Art. 4º. O Brasil fundamenta suas relações internacionais nos princípios da independência nacional, na prevalência dos direitos humanos, na autodeterminação dos povos, na igualdade dos Estados, na solução pacífica dos conflitos e na defesa da paz, bem como no repúdio ao terrorismo e ao racismo, e propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos e pela cooperação entre os povos, para a emancipação e o progresso da humanidade.

Art. 5º. O Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, com vistas à formação de uma comunidade latino-americana de nações<sup>29</sup>.

26 BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Parecer e Substitutivo (Nova Redação)**. Constituinte Fase F. Volume 68. p. 8-9. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-68.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

27 BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I - Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Anteprojeto da Comissão**. Constituinte Fase H. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-69.pdf>.

28 Título I, Art 7º., caput: 612,838,1347,1725,1937,1970,2739,2773,2964,4892,5075, 5957,6107,6484,7016,8828,9625,9721,10263,11137,11153, 14247, 15829, 17422, 17972, 18452, 18839; Art. 8º., Caput: 147, 1725, 1940, 1970, 2806, 4002, 5075, 5958, 6107, 8806, 9722,10643, 11170, 11777, 12596, 13002,14247,15503,15813, 15829, 17426; Art. 9º., caput, 1725,1938,1970,2903,4383,4892,5008,5075,5959,6107, 6277,6401,6594,6646, 7016, 7077, 8077, 9657, 10131, 11777, 12428, 13002, 14249, 15829, 17055, 17421; Art. 9º., I: 1725,1938,1970,3434,4892,5075,5959,6107,6277,6594,7016,7077,9657,11677,12428,13002,15829,17421; Art. 9º., II: 1725, 1938, 1970, 4892, 5075, 5959, 6107, 6257, 6594, 7016, 7077, 9657, n677, 12428, 13002, 15829, 17421; Art. 9º., III: 1725, 1938, 1970, 4892, 5075, 5959, 6107, 6257, 6594, 7016, 7077, 9657, n677, 12428, 13002, 15829, 17421; Art. 9º., IV: 1725, 1938, 1970, 2214, 4892, 5075, 5959, 6107, 6277, 6594,7016,7077,11677,12428,13002,15829,17421; Art. 9º., V: 1725, 1938, 1970,4892,5075, 5959, 6107, 6277, 6594, 7016,7077,11617,12428,13002,15829,17421; Art. 9º., VI: 1725, 1938, 1970, 4892, 5075, 5959, b107, 6277, 6594, 7016,7077, li 677, 12428, nOU2, 15829, 17421; Art. 9º., VII: 1725, 1938. 1970, 4892, 5075, 5959, 6107, 6277, 6594, 7016, 7077, 11617, 12428, 13002, 15829, 17421; Art. 10, caput, 306, 839, 1047, 1321, 1725, 1753, 1938, 1970, 2962, 4383, 4892,5009,5075,5960,6107,6503,6583,7077,10743, 11624, 13002, 13979, 14247, 14248, 15642, 15829, 15873, 17423; Art. 10, I: 839,1047,1321,1725, 1938,1970,2962,4383,4866,4892, 5075,5960,6107,6384,6503,6583,7016,7077,8444, 11624,13002,14247,14248,15829,17423,19546; Art. 10, II: 839,1047,1321,1725,1938,197 0,2962,4383,4892,5075, 5960,6107,6384,6503,6583,6612, 7U16, 7077, 11624, 13002, 14247, 14248, 15829, 17055, 17423; Art. 10, III: 160,839, 1047, 1321,1725, 1938, 1970, 2962, 4892, 5075, 5960,6107,6384,6503,6583,7016,7077,8031,10722, 11624, 13002, 14247, 14248, 15829, 17423; Art. 10, IV: 839, 1047, 1235, 1321, 1725, 1938, 1970, 2214, 2962, 4322, 4892, 5075, 5960, 6107, 6503, 6583, 7016, 7077, 7536, 9912, 10642, 11624, 13002, 14247, 14248, 15829, 17423; Art. 10, V: 839, 1047, 1235, 1321, 1725, 1938, 1970, 2962, 4322, 4892, 5075, 5960, 6107, 6503, 6583, 7016, 7077, 7536, 8446, 10642, 11624,13002,14247,14248,14563,15829,17423,19546; Art. 10, VI: 839, 1047, 1321, 1725, 1938, 1970, 2962, 4383, 4892, 5075, 5960, 6107, 6503, 6583, 6616, 7016, 7077, 11624. 13002, 14247, 14248, 15829, 17055, 17423, 19546; Art. 10, VII: 839,1047, 1321, 1725, 1827, 1909, 1938, 1970,2962,4348, 4749,4892,5075, 5285, 5740, 5900, 6107, 0384, 0503, 6583, 7016, 7077, 11624, 13002, 13924, 14247, 14248, 14'116, 14948, 15829, 16078, 16549, 17327, 17423, 19546, 19996; Art. 10, VIII: 301,553,839,1047,1321,1725,1938,1970,2962,4322,4892, 5075, 5017, 5960, 6107, 6384, 6503, 6583, 7016, 7077, 10529, 11024, 12889. 12898. 13002, 14247. 14248, 15400. 15829, 17423, 19546; Art. 10, IX: 839,1047,1321,1725,1938,1970,2962,4892,5075,5960,6107, 6384, 6503, 6583, 7016, 7077, 7060, 11624, 13002, 14247, 14248, 15829, 16078, 16564, 17423. 19546; Art. 11, caput: 839,1047,1321,1725,1938,1970,2962,4892,5075,5960,6107, 6384, 6503, 6583, 7016, 7077, 7060, 11624, 13002, 14247, 14248, 15829, 16078, 16564, 17423. 19546; Art. 11, parágrafo único: 542,674,873,1279, 1725, 2177, 3298, 3340, 3462, 3494, 4892, 5010, 5075, 5329, 5961, 6056, 6134, 7014, 8605, 9659, 11750, 13002, 14247, 14248, 15829, 18788. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. CONSTITUINTE. Índice, por artigo, das Emendas oferecidas em Plenário ao Projeto de Constituição. Fase M. <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-233.pdf>

29 BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. **Substitutivo da Comissão de Sistematização às emendas de plenário, referente:** 1) Preâmbulo; 2) Título I; 3) Título II; 4) Título III. Relator: Constituinte Bernardo Cabral. Outubro de 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte/comissao-de-sistematizacao/vol245\\_FasePSIM.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte/comissao-de-sistematizacao/vol245_FasePSIM.pdf).

A Comissão de Sistematização, ou de Redação, não contava, em sua composição, com parlamentar da bancada feminina<sup>30</sup>.

A Redação final de Plenário dos artigos referentes às relações internacionais adotou a técnica legislativa de incisos e aglomerou os dois artigos da versão anterior em um único, tornado o segundo parágrafo do anterior, e acrescentou alguns outros princípios mencionados, em diversos momentos, em emendas em Subcomissão e Comissão, mas retirou a menção à defesa da criação de um tribunal internacional de direitos humanos, referência muito consistente ao longo dos trabalhos parlamentares:

Art. 3º A República Federativa do Brasil fundamenta suas relações internacionais nos seguintes princípios:

- I – independência nacional;
- II – prevalência dos direitos humanos;
- III – autodeterminação dos povos;
- IV – não-intervenção;
- V – igualdade entre os Estados;
- VI – solução pacífica dos conflitos;
- VII – defesa da paz;
- VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X – concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.<sup>31</sup>

Como sabido, o artigo 3º, na tramitação final, tornou-se o art. 4º.

Embora o parágrafo primeiro do art. 4º da Constituição não tenha sido concebido especificamente pela bancada feminina na Constituinte – que, por outro lado, foi grandemente responsável pela proclamação do princípio da prevalência dos direitos humanos –, a plataforma de integração tem se sagrado como importante veículo de promoção de políticas de gênero. É o que veremos na sequência.

Toda a discussão assaz fértil sobre a codificação do Direito Internacional e o seu status na ordem constitucional nacional (sobretudo em relação a atos referentes aos direitos humanos) ganhou, para muitos doutrinadores, uma tradução apequenada, ao abrigo no art. 5º, § 2º, pelo qual “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”. O dispositivo sugere que os direitos e as garantias decorrentes de atos internacionais internalizados pela ordem jurídica nacional são materialmente constitucionais, considerados direitos e garantias fundamentais e, como tais, cláusulas pétreas (irrevogáveis).

30 Tinha em sua composição, como Presidente Ulysses Guimarães (PMDB-SP); Co-Presidentes Afonso Arinos (PSDB-RJ) e Jarbas Passarinho (PDS-PA); e Relator Bernardo Cabral (PMDB-AM). Como membros titulares: Bernardo Cabral, José Fogaça, Luiz Henrique, Luiz Viana, Marcos Lima, Michel Temer, Nelson Carneiro, Nelson Jobim e Ulysses Guimarães. (PMDB); Humberto Souto, José Lins, Paes Landim e Ricardo Fiúza. (PFL); Afonso Arinos e Fernando Henrique Cardoso (PSDB); Antônio Carlos Konder Reisi, Bonifácio de Andrada e Jarbas Passarinho. (PDS); Vivaldo Barbosa (PDT); Gastone Righi e Sólton Borges dos Reis (PTB); Plínio Arruda Sampaio. (PT); José Maria Eymael e Siqueira Campos (PDC); Haroldo Lima (PC do B); Ademir Andrade (PSB). Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte/comissao-de-redacao](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte/comissao-de-redacao)

31 BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. **Projeto de Constituição (A)**. (Quadro Comparativo). Preâmbulo. Título I. Constituinte Fase Q. jan. 1988. Título I Volume 269. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-269.pdf>

Todavia, a condição dos atos internacionais, mesmo relativos aos direitos humanos, continuava, na prática, a aturdir e dividir a doutrina e a jurisprudência, motivo pelo qual, por ocasião da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, dois parágrafos foram acrescentados ao art. 5º, um deles resgatando, em parte, muitas das discussões já havidas na Constituinte:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

No entendimento de muitos doutrinadores, o § 3º diminuiu a estatura dos tratados internacionais de direitos humanos ao impor condições na processualística legislativa mais restritas, porque já teriam a mais elevada condição constitucional, bastando ao trabalho jurisprudencial a função de afirmar essa primazia. Melhor esclarecimento à temática teria trazido a Emenda nº 45 se houvesse resgatado a fórmula legislativa reiteradamente cogitada em emendas nas diversas fases da ANC e que traduzia o que o desenvolvimento doutrinário recente traduziu por controle de convencionalidade dos atos internacionais.

Finalmente, destacamos que o Art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) plasmou a demanda de que se firmasse em texto constitucional o compromisso pela defesa da formação de um tribunal internacional dos direitos humanos. Como resultado indireto desse compromisso, o § 4º do art. 5º, também resultado da Emenda Nº 45, aditou o reconhecimento da jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Em termos de controle social de política externa, não há dúvidas de que o dispositivo mais importante da Carta Constitucional é o seu art. 4º, cuja redação vaga aparenta frustrar a intensa negociação havida nos trabalhos preparatórios. São eles, contudo, que demonstram o quão comprometidos e interessados estavam a classe política nacional e importantes bancadas setoriais (como a bancada feminina) nos temas de política externa. Convém questionar se a aspiração Constituinte redundou em premissas efetivas no controle da política externa.

### **3 A EFETIVIDADE JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EXPRESSOS NO ARTIGO 4º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988**

Tal como demonstrado pelo esforço dos Constituintes, com inequívoca participação da bancada feminina, foi positivado o artigo 4º da Constituição de 1988. Lembramos que em todas as Constituições brasileiras houve o reconhecimento da relevância das relações do Brasil com os demais Estados, inclusive, ocorrendo em todos os textos constitucionais as delimitações jurídicas para possibilitar a celebração dos tratados internacionais, como demonstrado de forma lapidar por Antônio Cachapuz de Medeiros<sup>32</sup>.

32 MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. **O poder de celebrar tratados**. Porto Alegre: Antonio Fabris, 1995.

Por meio dos instrumentos internacionais, são gerados vínculos jurídicos entre os países e a sociedade internacional, tal qual também demonstra a vetusta lição de Antônio de Vasconcelos Menezes de Drummond<sup>33</sup>, para quem: “os Estados têm direitos e deveres entre si, isto é, em virtude d’essa sua mesma personalidade moral ou livre”<sup>34</sup>.

O longo caminho do Império à contemporaneidade brasileira consolidou a presença nas constituições de dispositivos de conexão do texto constitucional<sup>35-36</sup>, o Direito Internacional e os Direitos Humanos. Reconhecendo-os como um conteúdo materialmente relevante, seja na consagração de equivalência dos tratados recepcionados a hierarquia constitucional, conforme o artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Cidadã; o tratamento jurisprudencial de sua supralegalidade ou convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a obra de Mazzuoli<sup>37</sup> e a alta intensidade da positivação de parâmetros para a atuação do Estado brasileiro em suas relações internacionais, expressos, sobretudo, no artigo 4º da Norma Ápice do Brasil.

É certo que “A Constituição de 1988 foi feita com características de instrumento de transformação da realidade nacional<sup>38</sup>”, seja no plano interno, ou mesmo, na dimensão das relações internacionais, principalmente os vizinhos da América Latina. Não se deve olvidar da lição dogmática de Rui Barbosa<sup>39</sup> sobre o fato constitucional de que, pelo menos, desde a primeira Constituição Republicana, entendemos que nada exposto no texto constitucional é supérfluo, todos os comandos possuem conteúdo jurídico e devem ser obedecidos pelo Estado e a sociedade em geral.

Como um dos reflexos da redemocratização brasileira e a abertura do país a novas parcerias internacionais os princípios fundamentais relativos à atuação internacional do Estado brasileiro verifica-se o fato de que o princípio da Integração Latino Americana “é norma que inova no constitucionalismo brasileiro. (...) A integração latino-americana, uma vocação histórica brasileira restou positivada no texto constitucional como medida inerente à nova ordem constitucional democrática”<sup>40</sup>, sendo, deste modo, conteúdo com dotado de hierarquia superior e alto grau de efetividade jurídica, vinculando a atuação de todos os poderes constituídos.

O dispositivo é resultado do despertar do país, ainda que tardio, para a centralidade das questões internacionais e do impulso sistematizador da Constituição de 1988, que procedeu dessa maneira em diversos temas. Os efeitos práticos do artigo ainda são tímidos, mas, sem dúvida alguma, seja pela ascensão

33 DRUMMOND, Antonio de Vasconcelos Menezes de. **Preleções de direito internacional**: referência e aplicação dos princípios. Imprensa Oficial: Rio de Janeiro: 1867.

34 DRUMMOND, Antonio de Vasconcelos Menezes de. **Preleções de direito internacional**: referência e aplicação dos princípios. Imprensa Oficial, Rio de Janeiro: 1867. p. 13.

35 Em face desse cenário, percebe-se que a Carta de 1988 introduz inovações extremamente significativas no plano das relações internacionais. Se, por um lado, está Constituição reproduz tanto a antiga preocupação vívida no Império do que se refere à independência nacional e à não intervenção como reproduz ainda as ideias republicanas voltados à defesa da paz, a Carta de 1988 inova ao realçar uma orientação internacionalista jamais vista na história constitucional brasileira PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 105.

36 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

37 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. São Paulo: Forense, 2020.

38 SILVA, Jose Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 289.

39 BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. volume 1. São Paulo: Saraiva, 1939.

40 GALINDO, George Rodrigues Bandeira. Art. 4º. *In*: **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 133.

normativa da Constituição, seja pela centralidade do tema, os princípios inscritos no art. 4º representam mudança fundamental no país<sup>41</sup>.

Em perspectiva comparativa, a Constituinte brasileira de 1987 elaborou uma Constituição com a maior participação de parlamentares mulheres, estabelecendo, surpreendentemente, uma textura aberta para as interpretações de seus comandos, sejam regras ou princípios jurídicos, voltados à atuação estatal no âmbito interno e/ou internacional.

Na Constituição de 1988<sup>42</sup> os comandos sobre os relacionamentos internacionais brasileiros foram elevados a condição de princípios fundamentais e, por consequência, receberem um maior grau de eficácia jurídica, porque “não se trata de simples faculdade, mas de um mandamento constitucional a ser cumprido pelo Estado Brasileiro<sup>43</sup>”.

À luz das teorias do positivismo jurídico e pós-positivismo foram escritos rios de tinta sobre as diferenças das regras e princípios constitucionais, exemplificados nas obras de Canotilho<sup>44</sup>, Alexy<sup>45</sup>, Dimoulis<sup>46</sup> e Sarlet<sup>47</sup>. Uma simplificação das posições acadêmicas atuais é que as regras e princípios tendem a ser separados pelos seus graus de abrangências. Neste diapasão, enquanto as regras são comandos jurídicos específicos, os princípios possuem um alto grau de generalidade<sup>48</sup>.

Seguindo, a literatura de Luís Roberto Barroso<sup>49</sup> (re)constrói o pensamento constitucionalista de que os princípios fundamentais podem ser classificados em gerais e setoriais ou especiais, conforme o seu âmbito de atuação no ordenamento jurídico nacional, sendo que:

[...] os princípios setoriais ou especiais, que são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos. Por vezes são mero detalhamento dos princípios gerais, como os princípios da legalidade tributária ou da legalidade penal outras vezes são autônomos como o princípio da anterioridade em matéria tributária ou do concurso público em matéria de Administração Pública<sup>50</sup>

Um remate possível é que os princípios fundamentais relativos à atuação do Estado brasileiro nas suas relações internacionais são comandos dotados de eficácia imediata, ou seja, são aplicados diretamente so-

41 TIBURCIO, Carmem. Constituição e relações internacionais. *UnivertitasJUS*, v. 25, n. 1, p. 1-24, 2014. DOI: <https://doi.org/10.5102/unijus.v25i1.2889>. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/jus/article/view/2889>. p. 7. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

42 “Marco da transição democrática, mais comemorada por suas virtudes do que atacada por seus defeitos, a Constituição de 1988 apresenta uma característica um tanto incomum em relação às suas congêneres no mundo, ela não para de crescer”. ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. 1988-2018: Trinta Anos de constitucionalização permanente. *In: A Carta: para entender a Constituição brasileira*. São Paulo: Todavia, 2018.

43 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 53.

44 CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2018.

45 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

46 DIMOULIS, Dimitri. *O positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

47 S ARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

48 “Os princípios em geral (não apenas os princípios fundamentais) são espécies de gênero de normas jurídicas, distinguindo-se, de acordo com atendimento consagrado no seio da doutrina constitucional e mesmo (antes disso) na teoria geral do Direito, de outras espécies normativas, em especial as regras.” (SARLET, 2020, p. 263).

49 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

50 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

bre situações concretas, sem a necessidade de uma regulamentação infraconstitucional para a sua utilização. Lembrando-se, a “eficácia jurídica [...], vem a ser a consequência jurídica que se poderá exigir, judicialmente se necessário, caso a norma não seja cumprida<sup>51</sup>”.

“Aplicação Imediata”, assim, não significa outra coisa senão (a) a desnecessidade de regulamentação das liberdades constitucionais para torna-las efetivas; (b) a constatação de que a Constituição possui validade e eficácia típica das demais normas jurídicas; (c) a força normativa da Constituição vincula a todos os órgãos públicos ensejando o reconhecimento da institucionalidade de determinadas omissões; (d) a atribuição de uma carga axiológica reforçada aos direitos fundamentais, que somente pode ser preterida face à convincente demonstração das especificidades do caso.<sup>52</sup>

Fixa-se, um ponto clássico da doutrina jurígena é: “a eficácia é, assim, o poder que têm as normas e os atos jurídicos para a consequente produção de efeitos jurídicos próprios<sup>53</sup>”, portanto, os comandos constitucionais, sejam regras ou princípios tem a aptidão de produzir efeitos concretos, seja na esfera público ou mesmo privada.

Os princípios fundamentais, na condição de espécies das normas constitucionais, são dotados, portanto, de eficácias e aplicabilidade, sendo normas jurídicas vinculativas, ainda que sua força jurídica não seja igual (em todos os aspectos) à das regras ou mesmo das normas de direitos fundamentais que, a despeito de terem uma dimensão objetiva (e quanto a tal ponto se aproximam dos princípios essencialmente objetivos, como é o caso, dos princípios essencialmente objetivos como é o caso dos princípios fundamentais aqui versados), assumem a condição de direitos subjetivos<sup>54</sup>

A lição de Ingo Sarlet, exposta acima, clarifica os entendimentos que os princípios fundamentais têm um maior grau de generalidade do que as regras, estando, neste sentido, mais vulnerais a interpretações restritivas. O segundo ensinamento é que estas normas podem gerar direitos subjetivos e, na mesma medida, a obrigação estatal de satisfazê-los.

Avançando, a eficácia dos princípios fundamentais previstos no artigo 4º da Constituição possui duas dimensões distintas; uma negativa, ou seja, todas as previsões infraconstitucionais devem ser recepcionadas ou declaradas não recepcionadas caso sejam materialmente incompatíveis com o texto constitucional, ocorrer o controle de constitucionalidade e de convencionalidade da produção normativa nacional, retirando do Ordenamento Jurídico preceitos que lhes forem contrários.

Outra dimensão da eficácia dos princípios constitucionais é a obrigação da atuação estatal positiva, condicionando a necessidade de realização de ações concretas, tais quais a adoção de políticas, programas e projetos

51 BARCELOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense, 2020.

52 GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumenjuris Editora, 2008. p. 55.

53 FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

54 SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 264.

públicos para a concretização de tais preceitos que são tão essenciais que foram elevados a condição de fundamentais, como por exemplo a adoção de interações sobre problemas de gêneros nos países da América do Sul.

Uma síntese possível é que os princípios fundamentais previstos no artigo 4º da Constituição Cidadã e, em perspectiva principal, o seu parágrafo único demonstra comandos constitucionais que têm aplicação imediata, gerando efeitos negativos e, principalmente, positivos, que vinculam toda a Administração Pública brasileira, exigindo ações, projetos e programas que cumpram as suas determinações.

#### **4 O MERCOSUL E A REALIZAÇÃO DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DOS DIREITOS DAS MULHERES NO PLANO MULTILATERAL**

Em obediência ao disposto no artigo 4º da Constituição Federal, o Estado brasileiro buscou sua inserção em regimes internacionais de proteção aos direitos humanos e em organizações de integração regional.

Foi nesse espírito que o país ratificou, por exemplo, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1990; a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 1991; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica –, em 1992; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará – em 1996; e o Protocolo Adicional Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em 2009<sup>55</sup>.

Ainda, o Congresso Nacional que havia aprovado, em 1983, o [Decreto Legislativo nº 93](#), que autorizava a ratificação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) com reservas aos seus artigos 15, parágrafo 4º (igualdade de direitos de liberdade de movimento e liberdade de escolha de residência e domicílio)<sup>56</sup>, e 16, parágrafo 1º, alíneas a, c, g e h (referentes a igualdades no matrimônio)<sup>57</sup>, mudou seu posicionamento. Em 1994, o Congresso o revogou, ao adotar o Decreto Legislativo nº 26, retirando as referidas reservas. Assim, em 2002, o Executivo promulgou o Decreto nº 4.337, refletindo tais mudanças, além de aderir ao sistema de comunicações previstos na CEDAW.

55 OFFICE OF THE UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS HIGH COMMISSIONER. **Status of ratification interactive dashboard**. Disponível em: <https://indicators.ohchr.org/>  
56 Artigo 15 [...] 4. Os Estados-Partes concederão ao homem e à mulher os mesmos direitos no que respeita à legislação relativa ao direito das pessoas à liberdade de movimento e à liberdade de escolha de residência e domicílio.

57 Artigo 16. 1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão:

a) O mesmo direito de contrair matrimônio; [...]

c) Os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução; [...]

g) Os mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive o direito de escolher sobrenome, profissão e ocupação;

h) Os mesmos direitos a ambos os cônjuges em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito quanto a título oneroso.



O Brasil já era membro da Unidade Mulher e Desenvolvimento, criada em 1977, no âmbito da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), e participava de sua Conferência Regional sobre a Integração da Mulher no Desenvolvimento Econômico e Social da América Latina desde aquele ano<sup>58</sup>. Conferência essa que adota Planos de Ação Regional ao final de suas sessões, como aquele adotado na sua quinta edição, em 1991, e que recomendou a “coordenação dos órgãos intergovernamentais com relação a programas nacionais e regionais para a promoção da mulher”<sup>59</sup>.

Ao aderir ao Pacto de São José da Costa Rica, ao PIDESC, ao PIDCP, ao seu Protocolo Adicional Facultativo ao PIDCP e à CDAW, o país passou a fazer parte dos principais órgãos convencionais de proteção internacional dos direitos humanos. Agora, o Brasil passava a ser membro ativo nos temas de direitos das mulheres na CEPAL, OEA e ONU.

Na mesma onda de adesão aos parâmetros acordados em âmbito internacional, o Brasil caminhava para uma maior abertura ao livre comércio, o que significou a adoção de uma série de tratados comerciais bilaterais, dentre eles, a Ata de Buenos Aires, que previa a integração entre Brasil e Argentina, dando seguimento ao preconizado no Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, firmado entre ambos em 1988. Em 1991, nesse processo de abertura, os países ao decidirem incluir o Paraguai e o Uruguai nesse processo, assinaram o Tratado de Assunção, criando o Mercado Comum do Sul (Mercosul).

O Mercosul foi criado com o objetivo de ser um organismo internacional de integração regional com vocação para a implementação de um mercado comum. O Tratado de Assunção prevê em seu artigo 1º que o Mercosul implicará a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais, uma tarifa externa comum e uma política comercial comum<sup>60</sup>. Apesar de não ser o objetivo inicial do Mercosul, temas de cunho social foram sendo progressivamente incorporados às ações do bloco, em especial no que tange aos direitos humanos e diminuição de assimetrias entre os Estados Partes<sup>61</sup>. Assim, a previsão (desse mesmo artigo 1º) de que o Mercosul implica um “compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração”<sup>62</sup> abarca atualmente temas da agenda social, não somente da econômica e comercial.

Esse último trecho do referido dispositivo é a base para o estabelecimento de diversas instâncias intergovernamentais no âmbito do bloco, dentre elas, as que tratam dos direitos humanos e, em especial, dos direitos das mulheres – de forma a colocar em prática recomendações de organismos internacionais, como as da referida Conferência Regional sobre a Integração da Mulher no Desenvolvimento Econômico e Social da

58 CEPAL. Conferência Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Disponível em: <https://conferenciamujer.cepal.org/14/es>

59 CEPAL. Relatório da Quinta Conferência Regional sobre a Integração da Mulher no Desenvolvimento Econômico e Social da América Latina e do Caribe (Curaçao, Antilhas Holandesas, 16-19 de setembro de 1991). p. 43.

60 MERCOSUL. Tratado de Assunção. Assunção, 26 de março de 1991. Art 1º. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0350.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm)

61 SCHNOR, Marina Costa. **A construção da perspectiva de gênero no Mercosul**: o Brasil na reunião especializada da mulher. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação. (Graduação em Relações Internacionais). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017. p. 35-36.

62 MERCOSUL. Tratado de Assunção. Assunção, 26 de março de 1991. Art 1º. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0350.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm)

América Latina, da Declaração e Plataforma de Ação de Viena (1993), Pequim (1995) e Durban (2001), da ONU Mulheres ou dos órgãos criados pelos tratados.

A estrutura institucional do Mercosul que trata sobre direitos humanos é formada por instâncias subordinadas ao órgão decisório máximo – Conselho do Mercado Comum –, aos órgãos executivos e decisórios – Grupo Mercado Comum e Comissão de Comércio do Mercosul – e ao órgão de representação – Parlamento do Mercosul<sup>63</sup>. É com base nessa estrutura que serão apresentados os seguintes órgãos e suas competências relacionadas aos direitos das mulheres: Reunião de Altas Autoridades sobre Direitos Humanos do Mercosul; Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos do Mercosul; Reunião de Ministras e Altas Autoridades da Mulher do Mercosul; Foro de Consulta e Concertação Política; Reunião Especializada da Mulher e Comissão de Cidadania e Direitos Humanos do Parlamento do Mercosul.

#### 4.1 GRUPO MERCADO COMUM

O Grupo Mercado Comum (GMC) é o órgão executivo responsável por apresentar projetos de Decisão ao Conselho do Mercado Comum (CMC) e por tomar providências necessárias ao cumprimento das Decisões (ou seja, normas de direito regional) que vierem a ser adotadas por ele<sup>64</sup>. O GMC é composto por oito representantes dos Ministérios das Relações Exteriores, da Economia (ou seus equivalentes) ou do Banco Central dos Estados Partes<sup>65</sup>. Trata-se de um órgão intergovernamental, formado por representantes dos Poderes Executivos nacionais, assim como os demais órgãos a ele subordinados. Cabe a ele se manifestar a respeito das propostas e recomendações levadas ao seu conhecimento pelos demais órgãos do bloco, adotar Resoluções (que são também fontes de direito regional) e elaborar informes e estudos a requerimento do CMC<sup>66</sup>.

No que tange ao direito das mulheres, dentre as ações realizadas pelo GMC, encontramos as Resoluções sobre integração de bancos de dados e harmonização metodológica de indicadores sobre a situação da mulher<sup>67</sup>, a incorporação da perspectiva de gênero<sup>68</sup> e a que encomendou uma lista de projetos e programas com incidência sobre a mulher no âmbito do Mercosul, buscando identificar todas as ações realizadas pelo bloco<sup>69</sup>. O mais relevante de mencionarmos é que o GMC tinha em sua estrutura como órgão subordinado, a Reunião Especializada da Mulher, que, entre 1998 e 2011, foi responsável pelas políticas regionais para mulheres. A partir da ação dessa Reunião é que foram adotadas as referidas Resoluções.

63 Sobre o caráter dos órgãos, RIBEIRO, Elisa de Sousa. **Mercosul**: sobre democracia e instituições. 2. ed. Brasília: UniCEUB, 2018. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12747>. p. 102.

64 MERCOSUL. Tratado de Assunção. Assunção, 26 de março de 1991. Art. 13.

65 MERCOSUL. Tratado de Assunção. Assunção, 26 de março de 1991. Art. 14.

66 MERCOSUL. Protocolo de Ouro Preto. Ouro Preto, 17 de dezembro de 1994. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d1901.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1901.htm)

67 MERCOSUL. Resolução GMC nº 83/00. Integração de bancos de dados e harmonização metodológica de indicadores sobre a situação da mulher. Brasília, 7 de dezembro de 2000.

68 MERCOSUL. Resolução GMC nº 84/00. Incorporação da perspectiva de gênero no âmbito do Mercosul. Brasília, 7 de dezembro de 2000.

69 MERCOSUL. Resolução GMC nº 37/00. Lista de projetos e programas com incidência sobre a mulher no âmbito do Mercosul. Buenos Aires, 28 de junho de 2000.

#### 4.2.1 REUNIÃO ESPECIALIZADA DA MULHER

A Reunião Especializada da Mulher (REM) foi criada em 1998<sup>70</sup> como espaço de diálogo sobre os temas afetos a questões de gênero. Ela foi resultado de um processo político gerado a partir de demandas da sociedade civil, como a Comissão de Mulheres da Coordenadora de Centrais Sindicais do Cone Sul, Flacso, Unifem e representantes das Oficinas da Mulher dos Estados Parte do Mercosul<sup>71</sup>, e também da influência da agenda feminista dos anos 1990<sup>72</sup>, que contou com o I Seminário Internacional sobre Mulher e Mercosul em 1997<sup>73</sup>, realizado no Rio de Janeiro.

A REM trabalhou em temas relevantes, buscando a implementação de novas legislações nos Estados Partes que refletissem os compromissos internacionais sobre igualdade, mas, também, que viabilizassem a proteção das mulheres. Exemplo dessa atuação foi a criação do Grupo de Trabalho de Técnicas em Violência Doméstica que, em 2009, propiciou a I Reunião da Comissão de Especialistas sobre Violência contra a Mulher e resultou no Sistema de Informação Regional e Violência Doméstica baseada em Gênero<sup>74</sup>. Foi também a partir da atuação da REM que, no ano de 2000, o GMC adotou a incorporação da perspectiva de gênero em todos os órgãos do Mercosul, ao

[...] Instruir aos diferentes foros do MERCOSUL dentro de seus respectivos mandatos e competências, a incorporar a perspectiva de gênero no planejamento, elaboração, implementação e avaliação de suas atividades, políticas e programas, a fim de permitir a análise de seu impacto sobre as mulheres, com a finalidade de garantir a igualdade e equidade entre os gêneros, com especial atenção no tratamento, entre outros, dos temas trabalho, emprego, seguridade social, saúde, pequenas e médias empresas e projetos de cooperação<sup>75</sup>.

Foi em 2005 que novas e importantes inflexões ocorreram, quando a REM ampliou sua abertura para a participação de organizações da sociedade civil; debateu os entraves à adoção de um sistema comum de dados em matéria de violência contra a mulher e recebeu proposta sobre a representação igualitária de gênero no Parlamento do Mercosul<sup>76</sup>. Muitas das iniciativas que hoje estão em vigor foram idealizadas nos treze anos de existência da REM que, em 2011, foi transformada na Reunião de Ministras e Altas Autoridades da Mulher

70 MERCOSUL. Resolução GMC nº 20/98. Reunião Especializada da Mulher. Buenos Aires, 22 de julho de 1998.

71 PIMENTEL, Fagner Barbosa; MONTILLA MUÑOZ, Maria Alejandra. Violência contra as Mulheres e suas vozes no Mercosul. **Hegemonia – Revista Eletrônica de Relações Internacionais do Centro Universitário Unieuro**, n. 18, 2016. p. 19. FRANCO, María Camila Franco. **Análisis de la Reunión Especializada de la Mujer del MERCOSUR a la luz de la Plataforma de Acción de Beijing en la esfera de Mecanismos Institucionales para el Adelanto de la Mujer (1998-2008)**. Monografía de Grado (Grado em Relaciones Internacionales) Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, 2011. p. 11-12.

72 Cf. SANTOS, Luana Marina dos. A influência dos movimentos sociais das mulheres nos processos decisórios do Mercosul: uma breve análise a partir dos elementos propulsores do fenômeno da globalização. **Brazilian Journal of Latin American Studies (Cadernos PROLAM)**, v. 18, n. 34, p. 118-141, jan./jul. 2019. p. 129-135. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.1676-6288.prolam.2019.161593>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/prolam/article/view/161593/158451>. Acesso em: 09 nov. 2021.

73 SCHNOR, Marina Costa. **A construção da perspectiva de gênero no Mercosul: o Brasil na reunião especializada da mulher**. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação. (Graduação em Relações Internacionais). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017. p. 37.

74 PIMENTEL, Fagner Barbosa; MUÑOZ, Maria Alejandra Montilla. Violência contra as Mulheres e suas vozes no Mercosul. **Hegemonia – Revista Eletrônica de Relações Internacionais do Centro Universitário Unieuro**, número 18, 2016. P. 20-21.

75 MERCOSUL. Resolução GMC nº 84/00. Incorporação da perspectiva de gênero no âmbito do Mercosul. Brasília, 7 de dezembro de 2000.

76 SCHNOR, Marina Costa. **A construção da perspectiva de gênero no Mercosul: o Brasil na reunião especializada da mulher**. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação. (Graduação em Relações Internacionais). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017. p. 40

do Mercosul<sup>77</sup>, vinculada ao Conselho do Mercado Comum<sup>78</sup>, o que elevou as questões de gênero a um novo patamar dentro do bloco<sup>79</sup>.

## 4.2 O CONSELHO DO MERCADO COMUM

O Conselho do Mercado Comum é o principal órgão da estrutura do Mercosul, sendo o titular da personalidade jurídica, o responsável pela condução política e pela tomada de decisões. Ele é formado pelos Ministros das Relações Exteriores e pelos Ministro da Economia (ou seus equivalentes) dos Estados Partes e, assim como o GMC e a REM, trata-se de uma instância intergovernamental. Os órgãos subordinados ao CMC devem assessorá-lo e submeter a ele propostas de políticas a serem adotadas na forma de Decisões. Essas têm caráter obrigatório para os Estados Partes<sup>80</sup>, mas, a depender do seu conteúdo, podem entrar em vigor a partir da sua publicação (quando tratam apenas de aspectos da organização ou do funcionamento do organismo internacional) ou necessitar passar pela aprovação interna e individual dos Estados Partes (se criar compromisso para os Estados, assim como tratados internacionais)<sup>81</sup>. Nesse sentido, as Decisões que são adotadas pelo CMC em matéria de direito das mulheres podem tanto ter vigência imediata ou necessitar de aprovação interna dos Estados. De um modo ou de outro, são fontes de direito de integração regional.

No que tange ao direito das mulheres, o CMC já adotou Decisões que estabeleceram um mecanismo de articulação para a atenção a mulheres em situação de tráfico internacional de pessoas<sup>82</sup> e uma política de igualdade de gênero<sup>83</sup>, ambos monitorados pela Reunião de Ministras e Altas Autoridades da Mulher.

O CMC fez também recomendações aos Estados Partes sobre a implementação de um registro unificado homologável regional em matéria de violência contra a mulher<sup>84</sup>; sobre a participação de mulheres na economia<sup>85</sup>; a participação de mulheres na política<sup>86</sup>; o reconhecimento regional mútuo de medidas de proteção para mulheres em situação de violência baseada em gênero<sup>87</sup>; a promoção de mulheres empreendedoras do

77 PIMENTEL, Fagner Barbosa; MONTILLA MUÑOZ, Maria Alejandra. Violência contra as Mulheres e suas vozes no Mercosul. *Hegemonia – Revista de Ciências Sociais*, número 18, p. 148-188, 2016. DOI: <https://doi.org/10.47695/hegemonia.vi18.182>. Disponível em: <https://revistahegemonia.emnuvens.com.br/hegemonia/article/view/182>. Acesso em: 10 set. 2021.

78 MERCOSUL. Decisão CMC nº 24/11. Reunião de Ministras e Altas Autoridades da Mulher do Mercosul. Montevideu, 19 de dezembro de 2011.

79 SCHNOR, Marina Costa. **A construção da perspectiva de gênero no Mercosul**: o Brasil na reunião especializada da mulher. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação. (Graduação em Relações Internacionais). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017. p. 42-43.

80 MERCOSUL. Protocolo de Ouro Preto, 17 de dezembro de 1994. Art. 9º. MERCOSUL. Decisão CMC nº 5/2020. Incorporação ao ordenamento jurídico dos Estados Partes e vigência das normas Mercosul (complementação da decisão CMC Nº 23/00). Montevideu, 24 de agosto de 2020.

81 ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira de; GALVÃO, Eduardo; LANNES, Carolina Nogueira. Procedimentos de internalização de normativas do Mercosul nos Estados Partes. In: RIBEIRO, Elisa de Sousa. (coord.). **Direito do Mercosul**. 2. ed. UniCEUB: ICPD, 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/13134>. p. 271-325.

82 MERCOSUL. Decisão CMC nº 32/12. Mecanismo de articulação para a atenção a mulheres em situação de tráfico internacional. Brasília, 06 de dezembro de 2012. MERCOSUL. Decisão CMC nº 26/14. Mecanismo de articulação para a atenção a mulheres em situação de tráfico internacional. Paraná, 16 de dezembro de 2014.

83 MERCOSUL. Decisão CMC nº 13/14. Diretrizes da Política de Igualdade de Gênero do Mercosul. Caracas, 28 de julho de 2014.

84 MERCOSUL. Recomendação CMC nº 4/09. Registro unificado homologável regional em matéria de violência contra a mulher. Assunção, 24 de julho de 2009.

85 MERCOSUL. Recomendação CMC nº 2/10. Participação das mulheres na economia. San Juan, 02 de agosto de 2010.

86 MERCOSUL. Recomendação CMC nº 3/10. Participação das mulheres na política. San Juan, 02 de agosto de 2010.

87 MERCOSUL. Recomendação CMC nº 4/19. Reconhecimento regional mútuo de medidas de proteção para mulheres em situação de violência baseada em gênero. Santa Fé, 16 de julho de 2019.

Mercosul e de redes e feiras da economia social e solidária<sup>88</sup>; e a abordagem integral da violência contra as mulheres, violência simbólica e midiática<sup>89</sup>; entre outros assuntos. Todas essas iniciativas são relevantes para a harmonização de políticas públicas entre os Estados Partes, já que o Mercosul não detém a competência de editar normas supranacionais.

A Abordagem Integral da Violência contra as Mulheres, Violência Simbólica e Midiática têm um papel importante, na imagem veiculada na mídia, que acaba gerando distorções no comportamento da sociedade. Assim, o CMC recomendou aos Estados

Art. 1º – Avançar na identificação, tipificação e tratamento da violência simbólica e a violência midiática contra as mulheres, entendendo por violência simbólica a que mediante padrões estereotipados, mensagens, valores, ícones ou signos transmita e reproduza dominação, desigualdade e discriminação nas relações sociais, naturalizando a subordinação da mulher na sociedade; e, por violência midiática, publicação ou difusão de mensagens e imagens estereotipadas mediante qualquer meio massivo de comunicação, que, de maneira direta ou indireta, promova a exploração de mulheres ou suas imagens, injúria, difamação, discrimine, desonre, humilhe ou atente contra a dignidade das mulheres, bem como a utilização de mulheres, adolescentes e meninas em mensagens e imagens que atentem contra a sua integridade, legitimando a desigualdade de tratamento ou que construam padrões socioculturais reprodutores da desigualdade ou geradores de violência contra as mulheres.

Art. 2º – Promover a conscientização e a difusão de diretrizes de comunicação não sexista em âmbitos educativos, acadêmicos e em meios de comunicação e difusão<sup>90</sup>.

Em 1991, com objetivo de dotar o Mercosul de uma estrutura coesa, o CMC adotou a Decisão nº 05/91 para a criar Reuniões de Ministros (ou de funcionários de hierarquias equivalentes), das quais fazem parte representantes governamentais<sup>91</sup>, com a finalidade de viabilizar “o tratamento de assuntos que envolvam, nas áreas de sua competência, as mais altas hierarquias ministeriais ou outras equivalentes dos Estados Partes”<sup>92</sup>. As Reuniões de Ministros ocorrem periodicamente e as suas atas e os acordos ali firmados devem ser submetidos ao CMC<sup>93</sup>. Foi nesse espírito que foram criadas a Reunião de Altas Autoridades sobre Direitos Humanos do Mercosul<sup>94</sup> e a Reunião de Ministras e Altas Autoridades da Mulher do Mercosul<sup>95</sup>.

#### 4.2.1 REUNIÃO DE ALTAS AUTORIDADES SOBRE DIREITOS HUMANOS DO MERCOSUL

A Reunião de Altas Autoridades sobre Direitos Humanos do Mercosul (RAADH) foi estabelecida em 2004, com intuito de ser uma instância subordinada ao CMC que reunisse as principais autoridades dos Estados Partes que detivessem competência sobre a matéria, sejam elas Ministérios, Secretarias ou quaisquer órgãos in-

88 MERCOSUL. Recomendação CMC nº 9/15. Promoção de mulheres empreendedoras do Mercosul e de redes e feiras da economia social e solidária. Assunção, 20 de dezembro de 2015.

89 MERCOSUL. Recomendação CMC nº 5/19. Abordagem integral da violência contra as mulheres, violência simbólica e midiática. Bento Gonçalves, 4 de dezembro de 2019.

90 MERCOSUL. Recomendação CMC nº 5/19. Abordagem integral da violência contra as mulheres, violência simbólica e midiática. Bento Gonçalves, 4 de dezembro de 2019.

91 MERCOSUL. Decisão CMC nº 05/91. Reuniões de Ministros. Brasília, 17 de dezembro de 1991. Art. 1º.

92 MERCOSUL. Decisão CMC nº 05/91. Reuniões de Ministros. Brasília, 17 de dezembro de 1991. Preâmbulo.

93 Cf. RIBEIRO, Elisa de Sousa. **Mercosul**: sobre democracia e instituições. 2. ed. Brasília: UniCEUB, 2018. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12747>.

94 MERCOSUL. Decisão CMC nº 40/04. Criação da reunião de altas autoridades sobre direitos humanos do Mercosul. Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2004.

95 MERCOSUL. Decisão CMC nº 05/91. Reuniões de Ministros. Brasília, 17 de dezembro de 1991.

seridos nas mais diversas estruturas governamentais. Foi no âmbito da RAADH, em sua primeira reunião, que se adotou o marco de proteção aos direitos humanos no bloco, o Protocolo de Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul, conhecido como Protocolo de Assunção, ou como Cláusula de Direitos Humanos<sup>96</sup>. É esse tratado que determina que “o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais são condições essenciais para a vigência e evolução do processo de integração”<sup>97</sup> e estabelece um sistema de consultas e de medidas para o caso de ocorrerem “graves e sistemáticas violações dos direitos humanos e liberdades fundamentais em uma das Partes em situações de crise institucional ou durante a vigência de estados de exceção previstos nos ordenamentos constitucionais respectivos”<sup>98</sup>.

A RAADH reúne-se semestralmente com a finalidade de intercambiar experiências e boas práticas, mas também realizar a articulação de políticas e ações comuns em temas afetos aos direitos humanos, nestes, como não poderia ser diferente, incluídos os direitos das mulheres. Suas atividades são apoiadas pelo Fórum de Consulta e Concertação Política<sup>99</sup> – atualmente funcionando como Observatório da Democracia – e pelo Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos do Mercosul.

No escopo da RAADH, são realizadas as reuniões do Grupo de Trabalho sobre Gênero e Direitos Humanos das Mulheres, criado em 2011, e que atua, principalmente, com relação aos seguintes assuntos:

- a) a autonomia econômica; b) a autonomia física, com especial ênfase na saúde sexual e reprodutiva e prevenção como sanção e erradicação de todas as formas de violência contra as mulheres (particularmente feminicídio); c) As políticas de cuidados e corresponsabilidade; e d) a paridade de gênero em todos os âmbitos e espaços de decisão.<sup>100</sup>

A partir da colaboração desses órgãos, a RAADH, em parceria com o IPPDH, publicou, em 2020, o estudo “Morte de mulheres por razões de gênero: experiências de governo contra o feminicídio/ feminicídio na região”<sup>101</sup>, que apresenta as experiências nacionais sobre o tema, bem como os avanços e desafios a serem enfrentados pelos Estados.

#### 4.2.1.1 INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS HUMANOS DO MERCOSUL

O Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos do Mercosul (IPPDH), por sua vez, foi criado, em 2009, com o objetivo de “contribuir para o fortalecimento do Estado de Direito nos Estados Partes, median-

96 MERCOSUL. Decisão CMC nº 17/05. Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul. Assunção, 19 de junho de 2005.

97 MERCOSUL. Decisão CMC nº 17/05. Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul. Assunção, 19 de junho de 2005. Art 1º.

98 MERCOSUL. Decisão CMC nº 17/05. Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul. Assunção, 19 de junho de 2005. Art 3º.

99 MERCOSUL. Decisão CMC nº 40/04. Criação da Reunião de Altas Autoridades Sobre Direitos Humanos do Mercosul. Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2004.

100 Comissão Permanente de Trabalho Gênero e Direitos Humanos das Mulheres. Disponível em: <https://www.raadh.mercosur.int/pt-br/comissoes/genero-e-direitos-humanos-das-mulheres/>

101 IPPDH. Muerte de mujeres por razones de género: Experiencias gubernamentales contra el femicidio/feminicidio en la región. Buenos Aires: IPPDH, 2020

te o desenho e o seguimento de políticas públicas em Direitos Humanos, e contribuir com a consolidação dos Direitos Humanos como eixo fundamental da identidade e desenvolvimento do Mercosul”<sup>102</sup>.

O Instituto é formado por representantes dos governos dos Estados Partes e deve atuar no desenho e implementação de políticas públicas, harmonização normativa, adoção de parâmetros dos sistemas regional (da Organização dos Estados Americanos) e universal (da Organização das Nações Unidas) de proteção dos direitos humanos, realizar estudos e pesquisas, bem como prestar assistência técnica para os Estados<sup>103</sup>. Sua estrutura é composta pelo Conselho de representantes Governamentais, Secretaria Executiva e cinco Departamentos técnicos<sup>104</sup>.

Dentre os parâmetros utilizados pelo IPPDH em sua atuação, estão a Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher), o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Declaração de Pequim (Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher). Assim, cabe também ao IPPDH, a implementação de políticas voltadas à igualdade de gênero.

#### 4.2.2 REUNIÃO DE MINISTRAS E ALTAS AUTORIDADES DA MULHER DO MERCOSUL

A Reunião de Ministras e Altas Autoridades da Mulher do Mercosul (RMAAM) foi instituída em 2011, em substituição à Reunião Especializada da Mulher, para “assessorar e propor ao Conselho do Mercado Comum medidas políticas e ações em matéria de gênero”<sup>105</sup>. O Preâmbulo da Decisão que a criou justificou a necessidade de uma instância de alto nível voltada somente a questões de gênero: “[...] a consolidação da perspectiva de gênero no âmbito do Mercosul é essencial para aprofundar a democracia, eliminar as desigualdades e a discriminação contra as mulheres nos Estados Partes”.

A substituição da REM pela RMAAM significou um avanço não somente na ampliação do seu escopo de atuação, mas também por ter subido de patamar, já que sendo vinculada ao CMC (e não ao GMC), ela tem mais força política para colocar os temas da sua pauta na agenda do Conselho<sup>106</sup>.

A RMAAM é a responsável por monitorar e relatar as ações do Mecanismo de articulação para a atenção a mulheres em situação de tráfico internacional de pessoas, iniciativa essa que se baseia na assistência mútua entre os Estados, com vistas a oferecer o apoio necessário a mulheres em situação de tráfico de pessoas.

O Mecanismo atua com base nos princípios da igualdade e não discriminação; do consentimento informado prévio sobre todas as ações a serem executadas para a proteção da mulher; da liberdade de circulação

102 MERCOSUL. Decisão CMC nº 14/09. Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos. Assunção, 24 de julho de 2009. Art. 2º.

103 MERCOSUL. Decisão CMC nº 14/09. Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos. Assunção, 24 de julho de 2009. Art. 3º.

104 MERCOSUL. Decisão CMC nº 12/10. Estabelece a Estrutura do Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos. San Juan, em 2 de agosto de 2010.

105 MERCOSUL. Decisão CMC nº 24/11. Reunião de Ministras e Altas Autoridades da Mulher do Mercosul. Montevideu, 19 de dezembro de 2011.

106 MONTEIRO, Nayara de Lima. **A construção da transversalidade da perspectiva de gênero no Mercosul**: alcances e limitações a partir das relações de poder. 2014. 212 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Universidade Estadual da Paraíba, João Pessoa, 2014. Disponível em: <http://tede.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/tede/3016>. p. 98-100.

entre os Estados Partes; da proibição de detenções arbitrárias dessas mulheres; e da prioridade dos direitos dessas mulheres sobre a persecução de traficantes e de regularização do trânsito migratório, sem que se condicione sua proteção à colaboração com o sistema de justiça<sup>107</sup>. É esse Mecanismo que também garante às mulheres em situação de tráfico que tenham acesso incondicionado ao assessoramento consular, diplomático e jurídico e aos serviços de atenção médica, psicossocial e de alojamento, bem como respeito à sua vida privada e a decidir sobre seu lugar de residência<sup>108</sup>.

A RMAAM é a responsável pela implementação e aplicação das Política de Igualdade de Gênero do Mercosul, cujo objetivo

[...] é contribuir, na perspectiva do Feminismo e dos Direitos Humanos, para assentar as bases da igualdade e a não discriminação das mulheres na região, através da transversalização do enfoque de gênero nas políticas, ações e projetos regionais, bem como na gestão organizacional e a definição de políticas específicas voltadas para a equidade de gênero e as relações igualitárias entre mulheres e homens em todo MERCOSUL<sup>109</sup>.

Essa Política é baseada em sete princípios (igualdade e equidade; não discriminação; diversidade; laicidade do Estado; justiça social; vida livre de violência; e participação social) e possui treze Diretrizes: autonomia econômica e igualdade na esfera do trabalho e do cuidado; participação paritária nos processos de tomada de decisões e nas esferas de poder; direito à Saúde integral; direitos sexuais e direitos reprodutivos; direito à educação; educação para os direitos humanos e a não discriminação; enfrentar todas as formas de violência baseada na perspectiva de gênero; interseccionalidade, discriminações múltiplas e agravadas; território, habitat e ambiente; políticas comerciais e produtivas inclusivas; direitos das mulheres migrantes; acesso à justiça; e Sistemas de informação<sup>110</sup>.

A Política de Igualdade de Gênero inclui, para tanto, a dimensão institucional (interna ao Mercosul) e a dimensão das políticas regionais. Os objetivos desta última dimensão são

1) gerar insumos para o desenvolvimento de políticas que reduzam as desigualdades de gênero no âmbito regional, (2) incidir em espaços de decisão sobre a aplicação da normativa e das políticas do bloco, (3) contribuir para o desenvolvimento de sistemas de informação e monitoramento do avanço do MERCOSUL nestes aspectos<sup>111</sup>.

Dentre outras ações já realizadas pela RMAAM, está o Projeto “Proposta de uma estratégia regional de desenvolvimento sustentável para as mulheres afrodescendentes e indígenas do Mercosul” em parceria com o Instituto Nacional das Mulheres (Inmujeres-MIDES) e a Agência Espanhola de Cooperação Internacional para

107 MERCOSUL. Decisão CMC nº 32/12. Mecanismo de articulação para a atenção a mulheres em situação de tráfico internacional. Brasília, 06 de dezembro de 2012. Art. 6º.

108 MERCOSUL. Decisão CMC nº 32/12. Mecanismo de articulação para a atenção a mulheres em situação de tráfico internacional. Brasília, 06 de dezembro de 2012. Art. 7º.

109 MERCOSUL. Decisão CMC nº 13/14. Diretrizes da Política de Igualdade de Gênero do Mercosul. Caracas, 28 de julho de 2014.

110 MERCOSUL. Decisão CMC nº 13/14. Diretrizes da Política de Igualdade de Gênero do Mercosul. Caracas, 28 de julho de 2014.

111 MERCOSUL. Decisão CMC nº 13/14. Diretrizes da Política de Igualdade de Gênero do Mercosul. Caracas, 28 de julho de 2014.



o Desenvolvimento (AECID)<sup>112</sup>. Trata-se de uma série de medidas para incluir a perspectiva de mulheres afro-descendentes e indígenas nas políticas do bloco, dentre as quais, a apresentação do documento “Recomendações estratégicas para a incorporação da perspectiva étnico-racial nas políticas de gênero do MERCOSUL” e da campanha “Escute nossas vozes”<sup>113</sup>.

#### 4.2.3 FORO DE CONSULTA E CONCERTAÇÃO POLÍTICA / OBSERVATÓRIO DA DEMOCRACIA DO MERCOSUL

O Foro de Consulta e Concertação Política (FCCP) é um órgão auxiliar do CMC, criado em 1998<sup>114</sup>, a quem compete a “coordenação da agenda política do Mercosul, inclusive no tocante às questões internacionais de natureza política e de interesse político comum relacionado com terceiros países, grupos de países e organismos internacionais”<sup>115</sup>. O Foro é composto por representantes das chancelarias nacionais que ocupam os cargos de coordenadores nacionais titulares e alternos<sup>116</sup>, que têm assento nas reuniões do Grupo Mercado Comum<sup>117</sup> e participam das Reuniões de Ministros e das Reuniões Especializadas<sup>118</sup>. Cabe ao FCCP coordenar Reuniões Especializadas e Reuniões de Ministros, como é o caso Reunião de Altas Autoridades sobre Direitos Humanos e Reunião de Ministras e Altas Autoridades da Mulher<sup>119</sup>.

Recentemente, as atribuições do FCCP foram ampliadas, para que, com base na Decisão nº 9/19, ele atuasse como Observatório da Democracia do Mercosul, com ações voltadas à promoção da democracia<sup>120</sup>. Destaca-se que a igualdade entre homens e mulheres é um pilar essencial de um Estado democrático de direito, cabendo, para tanto, aplicação pelo FCCP da Política de Igualdade de Gênero do Mercosul de forma transversal. Ainda, no que diz respeito ao tema, cabe ao FCCP implementar a diretriz 6.2 da Decisão CMC 13/14:

**6. 2. Participação paritária nos processos de tomada de decisões e nas esferas de poder:** promover a participação paritária das mulheres em todos os âmbitos do poder público e privado, bem como na participação político-partidária e na representação nos órgãos legislativos. Facilitar a participação paritária na formulação, implementação e monitoramento de políticas públicas. Facilitar e reconhecer a importância da participação da sociedade civil organizada e fomentar o associativismo sob todas suas formas<sup>121</sup>.

112 MERCOSUL. Escute nossas vozes. 10 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/escute-nossas-vozes/>

113 SANTOS, Luana Marina dos. A influência dos movimentos sociais das mulheres nos processos decisórios do Mercosul: uma breve análise a partir dos elementos propulsores do fenômeno da globalização. *Brazilian Journal of Latin American Studies (Cadernos PROLAM)*, v. 18, n. 34, p. 118-141, jan./jul. 2019. p. 136. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.1676-6288.prolam.2019.161593>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/prolam/article/view/161593/158451>. Acesso em: 09 nov. 2021.

114 MERCOSUL. Decisão CMC nº 18/98. Criação do Foro de Consulta e Concertação Política. Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 1998. MERCOSUL. Decisão CMC nº 23/03. Regulamento Interno do Foro de Consulta e Concertação Política. Montevidéu, 15 de dezembro de 2003.

115 MERCOSUL. Decisão CMC nº 18/98. Criação do Foro de Consulta e Concertação Política. Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 1998. Art. 2º; MERCOSUL. Decisão CMC nº 23/03. Regulamento Interno do Foro de Consulta e Concertação Política. Montevidéu, 15 de dezembro de 2003. Art. 3º, alínea “a”.

116 MERCOSUL. Decisão CMC nº 23/03. Regulamento Interno do Foro de Consulta e Concertação Política. Montevidéu, 15 de dezembro de 2003. Art. 2º.

117 MERCOSUL. Decisão CMC nº 18/98. Criação do Foro de Consulta e Concertação Política. Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 1998.

118 MERCOSUL. Decisão CMC nº 2/02. Coordenação entre o GMC e o FCCP. Buenos Aires, 18 de fevereiro de 2002. Arts. 3º-4º.

119 MERCOSUL. Decisão CMC nº 23/03. Regulamento Interno do Foro de Consulta e Concertação Política. Montevidéu, 15 de dezembro de 2003. Art. 9º. MERCOSUL. Decisão CMC nº 24/11. Reunião de Ministras e Altas Autoridades da Mulher do Mercosul. Montevidéu, 19 de dezembro de 2011.

120 MERCOSUL. Decisão CMC nº 9/19. Estrutura institucional do Mercosul. Santa Fé, 15 de julho de 2019.

121 MERCOSUL. Decisão CMC nº 13/14. Diretrizes da Política de Igualdade de Gênero do Mercosul. Caracas, 28 de julho de 2014.

Assim, cabe ao FCCP a coordenação de ações com os demais órgãos do bloco para a implementação dessa Diretriz, bem como a da Recomendação nº 3/19, sobre a participação política das mulheres, que visa “[...] transformar estruturas, regras e processos, para garantir o exercício efetivo do direito à participação política das mulheres e facilitar a adequação das normas aplicáveis dos Estados Partes”<sup>122</sup>.

### 4.3 PARLAMENTO DO MERCOSUL

Criado em 2005, o Parlamento do Mercosul (Parlasul) é um órgão de representação composto por parlamentares eleitos pelos cidadãos dos Estados Partes do bloco<sup>123</sup>. Dentre seus princípios estão “o respeito aos direitos humanos em todas as suas expressões” e “o repúdio a todas as formas de discriminação, especialmente às relativas a gênero, cor, etnia, religião, nacionalidade, idade e condição socioeconômica”<sup>124</sup>.

Nesse sentido, para a consecução dos referidos preceitos, destacamos sua competência para “elaborar e publicar anualmente um relatório sobre a situação dos direitos humanos nos Estados Partes, levando em conta os princípios e as normas do Mercosul”<sup>125</sup>. Para a elaboração do referido relatório, o trabalho da Comissão Permanente de Cidadania e Direitos Humanos é de extrema relevância, haja vista que é a responsável pela confecção do documento e por abordar todo e qualquer tema relativo a direitos humanos<sup>126</sup>, incluído, aqui, os direitos das mulheres. Não obstante, em 2016, foi apresentada uma proposta a criação da Comissão Especial sobre questão de Gênero, Equidade e Diversidade<sup>127</sup>, que, ainda, não foi aprovada, mas cuja competência especializada seria importante para um debate qualificado a respeito do tema.

Destaca-se que, ainda que sua atuação seja bastante relevante, o Parlasul não detém poder decisório, como o CMC, mas pode realizar pressão política para a aprovação de políticas regionais.

## CONCLUSÃO

O presente estudo teve como escopo os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte na construção, sobretudo, do artigo 4º, mas também do artigo 5º, § 2º, e do artigo 7º da Constituição vigente; a atuação das parlamentares brasileiras nesse processo; a eficácia dos referidos dispositivos constitucionais; e a sua efetivação, mormente no que tange à primazia dos direitos humanos e o direito à igualdade, por meio do Mercado Comum do Sul.

122 MERCOSUL. Recomendação CMC nº 3/19. Participação política das mulheres. Santa Fé, 16 de julho de 2019.

123 Cf. RIBEIRO, Elisa S.; DIZ, Jamile RIBEIRO, Elisa de Sousa. RAEL, Robson Cunha. Parlamento. In: RIBEIRO, Elisa de Sousa (org.). *Direito do Mercosul*. 2. ed. Brasília: UniCEUB: ICPD, 2019.

124 MERCOSUL. Decisão CMC nº. 23/05. Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul. Montevidéu, 8 de dezembro de 2005. Art. 3º, parágrafos 4º e 5º.

125 MERCOSUL. Decisão CMC nº. 23/05. Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul. Montevidéu, 8 de dezembro de 2005. Art. 4º.

126 MERCOSUL. Regimento Interno do Parlamento do Mercosul. Montevidéu, 6 de agosto de 2007. Arts. 69, 76 e 100.

127 MERCOSUL. Proposta de Disposição Parlasul nº 124/16. Prevê a criação da Comissão Especial de Gênero, Equidade e Diversidade com o objetivo de promover e incorporar a abordagem de gênero em todas as suas manifestações na agenda do PM. Montevidéu, 23 de maio de 2016.

Notamos que, a despeito do reduzido número de parlamentares mulheres em relação ao número total de Constituintes, outrossim, à baixa representação dessas parlamentares junto à Comissão de Soberania dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher e à Comissão de Sistematização – em razão do coeficiente de proporcionalidade partidária, que determinou, por força regimental, a composição das Comissões Constituintes –, o histórico documento Carta das Mulheres à Assembleia Nacional Constituinte pautou, de forma considerável, as discussões sobre uma ampla gama de temas no âmbito das relações internacionais, vocalizados em emendas da lavra de diversos outros parlamentares não pertencentes à bancada feminina. Algumas dessas ricas discussões não lograram compor a redação final do texto Constituinte. Outras, foram moldadas às necessidades de pragmatismo na política externa, sem, contudo, deixar de estabelecer critérios de orientação e de controle social.

Uma dessas discussões (a suspensão de relações diplomáticas e comerciais com regimes discriminatórios, racistas, condenados, fascistas ou autoritários) traduziu-se, ao cabo, pelo princípio da primazia dos direitos humanos, no bojo da qual se enquadram os esforços pelo avanço da agenda de gênero.

A Carta de 1988 difere-se de suas antecessoras na medida em que traz maior zelo pelos temas internacionais. Com a Constituinte, o escopo do artigo 4º teve um merecido e louvável alargamento. O novo artigo 4º adota os princípios da independência nacional; prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; não intervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; e concessão de asilo político, além de estabelecer que o Brasil buscará integração econômica, política, social e cultural dos povos América Latina.

Assim, é importante asseverar que o disposto no artigo 4º como um todo, ou seja, no tange às relações internacionais do Brasil, tem status de princípio fundamental e, por tanto, detém maior grau de eficácia jurídica. Os comandos constitucionais, ali presentes, detêm aplicação imediata, gerando efeitos negativos e positivos, que não somente vinculam à Administração Pública brasileira, mas exigem ações que cumpram as suas determinações. É, nesse sentido, que, ao se buscar implementar o parágrafo único, ou seja, a integração regional, também se logrou dar efetividade aos incisos do artigo 4º.

Um ponto enfocado é que, enquanto texto constitucional, o artigo 4º estabelece um rol expresso de princípios fundamentais relativos às relações internacionais do Brasil, possuindo eficácia imediata e aplicabilidade direta, ou seja, produzem efeitos negativos sobre a produção normativa e, sobretudo, positivo criando a obrigação estatal de concretizar políticas públicas para a promoção do conteúdo normativo expresso no texto da Constituição Cidadã.

O Mercosul surgiu em um momento no qual o Brasil se abria para o mundo, tanto do ponto de vista comercial quanto de adoção dos compromissos internacionais em matéria de direitos humanos e, consequentemente, a inserção do país em regimes sobre a matéria. Apesar de, em um primeiro momento, o bloco regional não ter tido como objetivo a proteção ou promoção dos direitos humanos, com o passar do tempo, os Estados

Partes perceberam a necessidade de passar a tratar em âmbito intergovernamental uma série de questões sociais para que, além das trocas comerciais e crescimento econômico, pudesse haver uma diminuição das assimetrias entre os sócios, notadamente, Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai (e posteriormente Venezuela). Essa transição é não somente relevante, como necessária a um espaço que busca o estabelecimento de um mercado comum, no qual o livre trânsito de pessoas é um de seus objetivos. A adoção de políticas públicas regionais faz com que se viabilize os mesmos direitos aos cidadãos do bloco e, também, que se aplique esses direitos de forma homogênea.

Os direitos das mulheres, desde a assinatura da Cedaw, em 1979, ou da adoção da Declaração e Programa de Ação da 2ª Conferência Internacional de Direitos Humanos de Viena, em 1993, vêm experimentando uma progressiva e lenta ampliação, estando cada vez mais próximos da sua destinação, que é a igualdade de direitos. Para que se alcance a almejada igualdade, é necessário que os Estados realizem ações nesse sentido. O Mercosul tem traçado uma série de ações para tanto. Assim, por meio da integração regional (propósito traçado no parágrafo único do artigo 4º da Constituição Brasileira) e da prevalência dos direitos humanos (princípio da reconhecido no inciso II do mesmo artigo 4º), podemos “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (objetivo constante do inciso IV do artigo 3º da Carta Magna). Ressaltamos que a efetivação desses direitos em âmbito regional traz benefícios não somente ao Brasil, mas para o Cone Sul, de forma geral. Assim, extrapolando a adoção de políticas meramente nacionais, é possível promover o bem, sem distinção de origem.

A Reunião Especializada da Mulher, primeiro órgão especializado do Mercosul sobre o tema, foi criada sete anos após a assinatura do Tratado de Assunção e o seu legado é muito importante, não somente como espaço de diálogo sobre questões de gênero, mas como impulsionadora de políticas nos Estados e no próprio organismo internacional. A Reunião de Ministras e Altas Autoridades da Mulher do Mercosul veio substituir a Reunião Especializada em 2011, sendo esse um reconhecimento de que a temática deveria ser tratada em instância com maior poder de atuação e influência dentro do bloco.

Neste estudo, vimos que o Mercosul promoveu a integração de bancos de dados e harmonização metodológica de indicadores sobre a situação da mulher, o que permite a realização de estudos e análises que utilizem dados colhidos com os mesmos critérios, permitindo um olhar sobre a situação dos direitos da mulher nos Estados Partes como um todo. Além disso, o bloco determinou a incorporação da perspectiva de gênero em todos os seus órgãos, o que, na prática, faz com que todas as instâncias, independentemente da sua competência ou área temática, tenham que levar em consideração as implicações de suas ações no que diz respeito ao gênero.

Ainda, a criação do reconhecimento regional mútuo de medidas de proteção para mulheres em situação de violência baseada em gênero, adotado recentemente e que visa apoiar as vítimas, certificando-as do respeito aos seus direitos e, também, do seu acolhimento. Em adição, o bloco editou a recomendação sobre adoção

da Abordagem Integral da Violência contra as Mulheres, Violência Simbólica e Midiática para realizar a identificação, tipificação e tratamento dessas modalidades de violência. Outra forma de violência, cujos efeitos diferem no que tange ao gênero, o tráfico internacional de pessoas, também foi objeto de uma política regional, tendo sido criado um mecanismo de articulação para a atenção a mulheres em situação de tráfico internacional de pessoas. Ele promove assistência mútua entre os Estados, com a finalidade de oferecer o apoio às vítimas.

O mercado de trabalho, o sustento das famílias e a representação política também foram objeto de políticas regionais, tendo o bloco recomendado ações relativas à promoção de mulheres empreendedoras e de redes e feiras da economia social e solidária, e à participação de mulheres na economia e na política. Nesta, a participação paritária em processos de tomada de decisões e nas esferas de poder é um dos objetivos a serem alcançados por meio da Política de Igualdade de Gênero do Mercosul que deve ser aplicada pelos Estados Partes de forma transversal e que visa promover relações igualitárias entre mulheres e homens.

É certo que o caminho a ser percorrido para que se alcance essas relações paritárias ainda é longo e árduo, mas as sementes da árvore que pode nos dar esse fruto já foi plantada. Cabe às instituições nacionais e regionais seguir aguando essa muda.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. 1988-2018: Trinta Anos de constitucionalização permanente. *In: A Carta: para entender a Constituição brasileira*. São Paulo: Todavia, 2018.
- ARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.
- ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Ata da reunião de instalação em 7 de abril de 1987. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Suplemento ao nº 53. Brasília-DF, 1 de maio de 1987. p. 7. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup53anc01mai1987.pdf#page=7>. Acesso em: 10 set. 2021.
- ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Emendas Oferecidas Em Plenário Ao Projeto de Resolução nº 02/87, que Dispõe Sobre O Regimento Interno Da Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Volume 325. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-325.pdf>.
- BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. volume 1. São Paulo: Saraiva, 1939.
- BARCELOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Forense, 2020.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. Parecer sobre as emendas de Plenário ao Substitutivo do Relator ao Projeto de Resolução nº 2, de 1987, que “dispõe sobre o Regimento da Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. ano I., nº 920. Brasília-DF, 25 de fevereiro de 1987. p. 552. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/020anc25fev1987.pdf#page=24>. Acesso em: 10 set. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. **Projeto de Constituição (A)**. (Quadro Comparativo). Preâmbulo. Título I. Constituinte Fase Q. jan. 1988. Título I Volume 269. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-269.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. Emendas apresentadas ao Substitutivo do Relator. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Volume 327. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-327.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Emendas Oferecidas ao Substitutivo**. Volume 67. pp. 2, 7, 23-26, 29, 32, 38, 41, 42, 45-46. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-67.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Parecer e Substitutivo (Nova Redação)**. Constituinte Fase F. Volume 68. p. 8-9. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-68.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I– **Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**. Subcomissão da nacionalidade, da soberania e das relações internacionais. Anteprojeto da Constituição. Anteprojeto do relator da subcomissão. Seção de documentação parlamentar Constituinte. Fase a, v. 70. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/documentosavulsos/vol-70.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I– **Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**. Anteprojeto do relator da subcomissão. Seção de documentação parlamentar Constituinte. Fase B. v. 71., p. 29. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-71.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Parecer do Relator sobre as emendas apresentadas ao anteprojeto. Redação Final Do Anteprojeto**. Relator: Constituinte João Hennann Neto – PMDB – 8P. Seção de Documentação. Parlamentar Constituinte Fase C. Anteprojeto da Subcomissão. Volume 72. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-72.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Anteprojeto**. p. 4 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-73.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Emendas Oferecidas À I– Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**. Volume 65. p. 36, 49, 50, 53 e 54. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-65.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I -Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Parecer e Substitutivo (nova redação)**. Seção de Documentação Parlamentar. Constituinte Fase F. Volume 68. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-68.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. I-Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Anteprojeto da Comissão**. Constituinte Fase H. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-69.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. Projeto de Resolução nº 2, de 1987. Dispõe sobre o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Brasília-DF, 4 de fevereiro de 1987, ano XLII, nº 3. p. 25. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/003anc04fev1987.pdf#page=7>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. Resolução nº 2 de 1987. Dispõe sobre o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Brasília-DF, 25 de março de 1987, ano I, nº 33. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-2-1987](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-2-1987). Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte. **Substitutivo da Comissão de Sistematização às emendas de plenário, referente:** 1) Preâmbulo; 2) Título I; 3) Título II; 4) Título III. Relator: Constituinte Bernardo Cabral. Outubro de 1987. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte/comissao-de-sistematizacao/vol245\\_FasePSIM.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte/comissao-de-sistematizacao/vol245_FasePSIM.pdf). Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. **Portal da Constituição Cidadã**. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/comissao-da-soberania-e-dos-direitos-e-garantias](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/comissao-da-soberania-e-dos-direitos-e-garantias). Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Etapas e Fases. **Portal da Constituição Cidadã**. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte). Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Fatos antecedentes à Assembleia Nacional Constituinte. **Portal da Constituição Cidadã**. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/assembleia-nacional-Constituinte/linha-do-tempo](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/assembleia-nacional-Constituinte/linha-do-tempo). Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Suplemento Especial ao Nº 185. Brasília-DF, 26 de setembro de 1986. Seção I. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/Constituinte/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2018.

CEPAL. Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Disponível em: <https://conferenciamujer.cepal.org/14/es>. Acesso em: 10 nov. 2021.

CEPAL. Relatório da Quinta Conferência Regional sobre a Integração da Mulher no Desenvolvimento Econômico e Social da América Latina e do Caribe (Curaçao, Antilhas Holandesas, 16-19 de setembro de 1991). p. 43.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER (CNDM). **Carta das Mulheres**. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/a-Constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-Constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf). Acesso em: 10 set. 2021.

DANTAS, Bruno. *et al.* (org.). **Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois**. Os Alicerces da Redemocratização. Volume I. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. **O positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DRUMMOND, Antonio de Vasconcelos Menezes de. **Preleções de direito internacional**: referência e aplicação dos princípios. Imprensa Oficial: Rio de Janeiro: 1867.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANCO, María Camila Franco. **Análisis de la Reunión Especializada de la Mujer del MERCOSUR a la luz de la Plataforma de Acción de Beijing en la esfera de Mecanismos Institucionales para el Adelanto de la Mujer (1998-2008)**. Monografía de Grado (Grado em Relaciones Internacionales) Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, 2011.

GALINDO, George Rodrigues Bandeira. Art. 4º. *In*: **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Lumenjuris Editora, 2008.

LEMONS, Cleide de Oliveira. Constituição, mulher e cidadania. *In*: DANTAS, Bruno. *et al.* (org.). **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. Os Alicerces da Redemocratização. Volume I. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-constituicao-mulher-e-cidadania>. Acesso em: 30 out. 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. São Paulo: Forense, 2020.

MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. **O poder de celebrar tratados**. Porto Alegre: Antonio Fabris, 1995.

MERCOSUL. **Decisão CMC nº 02/02**. Coordenação entre o GMC e o FCCP. Buenos Aires, 18 de fevereiro de 2002. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/958>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Decisão CMC nº 05/91**. Reuniões de Ministros. Brasília, 17 de dezembro de 1991. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/5>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Decisão CMC nº 12/10**. Estabelece a Estrutura do Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos. San Juan, em 2 de agosto de 2010. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/2093>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Decisão CMC nº 13/14**. Diretrizes da Política de Igualdade de Gênero do Mercosul. Caracas, 28 de julho de 2014. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/2976>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Decisão CMC nº 14/09**. Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos. Assunção, 24 de julho de 2009. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/622>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Decisão CMC nº 17/05**. Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul. Assunção, 19 de junho de 2005. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/719>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Decisão CMC nº 18/98**. Criação do Foro de Consulta e Concertação Política. Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 1998. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/1481>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Decisão CMC nº 23/03**. Regulamento Interno do Foro de Consulta e Concertação Política. Montevideu, 15 de dezembro de 2003. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/909>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Decisão CMC nº 26/14**. Mecanismo de articulação para a atenção a mulheres em situação de tráfico internacional. Paraná, 16 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/3041>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Decisão CMC nº 32/12**. Mecanismo de articulação para a atenção a mulheres em situação de tráfico internacional de pessoas. Brasília, 06 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/2702>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Decisão CMC n° 40/04.** Criação da Reunião de Altas Autoridades Sobre Direitos Humanos do Mercosul. Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2004. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/871>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Decisão CMC n° 5/20.** Incorporação ao ordenamento jurídico dos Estados Partes e vigência das normas Mercosul (complementação da decisão CMC N° 23/00). Montevideú, 24 de agosto de 2020. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/3919>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Decisão CMC n° 23/05.** Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/758>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Escute nossas vozes.** 10 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/escute-nossas-vozes/>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. Montevideú, 8 de dezembro de 2005.

MERCOSUL. **Proposta de Disposição Parlasul n° 124/16.** Prevê a criação da Comissão Especial de Gênero, Equidade e Diversidade com o objetivo de promover e incorporar a abordagem de gênero em todas as suas manifestações na agenda do PM. Montevideú, 23 de maio de 2016.

MERCOSUL. Protocolo de Ouro Preto. Ouro Preto, 17 de dezembro de 1994. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d1901.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1901.htm).

MERCOSUL. **Recomendação CMC n° 2/10.** Participação das mulheres na economia. San Juan, 02 de agosto de 2010. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/2113>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Recomendação CMC n° 3/10.** Participação das mulheres na política. San Juan, 02 de agosto de 2010. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/2114>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Recomendação CMC n° 3/19.** Participação política das mulheres. Santa Fé, 16 de julho de 2019. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/3759>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Recomendação CMC n° 4/09.** Registro unificado homologável regional em matéria de violência contra a mulher. Assunção, 24 de julho de 2009. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/628>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Recomendação CMC n° 4/19.** Reconhecimento regional mútuo de medidas de proteção para mulheres em situação de violência baseada em gênero. Santa Fé, 16 de julho de 2019. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/3760>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Recomendação CMC n° 5/19.** Abordagem integral da violência contra as mulheres, violência simbólica e midiática. Bento Gonçalves, 4 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/3863>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Recomendação CMC n° 9/15.** Promoção de mulheres empreendedoras do Mercosul e de redes e feiras da economia social e solidária. Assunção, 20 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/3261>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Regimento Interno do Parlamento do Mercosul.** Montevideú, 6 de agosto de 2007. Disponível em: Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Resolução GMC n° 20/98.** Reunião Especializada da Mulher. Buenos Aires, 22 de julho de 1998. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/1580>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Resolução GMC n° 37/00.** Lista de projetos e programas com incidência sobre a mulher no âmbito do Mercosul. Buenos Aires, 28 de junho de 2000. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/1257>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Resolução GMC n° 83/00.** Integração de bancos de dados e harmonização metodológica de indicadores sobre a situação da mulher. Brasília, 7 de dezembro de 2000. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/1336>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. **Resolução GMC n° 84/00.** Incorporação da perspectiva de gênero no âmbito do Mercosul. Brasília, 7 de dezembro de 2000. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/1337>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MERCOSUL. Tratado de Assunção. Assunção, 26 de março de 1991. Art 1°. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0350.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm)

MONTEIRO, Nayara de Lima. **A construção da transversalidade da perspectiva de gênero no Mercosul:** alcances e limitações a partir das relações de poder. 2014. 212 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Universidade Estadual da Paraíba, João Pessoa, 2014. Disponível em: <http://tede.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/tede/3016>. Acesso em: 10 set. 2021.

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS HIGH COMMISSIONER. **Status of ratification interactive dashboard.** Disponível em: <https://indicators.ohchr.org/>. Acesso em: 10 set. 2021.

PIMENTEL, Fagner Barbosa; MONTILLA MUÑOZ, Maria Alejandra. Violência contra as Mulheres e suas vozes no Mercosul. **Hegemonia – Revista de Ciências Sociais**, número 18, p. 148-188, 2016. DOI: <https://doi.org/10.47695/hegemonia.vi18.182>. Disponível em: <https://revistahegemonia.emnuvens.com.br/hegemonia/article/view/182>. Acesso em: 10 set. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



- REUNIÃO DE ALTAS AUTORIDADES SOBRE DIREITOS HUMANOS do MERCOSUL (RAADH). **Muerte de mujeres por razones de género**: experiencias gubernamentales contra el femicidio/feminicidio en la región. Buenos Aires: IPPDH, 2020. Disponível em: <https://www.ippdh.mercosur.int/pt-br/publicaciones/morte-de-mulheres-por-genero-experiencias-governamentais-contra-o-femicidio-feminicidio-na-regiao/>. Acesso em: 10 set. 2021.
- REUNIÃO DE ALTAS AUTORIDADES SOBRE DIREITOS HUMANOS do MERCOSUL (RAADH). **Comissão Permanente de Trabalho Gênero e Direitos Humanos das Mulheres**. Disponível em: <https://www.raadh.mercosur.int/pt-br/comissoes/genero-e-direitos-humanos-das-mulheres/>. Acesso em: 10 out. 2020.
- REUNIÃO DE ALTAS AUTORIDADES SOBRE DIREITOS HUMANOS do MERCOSUL (RAADH). Disponível em: <https://www.raadh.mercosur.int/pt-br/>. Acesso em: 30 out. 2020.
- RIBEIRO, Elisa de Sousa (coord.). **Direito do Mercosul**. 2. ed. Brasília: UniCEUB, 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/13134>. Acesso em: 10 set. 2021.
- RIBEIRO, Elisa de Sousa. **Mercosul**: sobre democracia e instituições. 2. ed. Brasília: UniCEUB, 2018. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12747>. Acesso em: 10 set. 2021.
- RIBEIRO, Elisa de Sousa; DIZ, Jamile RIBEIRO, Elisa de Sousa. RAEL, Robson Cunha. Parlamento. In: RIBEIRO, Elisa de Sousa (org.). **Direito do Mercosul**. 2. ed. Brasília: UniCEUB: ICPD, 2019.
- ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira de; GALVÃO, Eduardo; LANNES, Carolina Nogueira. Procedimentos de internalização de normativas do Mercosul nos Estados Partes. In: RIBEIRO, Elisa de Sousa. (coord.). **Direito do Mercosul**. 2. ed. UniCEUB: ICPD, 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/13134>. Acesso em: 30 out. 2020.
- SANTOS, Luana Marina dos. A influência dos movimentos sociais das mulheres nos processos decisórios do Mercosul: uma breve análise a partir dos elementos propulsores do fenômeno da globalização. **Brazilian Journal of Latin American Studies (Cadernos PROLAM)**, v. 18, n. 34, p. 118-141, jan./jul. 2019. p. 129-135. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.1676-6288.prolam.2019.161593>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/prolam/article/view/161593/158451>. Acesso em: 09 nov. 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.
- SCHNOR, Marina Costa. **A construção da perspectiva de gênero no Mercosul**: o Brasil na reunião especializada da mulher. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação. (Graduação em Relações Internacionais). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017.
- SENADO FEDERAL. COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO. **Requerimento Nº 15/76-CN**. CPI da Mulher. Brasília, 1978. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4222417&ts=1593989268355&disposition=inline>. Acesso em: 10 out. 2020.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2019.
- SILVA, Jose Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SOUZA, Marcius F. B. de. A Participação das mulheres na elaboração da Constituição de 1988. In: DANTAS, Bruno. *et al.* (org.). **Constituição de 1988**: O Brasil 20 anos depois. Os Alicerces da Redemocratização. Volume I. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-a-participacao-das-mulheres-na-elaboracao-da-constituicao-de-1988>. Acesso em: 30 out. 2020.
- TIBURCIO, Carmem. Constituição e relações internacionais. **UnivertitasJUS**, v 25, n. 1, p. 1-24, 2014. DOI: <https://doi.org/10.5102/unijus.v25i1.2889>. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/jus/article/view/2889>. Acesso em: 10 set. 2021.

# CAPÍTULO 4

## HACIA UN ANÁLISIS INTEGRAL DE ESTEREOTIPOS: DESAFIANDO A LA GARANTÍA ESTÁNDAR DE IMPARCIALIDAD 1§

Laura Clérico

### 1 INTRODUCCIÓN

Aún las prácticas estatales y las sentencias se siguen basando en estereotipos *en perjuicio* de los derechos de las personas afectadas. A la par, existe, por un lado, una línea en teoría y metodología de los derechos humanos en aumento que advierte, identifica, denuncia, nombra y desmantela el uso de estereotipos perjudiciales. Por el otro lado, existe una línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), en los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y en el TEDH que toma el análisis de estereotipos como relevante para identificar violaciones a los derechos. A su vez, el Comité de CEDAW ha alertado en varias de sus Recomendaciones Generales, en la resolución de casos y en la Observaciones Finales por países, que el uso de estereotipos impide el acceso al goce efectivo de los derechos de las mujeres. Advierte que “exponer y eliminar los obstáculos sociales y culturales subyacentes, incluidos los estereotipos de género, que impiden a las mujeres el ejercicio y la defensa de sus derechos e impiden su acceso a recursos efectivos”, es una ineludible obligación estatal de acuerdo con el párrafo a) del artículo 5 de la Convención.

Por su parte, la Corte IDH y la CIDH han desarmado estereotipos en casos de discriminación por orientación sexual<sup>2</sup>, por género<sup>3</sup>, por informalidad de la relación afectiva y familia no-tradicional<sup>4</sup>; por discriminación interseccional,<sup>5</sup> en el caso de una niña (edad y género) con VIH/SIDA (condición de persona con

1 Este trabajo es una versión levemente modificada de la publicada como Clerico, Laura (2018). “Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad”. Revista Derecho del Estado, (41), 67-96. Un agradecimiento especial a los y las integrantes del Proyecto de Investigación PII 603: “La ética judicial frente a la resolución de casos difíciles”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (2017), María Alejandra Gutiérrez Vargas, Florencia Leiva, Soledad Ramati y Federico De Fazio; a Nancy Cardinaux, Anahí González, John Carlin, Celeste Novelli, Sebastián Scioscioli, Leticia Vita, Liliana Ronconi y Martín Aldao.

2 Corte IDH, Caso Atala Riffo vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012; Caso Duque vs. Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016; Caso Flor Freire vs. Ecuador, Sentencia de 31 de agosto de 2016; Corte IDH, Caso Gutiérrez Hernández vs. Guatemala, Sentencia de 24 de agosto de 2017.

3 Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009; Caso Atala Riffo vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012; Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012; Corte IDH, Caso Véliz Franco vs. Guatemala, Sentencia de 19 de mayo de 2014; Corte IDH, Caso Velásquez Paíz vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 2015; Corte IDH, Caso Gutiérrez Hernández vs. Guatemala, Sentencia de 24 de agosto de 2017.

4 Corte IDH, Caso Fornerón e hija vs. Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012.

5 Se suele hablar en estos casos de estereotipos compuestos, v. Parra Vera, Oscar; Huber, Florian (2012) “Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: Comentarios al caso Atala Riffo y Niñas”, en v. Bogdandy; Piovesan; Morales-Antoniazzi (coords.), Igualdad y Orientación Sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial, México, Porrúa, págs. 167-208 (198); Cook, Rebecca; Cusack, Simone, Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales, Profamilia, Bogotá, 2011, pág. 36.

VIH), y viviendo en condición de pobreza<sup>6</sup>; o por discriminación por etnia contra el pueblo Mapuche,<sup>7</sup> entre otros.<sup>8</sup> Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también acude al concepto de estereotipo para identificar casos de discriminación.<sup>9</sup>

Existe una literatura abundante que ha abordado el análisis de estereotipos como herramienta metodológica<sup>10</sup> para atacar una norma o una práctica que implica una violación de derechos.<sup>11</sup> El objetivo de este trabajo supone esa literatura pero invita a dar otro paso. Ese paso explora *cómo el resultado del análisis de estereotipos que evidencia que fue utilizado en perjuicio de la persona o colectivo discriminado debe implicar poner en duda la garantía de imparcialidad judicial*. Con esto sostengo que avanzar en el uso de una herramienta con perspectiva de género, debe preguntarse cómo impacta en los pilares del sistema de justicia, entre otros, la imparcialidad.

En este artículo sostendré dos tesis centrales:

- (1) el uso de estereotipos debe impactar necesariamente en el análisis del derecho a la garantía de imparcialidad y
- (2) resulta necesario distinguir dos concepciones de imparcialidad; una concepción estándar o tradicional de una estructural. La imparcialidad debe desprenderse de su concepción estándar ligada a la igualdad formal<sup>12</sup> para ser re-interpretada a la luz de concepciones ligadas a la igualdad estructural. En este contexto no se justifica seguir partiendo de la presunción de imparcialidad.<sup>13</sup>

6 Corte IDH, Caso “Gómez Lluy vs. Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015. V. Ronconi, Liliana, “Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso Gonzales Lluy y Otros contra Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. en: Anuario de Derechos Humanos, 2016, 12, págs. 119-131.

7 Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 224.

8 En un informe temático reciente, la CIDH enfatiza que tanto ella como la Corte IDH “en diversas decisiones, ... han reconocido explícitamente la necesidad de reestructurar los estereotipos sociales de género y adoptar programas de educación y capacitación con una perspectiva de género, así como reformas legislativas e institucionales, con un enfoque transformador. La lista de decisiones que recopila no es menor. V. CIDH, Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas, 2017, párr. 75.

9 Timmer, Alexandra: “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, en: Human Rights Law Review, 11 (4): 707-738, 2011.

10 Sobre estereotipos de género como violaciones de derechos humanos, v. Oficina del Alto Comisionado de la ONU, Gender Stereotyping as a Human Rights Violation, 2013, accesible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/WRGS/Pages/GenderStereotypes.aspx> (último acceso, 11/11/2017).

11 Cook, Rebecca; Cusack, Simone, Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales, Profamilia, Bogotá, 2010; Timmer, Alexandra: “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”. En: Human Rights Law Review, 11 (4): 707-738, 2011; Añón, Ma. José, Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja, en Isonomía, 2013, págs. 127-157; Pou, Francisca (2015). “Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por edad y género en el mercado laboral”. Revista Discusiones, (16.1). 147-188; Fernández Rodríguez de Liévana, G., 2015. “Los Estereotipos de Género en los Procedimientos Judiciales por Violencia de Género: El Papel del Comité CEDAW en la Eliminación de la Discriminación y de la Estereotipación”, en: Oñati Socio-legal Series, 5 (2), 498-519; Clérico, Laura y Novelli, Celeste, “La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para re-escribir el caso “Campo Algodonero” sobre violencia de género”, en: Revista de Ciencias Sociales, Valparaíso, Chile, 2016, págs. 453-487; Novelli, Celeste (2016). Silencio (parcial) en la Sala. Reconstrucción crítica del enfoque de estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte IDH. Tesis de maestría. Universidad Nacional de San Martín. Centro Internacional de Estudios Políticos; Lobato, Julieta (2019). “Ampliación de la matriz de igualdad en los tribunales ordinarios. El caso “Erica Borda” y la justicia laboral”. Derecho y Ciencias Sociales, (21), 214-240; Arena, Federico, “Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos”. Derecho y Control, (2), 2019, pp. 11-44; Cardinaux, Nancy. “Algunas herramientas para desmontar prejuicios y estereotipos en la enseñanza jurídica”. Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho, 7(2), 2020, pp. 9-22, entre otros.

12 Existen diversas clasificaciones sobre igualdad. Aquí se utiliza en forma indistinta la concepción de igualdad como meramente formal o incluso como igualdad jurídico-material opuesta a la igualdad fáctica y que incluye la desigualdad estructural. Al respecto, v. Clérico, Laura; Aldao Martín, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, Revista Estudios Constitucionales, Facultad de Derecho/Universidad de Talca, Santiago/Chile, julio 2011: “La igualdad formal tiene el defecto de esconder, tras el principio de igualdad ante la ley, una serie de desigualdades de orden material y simbólico que no se corresponden con los exigentes presupuestos normativos de la democracia... Esto tiene al menos dos consecuencias relevantes: en primer lugar se asume que determinado status quo, cortado a la medida del hombre de negocios occidental, constituye una suerte de orden natural que determina el alcance de la discusión en materia de igualdad. En este sentido la igualdad es reconstruida en términos de no intervención estatal sobre una sociedad civil que es capaz de regularse autónomamente. En segundo lugar se atribuye al derecho y a la jurisprudencia un papel de preservación y restitución de este “orden natural”, restringiendo las discusiones políticas -aquellas que excedan la mera restauración del equilibrio natural entre oferta y demanda por un lado, y derechos individuales (en su formulación clásica) por el otro- a un debate parlamentario que en realidad se desarrolla bajo la supervisión de aquellos que, sin quebrar esta peculiar comprensión del principio de igualdad ante la ley, han logrado ubicarse por encima de sus pares. De este modo no sólo se cristalizan aquellas desigualdades invisibles a la matriz liberal-burguesa, sino que se aumenta la brecha entre unos y otros.”

13 Agradezco a Federico De Fazio la discusión de la identificación de las dos tesis centrales de este trabajo. De Fazio, Federico, Sobre el concepto de ética judicial, Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Lugar: Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Año: 2019.

Para ejemplificar y poner a prueba estas tesis, utilizaré como ejemplos dos sentencias de la Corte IDH<sup>14</sup> que incluyen el análisis de estereotipos en casos sobre discriminación estructural.<sup>15</sup> Me interesa el “más allá” de la parte de la sentencia que trata sobre igualdad. Es decir, propongo comparar dos partes del razonamiento jurídico que aparecen en una misma sentencia: el referido al uso de estereotipos, discriminación y desigualdad estructural, por un lado; y el referido a la garantía de imparcialidad, por el otro lado. Ambas partes deben guardar coherencia interna cuando se los lee sin solución de continuidad.<sup>16</sup> Así si en la primera parte del razonamiento se sostiene que hay discriminación por uso de estereotipos, este debe impactar, orientar, guiar, el análisis de si se cumple o no con la garantía de imparcialidad, en la segunda parte. Por ello, *tomar el análisis de estereotipos en serio implica acoplarlo en todas las partes de la argumentación de la sentencia*. En suma, el análisis de estereotipos no admite medias tintas y debe impactar necesariamente sobre el análisis de la garantía de imparcialidad. Entonces, ¿cómo entender una sentencia que alerta a otro tribunal por el uso de estereotipos sostenga luego que es la afectada quien tenga la carga de la prueba de la violación de la garantía de imparcialidad y que se siga partiendo de la *presunción de imparcialidad* en contextos<sup>17</sup> de estereotipos que expresan desigualdad estructural? ¿Qué se espera de las y los afectados?

Las concepciones estándares de imparcialidad judicial no han abierto aún todas las puertas al análisis de estereotipos. Requieren ser re-visitadas. Para ello, planteo una breve caracterización de estereotipo como concepto de trabajo (apartado II). Luego, resalto la fuerza con que se suele relacionar estereotipos y desigualdad como violación a la prohibición de discriminación (apartado III). Por último, esto me permite poner de relieve en qué medida esa fuerza se desdibuja cuando se analiza la garantía de imparcialidad, lo que interpreto estaría hablando de un *desacoplamiento injustificado en el razonamiento*. Los y las jueces salen de la alerta interpretativa que les permitió desmontar los estereotipos, usados por otros jueces en las sentencias en el orden interno que están analizando, en la parte de examen de igualdad pero no así en el de la imparcialidad. Vuelven al modelo estándar de las garantías judiciales en donde la imparcialidad se presume. Sin embargo, ¿*por qué no partir de la presunción de parcialidad cuando en la primera parte de la sentencia se concluyó que hubo una violación de la prohibición de discriminación estructural por uso de estereotipos?* (apartado IV). Concluyo así que el análisis de estereotipos requiere re-interpretar la concepción estándar de imparcialidad porque no está

14 El artículo no pretende realizar un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre estereotipos. El objetivo es volver la mirada sobre la relación entre desigualdad estructural e imparcialidad. Para ello alcanza entonces con tomar dos sentencias representativas de análisis de estereotipos, una sobre orientación sexual y la otra sobre estereotipos contra líderes mapuches.

15 Trabajamos con estereotipos de género, por orientación sexual o identidad de género, pero lo que sostenemos puede ser utilizado para estereotipos, tales como por etnia, condición social, edad, religión, apariencia física o cuando aparecen en forma combinada por género, condición económica social, entre otros.

16 Esta relación en “La igualdad de acuerdo con la ley no solo es fundamental para la justicia, sino que está fuertemente ligada a la imparcialidad judicial. Un juez que, por ejemplo, alcanza un resultado correcto pero que lleva adelante estereotipación, lo hace a costa de su imparcialidad, real o percibida. Los jueces no deben dejarse influenciar por actitudes basadas en estereotipos, mitos o prejuicios. Deben, por lo tanto, realizar todos sus esfuerzos por reconocer dichas actitudes, demostrar sensibilidad ante las mismas y corregirlas”, Principios éticos para jueces del Consejo Judicial de Canadá (1998), 24.

17 La inclusión del análisis del contexto es fundamental para el análisis de estereotipos, esto es alertado ya por L’Heureux-Dub’, pág. 94: “In addition, the Supreme Court has adopted a contextual approach, in recognition of the importance of ensuring that courts remain attentive to historical patterns of discrimination in determining whether a particular rule, inference, or presumption is based on myth or stereotype and therefore violates constitutional guarantees of equality. The contextual approach recognizes that the law cannot be divorced or abstracted from social realities and that legal rules will often have been designed around the interests of those who hold power. As such, it becomes necessary to consider whether the experiences and perspectives of the more vulnerable or marginalized members of society have been excluded from the law’s development (Andrews v. Law Society of British Columbia, 1987; Corbiere v. Canada, 1999; Egan v. Canada, 1995; Law v. Canada, 1999).” Cursiva agregada.

concebida desde modelos de desigualdad estructural. Esto requiere pensar en una faz procedimental argumentativa de la imparcialidad como reaseguro para evitar el uso expreso o implícito de estereotipos.

## 2 ESTEREOTIPOS: CONCEPTO DE TRABAJO

Existen diversos ensayos acerca de la definición de estereotipos. Al respecto, la sociología, la psicología social y la antropología llevan la delantera por la especialidad del tema. El derecho es recipiendario, traduce esos trabajos, está llamado a hacerlos manejables para su incorporación a una caja de herramientas con perspectiva de géneros. Diversos trabajos han intentado hacerlo manejable, ha identificado pasos para el análisis de estereotipo a los efectos de facilitar su aplicación.<sup>18</sup>

A los efectos de este artículo basta con la explicación clara y sencilla<sup>19</sup> arrimada en forma reciente por Verónica Undurraga para un público no especializado en la materia, pero que a su vez está urgido de conocerla para no incurrir en ellos: “Los estereotipos de género son creencias sobre los atributos de mujeres y hombres, que cubren desde rasgos de personalidad (las mujeres son más subjetivas y emocionales, los hombres son objetivos y racionales), comportamientos (las mujeres son más pasivas sexualmente, los hombres son más agresivos en ese plano), roles (las mujeres deben asumir las tareas de cuidado y el hombre ser el proveedor), características físicas (las mujeres son más débiles que los hombres) y de apariencia (los hombres deben ser masculinos), ocupaciones (las carreras de armas no son para las mujeres, los hombres no pueden ser parvularios) y supuestos de orientación sexual (las lesbianas son egoístas y no priorizan el interés de sus niños; los gays son promiscuos).”<sup>20</sup>

Los estereotipos trabajan constantemente en el inconsciente y para no incurrir en ellos en la argumentación jurídica, hay que cuestionarlos cada vez que aparecen e incluso cuando no aparecen. “En los casos en que un estereotipo opera sin ser detectado y es reafirmado por el statu quo, la jerarquía de género dominante, o más generalmente, por las jerarquías de poder social o económico, una medida necesaria para su eliminación es tomar conciencia de su existencia e identificar cómo perjudica a las mujeres. Esto equivale a decir que hacer un diagnóstico de los estereotipos como causantes de un daño social, es una precondition para determinar su tratamiento.”<sup>21</sup> Situaciones como estas son señales que los estamos invisibilizando. Así, “reforzamos

18 Además, el artículo 5(a) de la CEDAW y los artículos 6(b) y 8(b) de la Convención Belem do Para, establecen la obligación estatal de erradicar los estereotipos de género, por tanto mal puede entonces ser usado como “razón” para justificar un trato en desmedro de la persona afectada.

19 La Corte IDH en el Caso Campo Algodonero [párrs. 398, 401], el caso de los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, México, aproxima una definición de estereotipos que reitera en el reciente caso Gutiérrez Hernández c. Guatemala: “el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de las mujeres, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales.” Corte IDH, Caso Gutiérrez Hernández c. Guatemala, Sentencia 24 de agosto de 2017, para 169 y Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala, párr. 180; Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Fondo, Sentencia de 26 de septiembre de 2018. párr. 235; CASO MUJERES VÍCTIMAS DE TORTURA SEXUAL EN ATENCO VS. MÉXICO, SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2018, párr. 213; Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Sentencia de 26 de septiembre de 2018, párr. 235.

La Corte IDH se inspira en las producciones de la CEDAW al respecto. Comité CEDAW, Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, 30° periodo de sesiones, 2004.

20 Undurraga, Verónica, Op. cit.

21 Rebecca Cook y Simone Cusack, Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales (Bogotá: Profamilia, 2010), 43.

y perpetuamos estereotipos cuando los aceptamos acríticamente en lugar de cuestionarlos. *Es posible evitar caer en juicios estereotipados...* Sólo un ejemplo: cuando alguien comienza una frase con “las mujeres son ...” (puede cambiar “mujer” por “mapuche”, “gay”, “migrante”, etc.), *póngase en alerta*, porque posiblemente esté operando un juicio estereotipado. Esté atento a los *contextos*, porque hay espacios que favorecen la acción de estereotipos. Por ejemplo, lugares muy masculinizados donde hay pocas mujeres ... son un caldo de cultivo para los estereotipos de género.”<sup>22</sup>

Identificar estas imágenes estereotipadas,<sup>23</sup> enunciarlas, nombrarlas, desenmascararlas<sup>24</sup> ayuda para plantear y comprender el problema del caso; desarmar las razones que se alegan para justificar la afectación de los derechos y evaluarlas a través de un examen bien estricto de igualdad, dejando al desnudo la discriminación por género u orientación sexual o identidad de género. Esas imágenes estereotipadas reflejan (y refuerzan) la distribución desigualitaria de poder que pone a un colectivo en lugar de subordinación (dominación o sometimiento) y al otro, nuevamente por la asignación de roles sociales en su desmedro, en lugar de aventajado o de privilegio.<sup>25</sup> Esta relación entre estereotipos y desigualdad estructural conecta con el siguiente apartado.

### 3 ESTEREOTIPOS E IMPARCIALIDAD

El Comité de la CEDAW sostiene que “la estereotipación compromete la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, lo cual, a su vez, puede conducir a errores judiciales, incluida la revictimización de los demandantes... Las mujeres deberían poder confiar en un sistema de justicia que se encuentre libre de mitos y estereotipos, y en un Poder Judicial cuya imparcialidad no se vea comprometida por estas suposiciones tendenciosas. Por tanto, la eliminación de la estereotipación judicial será un paso fundamental para garantizar la igualdad y la justicia para las víctimas y sobrevivientes”.<sup>26</sup> La Corte IDH, advierte en esta línea, que cuando *un tribunal se deja influenciar por estereotipos, tiene la mirada nublada, porque juzga a la persona afectada “basado en sus ideas acerca del grupo particular y no en los hechos relevantes respecto de esa persona y las circunstancias de ese caso específico.”*<sup>27</sup>

El estereotipo afecta la imparcialidad. Sin embargo, esta relación no siempre se explora en profundidad cuando se analizan los casos concretos que se someten a la justicia. Es decir, aun tomando el análisis de es-

22 Undurraga, Verónica, Op. cit.

23 V. Cook, Rebecca; Cusack, Simone, Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales, Profamilia, Bogotá, 2010; Cardoso Onofre de Alencar, Emanuela, “Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Eumomía. Revista en Cultura de la Legalidad N° 9 (Octubre 2015 – Marzo 2016), págs. 26-48. Sobre análisis de jurisprudencia desde perspectiva de género, v. Cecilia Ezpeleta, Carmen Colazo y Laura Cantore, “Igualdad, género y constitución: aportes feministas para la reformulación del principio de igualdad. Análisis de fallos relevantes desde una perspectiva de género(s)”, en Grosman, Legarre, Rivera, Elías (coord.), Tratado de Derechos Constitucionales, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Buenos Aires, 2014, págs. 958-1031; Díaz Alderete, Elmina Rosa, “Perspectiva de género en las sentencias judiciales y en el ámbito jurídico”, LLNOA2013 (septiembre), pág. 825.

24 “Llamar a las cosas por su nombre y mostrar que ciertas formas de nombrar son violentas, es tarea pendiente para el poder judicial.” Deza, Soledad, “Brujas”, estereotipos de género y violencia simbólica”, LLNOA 2013 (agosto), pág. 719 (824).

25 “... la injusticia estructural existe cuando los procesos sociales sitúan a grandes grupos de personas bajo la amenaza sistemática del abuso o de la privación de los medios necesarios para desarrollar y ejercitar sus capacidades, al mismo tiempo que estos procesos capacitan a otros para abusar o tener un amplio espectro de oportunidades para desarrollar y ejercitar capacidades a su alcance. ... “Young, Iris, Responsibility for Justice, OUP, Oxford, 2011, pág. 69.

26 Comité de la CEDAW, Recomendación general N° 33, sobre el acceso de la mujer a la justicia, UN Doc. CEDAW/C/GC/33 (2015), párr. 26, 28.

27 Id., cursiva agregada.

tereotipos en serio, la profundidad de sus implicancias no ha sido tenida suficientemente en cuenta en la argumentación cotidiana en derechos humanos. ¿Por qué? Pues no ha conmovido con toda intensidad, la forma estándar en que se concibe y aplica la *garantía de imparcialidad en la práctica jurídica e incluso del tribunal regional de protección de derechos humanos*.

Los supuestos de (im)parcialidad en su versión estándar parecen haber sido pensados en un marco donde la igualdad en el acceso a la justicia, en el uso de las armas procesales, es el punto de partida y de llegada.<sup>28</sup> Esto sesga la visión del problema. Parece haber sido concebida para casos aislados,<sup>29</sup> lo estructural está invisibilizado. Parece haber sido pensado muy centrada en la persona del juez que se encuentra atado por su cercanía con alguna de las partes o por haber tomado posición concreta con anterioridad sobre la cuestión en debate. Así está pensada para evitar favoritismo u hostigamientos personales, donde se percibe de alguna manera la intencionalidad. Y esto en el imaginario de la adjudicación judicial no es percibido como algo común.<sup>30</sup> Por ello, varios tribunales parten de la presunción a favor de la imparcialidad personal salvo prueba en contrario.<sup>31</sup> Ahora bien, qué ocurre si se pone en tela de juicio estas concepciones que relacionan estrechamente la persona del que juzga a la imparcialidad. Qué ocurre si planteamos que un/a juez/a puede no estar comprometido personalmente pero que sin embargo puede ser parcial por uso de estereotipos o no haberlos puesto en crisis? Qué ocurre si pensamos la imparcialidad en su relación con la forma de argumentar? Qué ocurre si pensamos la argumentación jurídica como garantía de imparcialidad? Este giro implica un complemento a la garantía estándar de imparcialidad.

En concreto nos preocupan este tipo de preguntas, ¿no debe cambiar el sentido y visión del problema de la imparcialidad cuando la sospecha de la inclinación del juez o jueza – y más allá de la intencionalidad percibida – deviene por actos “*discriminatorios*” que se relacionan “*con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales*”, en especial, “en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno”? Aún más, cuando, por ejemplo, “la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias”<sup>32</sup> de la violación de los derechos de las personas afectadas.

28 “While law is intended to be a neutral set of rules to govern society, in all countries of the world, laws tend to reflect and reinforce the privilege and the interests of the powerful, whether on the basis of economic class, ethnicity, race, religion or gender...” UN Women, “Progress of the World’s Women 2010-2011, en pursuit of justice” (UN Publications, 2011), pág. 11.

29 Zysman Quirós, Diego, “Imparcialidad judicial y enjuiciamiento penal. Un estudio histórico-conceptual de modelos normativos de imparcialidad”, en AA.VV., Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico comparado, Editores del Puerto – Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001; Praxedis Zovak, María Laura, Aspecto subjetivo de la garantía de imparcialidad del juez constitucional en el procedimiento civil y comercial, Cuaderno de Derecho Judicial N° 24: Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2016; Vera, Gabriel Agustín, Los estereotipos de género en las resoluciones judiciales: de la garantía de imparcialidad a la nulidad de sentencia. Universidad de Valencia, 2019; Villanueva Flores, Rocío, “Una mirada preliminar sobre los posibles vínculos entre los casos de violencia contra las mujeres, los argumentos y la corrupción judicial”, en: repositorio pucp.pe, 2020.

30 Agradezco a Anahí González los comentarios que me advierten que mi punto de partida sobre la imparcialidad pone en tela de juicio “la verdad revelada” en términos de Pierre Bourdieu.

31 Corte IDH, Caso Barreto Leiva v. Venezuela. Sobre detención arbitraria, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 98.

32 Corte IDH, Caso Campo Algodonero, párrs. 398, 401.

El abordaje de estas preguntas requiere retomar en serio el aspecto estructural de la desigualdad que pone en situación de desventaja a las mujeres. Si en las prácticas cotidianas de argumentación no se reconoce que el uso de estereotipos afecta la imparcialidad, es porque se está encarando el tema desde una “individual frame”. Esto obstruye “revealing and dismantling structures and institutions which disadvantage women”.<sup>33</sup> Entonces, el análisis de la violación a la garantía de imparcialidad debería centrarse en la desventaja que produjo el uso de los estereotipos. Y dejar en un segundo lugar si el o a jueza tuvieron a no un móvil personal consciente para estereotipar. que los estereotipos son “expresiones de unas relaciones de poder institucionalizadas” (sexismo, racismo, capacitismo, esteticismo, pronuncismo, blanquismo, clasismo, entre otros).<sup>34</sup> Así, podríamos empezar a “superar el enfoque individualista” que sigue sosteniendo la visión dominante de la garantía estándar de imparcialidad judicial.

#### 4 ESTEREOTIPOS Y DESIGUALDAD ESTRUCTURAL EN LAS PRÁCTICAS JURISPRUDENCIALES EN DDHH

El análisis de estereotipos en la jurisprudencia de la Corte IDH parece estar de la mano de la desigualdad estructural.<sup>35</sup> En el caso *Atala v. Chile* (2012) sobre discriminación por orientación sexual y género, la Corte IDH enfatiza “*que algunos actos discriminatorios ... se relacionaron con la reproducción de estereotipos<sup>36</sup> que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales ...*, particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno. ...”.<sup>37</sup> El caso *Atala Riffo c. Chile* trata sobre discriminación por orientación sexual y género en el caso de una mujer divorciada, a la que le revocan judicialmente la tuición (tenencia) de sus tres niñas por haber iniciado una relación con otra mujer. No es objetivo de este trabajo realizar un análisis pormenorizado del caso, realizado ya por la abultada literatura escrita sobre el tema.<sup>38</sup> Tomo el caso *Atala* por la relación entre igualdad e imparcialidad que no fue explorada aún con la profundidad debida.

33 Lacey, 1998: 27; 44. Ghidoni, Elena. “La esterilización forzada en intersecciones distintas: un enfoque estructural para el análisis de las desigualdades complejas”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 38 2019: 102-122.

34 Ghidoni, Elena. “La esterilización forzada en intersecciones distintas: un enfoque estructural para el análisis de las desigualdades complejas” *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 38, 2019: 102-122.

35 En general, sobre el desarrollo de la desigualdad estructural en la jurisprudencia de la Corte IDH, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, 2016, en especial, voto concurrente del Juez Ferrer Mac Gregor, párrs. 72-80; 81-96. En la sentencia la Corte IDH concluye que el Estado violó el derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas (artículo 6.1 de la CADH, entre otros), en perjuicio de los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000 en la Hacienda Brasil Verde, listados en el párrafo 206 de la presente Sentencia; y también en el caso de un niño al momento de los hechos (Art. 19 CADH). La Corte IDH (párr. 343) reconoce expresamente la existencia de una discriminación estructural histórica dado el contexto en el cual se suscitaron las violaciones de derechos humanos de las 85 víctimas.

36 V. Corte IDH, *Caso Atala vs. Chile*, referencias a estereotipos en párr. 125, párr. 146; en relación con la utilización de argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión interna, v. párr. 118, 119, 125, 130, 140, 145, 167, 179, 237, 267, 271.

37 Corte IDH, *Caso Campo Algodonero*, párrs. 398, 401, 208. La Corte IDH habla de violencia de género en un contexto de discriminación estructural contra las mujeres, incluso avanza en el análisis de los estereotipos de género como manifestación y causal de discriminación. V., asimismo, Corte IDH, *Caso Gutierrez Hernández vs. Guatemala*, párr. 170; cfr. *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 209.

38 Sobre el caso *Atala* en general, v. V. Bogdandy, A., Morales Antoniazzi, M.; Piovesan, F. (2012), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, Ed. Porrúa, México, 2012; Ronconi, L.; Aldao, M., “Una oportunidad de ampliar el principio de igualdad en manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso *Karen Atala e hijas contra el Estado de Chile*”, en: *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* N° 2011-III (Junio) Abeledo Perrot, pp. 262/276; Clérico, L. (2012), “Impacto del caso *Atala*. Posibilidades y perspectivas”, en: v. Bogdandy; Morales Antoniazzi, M.; Piovesan, F., op. cit. y en Contextos: [www.biblio.juridicas.unam.mx](http://www.biblio.juridicas.unam.mx); Contesse, J. (2013), “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Contesse\\_CV\\_Sp\\_20130401.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf) (ultimo acceso: 09/01/2018); Coddou McManus, Alberto, (2017)



La sentencia des-enmascara estereotipos en la argumentación de las decisiones que se tomaron en el orden interno. La Corte IDH aclara que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” establecido en el artículo 1.1 de la CADH.<sup>39</sup> *Concluye que “está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”*.<sup>40</sup> Así, cuando una clasificación está prohibida en principio, significa que el Estado que quiera excluir a alguna persona de lo que le otorga a otra debe basar esa distinción en razones de peso que nada tengan que ver con la orientación sexual de las personas. La Corte IDH, analiza si existió un “vínculo o nexo causal o decisivo entre la orientación sexual de la señora Atala y las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Chile<sup>41</sup> y del Juzgado de Menores de Villarrica”<sup>42</sup> sobre tuición (tenencia). En ambos casos, la Corte IDH constata que “tuvieron como fundamento principal la orientación sexual de la señora Atala.” Así, “concluye que se realizó una diferencia de trato basada en” la orientación sexual.<sup>43</sup> Entonces, un trato diferenciado *en desmedro* de los derechos de una persona LGBTI nunca podría ser justificado por la orientación sexual, sería una suerte de razón excluida de la argumentación. Esta condición no puede ser tenida en cuenta como elemento para decidir sobre una tuición o custodia o tenencia en aras del interés superior de las niñas. Por ello, el trato diferenciado debería basarse sobre razones independientes de la orientación sexual de las personas, de lo contrario se incurre en discriminación.

Para no incurrir en discriminación “es necesario que en las decisiones judiciales sobre estos temas se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. *De lo contrario, se corre el riesgo de fundamentar la decisión en un estereotipo*<sup>44</sup> vinculado exclusivamente a la pre-concepción, no sustentada, de que los niños cria-

“Addressing Poverty through a Transformative Approach to Anti-Discrimination Law in Latin America”. en: Fortes P., Boratti L., Palacios Lleras A., Gerald Daly T. (cords.) Law and Policy in Latin America. St Antony’s Series. Palgrave Macmillan, London; entre muchos otros.

39 Sobre la aplicación de la jurisprudencia del TEDH en esta parte de la sentencia y sobre un estudio de derecho comparado entre ésta y la jurisprudencia de la Corte IDH sobre discriminación por orientación sexual, v. Elena Abrusci (2017) A Tale of Convergence? Discrimination based on Sexual Orientation in Regional Human Rights Bodies and the Human Rights Committee, *Nordic Journal of Human Rights*, 35:3, 240-257

40 Caso Atala, párr. 86-92, 91.

41 Caso Atala, párr. 97: La Corte IDH “constata que la Corte Suprema de Justicia de Chile invocó las siguientes razones para fundamentar su sentencia: i) el presunto “deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenv[olvía] la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual” y los “efectos que esa convivencia p[odía] causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas”; ii) la alegada existencia de una “situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual deb[ían] ser protegidas” por “la eventual confusión de roles sexuales que p[odía] producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino”; iii) la supuesta existencia de “un estado de vulnerabilidad en su medio social” por el presunto riesgo de una estigmatización social, y iv) la priorización de los intereses de la señora Atala a los de las menores de edad “al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual”. Estos argumentos y el lenguaje utilizado muestran un vínculo entre la sentencia y el hecho que la señora Atala vivía con una pareja del mismo sexo, lo cual indica que la Corte Suprema otorgó relevancia significativa a su orientación sexual.” *Cursiva y resaltado agregados.*

42 Caso Atala, párr. 98 (con referencias a párrs. 40, 41 y 97): la Corte IDH “observa que el Juzgado de Menores de Villarrica utilizó como fundamentos: i) que supuestamente la señora Atala había privilegiado sus intereses sobre el bienestar de sus hijas ..., y ii) que en “el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional” el padre ofrecía una mejor garantía del interés superior de las niñas ... Al respecto, la Corte constata que, al igual que en la sentencia de la Corte Suprema ..., la decisión de tuición provisoria tuvo como fundamento principal la orientación sexual de la señora Atala, por lo que este Tribunal concluye que se realizó una diferencia de trato basada en esta categoría.” *Cursiva y resaltado agregados.*

43 Idem.

44 Caso Atala, párrs. 109-111.

dos por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales.”<sup>45</sup> La Corte IDH, sostiene en este sentido, que “es el Estado el que tiene la *carga de la prueba* para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la *existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas*.”<sup>46</sup> Este estándar es mucho más exigente que el del mero daño especulativo esgrimido por las sentencias en los procesos de tuición (tenencia). En el caso, el tribunal interno se limitó a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la “eventual confusión de roles sexuales” y la “situación de riesgo para el desarrollo” de las niñas<sup>47</sup>. Para aprobar con éxito el estándar del daño concreto, específico y real, es necesario que en las decisiones judiciales sobre temas de tuición *se definan de “manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo” del niño o la niña*. Esta relación de conexidad no queda demostrada si, el Estado alega:

- a) la pre-concepción de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales,<sup>48</sup>
- b) la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por la orientación sexual de la señora Atala, (antes bien, es el Estado el obligado a que los niños y niñas no sean discriminados en las escuelas),
- c) la supuesta prevalencia que la señora Atala le habría dado a su vida personal sobre los intereses de sus tres hijas toda vez que esto está basado en un estereotipo de género que supone que una “buena mujer” pospone cualquier cosa por la crianza de sus niñas suponiendo a su vez que una madre lesbiana es una mala madre, y
- d) el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre<sup>49</sup> (“modelo tradicional”), cuando la Corte IDH tiene jurisprudencia que reitera que la Convención protege una pluralidad de familias y no solo la que responde a la tradicional.

En suma, detrás de todas las razones alegadas por el Estado, subyace algún estereotipo que se refieren a la orientación sexual de las personas, al género o a la concepción tradicional de la familia. La Corte IDH en el caso Atala realiza un examen de igualdad en una versión de escrutinio bien estricto.

Por lo demás, sobre el final de la sentencia la Corte IDH amplía la mirada incluyendo el *contexto* en el que se produce la (des)igualdad. Así relaciona la reproducción de estereotipos con, insistimos, “*la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales*”. Por ello, concluye que “*algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora*<sup>50</sup> de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan

45 Caso Atala, párr. 125. Cursiva agregada.

46 Párr. 124, cfr. 131.

47 Párr. 129, con cita de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004.

48 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004 (expediente de anexos a la demanda, tomo V, folio 2672). Corte IDH, párrafos 123; 131; 127; 130.

49 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 31 de mayo de 2004.

50 Respecto de las medidas reparatorias y de no-repetición con “vocación transformadora”, v. párrafos 271 y 272. ... la Corte ordena que el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad

*un efecto no solo restitutivo sino también correctivo<sup>51</sup> hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI.”<sup>52</sup>*

Esta argumentación se puede reconstruir en clave de identificación de estereotipos, consideración del contexto para ubicar el carácter estructural de la discriminación contra el colectivo LGBTI, descalificación de los argumentos que se basan en estereotipos, aplicación de un examen intensivo de igualdad.<sup>53</sup> Asimismo, la sentencia ve correctamente que el modelo dominante desde el que se concibe la orientación sexual, genera identidades menospreciadas.<sup>54</sup> Este fue el motor para quitarle la tuición (tenencia) de las niñas a Atala.

Sin embargo, esta es solo una cara de la moneda. Las subjetividades no respetadas padecen mayores obstáculos para acceder, permanecer y promocionar en el mundo del trabajo formal y remunerado.<sup>55</sup> Es el caso de muchas mujeres. Incluso, aquellas que tienen acceso a cargos de jueza, como Atala, pueden sufrir la iniciación de procesos disciplinarios o similares.<sup>56</sup> La Corte IDH considera que este procedimiento se inició por la orientación sexual de Atala y es tachado por parcial. Esta faz de la sentencia habla de que las identidades desventajadas sufren perjuicios en el acceso, permanencia y promoción en sus trabajos, entre otras. Habilitaría entonces poner de relieve que el problema está también en la estructura<sup>57</sup> institucional y socio-económica que genera desigualdad<sup>58</sup> y que pone a las mujeres en posición de ser pasibles de ser postergadas y sancionadas

LGBTI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI. Los cursos deben estar dirigido a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.... Debe ponerse especial atención para este efecto, en normas o prácticas en el derecho interno que, sea intencionalmente o por sus resultados, pueden tener efectos discriminatorios en el ejercicio de derechos por personas pertenecientes a las minorías sexuales.”

51 En similar sentido, cfr. Caso González y otras (“Campo Algodonero”), párr. 450.

52 Caso Atala, párr. 267.

53 Así lo reiteró recientemente la Corte IDH en el Caso Flor Freire c. Ecuador sobre discriminación por orientación sexual. Con cita del examen de igualdad intensivo en el caso Atala (párr. 125), precisó que: “tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. En efecto, es el Estado quien tiene la carga de la prueba para mostrar que la diferencia de trato entre los actos sexuales homosexuales y los llamados “actos sexuales ilegítimos” se encuentra justificado, sin fundamentar su decisión en estereotipos.”, párr. 129. Comparar, Caso Duque vs. Colombia, párr. 106 y Caso Gonzales Llu y otros vs. Ecuador, párr. 257.

54 Se trata de una concepción de igualdad como reconocimiento que busca resolver el problema de la formación de la subjetividad apuntando a los déficits que, en términos de acceso a los recursos simbólicos, fracturan a la sociedad en subjetividades dominantes y dominadas. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en la legitimación de las desigualdades de status dentro de la sociedad y el aumento de la brecha entre unos y otros. Lo que define a esta perspectiva es su creencia en que es la transformación de los patrones de representación cultural lo que permitiría resolver las injusticias sociales. En este sentido proponen la revaluación de subjetividades no respetadas, en nuestro caso, la de los colectivos LGBTTI; Clérico, Laura; Aldao Martín, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, Revista Estudios Constitucionales, Facultad de Derecho/Universidad de Talca, Santiago/Chile, julio 2011 (en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art06.pdf>, último acceso: 8/1/2018). FRASER, Nancy: *Iustitia Interrupta*. Siglo de Hombres Editores/Universidad de los Andes, Bogotá, 1997. FRASER, Nancy: *Escalas de Justicia*. Herder, Barcelona, 2008.

55 El caso claro es el de las personas trans. CIDH, Informe sobre la “Violencia contra personas LGBTTI”, 2015. A su vez, en forma más específica la Relatora Especial de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) de la CIDH, Soledad García Muñoz, instó a que: “Las políticas de reconocimiento que avanzan en la región, referidas por ejemplo a leyes de no discriminación, identidad de género, unión civil o matrimonio igualitario, deben suponer también avances en el acceso a los derechos a la educación, la salud, el trabajo, entre otras, tanto de las personas LGBTTI como de sus familiares, sin discriminación. Desde la perspectiva de indivisibilidad de derechos, el progreso en derechos civiles debe expresarse en avances en el acceso a los DESCAs”. V. CIDH, Comunicado de Prensa, “En el Día Internacional de la Memoria Trans, la CIDH urge a los Estados a garantizar el pleno acceso de las personas trans a sus derechos económicos, sociales, y culturales”, 20.11.2017, en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/185.asp> (último acceso: 21/11/2017).

56 Entrevista a la Jueza Karen Atala, “Lesbofobia de Estado”, en: Diario Página 12, 16/6/2017, accesible en: <https://www.pagina12.com.ar/44360-lesbofobia-de-estado> (último acceso 11/11/2017): “Las mujeres lesbianas cargamos con los prejuicios machistas. Ya de partida nos cuesta posicionarnos en nuestros espacios de trabajo, nos cuesta la equidad de sueldos para las mismas tareas. Súmale además a esa mochila el hecho de que eres lesbiana. Es muy poco visible el lesbianismo en los espacios públicos.” *Cursiva agregada.*

57 V. Añón, Ma. José, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, en: *Isonomía*, 2013, pág.140: “la valoración del contexto, de los efectos de la norma y la especificación del patrón de discriminación es necesario no sólo para detectar los estereotipos, sino sobre todo, ... para comprender hasta qué punto son perjudiciales”. *Cursiva agregada.* Añón, Ma. José, “Transformations in anti-discrimination law: progress against subordination”, *Revus*, 2020, pp. 27-43.

58 Clérico, Laura y Aldao, Martín: “La Igualdad como Redistribución y como Reconocimiento: Derechos de los Pueblos Indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Revista Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Año 9, Núm. 1, 2011, p. 167.

en su trabajo por su género y orientación sexual.<sup>59</sup> Esto conecta en parte con el siguiente apartado porque se aborda en ocasión del tratamiento de la garantía de imparcialidad.

#### 4 ESTEREOTIPOS, DESIGUALDAD Y MÁS ALLÁ: LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL

En varias normas de los ordenamientos vigentes en la región se establece la garantía de imparcialidad de los y las juzgadoras como parte de las garantías judiciales (por ejemplo, artículo 8.1<sup>60</sup> de la CADH).<sup>61</sup> El deber de imparcialidad pretende lograr dos objetivos: a) “evitar acciones interesadas o favoritismos” u hostigamientos hacia alguna de las partes;<sup>62</sup> b) obligar a motivar la sentencia con argumentos objetivos y razonables.

La garantía de imparcialidad busca asegurar la figura del “tercero imparcial”<sup>63</sup> en la solución de la contienda; antes, durante y después del proceso. Se suele ilustrar en forma metafórica con la estatua de la justicia que tiene sus ojos vendados, como símbolo de que al pleito le llega libre de pre-juicios, pre-conceptos, sesgos e imágenes pre-concebidas sobre las y los justiciables; y sin haberse pronunciado con anterior respecto del objeto del proceso.<sup>64</sup> Si bien la metáfora ayuda en algún sentido a graficar los elementos de la imparcialidad, hay algo en esa metáfora que hace ruido. El mármol está esculpido, la imparcialidad aparece en un lugar “mítico”, se supone que la imparcialidad está dada. Sin embargo, me pregunto si esa escultura no fue moldeada de acuerdo con la garantía de imparcialidad que no vislumbraba los sesgos que devienen del uso de estereotipos contra los colectivos que típicamente aparecen desaventajados en nuestra región. E insisto, padecen discriminación por estereotipos de género, orientación sexual, identidad de género, situación de discapacidad, de desplazamiento, de condición de pobreza, étnicos, entre otros. Invito así a re-pensar las molduras de la escultura

59 La Com. IDH advierte la estrecha relación entre la violencia de género y la falta de acceso a los derechos sociales, económicos y culturales, v. CIDH, El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 59, 3 de noviembre de 2011, párr. 25. Por el otro lado, en forma más reciente en CIDH, Mujeres Indígenas Desaparecidas y Asesinadas en Columbia Británica, Canadá, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 30/14, 21/12/2014 y en: CIDH, Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas, 2017, págs. 59 y ss.

60 El artículo 8.1 de la CADH (Garantías Judiciales) establece que: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...” V., en general sobre imparcialidad y concepciones del derecho, Aguiló Regla, Josep, “Imparcialidad y aplicación de la ley”, en: Estudios de derecho judicial, N°. 151, 2008, págs. 139-165.

61 En este trabajo no me detengo en la garantía de independencia judicial. Si bien la garantía de independencia e imparcialidad están conectadas, sigo aquí a la Corte IDH que las presenta como garantías autónomas: “Al respecto, la Corte resalta que si bien es cierto que la independencia y la imparcialidad están relacionadas, también es cierto que tienen un contenido jurídico propio. Así, esta Corte ha dicho que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces”. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación.” Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de los Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 55.

62 Documento de Trabajo Nro.1, Proyecto de Investigación PII 603: “La ética judicial frente a la resolución de casos difíciles”, Facultad de Derecho, UBA (2017): “Un juzgador/a puede ser parcial respecto del objeto de la contienda o de las personas partes en la contienda. Es parcial respecto del objeto de la contienda cuando un determinado resultado lo beneficia o perjudica. Es parcial respecto a las personas cuando tiene simpatía o antipatía por una de las partes, es decir, que la parcialidad sobre las personas puede ser tanto positiva (para favorecer) como negativa (para perjudicar). Por último, la parcialidad (positiva o negativa) sobre las personas puede ser por razones individuales o relativas a clases de individuos. Es individual cuando un juzgador/a es parcial (positiva o negativamente) porque la parte es o bien amigo o bien enemigo; me cae bien o gusta alguien o no me cae bien o no me gusta. Es por razones relativas a clases de individuos cuando la parcialidad la simpatía o antipatía proviene del hecho de que la parte pertenece a un determinado colectivo (ideología, género, condición social, etc.)” *Cursiva y resaltado agregados.*

63 Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, Sentencia de 05 de agosto de 2008, párr. 63-64; Corte IDH, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, sentencia de 01 de septiembre de 2010, párr. 177, sobre excusación y recusación como herramientas que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales

64 Usa esta imagen para graficar el ideal de imparcialidad, Contesse Singh, Jorge, “Implicancias y Recusaciones: el caso del Tribunal Constitucional. Informe en derecho sobre la inhabilidad constitucional para conocer de un caso en el que se ha vertido opinión pública con anterioridad”, Revista Ius Et Praxis, 2007– Año 13 – N° 2, p. 394, entre muchos otros.

volviendo la mirada sobre la relación entre imparcialidad, estereotipos e igualdad; y aún más en el contexto de desigualdad estructural para la cual la versión estándar tribunalicia de imparcialidad no fue pensada.<sup>65</sup> Así, la garantía de imparcialidad requiere ser re-pensada a la luz de una moldura viviente que sea porosa a las interpretaciones progresivas de igualdad que se están produciendo en la región.

En su versión estándar desarrollada por el TEDH, a la que la Corte IDH adhiere, se caracteriza a la imparcialidad teniendo en cuenta una faz subjetiva y otra objetiva, conocida también como doble dimensión de la imparcialidad. Incluso se exige apariencia de imparcialidad: “Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho.”<sup>66</sup>

La faz subjetiva se refiere a la actitud personal del juez o la jueza en relación con las partes en la causa. En forma metafórica, debe llegar y permanecer sin ataduras previas respecto de las partes. Debe atarse al mástil de la justicia y no sucumbir ni con carácter previo ni durante la travesía al canto de las sirenas que proviene de cada una de las partes. Si sucumbe, se estrella contra la costa de la parcialidad. Esto le impide llegar a buen puerto, es decir, ejercer la *juris dictio* (decir el derecho) en forma correcta, hacer justicia. Los cantos de las sirenas son variados, cambian de acuerdo con el contexto. Esos cantos que inclinan la mirada hacia una de las partes pueden ser de “amistad, enemistad, simpatías o antipatías, razones políticas, religiosas u otras, lucro personal o dádivas ilícitamente ofrecidas y obtenidas”<sup>67</sup> sesgo de clase, de género, entre otros. En suma, “se trata de que el juez tenga la capacidad de tomar la distancia necesaria y que se resista a sucumbir a cualquier influencia de carácter subjetivo”.<sup>68</sup> La Corte IDH sostiene a la luz de su jurisprudencia, que reitera en el caso Atala: “la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio”. En cuanto a la faz objetiva, exige “garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.”<sup>69</sup> El tribunal Constitucional Español explica tomando como inspiración la jurisprudencia del TEDH que: “La perspectiva objetiva, sin embargo, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto...; por ello, desde este punto de vista, son muy importantes

65 L’Heureux-Dubé, Claire ‘Beyond the Myths: Equality, Impartiality, and Justice’ (2001) 10(1) Journal of Social Distress and the Homeless 87,102, sosteniendo que: “[t]ogether, our overarching goal must be to ensure that substantive equality and impartiality are the predominant reality in our courts and in our communities, rather than a mythical ideal. The more we strive to reach this goal, the more myths and stereotypes will be eradicated from the law, where they have no rightful place. With every success, we will be one step closer to attaining our goal of doing justice for all.” *Cursiva agregada.*

66 Corte IDH, Caso Atala vs. Chile, párr. 189.

67 Sobre esta doctrina en la jurisprudencia del TEDH y el diálogo con la de la Corte IDH, v; Ibas, Alexandre H. Català; Torricos, Marcela Ortiz. La comunicación horizontal y vertical en los sistemas americano y europeo de protección de derechos humanos a propósito del derecho al juez natural. Hacia un derecho global de los derechos humanos. Estudios de Deusto, 2017, vol. 65, no 1, págs. 73-121 (91), quienes ilustran con claridad la relación entre independencia e imparcialidad judicial, sosteniendo que “no es suficiente que un Juez o Tribunal a tiempo de resolver una causa actúe de manera independiente, sino que es necesario que el mismo sea imparcial y que la única razón que lo guíe sea la correcta administración de justicia, sin desviar sus apreciaciones a ningún tipo de consideración”.

68 Corte IDH, Caso Norín vs. Chile, párr. 23 del voto de los jueces Ferrer Mac Gregor y Ventura.

69 Corte IDH, Caso Atala vs. Chile, párr. 189.

las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan en el proceso, el Juez puede ser visto como un tercero en el litigio, ajeno a los intereses que en él se ventilan.”<sup>70</sup>

Por lo demás, “mientras que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario, consistente por ejemplo en la demostración de que algún miembro de un tribunal o juez guarda prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona.”<sup>71</sup> Asimismo, en el caso “Herrera Ulloa” advierte la Corte IDH que, “bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. *Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso (se agrega cursiva)*”.<sup>72</sup>

Como adelanté en la introducción de este trabajo, los supuestos de parcialidad parecen haber sido pensados en un marco donde la igualdad en el acceso a la justicia, en el uso de las armas procesales, es el punto de partida y de llegada. Esto sesga la visión del problema. Parece estar pensado para casos aislados, para favoritismo u hostigamientos personales, donde se percibe de alguna manera la intencionalidad. Así, entonces se concibe la presunción a favor de la imparcialidad personal o subjetiva salvo prueba en contrario. Por lo demás, “la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona.”<sup>73</sup> Sin embargo, ¿no debe cambiar el sentido y visión del problema de la imparcialidad cuando la sospecha de la inclinación del juez o jueza – y más allá de la intencionalidad percibida – deviene por actos “discriminatorios” cuando se relacionan “con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales”, en especial, “en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno”? Aún más, cuando, por ejemplo, “la creación y uso de estereotipos”<sup>74</sup> se convierte en una de las causas y consecuencias”,<sup>75</sup> de la violación de los derechos de las personas afectadas.

A mi entender este es el trasfondo del argumento planteado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)<sup>76</sup> y los representantes de Atala en el caso “por la aproximación estereotipada de los jueces al caso”.<sup>77</sup> La CIDH sostiene, “al considerar [la] orientación sexual” de la señora Atala como “un elemen-

70 STC 162/1999, de 27 de septiembre.

71 Corte IDH, Caso Atala vs. Chile, párr. 189.

72 Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 02 de julio de 2004, párr. 170, con referencias a TEDH: Pabla KY v. Finlad, sentencia de 06 de junio de 2004, párr. 27; y Morris v. the United Kingdom, sentencia de 26 de febrero de 2002, párr. 58.

73 Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, Sentencia de 05 de agosto de 2008, párr. 56, con referencias a TEDH; tales: Pullar vs. Reino Unido, sentencia de 10 de junio de 1996; Fey vs. Austria, Sentencia de 24 de febrero de 1993; Daktaras vs. Lituania; Piersack vs. Bélgica, Sentencia de 1 de octubre de 1982; De Cubber vs. Bélgica, Sentencia de 26 de octubre de 1984.

74 Sobre la diversidad y la garantía de imparcialidad, Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, UN Doc A/66/289 (2011), párrs. 23-24.

75 Corte IDH, Caso Campo Algodonero, párrs. 398, 401.

76 Corte IDH, Caso Atala, párr. 179.

77 Corte IDH, Caso Atala, párr. 179.

to fundamental de su habilidad para ser madre, así como el uso evidente de prejuicios discriminatorios”, “no contó con la garantía de imparcialidad”. Y en este sentido los representantes de Atala agregan: había “*violación a la garantía de imparcialidad judicial porque la decisión de la Corte Suprema “se sustenta[ba] sobre un prejuicio y carec[ía] de sustento racional y jurídico”*”.<sup>78</sup>

Este trasfondo no es comprendido por la Corte IDH en su totalidad. ¿Por qué? La Corte IDH debió haber vuelto a barajar las cartas de distribución de la prueba en relación con la imparcialidad. Por lo menos, debió haber aplicado, la carga de la prueba dinámica.<sup>79</sup> Haber dictado en la primera parte de la sentencia que hay violación a la manda de igualdad por uso de estereotipos y prejuicios en contra de la afectada, es un indicio fuerte que pone en duda la imparcialidad judicial. Entonces es el Estado quien debería demostrar que no se incurrió en parcialidad judicial en el orden interno.

Sin embargo, la Corte IDH siguió sosteniendo la carga de la prueba en cabeza de la afectada y la presunción de imparcialidad en favor del Estado. Esto es difícil de conciliar cuando se trata de un supuesto de desigualdad estructural que la Corte IDH admite se dio en el caso. La segunda prueba de fuego está en la garantía de imparcialidad: la Corte IDH quedó presa ahí del sesgo de género. Un paso para atrás. *La argumentación se interrumpe*. La interrupción es objetable. Veamos.

La garantía de imparcialidad se discute en dos momentos. Uno está relacionado con (a) la imparcialidad de los jueces en el orden interno cuando decidieron quitarle la tuición de las niñas a la señora Atala. La segunda en relación con (b) el proceso disciplinario iniciado contra Atala como jueza. Los resultados de la Corte IDH son dispares. En el primer supuesto no se violó la garantía de imparcialidad (a). Por el contrario, sí ocurrió en el segundo supuesto (b).

#### 4.1 LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

El punto de partida es para la Corte IDH la presunción a favor de la imparcialidad. Esa presunción debe ser derribada por la afectada y la CIDH sobre quienes pesa la carga de la prueba y un estándar exigente: salvo claridad en la parcialidad la presunción se sostiene. En cuanto al tipo de prueba, les es requerido “elementos probatorios específicos y concretos”. En este sentido, no alcanza para la Corte IDH con que en la primera parte de la sentencia se hayan “declarado algunas violaciones a la Convención (párrs. 146, 155 y 178)”. La prueba debe indicar “que se está efectivamente ante un caso en el que los jueces claramente se han dejado influenciar por aspectos o criterios ajenos a las normas legales.” *El estándar de la prueba devela una deferencia hacia el*

<sup>78</sup> Corte IDH, Caso Atala, párr. 180. Cursiva y resaltado agregados.

<sup>79</sup> Si bien no se refiere a casos interamericanos, sino a la garantía de imparcialidad en el derecho comparado, sirve aquí lo que advierte Contesse Singh: “el estándar seguido por estas jurisdicciones constitucionales [se refiere a la española y a la Suprema Corte de EEUU.], es uno que pone de lado del juzgador la carga de la prueba en todo caso en que “razonablemente” se pueda dudar acerca de su imparcialidad. O, como acaece en el caso español, aunque el estándar está fijado por el Tribunal Constitucional en términos diferentes, lo hace con igual propósito, cual es, custodiar que no exista siquiera margen de duda sobre la objetividad del tribunal.” Contesse Singh, Jorge, “Implicancias y Recusaciones: el caso del Tribunal Constitucional. Informe en derecho sobre la inhabilidad constitucional para conocer de un caso en el que se ha vertido opinión pública con anterioridad”, Revista Lus Et Praxis, 2007– Año 13 – N° 2, p. 394. Cfr. Bouzat, Andrés, “Acerca de la garantía constitucional del juez imparcial”, Revista de Doctrina Costa Sud, nro. 14, marzo de 2006.

*Estado. Salvo que la imparcialidad sea “clara”, se sostiene la presunción. Esto contrasta fuertemente con el estándar intensivo que justificadamente aplica en el examen de igualdad. ¿Si los estereotipos utilizados en las sentencias<sup>80</sup>, develan discriminación estructural, no habría acaso que dudar de la imparcialidad y someter el caso a un análisis estricto de imparcialidad? La Corte IDH sostiene una posición deferente hacia el Estado.<sup>81</sup>*

Insisto en que el uso de estereotipo en las sentencias internas eleva la fuerte sospecha de que no se puso en alerta interpretativa y que, lo haya querido o no, no actuó “única y exclusivamente conforme a -y movido por– el Derecho”, en tanto falta una motivación objetiva y razonable. Por todo ello, es difícilmente aceptable la actitud deferente de la Corte IDH hacia el Estado respecto del uso de estereotipos que son causa y consecuencia de la discriminación a un colectivo que se encuentra en situación de desigualdad estructural.

Aceptar la deferencia puede remitir la señal que la Corte IDH tolera el uso de estereotipos por parte de los jueces y juezas, puesto que a pesar de implicar una violación a la prohibición de discriminación, no impacta en la evaluación de la imparcialidad que se sigue rigiendo por la versión estándar. No es lo mismo sostener que una sentencia viola la prohibición de discriminación, que sostener que viola la prohibición de discriminación y el debido proceso por parcialidad.<sup>82</sup>

La Corte IDH concluye que el Estado no violó la imparcialidad en relación con la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el presente caso.<sup>83</sup> Esta conclusión es endeble. No está justificada por medio de un examen minucioso. Este último examen era el esperado teniendo en cuenta que estamos en presencia de “actos discriminatorios ... (que) se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica” contra el colectivo LGBTTI. Esa reproducción de estereotipos se vio cristalizada a través de las expresiones o razonamientos en la sentencia de la Corte de Justicia en el caso.<sup>84</sup> Entonces, qué más espera la Corte IDH de la afectada y de la CIDH cuando sostiene que la falta de imparcialidad judicial debe establecerse a partir de elementos probatorios específicos y concretos que indiquen que se está efectivamente ante un caso en el que los jueces claramente se han dejado influenciar por aspectos o criterios ajenos a las normas legales.

80 V., por ejemplo, párr. 145: “En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”). “Cursiva agregada.

81 Respecto de la imparcialidad subjetiva sostuvo, “ni la Comisión ni los representantes han aportado elementos probatorios específicos para desvirtuar la presunción de imparcialidad subjetiva de los jueces.” Respecto de la imparcialidad objetiva agregó: Tampoco se han aportado elementos convincentes que permitan cuestionar la imparcialidad objetiva de los jueces en la sentencia de la Corte Suprema.” Y, agrega, “una interpretación de las normas del Código Civil chileno en forma contraria a la Convención Americana en materia del ejercicio de la custodia de menores de edad por una persona homosexual no es suficiente, en sí misma, para declarar por este Tribunal una falta de la imparcialidad objetiva.” Corte IDH, Caso Atala vs. Chile (2012), párr. 191.

82 L’Heureux-Dubé, Claire, ‘Beyond the Myths: Equality, Impartiality, and Justice’ (2001) 10(1) Journal of Social Distress and the Homeless 87, 88 (sosteniendo que las afectadas ‘should be able to rely on a [justice] system free from myths and stereotypes, and on a judiciary whose impartiality is not compromised by these biased assumptions’). Cursiva agregada.

83 Párr. 192. Cinco jueces votaron por la no-violación; es decir, los Jueces, García-Sayán, Ventura Robles, Franco, Abreu Blondet y Pérez Pérez. La Jueza Margarete May Macaulay votó respecto de este punto en disidencia, con lo que se desprende que consideró que había violación de la garantía de imparcialidad.

84 Párr. 145.



En palabras de la Corte IDH los jueces, “utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión,<sup>85</sup> por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala. Esto está probado en la sentencia.<sup>86</sup> Entonces, la Corte IDH debió haber tomado en serio esta señal. Se debió haber puesto en duda razonable la garantía de imparcialidad. Se debió haber corrido la carga de la prueba al Estado. Es éste el que debió haber demostrado que no existió parcialidad. La Corte IDH debió haber seguido, por lo menos, este camino. Se quedó corta, *interrumpió* la potencialidad del análisis de estereotipos antes de tiempo. Tenía combustible suficiente para seguir. El freno argumentativo es incoherente con la primera parte de su sentencia.

La Corte IDH ha vuelto a incurrir en la misma incoherencia en el Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile de 2014.<sup>87</sup> Ahí también reconoce que las sentencias internas que condenaron a los afectados y afectadas, comuneros mapuches, por “la sola utilización de esos razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuraron una violación”, del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley (arts. 24 y 1.1 CADH).<sup>88</sup> Y, si bien la Corte condenó al Estado, por violación de derechos humanos de comuneros Mapuches, por criminalización de la protesta social, eludió ingresar a la cuestión de la garantía de imparcialidad.

Sin embargo, esta omisión fue advertida en el voto de los Jueces Ferrer Mac Gregor y Ventura en el caso. Sin ambages, sostiene: “dichas sentencias contienen expresiones o razonamientos fundados *en estereotipos y prejuicios étnicos negativos y que ello constituye una violación a la garantía de imparcialidad judicial.*” E insisten: “En el marco de la impartición de justicia la discriminación configurada contra las ocho víctimas del presente caso —a quienes se les discriminó con base en estereotipos y prejuicios étnicos negativos con respecto al Pueblo indígena Mapuche y a sus reivindicaciones territoriales— *representa una grave violación al debido proceso legal, ya que las privó de un juez imparcial.*”<sup>89</sup>

85 Párr. 146.

86 Por ejemplo, entre otros, Corte IDH Caso Atala vs. Chile, párr. 140: “... la Corte considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Por tanto, la Corte considera que bajo esta motivación del supuesto privilegio de los intereses personales de la señora Atala tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas.”

87 Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014.

88 Id. párr. 228.

89 Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, voto de los Jueces Ferrer Mac Gregor y Ventura, párr. 42: “Quienes suscribimos el presente voto estimamos que esos razonamientos —que la Corte determinó en los párrafos 227 y 228 de la Sentencia— que están basados en estereotipos y prejuicios étnicos negativos, exteriorizan que los juzgadores tuvieron prejuicios personales respecto de los imputados y que fueron decisivos para establecer la responsabilidad penal (fundamentalmente la participación en el hecho delictivo o la especial intención terrorista); es decir, incidieron de forma determinante en el análisis de los elementos de la responsabilidad penal. Como se desprende de los hechos de la Sentencia, estas decisiones judiciales se dan en un contexto en donde medios de comunicación social y partes de la sociedad chilena adoptaron estereotipos desfavorables y concepciones de lo que denominan como “la cuestión mapuche”, el “problema mapuche” o el “conflicto mapuche” que deslegitiman la reivindicación de los derechos territoriales del pueblo indígena mapuche y califican su protesta social de forma generalizada como violenta o presentándola como generadora de un conflicto entre el pueblo indígena mapuche y el resto de la población de la zona. Párr. 43: “Esos razonamientos expuestos por los tribunales en las sentencias, reflejo del contexto antes descrito, acreditan que los juzgadores estuvieron basados en prejuicios en contra de los imputados relacionados con su origen étnico indígena mapuche y su concepción de la protesta social de reivindicación de sus derechos lo que permite confirmar que era razonable que éstos tuvieran la impresión de que los tribunales que los condenaron carecieron de imparcialidad en los casos concretos al dictar las sentencias penales condenatorias. En el presente caso, nos encontramos ante una diferencia de trato discriminatoria que no tiene una justificación objetiva y razonable, ni persigue un fin legítimo careciendo de una relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido, lo cual pone en entredicho el debido proceso protegido por el artículo 8.1 de la Convención Americana.” Cursiva agregada.

Concluyen, tal como sostuvimos en relación con el caso Atala en párrafos anteriores, que “resulta inconsecuente que después de hacer un análisis concienzudo del contenido de las sentencias en las causas penales y habiendo encontrado estas actitudes discriminatorias en la Sentencia –declarando la violación al artículo 24 del Pacto de San José–, el criterio mayoritario de la Corte Interamericana *se haya quedado a medio camino al no concluir que esos mismos hechos probados implican a su vez una violación autónoma al artículo 8.1 de la Convención Americana*; ... al considerarse vulnerado el derecho a un juez o tribunal imparcial” en desmedro de las víctimas del caso (art. 8.1 y 1.1 de la CADH).<sup>90</sup> En este sentido, nuestra tesis sobre Atala encuentra eco implícito en el voto de los Jueces Ferrer Mac Gregor y Ventura en Norín Catrimán.

#### 4.2 LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD EN RELACIÓN CON EL PROCESO DISCIPLINARIO INICIADO CONTRA LA JUEZA ATALA

Las afectadas por el uso de estereotipos pueden padecer también obstáculos para el acceso, permanencia o promoción en el mundo del trabajo. Aunque la Corte IDH no lo haya puesto exactamente en esos términos, este es trasfondo<sup>91</sup> de la contienda cuando se le inicia a la Jueza Atala en el orden interno un proceso disciplinario en su contra en relación con el ejercicio de su función. Por un lado, se trataba del uso de personal del juzgado para la confección de un escrito para ser presentado en el expediente en donde tramitaba la revocación de la tuición de sus niñas. Por el otro lado, se relacionaba con la publicación de unas noticias en la prensa sobre la orientación sexual de la jueza. En relación con este punto, la Corte IDH sí condena al Estado por violación a la garantía de imparcialidad, entre otros derechos.<sup>92</sup> La Corte IDH, establece que, “si bien la investigación disciplinaria se inició con un fundamento legal y no terminó con una sanción disciplinaria en contra de la jueza Atala por su orientación sexual,” sí se violó la imparcialidad. En el marco de este proceso disciplinario, la jueza Atala recibió la visita de un funcionario judicial quien luego emitió un informe<sup>93</sup> en el que se realizaban consideraciones sobre la orientación sexual de la jueza: “En particular, la Corte nota que en el informe de la visita del señor Lillo se establecieron, como conclusión, entre otros, los siguientes hechos: i) que la señora Atala “comenzó a ser visitada en su oficina por una gran cantidad de mujeres a partir de mediados

90 Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, voto de los jueces Ferrer Mac Gregor y Ventura, párr. 44. [Cursiva y resaltado agregados].

91 Entrevista a la Jueza Karen Atala, “Lesbofobia de Estado”, en: Diario Página 12, 16/6/2017, accesible en: <https://www.pagina12.com.ar/44360-lesbofobia-de-estado> (último acceso: 11/11/2017): “Las mujeres lesbianas cargamos con los prejuicios machistas. Ya de partida nos cuesta posicionarnos en nuestros espacios de trabajo, nos cuesta la equidad de sueldos para las mismas tareas. Súmale además a esa mochila el hecho de que eres lesbiana. Es muy poco visible el lesbianismo en los espacios públicos.” Cursiva agregada.

92 Corte IDH Caso Atala vs. Chile: el medio establecido por el Estado es el proceso disciplinario para lograr el fin de la protección de la “imagen del poder judicial”. (párr. 219-221). Sin embargo, esto no habilita a utilizar el proceso disciplinario sin justificación. De la sentencia surge que la “imagen del poder judicial” no puede justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual. “Además, el fin que se invoque al efectuar una diferencia de trato de este tipo debe ser concreto y no abstracto. En el caso concreto, el Tribunal no observa relación alguna entre un deseo de proteger la “imagen del poder judicial” y la orientación sexual de la señora Atala. La orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual.” Concluyó que... si bien la investigación disciplinaria se inició con un fundamento legal y no terminó con una sanción disciplinaria en contra de la señora Atala por su orientación sexual, sí se indagó en forma arbitraria sobre ello, lo cual constituye una interferencia al derecho a la vida privada de la señora Atala, el cual se extendía a su ámbito profesional. Por lo tanto, el Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 11.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.” (párr. 230).

93 “Además, el Tribunal toma en cuenta las circunstancias de la realización de la visita extraordinaria, ya que antes y durante la visita se llevaron a cabo una serie de interrogatorios a funcionarios y empleados del Juzgado de Villarrica para indagar sobre la orientación sexual y los hábitos de la señora Atala (párrs. 229). También se observa que las conclusiones del informe de la visita presentadas a la Corte de Apelaciones, en su conjunto, fueron aprobadas por dicha Corte el mismo día que fue presentado dicho informe. La Corte de Apelaciones procedió entonces a imputarle cargos disciplinarios a la señora Atala, entre otras cosas, por su orientación sexual (párr. 215).”

del 2002”, incluyendo a su pareja “con quien pasaba horas en su oficina”; ii) que la señora Atala “fue visitada en el Tribunal por los padres” de su pareja y que informó que “se trataba[n] de sus suegros”, y iii) que la señora Atala “manifestó su homosexualidad abiertamente” al señor Lillo y “defendió su determinación de comunicárselo abiertamente a los funcionarios y Magistrados del Tribunal”.<sup>94</sup>

Para el análisis de la imparcialidad subjetiva, el Tribunal debe intentar averiguar los intereses o motivaciones personales del juez en un determinado caso.<sup>95</sup> Sin embargo, en esta formulación de la Corte IDH, es ella quien aparece en posición activa. Se desdibuja la carga de la prueba tan estricta que en el anterior apartado había puesto en cabeza de la afectada y la CIDH. Es la Corte IDH quien indaga en el lenguaje de los informes, en los hechos, en las circunstancias que lo rodearon, para sostener que: “el Tribunal toma en cuenta las circunstancias de la realización de la visita extraordinaria, ya que antes y durante la visita se llevaron a cabo una serie de interrogatorios a funcionarios y empleados del Juzgado de Villarrica para indagar sobre la orientación sexual y los hábitos de la señora Atala.”<sup>96</sup> También se observa que las conclusiones del informe de la visita presentadas a la Corte de Apelaciones, en su conjunto, fueron aprobadas por dicha Corte el mismo día que fue presentado dicho informe. La Corte de Apelaciones procedió entonces a imputarle cargos disciplinarios a la señora Atala, entre otras cosas, por su orientación sexual.”<sup>97</sup> Concluye así que: “existían prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe, que demostraban que quienes realizaron y aprobaron dicho informe no fueron objetivos respecto a este punto. Por el contrario, dejaron plasmada su posición personal respecto a la orientación sexual de la señora Atala en un ámbito disciplinario en el que no era aceptable ni legítimo un reproche jurídico por este hecho. En consecuencia, la Corte establece que la visita extraordinaria y la investigación disciplinaria se realizaron sin la imparcialidad subjetiva necesaria.”<sup>98</sup> El Estado vulneró el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo por el proceso disciplinario. Con claridad surge como regla que:

- 1) si existían prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe, que demostraban que quienes realizaron y aprobaron dicho informe no fueron objetivos respecto a este punto, entonces hay violación de la garantía de imparcialidad.
- 2) si dejaron plasmada su posición personal respecto a la orientación sexual de la persona investigada en un ámbito disciplinario en el que no era aceptable ni legítimo un reproche jurídico por este hecho, entonces hay violación de la garantía de imparcialidad subjetiva.

94 Párr. 229. Sobre la estructura jerárquica del Poder Judicial en Chile y sobre los efectos del caso Atala, v.Couso, Javier, “Reacciones institucionales y sociales al “fallo Atala” en Chile, en en v. Bogdandy; Piovesan; Morales-Antoniazzi (coords.), Igualdad y Orientación Sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial, México, Porrúa, págs. 111-132.

95 Párr. 236.

96 Referencias párrs. 228 y 229.

97 Párr. 236 con referencia párr. 215.

98 Párr. 237.

## CONSIDERACIONES FINALES

Si fue probado que las sentencias de fondo que quitaron la tenencia de las niñas (supuesto trabajado en el apartado IV. a), también contenían estereotipos, por qué entonces concluir que ahí no se violó la garantía de imparcialidad. Insisto, es la propia Corte IDH quien resalta que algunos actos discriminatorios analizados “se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales, particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno.”<sup>99</sup>

Imparcialidad en relación con la decisión de fondo	Imparcialidad en relación con el proceso disciplinario
Párrs. 190-192. No hay violación de la garantía de imparcialidad	Párrs. 234, 237. Hay violación a la garantía de imparcialidad

**Fuente:** Elaboración propia sobre la base de la sentencia en el caso Atala (2012).

El análisis de estereotipos en casos de desigualdad estructural requiere re-visitarse la garantía de imparcialidad. Si en la primera parte de la sentencia se acreditó la discriminación por el uso de estereotipos, es porque la sentencia atacada tampoco contenía una motivación objetiva y razonable. La garantía de imparcialidad carece de las credenciales objetivas para aparentar que el/la juzgadora se movió solo por el Derecho en la impartición de justicia. El problema radical reside en que la garantía de imparcialidad, sea que se la llame subjetiva u objetiva, está pensada desde supuestos individuales. Esta concepción de la garantía de imparcialidad no responde a la concepción de desigualdad estructural, en estos supuestos la falta de una motivación objetiva y razonable deviene porque la mirada y la supuesta justificación se nubla por estereotipos. Esto basta como indicio para correr la carga de la prueba al Estado. Debe ser el Estado el que demuestre que a pesar de todo existían garantías en el caso. No olvidemos que estamos discutiendo imparcialidad en presencia de “actos discriminatorios” constatados, “que se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica” contra el colectivo afectado.

En suma se puede sostener que

- 1) si existían prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en la sentencia (esto es extensible a informes, actos y prácticas estatales), que demostraban que quienes realizaron y aprobaron dicha sentencia no fueron objetivos respecto a este punto, entonces hay violación de la garantía de imparcialidad.

Esta regla puede ser el puntapié para barajar nuevamente las cartas que gobiernan la imparcialidad (presunción, carga de la prueba y de la argumentación, estándar de la prueba). De lo contrario, no se despliega el

<sup>99</sup> Pár. 267; 92.

análisis de estereotipos en forma integral<sup>100</sup> en la sentencia ni se toma en serio que estamos ante un supuesto de desigualdad estructural.<sup>101</sup>

## REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de. Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Eunomía*, n. 9, p. 26-48, oct. 2015-marzo, 2016. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2801>. Acceso en: 13 sept. 2021.
- AÑÓN ROIG, María José. Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía*, 2013. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n39/n39a5.pdf>. Acceso en: 13 sept. 2021.
- ARENA, Federico José. Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos. *Derecho y Control*, n. 2, p. 11-44, 2019.
- CARDINAUX, Nancy. Algunas herramientas para desmontar prejuicios y estereotipos en la enseñanza jurídica. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, v. 7, n. 2, p. 9-22, 2020. DOI: 10.5354/0719-5885.2020.60579. Disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RPUD/article/view/60579>. Acceso en: 13 sept. 2021.
- CLÉRICO, Laura; MARTÍN, Aldao. Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento. *Lecciones y Ensayos*, n. 89, 2011. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/clerico-laura-y-aldao-martin-nuevas-miradas-de-la-igualdad.pdf>. Acceso en: 13 sept. 2021.
- CLÉRICO, María Laura; NOVELLI, Celeste Salomé. La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para re-escribir el caso “Campo Algodonero”. *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, Chile, p. 453-487, 2016. Disponible en: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/74453#ds-main>. Acceso en: 13 sept. 2021.
- COOK, Rebecca J.; CUSACK, Simone. **Estereotipos de género**. Perspectivas legales transnacionales. Traduzido por: Andrea Parra. Profamilia: Bogotá, 2011. Disponible en: [https://www.law.utoronto.ca/utfl\\_file/count/documents/reprohealth/estereotipos-de-genero.pdf](https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/estereotipos-de-genero.pdf). Acceso en: 13 sept. 2021.
- EZPELETA, Cecilia; COLAZO, Carmen; CANTORE, Laura. Igualdad, género y constitución: aportes feministas para la reformulación del principio de igualdad. Análisis de fallos relevantes desde una perspectiva de género(s). *En*: GROSMAN, Legarre; RIVERA, Elías (coord.). **Tratado de Derechos Constitucionales**. Buenos Aires: Abeledo Perrot/Thomson Reuters, 2014.
- FAZIO, Federico de. Sobre el concepto de ética judicial. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja*, n. 22, 2019. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/409>. Acceso en: 13 sept. 2021.
- GENDER STEREOTYPING AS A HUMAN RIGHTS VIOLATION. 2013. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/issues/women/wrgs/pages/genderstereotypes.aspx>. Acceso en: 13 sept. 2021.
- GHIDONI, Elena. La esterilización forzada en intersecciones distintas: un enfoque estructural para el análisis de las desigualdades complejas. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 38, p. 102-122, 2019 (Ejemplar dedicado a: Diciembre de 2018). DOI: <https://doi.org/10.7203/CEFD.38.12694>. Disponible en: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/12694>. Acceso em: 13 sept. 2021.
- LOBATO, Julieta. Ampliación de la matriz de igualdad en los tribunales ordinarios. El caso “Erica Borda” y la justicia laboral. *Derecho y Ciencias Sociales*, n. 21, p. 214-240, oct. 2019. Disponible en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/94165>. Acceso en: 13 sept. 2021.
- NOVELLI, Celeste. **Silencio (parcial) en la Sala**. Reconstrucción crítica del enfoque de estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte IDH. 2016. Tesis de maestría. Universidad Nacional de San Martín. Centro Internacional de Estudios Políticos.

<sup>100</sup> Cusack, Simone, “Eliminating judicial stereotyping Equal access to justice for women in gender-based violence”, Documento de Trabajo, 2014, pág. 22 en: <http://cedaw-in-action.org/en/2014/04/22/eliminating-judicial-stereotyping-equal-access-to-justice-for-women-in-gender-based-violence-cases-2014/> (último acceso: 30/11/2017); “Judges must reach impartial decisions based on law and relevant facts in evidence. Impartiality can, however, be compromised when judges disregard law and facts in favour of stereotypes. This is because judicial outcomes based on generalised views or preconceptions do not take a person’s actual needs, abilities or circumstances into account and, therefore, distort the truth”. Cursiva agregada.

<sup>101</sup> Cook; Cusack, pág. 42: “cuando un Estado aplica, ejecuta o perpetúa un estereotipo de género en sus leyes, políticas públicas o prácticas, lo institucionaliza, dándole la fuerza y autoridad del derecho y la costumbre. El ordenamiento jurídico, como una institución estatal, condona su aplicación, ejecución y perpetuación y por lo tanto genera una atmósfera de legitimidad y normalidad”. No se puede dejar de preguntar cuál es el mensaje de la Corte IDH al dejar a mitad de camino su argumentación sobre el uso de estereotipos. El análisis de estereotipos

PARRA VERA, Oscar; FLORIAN, Huber. Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: comentarios al caso Atala Riffo y Niñas. En: BOGDANDY, von Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela (coord.). **Igualdad y orientación sexual: el caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial**. México: Porrúa, 2012. Disponible en: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/67339>. Acceso en: 13 sept. 2021.

POU GIMÉNEZ, Francisca. Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por edad y género en el mercado laboral. **Discusiones**, v. 16, n. 1, p. 147-188, 2015. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/estereotipos-dano-dignitario-y-patrones-sistemicos-la-discriminacion-por-edad-y-genero-en-el-mercado-laboral/>. Acceso en: 13 sept. 2021.

RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, Gema Fernández. Los Estereotipos De Género En Los Procedimientos Judiciales Por Violencia De Género: El Papel Del Comité CEDAW En La Eliminación De La Discriminación Y De La Estereotipación (Gender Stereotypes in Gender-Based Violence Court Proceedings: The CEDAW Committee's Role on the Elimination of Discrimination and Stereotyping) (May 28, 2015). **Oñati Socio-legal Series**, v. 5, n. 2, p. 498-519. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2611539](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2611539) Acceso en: 13 sept. 2021.

RONCONI, Liliana. Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso Gonzales Lluy y Otros contra Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario de Derechos Humanos**, n. 12, 2016. DOI: [10.5354/0718-2279.2016.42745](https://doi.org/10.5354/0718-2279.2016.42745). Disponible en: <https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/42745>. Acceso en: 13 sept. 2021.

TIMMER, Alexandra. Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights. **Human Rights Law Review**, v. 11, n. 4, p. 707-738, 2011. DOI: <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngr036>. Disponible en: <https://academic.oup.com/hrlr/article/11/4/707/618620?login=true>. Acceso en: 13 sept. 2021.

# CAPÍTULO 5

## DESIGUALDADE DE GÊNERO EM PROCESSO SELETIVO: NOVAS PERSPECTIVAS COM A LGPD

Elisa Hamu Almeida

Manuela Simões Falcão Alvim de Oliveira

Toda empresa, antes de estabelecer a relação laboral com seus empregados, logra, no uso de seu poder diretivo, da prerrogativa de promover o recrutamento e a seleção pessoal que melhor lhe convier para o preenchimento dos cargos vagos de seu quadro de funcionários.

Em que pese a busca de igualdade de direitos entre homens e mulheres, algumas diretrizes normativas e principiológicas devem ser observadas para que não haja qualquer violação discriminatória no decorrer deste processo seletivo. Nesse sentido, cabe à Constituição Federal de 1988 (CF/88), à Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) nortear todas as etapas referentes ao trâmite de contratação.

Antes de adentrar no tema, cabem algumas observações acerca da participação feminina na sociedade moderna. O papel da mulher na sociedade deve ser contextualizado, uma vez que a sua participação se deu por meio de uma relação de poder respaldada em comportamentos excludentes que historicamente ignorou as habilidades, direitos e deveres femininos. Tal desequilíbrio social está consubstanciado por um ideário patriarcal e opressor, inculcado na subjetividade coletiva, que reforça a ideia de fragilidade e inépcia da mulher no desempenho de algumas atividades.

Em virtude deste panorama, no final do século XIX, as ativistas feministas se mobilizaram em um levante social na busca por igualdade e pelo direito de participação política. Este movimento emancipacionista, motivado pelas sufragistas, consolidou na Constituição Federal de 1934 o direito ao voto feminino.

Neste sentido, o direito ao voto foi uma resposta direta à exclusão das mulheres da política, arena na qual as leis são elaboradas. Como leciona a filósofa Djamilia Ribeiro, “de forma geral, pode-se dizer que o objetivo do feminismo é uma sociedade sem hierarquia de gênero — o gênero não sendo utilizado para conceder privilégios ou legitimar opressão<sup>1</sup>”.

<sup>1</sup> RIBEIRO, Djamilia. *Quem tem medo do feminismo negro?* São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 29.

Como reflexo desse distorcido desenho social, além do panorama político e cultural, as relações de emprego também foram prejudicadas por essa disparidade, uma vez que os relatos de discriminação e desigualdade de tratamento no ambiente de trabalho ainda são costumeiros.

Ao bem da verdade, este comportamento preconceituoso é perceptível antes mesmo da formação efetiva da relação laboral, quando, por exemplo, durante a entrevista de emprego questões relacionadas ao estado civil, gênero, opção sexual e raça são levantadas ou levadas em consideração para a efetivação do cargo.

Com vistas a reduzir o evidente contraste presente nas relações de gênero, a partir da promulgação da CF/88, ações afirmativas, políticas públicas de inclusão e princípios fundamentais foram inseridos no texto constitucional para que às mulheres fosse possível alçar posição de igualdade, não só no campo trabalhista como em todas as esferas da vida pública e privada. Neste sentido, a Constituição cidadã alargou significativamente as medidas proibitivas de práticas discriminatórias no país.

Dentre as bases principiológicas previstas na Carta Magna, responsáveis por nortear todo o ordenamento jurídico na busca por equidade, podemos citar o princípio da dignidade da pessoa humana, elencado como fundamento axiológico do Estado democrático de direito no artigo 1º, inciso III da CF/88, e o princípio da igualdade, ou isonomia, previsto no artigo 5º, inciso I, da CF/88.

Tratando-se do princípio da dignidade da pessoa humana, nos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, este pode ser definido como “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos<sup>2</sup>”.

Neste contexto, além de estabelecer a necessidade de delimitação das condições básicas para a vida, o princípio da dignidade da pessoa humana prevê a existência de respeito por todo e qualquer indivíduo, considerando-se a diversidade biológica, social e cultural presente na sociedade. Dessa forma, alguns autores afirmam que todas as pessoas são iguais em dignidade, devendo este preceito ser percebido como um direito inalienável e irrenunciável, inerente aos seres humanos.

A constitucionalização do atributo “dignidade” na esfera das relações de gênero é de suma importância, uma vez que, sendo um direito fundamental, irradia por toda legislação infraconstitucional e possibilita a promulgação de leis específicas para cada área do direito na salvaguarda da isonomia e da imparcialidade no combate ao sexismo. Portanto, deve ser encarado como uma ação positiva prestacional do Estado.

2 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2001. p. 60.



Assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade é um dos alicerces da democracia e um dos principais instrumentos principiológicos constitucionais para a perquirição da justiça social. Vejamos:

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

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;  
(...)

A igualdade à que o texto constitucional se refere, em sua acepção substancial, implica tanto na igualdade formal, que diz respeito à paridade de direitos e deveres perante a lei, quanto na igualdade material, que leva em consideração os aspectos diferenciadores que existem em nossa sociedade.

Tal distinção se faz necessária pois, além da previsão de subordinar todos e todas ao crivo da legislação, o escopo primordial deste princípio é considerar as peculiaridades dos indivíduos para que sejam garantidos a eles as mesmas oportunidades em relação aos demais. Ou seja, tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente.

Robert Alexy ensina que “se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório”. Ainda, segundo Alexy, “a assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado geral de igualdade como um *princípio da igualdade*, que *prima facie* exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos<sup>3</sup>.”

Neste diapasão, o princípio da igualdade tem papel elementar nas questões de gênero, pois, ao legislador cabe criar distinções com a finalidade de igualar as oportunidades. Dessa forma, conforme previsão do texto constitucional, homens e mulheres são iguais perante a lei, no entanto, devem ser estabelecidas políticas afirmativas que favoreçam o desenvolvimento social das mulheres para que o gênero não seja um critério de discriminação que imponha menos direitos ou obrigações.

Corroborando com o propósito antidiscriminatório da Carta Magna, no âmbito do Direito do Trabalho, o artigo 7º da CF/88 incorporou diversos direitos sociais conferidos à mulher, quais sejam, a previsão de licença à gestante (inciso XVIII), a proteção do mercado de trabalho da mulher (inciso XX), a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (inciso XXX) e a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (inciso XXXII).

<sup>3</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 410.

Nota-se, portanto, o esforço do legislador em compensar as perdas provocadas pela marginalização e discriminação da mulher no ambiente de trabalho por meio da inserção de prerrogativas inclusivas, uma vez que a relação de trabalho está naturalmente envolta em uma esfera de poder e subordinação.

A Convenção nº 111 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1968, conceituou em seu artigo 1º a discriminação nas relações de trabalho como sendo “a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidades, ou tratamento emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo país-membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados.”

O referido artigo demonstra que, para além das fronteiras do direito interno, toda comunidade internacional está voltada para a valorização do emprego com fundamento em bases éticas, igualitárias e justas. Ademais, resta claro que a igualdade de oportunidades referida na Convenção pressupõe um imprescindível avanço em relação a diversidade e garantia dos direitos fundamentais.

Partindo-se para a análise da legislação infraconstitucional, com vistas a avançar na perquirição da redução das desigualdades, a CLT, nos artigos 372 a 401-b, e a [Lei nº 9.029 de 1995](#) dispuseram sobre as prerrogativas e direitos referentes ao trabalho da mulher.

Dentre alguns pontos que constam na legislação trabalhista, merecem destaque a vedação ao empregador de publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar da mulher, bem como considerar estes fatores como variáveis determinantes para fins de remuneração. Ademais, está proibido por lei exigir atestado ou exame para comprovação de esterilidade ou estado de gravidez na admissão ou permanência do emprego e impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos ou empresas privadas em razão das características mencionadas.

Outrossim, com propósito de mitigar os efeitos da discriminação no ambiente de trabalho bem como nos atos que antecedem a contratação, a [Lei nº 9.029 de 1995](#), em seu artigo 1º e 2º estabeleceu a proibição e penalização da adoção de qualquer prática de segregação para efeito de acesso ou manutenção da relação de emprego. Vejamos:

Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no [inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal](#). ([Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015](#))

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

- I – a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;
- II – a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

- a) indução ou instigamento à esterilização genética;
- b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I – a pessoa física empregadora;

II – o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III – o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Não obstante às tipificações supracitadas da conduta discriminatória, o rol exemplificativo não é exaustivo, sendo vedado qualquer outro comportamento que fira a integridade e a dignidade das pessoas.

Neste contexto, leciona Flávia Piovesan que “a discriminação é uma das formas mais perversas da desigualdade. E pode-se compreendê-la como toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objetivo prejudicar ou anular o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdades de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, nos campos político, civil, econômico, social e cultural<sup>4</sup>.”

No tocante ao processo seletivo, cabe salientar que atualmente grande parte do recrutamento realizado pelas empresas é executado por meio virtual. Desse modo, as organizações solicitam aos candidatos à vaga que preencham formulários ou enviem currículos que, necessariamente, conterão informações pessoais relativas ao seu perfil comportamental e às suas experiências de trabalho anterior. Todas essas informações estão sujeitas à avaliação e retenção em banco de dados, ou banco de talentos, da empresa para a contratação do perfil selecionado.

O trânsito e a conservação dessas informações pessoais, mesmo àquelas que estão armazenadas em documentos físicos, perpassa pelo arcabouço legal imposto pela recém promulgada Lei Geral de Proteção de Dados, que surgiu para tutelar o tratamento dos dados pessoais das pessoas físicas naturais identificadas ou identificáveis.

Deste modo, conforme leciona Rony Vainzof, “proteger dados pessoais supera a tutela da privacidade, abarcando também os direitos de personalidade, diante da estigmatização do ser humano em razão da sua classificação e segmentação baseada no tratamento de suas informações<sup>5</sup>”.

Portanto, considerando o volume de informações pessoais que são disponibilizadas pelos candidatos durante o processo seletivo, todo o procedimento deve estar em consonância com os requisitos impostos tanto pela CF/88, no que tange a preservação da dignidade de quem concorre à vaga, como pela LGPD, em relação aos princípios contidos na Lei que norteiam o tratamento e armazenamento dos dados pessoais.

4 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 132-133.

5 LGPD: Lei Geral de Proteção de dados comentada/Vários autores – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 161, 2019.

O princípio da não discriminação, previsto no artigo 6º, inciso IX da LGPD, estipula que o tratamento de dados não pode ser realizado para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos. Não se pode ter a exclusão dos titulares de dados pessoais, no momento de seu tratamento, em função de determinadas características, sejam elas de origem racial ou étnica, opinião política, religião ou convicções, geolocalização, filiação sindical, estado genético, de saúde ou orientação sexual. Tais atributos foram tipificados na Lei como dados pessoais sensíveis, haja vista que estão sujeitos a proteção ampliada e condições de tratamento específicas e mais rigorosas.

A inserção desta prerrogativa na Lei se faz necessária pois, conforme leciona Rony Vainzof, “as linhas de comando dos programas de computador moldam a arquitetura da rede, por meio da utilização de filtros, automaticamente também limitando a atuação dos usuários e forçando determinadas condutas. Diante de tal cenário, seja para evitar a estigmatização, seja para a criação de estereótipos (classificação), seja para coibir a limitação de direitos (segregação), que o princípio da não discriminação se mostra fundamental, prevendo a impossibilidade do tratamento de dados para fins discriminatórios, seja de forma automatizada ou não, justamente visando impor limites e permissões no processamento de dados, de modo a mitigar o risco do determinismo tecnológico<sup>6</sup>.”

Por conseguinte, as novas tecnologias de tratamento de dados comumente utilizadas por grandes empresas, tais como o data mining, o online analytical processing (olap), o profiling e o scoring não podem servir para estigmatizar pessoas, estereotipá-las, segrega-las ou cingir seus direitos, já que devem ser impostos limites no processamento de dados para que os determinismos tecnológicos sejam atenuados.

O que se quer dizer é que caso uma empresa utilize ferramentas que, através do uso de algoritmos e estatísticas, coletem informações que reproduzam modelos discriminatórios, estas devem ser excluídas ou remodeladas dentro do sistema de recrutamento.

Dentre as incumbências impostas pela Lei, está prevista a obrigatoriedade de elaboração de um relatório de impacto à proteção de dados pessoais (RIPD) por parte da pessoa jurídica responsável pelo tratamento de dados pessoais. Dentre outros propósitos, este instrumento tem como uma de suas finalidades mitigar os riscos que possam dar azo à discriminação ou à divulgação das informações contidas nos dados classificados como sensíveis.

Deste modo, como parte dos procedimentos de governança em privacidade corporativa, cabe às empresas estabelecer quais serão os principais fatores que poderão impactar as liberdades civis e os direitos fundamentais para a tomada de decisão.

Cabe salientar que, dependendo do contexto em que está inserido, o gênero pode ser considerado um dado pessoal nos casos em que a sua identificação ou o seu vazamento possa trazer algum tipo de prejuízo prático. Um exemplo deste fenômeno pode ser observado quando o gênero de uma candidata é considerado para

<sup>6</sup> LGPD: Lei Geral de Proteção de dados comentada/Vários autores – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 162, 2019.

uma vaga de emprego e ela é preterida em função de um homem, mesmo que as suas qualificações técnicas a tornem mais apta ao cargo.

Tratando-se das garantias previstas no bojo da LGPD, está prevista a possibilidade de conferir ao titular dos dados o direito de acessar todas as informações pessoais que uma entidade, privada ou pública, tem sobre ele. Assim, no momento da seleção de emprego, por exemplo, a candidata poderá verificar exatamente quais dados referentes a ela a empresa tinha em mãos, bem como o que fez com estes dados após o seu uso.

Toda essa preocupação do legislador em assegurar a transparência e o acesso integral aos dados pessoais se faz necessária em virtude da importância em protegê-los. Na sociedade atual, a tecnologia assumiu um caráter onipresente que afeta todas as esferas da vida moderna. As informações, reconhecidas como um recurso extremamente valioso, são despejadas na rede mundial de computadores de forma avassaladora, o que torna possível que uma máquina ou um algoritmo estabeleça, com precisão assombrosa, detalhes tênues da personalidade de um indivíduo e em virtude dessa habilidade seja capaz de estigmatizar ou discriminar essa pessoa.

Em virtude desses fatores, a proteção de dados foi reconhecida pelo STF como um direito fundamental implícito. No entanto, alguns doutrinadores afirmam que a proteção dos dados pessoais deveria ser inserida como direito autônomo no rol dos direitos e garantias fundamentais, devendo ser positivada na Constituição Federal. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, tal entendimento se fundamenta nas seguintes razões<sup>7</sup>:

- a) a despeito das interseções e articulações com outros direitos, fica assegurada à proteção de dados a condição de direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção próprio;
- b) ao direito à proteção de dados passa a ser atribuído de modo inquestionável o pleno regime jurídico-constitucional relativo ao seu perfil de direito fundamental em sentido material e formal já consagradas no texto da CF, bem como na doutrina e na jurisprudência constitucional brasileira, ou seja:
  - 1) como parte integrante da constituição formal, os direitos fundamentais possuem *status* normativo superior em relação a todo o restante do ordenamento jurídico nacional;
  - 2) na condição de direito fundamental, assume a condição de limite material à reforma constitucional, devendo, ademais disso, serem observados os assim chamados limites formais, circunstanciais e temporais, nos termos do artigo 60, parágrafos 1 a 4º, da CF;
  - 3) também as normas relativas ao direito à proteção de dados são – nos termos do artigo 5º, 1º, CF – dotadas de aplicabilidade imediata (direta) e vinculam diretamente todos os atores públicos, bem como – sopesadas as devidas ressalvas – os atores privados.

Deste modo, considerando que o Brasil adotou o conceito expansionista de dado pessoal e prevê a proteção de toda informação referente a pessoa identificável ou identificada, proteger dados pessoais significa resguardar

<sup>7</sup> Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-set-04/direitos-fundamentais-precisamos-previsao-direito-fundamental-protexcao-dados-cf>> – acessado em 10/10/2020

a própria personalidade, uma vez que ela representa o conjunto de características que distinguem uma pessoa e o direito visa proteger violações de todos atributos, corpóreos e incorpóreos, que formam a projeção humana.

Portanto, a LGPD, de forma objetiva, reforça o que o direito trabalhista já consolidou na CLT, no capítulo específico para proteção do trabalho da mulher, onde consta expressamente a vedação à discriminação e à ofensa a direitos humanos que não estão em consonância com os princípios constitucionais.

Por fim, conforme se verifica em todo arcabouço legal exposto, minorar os efeitos do favoritismo e da diferenciação na fase pré-contratual, bem como no ambiente de trabalho, é elementar para o combate às práticas abusivas de tratamento que historicamente obstam a conquista pela igualdade de direitos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

RIBEIRO, Djamila. **Quem tem medo do feminismo negro?** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Precisamos da previsão de um direito fundamental à proteção de dados no texto da CF? **Conjur.com**, 4 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/direitos-fundamentais-precisamos-previsao-direito-fundamental-protecao-dados-cf>. Acesso em: 13 set. 2021.

# CAPÍTULO 6

## PARA LER A CONSTITUIÇÃO COM AS LENTES DE GÊNERO: O DIREITO À IGUALDADE E A NÃO DISCRIMINAÇÃO<sup>1</sup>

Katya Kozicki  
Marina Bonatto

### INTRODUÇÃO

A garantia da igualdade de gênero<sup>2</sup> como se vê hoje é resultado de uma construção histórica marcada por conquistas paulatinas advindas dos mais variados movimentos de luta para reduzir a desigualdade social da mulher. Atualmente, após décadas de lutas para conquistar e reconquistar constantemente seus direitos, pode-se afirmar que há uma ampla gama de previsões normativas nacionais e internacionais protetivas dos direitos das mulheres.

Já em seus primeiros parágrafos, a Constituição da República elenca, como um de seus objetivos fundamentais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Em sequência, o inciso primeiro do artigo 5º estabelece que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, acrescentando, no inciso XLI que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais”.

Um dos pilares estruturantes dos direitos humanos, o princípio da igualdade perante a lei, esboçado no artigo 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, preleciona que todas as pessoas são iguais perante a lei, de forma que esta deve garantir-lhes igual proteção, sem qualquer tipo de discriminação.

Ocorre que, frente a um contexto fático de recorrentes violações a direitos, somado à ausência de políticas públicas para promoção de direitos e à inércia por parte dos poderes públicos, verifica-se que essas medidas legislativas detêm eficácia limitada e não conseguem, por si só, abarcar a realidade em sua totalidade.

Em uma das regiões mais desiguais do mundo, como é a América Latina, a igualdade tornar-se-ia uma utopia distante se sua efetivação não considerasse a realidade fática regional e estivesse adstrita ao seu aspecto puramente formal.

<sup>1</sup> Capítulo derivado de artigo científico – requisito parcial à conclusão do curso de Direito da autora Marina Bonatto “Da resignificação do conceito de igualdade à necessária adoção de uma perspectiva de gênero no direito”. Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2018.

<sup>2</sup> A expressão “gênero” não se equipara a expressão “mulher”, nem a ela se restringe, porém, para fins do presente trabalho a expressão “igualdade de gênero” será entendida como “igualdade entre homens e mulheres”.

Desta feita, a igualdade de gênero, pauta sobre a qual se ergueram os movimentos feministas do século XIX, permanece como reivindicação necessária para a efetivação de direitos e garantias fundamentais das mulheres, como enunciado por Flávia Cristina Severi:

O direito à igualdade advém da necessidade de se garantir a manutenção do direito à vida de todas as pessoas, pois é por falta do reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres que milhões de mulheres morrem anualmente no mundo: é porque não temos os mesmos poderes ou valor nas relações domésticas e familiares que morremos assassinadas por nossos companheiros; é porque não temos iguais poderes nas estruturas políticas, médicas e religiosas que morremos de desnutrição, em abortos clandestinos ou em práticas culturais como a mutilação genital, as cirurgias estéticas e obstétricas desnecessárias.<sup>3</sup>

## 2 IGUALDADE PARA QUEM?

A ideia de igualdade permeia a vida em sociedade desde os primórdios, sendo até hoje citado o primado aristotélico de que “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”, no entanto, há que se salientar que a própria noção de igualdade foi construída em uma sociedade marcada por profundas desigualdades, em que seriam “iguais” apenas os homens brancos livres.

Segundo Jasone Astola Madariaga, desde o nascimento do Estado Moderno “todas as medidas desenhadas para aumentar a igualdade entre os sexos acabaram tendo efeitos negativos sobre as mulheres”<sup>4</sup>. Para a autora, o contrato constitutivo do Estado Moderno é baseado não só na exclusão das mulheres, como também na exclusão destas como sujeitos político-constitucionais com direitos e deveres<sup>5</sup>.

A situação não era diferente quando da promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no âmbito da Revolução Francesa, pautada em ideais de liberdade e igualdade, cujo caráter de universalidade, na realidade, como seu próprio nome bem diz, garantia os direitos dos homens. Tal motivo levou a francesa Olympe de Gouges, em oposição ao patriarcado estrutural plasmado na declaração, a lançar, em 1791, a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã.

A recém-surgida concepção de sujeitos de direito não englobava as mulheres, as primeiras constituições liberais tomaram como referência o homem branco e proprietário<sup>6</sup>, de forma que se verifica no processo de desenvolvimento do constitucionalismo uma invisibilização da mulher.

3 SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma Perspectiva de Gênero: Elementos Teóricos, Normativos e Metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Universidade de São Paulo, v. 3, n. 3, p.574-601, jan. 2016. p. 583. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>

4 MADARIAGA, Jasone Astola. Las Mujeres y el Estado Constitucional: un repaso al contenido de los grandes conceptos del derecho constitucional. In: MADARIAGA, Jasone Astola (ed.). *Mujeres y Derecho: Pasado y presente*. I Congreso Multidisciplinar de Centro – Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco. Biscaia, out. 2008. p. 230.

5 Ibid., p. 241.

6 “[...] También el paradigma que persiste en los orígenes de la modernidad, cuando la igualdad y los consecuentes derechos universales aparecen pensados y proclamados en las primeras constituciones liberales, únicamente con referencia al sujeto macho, blanco y propietario, al extremo de haber podido convivir hasta la actualidad con la discriminación de las mujeres en materia de derechos políticos y de muchos derechos civiles y, en Estados Unidos, con el mantenimiento de la esclavitud hasta bien avanzada la mitad del siglo XIX. Es claro que las diferencias –a comenzar por la sexual– se encuentran en este modelo pensadas y sancionadas como desigualdades, es decir, como privilegios y discriminaciones, poco importa si cubiertas con el manto de un falso universalismo.” [FERRAJOLI, Luigi. Igualdad y diferencia. In: TAPIA, Danilo Caicedo; VELASCO, Angélica Porras (ed.). *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010. p. 157-158].



Sendo assim, a busca pela igualdade também envolve o reconhecimento de que os direitos foram construídos sobre as necessidades dos homens e tomando-os como ponto de referência, o genérico masculino não é neutro, mas é o “reflexo linguístico de toda uma filosofia que nega a qualidade de sujeito político às mulheres”<sup>7</sup>.

Em um primeiro momento, os movimentos feministas que lutavam pela igualdade entre homens e mulheres tinham como pauta principal a igualdade jurídica, reivindicando iguais direitos para ambos. Porém, considerando que o padrão de referência era o masculino, as experiências específicas das mulheres foram ignoradas e suas pautas cada vez mais invisibilizadas<sup>8</sup>.

Para uma melhor compreensão do conceito de igualdade, cumpre destacar, neste primeiro momento, a diferenciação entre igualdade formal e igualdade material. Enquanto a primeira implica em uma abstenção de condutas discriminatórias por parte do Estado, a segunda considera a existência de desigualdades fáticas, históricas e estruturais como premissa para a interpretação constitucional, a fim de garantir uma atuação mais eficiente do Estado.

Em consonância, mister destacar que a própria Constituição da República realiza uma distinção entre direito à igualdade e igualdade perante a lei. A primeira está atrelada à noção de igualdade formal, como a imposição de um tratamento imparcial pelo sistema jurídico, e a segunda ligada à concepção de igualdade material, cabendo ao Estado a criação de condições materiais de igualdade<sup>9</sup>.

Como bem pontuado por Kimberle Crenshaw em seu texto “A Construção Jurídica da Igualdade e da Diferença”, “[...] ter garantias constitucionais e estatutárias da igualdade não garante efetivamente a igualdade [...] os tribunais têm a mesma probabilidade de proteger a nós como o status quo”<sup>10</sup>. Ademais, a autora pondera:

Desse modo, os avanços constitucionais e internacionais, que consagram a ótica da igualdade entre os gêneros, têm a sua força normativa gradativamente pulverizada e reduzida, mediante uma cultura que praticamente despreza o alcance dessas inovações, e que, sob uma perspectiva discriminatória, fundada em uma dupla moral, ainda atribui pesos diversos e avaliações morais distintas a atitudes praticadas por homens e mulheres. Vale dizer, os extraordinários ganhos internacionais, constitucionais e legais não implicaram automaticamente a sensível mudança cultural, que, muitas vezes, adota como referência os valores da normatividade pré-1988 e não os valores da normatividade introduzida a partir da Carta democrática de 1988, reforçados e revigorados pelos parâmetros protetivos internacionais.<sup>11</sup>

7 Ibid., p. 242.

8 SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma Perspectiva de Gênero: Elementos Teóricos, Normativos e Metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Universidade de São Paulo, v. 3, n. 3, p.574-601, 2016. p. 584. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>

9 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma Leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 287

10 CRENSHAW, Kimberle. A Construção jurídica da igualdade e da diferença. In: DORA, Denise Dourado (org.). *Feminino Masculino: igualdade e diferença na justiça*. Porto Alegre: Sulina, 1997. p. 17-26. p. 18

11 PIOVESAN, Flávia. *Igualdade de Gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-igualdade-de-genero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil/view>

A fim de exemplificar como a igualdade formal não assegura necessariamente uma igualdade substantiva, Kimberle Crenshaw utiliza um exemplo do século passado que ainda se mostra adequado para a análise que se pretende, quando da apreciação da segregação racial pelo Tribunal Federal dos Estados Unidos.

Segundo a autora, naquele momento a segregação não violaria a igualdade, posto que brancos e negros eram tratados de maneira igual, apesar de separados, “não se permitia que os negros sentassem nos carros dos brancos e os brancos não podiam sentar nos carros dos negros, portanto isso significa igualdade”<sup>12</sup>.

Todavia, a questão que faz toda a diferença e que, segundo ela, não foi considerada pelo tribunal, foi o simbolismo e a diferença substantiva entre os carros dos brancos e dos negros, desconsiderado sob o argumento de que a lei deveria ser neutra, excluindo, dessa forma, o próprio significado de segregação<sup>13</sup>.

Por mais que se trate de uma questão que pareça distante de nossa realidade atual, o fundamento do entendimento da decisão supracitada não é de todo ultrapassado. Ainda hoje se verifica a utilização dos argumentos de neutralidade para manter a desigualdade fática.

A previsão constitucional ou infraconstitucional da igualdade, tomada em sua vertente abstrata, neutra e universalista, acaba por neutralizar as desigualdades fáticas e ensejar uma aplicação discriminatória das normas aos seus destinatários.

Hoje, a luta por igualdade de gênero, como preceituado por Luis Felipe Miguel, deve ser entendida como “a busca pela inserção numa universalidade que não é neutra – já está preenchida com as características do ‘masculino’”<sup>14</sup>.

Faz-se necessária uma análise crítica da igualdade, vez que a busca por iguais direitos pautada na isonomia já não se mostra suficiente, sendo necessário, nas palavras do autor, redefinir os critérios de valoração que fazem com que as atividades dos homens sejam consideradas mais importantes que as das mulheres, de forma que as atividades destas “apareçam como inevitavelmente ligadas a uma posição social em particular”<sup>15</sup>.

Em seu texto “Igualdade: 3 dimensões, 3 desafios”, Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia defende a existência de três facetas do direito da igualdade, quais sejam: a isonomia, a equidade e a diversidade. Assevera que, para que seja efetivado o direito de igualdade, não basta sua compreensão apenas como direito à isonomia de tratamento, nem mesmo como igualdade material (equidade), mas sua compreensão deve ser aliada ao “reconhecimento da diversidade como elemento essencial àquele direito”<sup>16</sup>.

12 CRENSHAW, Kimberle. A Construção jurídica da igualdade e da diferença. In: DORA, Denise Dourado (org.). **Feminino Masculino**: igualdade e diferença na justiça. Porto Alegre: Sulina, 1997. p. 17-26. p. 18

13 Ibid.

14 MIGUEL, Luis Felipe. A igualdade e a diferença. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e política**: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014. Cap. 4. p. 64.

15 MIGUEL, Luis Felipe. A igualdade e a diferença. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e política**: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014. Cap. 4. p. 65.

16 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Igualdade: 3 Dimensões, 3 Desafios. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 73-98. p. 75.

O autor acrescenta que uma igualdade “cega às diferenças pode significar o sacrifício dos econômico e socialmente desfavorecidos e a manutenção de situações inaceitáveis de desigual acesso a bens e a direitos”<sup>17</sup>, exemplificando seu entendimento da seguinte forma:

Uma demonstração inequívoca da incompreensão do real significado do princípio da igualdade jurídica, previsto em sede constitucional, são as manifestações sexistas presentes em diversos processos judiciais, onde a Lei Maior foi invocada para justificar a inaplicabilidade de normas constitucionais favoráveis às mulheres, ou leis dela decorrentes, como é o caso da Lei Maria da Penha, cuja inconstitucionalidade já fora arguida por diversos magistrados que a consideravam contrária à igualdade jurídica, havendo, inclusive, quem argumentasse, explícita e expressamente, que “o mundo pertence aos homens”. Tais manifestações denotam ignorância da perspectiva de gênero, bem como ausência de compreensão do verdadeiro papel do Direito e da própria Justiça.<sup>18</sup>

Há que se atentar para o fato de que a igualdade pretendida não se resume a uma concepção universalizante, mas deve levar em consideração as diferenças existentes entre homens e mulheres, para que não ocorra uma discriminação velada por uma igualdade jurídica formal.

A autora Alda Facio Montejo defende que a eliminação da discriminação contra as mulheres apenas será possível a partir de uma nova compreensão do conceito de igualdade, que não seja construído tendo como referência o homem<sup>19</sup>. E é por isso que essa análise não pode ser feita se não for levada em consideração também a relação entre igualdade e diferença.

### 3 IGUALDADE, DIFERENÇA E DISCRIMINAÇÃO

Não se pode negar que falar de igualdade é também falar de diferença, mas há que se fazer uma ressalva. Conforme colocado por Luis Felipe Miguel, a diferença a ser associada com a igualdade “é aquela que permite a livre expressão das individualidades, não aquela que aprisiona indivíduos e grupos em posições estereotipadas”<sup>20</sup>. Para melhor compreensão, o autor elucida:

Os homens e as mulheres vestem-se de maneiras diferentes, têm ocupações diferentes, desempenham funções diferentes no trabalho, na família e na vida pública, distraem-se de maneiras diferentes, têm relações sociais diferentes e sexualidades diferentes. Não é, porém, nas diferenças que reside o problema. A questão está no modo como elas são mutuamente hierarquizadas e no facto de, na avaliação que a sociedade faz dos sexos, as qualidades, as características, os valores e as atividades das mulheres estarem sistematicamente subordinadas às dos homens.<sup>21</sup>

17 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Igualdade: 3 Dimensões, 3 Desafios. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 73-98.

18 SILVA, Salete Maria da. Constitucionalização dos direitos das mulheres no Brasil: um desafio à incorporação da perspectiva de gênero no direito. **Interfaces Científicas**, Aracaju, v. 1, n. 1, out. 2012. p. 65. DOI: <https://doi.org/10.17564/2316-381X.2012v1n1p59-69>

19 MONTEJO, Alda Facio. El principio de igualdad ante la ley. Disponível em: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t\\_20100304\\_05.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20100304_05.pdf). p. 7.

20 MIGUEL, Luis Felipe. A igualdade e a diferença. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e política**: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014. Cap. 4. p. 77.

21 Stang Dahl apud BELEZA, Teresa Pizarro. Gênero e Direito: da Igualdade ao “Direito das Mulheres”. **Themis**: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, v. 1, n. 2, p.35-66, 2000. p. 6

Na concepção do autor, a valorização da diferença é importante “para evitar a aceitação acrítica de um conjunto de valores que está, ele próprio, vinculado às relações de dominação”<sup>22</sup>.

Por esse ângulo, Norberto Bobbio aponta que é evidente que entre homens e mulheres existem diferenças, mas a questão sobre a qual se debruçam os movimentos feministas é a adição de diferenças de caráter social e histórico a essa diversidade natural.

São essas diferenças que ensejam discriminação, por serem o produto artificial de uma sociedade regida por homens, o que traria como consequência a exclusão de alguns, nesse caso as mulheres, da fruição de determinados direitos.

Nessa mesma lógica, Alda Facio apregoa que, para o feminismo, a igualdade não implica na eliminação das diferenças entre as pessoas, ou até mesmo que mulheres passem a se comportar como homens, mas implica em uma necessidade de eliminação do sexismo em todas as suas manifestações e do paradigma do homem como modelo de ser humano, impondo-se a necessidade de se ver o mundo com as lentes do gênero<sup>23</sup>.

A autora acrescenta, ainda, que a desigualdade deve ser tomada como um ponto de partida para as leis, e não como um ponto de chegada, sendo ineficazes as estratégias que assumam que haverá a eliminação da discriminação apenas com a eliminação da discriminação legal.

Conforme apontado por Flávia Piovesan, a discriminação surge tanto quando somos tratados como iguais em situações diferentes como quando somos tratados diferentes em situações iguais. A autora complementa que desse tratamento desigual advém condições desfavoráveis ao indivíduo que acabam por negar-lhe, inclusive, o exercício de seus direitos de pessoa humana<sup>24</sup>.

Por essa razão, Facio confere especial relevância ao conceito de igualdade trazido pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, que, partindo de uma definição de discriminação, fundamenta a igualdade na ideia de que mulheres e homens são igualmente diferentes.

### 3.1 O DIREITO A IGUALDADE E A NÃO DISCRIMINAÇÃO PELAS LENTES DE GÊNERO

Considerado um dos mais importantes tratados internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), ratificada pelo Brasil em 1984<sup>25</sup>, assumindo que a “discriminação contra a mulher viola os princípios de igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana”, a define da seguinte forma:

Artigo 1º Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou

22 MIGUEL, Luis Felipe. A igualdade e a diferença. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e política**: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014. Cap. 4. p. 73.

23 MONTEJO, Alda Facio. **El principio de igualdad ante la ley**. Disponível em: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t\\_20100304\\_05.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20100304_05.pdf).

24 PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15742005000100004>

25 Nesse primeiro momento foi ratificada com reservas, e apenas em 1994 foi completamente ratificada.

anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Essa definição, em conjunto com os demais artigos da convenção, estabelece um conceito de igualdade que implica na necessária eliminação das restrições aos direitos humanos baseadas no sexo<sup>26</sup>.

Isso significa, na perspectiva da autora, que a igualdade deve ser considerada com base na fruição dos direitos humanos, devendo ser afastada a pressuposição de que as necessidades das mulheres devam ser tratadas como necessidades específicas e as necessidades dos homens como parâmetro de necessidades dos seres humanos.

Na visão de Facio, para a efetivação da igualdade há que se assumir que homens e mulheres são igualmente semelhantes e igualmente diferentes, e essas diferenças e semelhanças não podem ser utilizadas para justificar a dominação e a exploração de uns por outros<sup>27</sup>.

Importante destacar que o Comitê CEDAW<sup>28</sup>, em sua Recomendação Geral<sup>29</sup> n° 33, estabelece que a discriminação pode ser dirigida contra mulheres por motivo de sexo e gênero, sendo este último referente a “identidades, atributos e papéis socialmente construídos para mulheres e homens e ao significado cultural imposto pela sociedade às diferenças biológicas”.

Tal conceito de gênero se relaciona com a definição de Joan Scott, segundo a qual gênero “é um elemento constitutivo das relações sociais, baseado nas diferenças percebidas entre os sexos”.

Nesse sentido destaca-se a obrigação contida no artigo 5° da Convenção CEDAW:

Artigo 5° Os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas para: a) modificar os padrões sócio-culturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias, e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres.

A Convenção firma o compromisso com a consagração da igualdade formal, mas não se limita a ela, determinando que os Estados devem assegurar por lei os meios apropriados à realização prática desse princípio.

Por essa razão, prevalece no que diz respeito a proteção dos direitos humanos no sistema interamericano uma concepção valorativa da igualdade, permitindo que distinções sejam feitas no plano descritivo a fim de tornar efetiva a garantia da igual proteção da lei sem discriminações, o que se verifica, inclusive, já no pará-

26 MONTEJO, Alda Facio. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. In: SANTAMARÍA, Ramiro Àvila; SALGADO, Judith; VALLADARES, Lola. **Género y derecho**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 183.

27 MONTEJO, Alda Facio. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. In: SANTAMARÍA, Ramiro Àvila; SALGADO, Judith; VALLADARES, Lola. **Género y derecho**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

28 O Comitê tem como função monitorar a implementação de medidas aptas a garantir a efetivação do disposto na Convenção nos países que a ratificaram e avaliar o progresso feito nesses países a partir da ratificação.

29 A elaboração de Recomendações Gerais, baseada no exame dos relatórios e em informações recebidas dos Estados-partes, é uma das atividades realizadas pelo Comitê, a qual tem por fim destacar questões sobre as quais acredita que os Estados devem dedicar maior atenção, com o objetivo de promover o entendimento sobre conteúdos específicos da Convenção.

grafo primeiro do artigo primeiro da Convenção, ao dispor que seus Estados parte tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos de todos e todas sem qualquer tipo de discriminação.

A proteção também não se limita ao âmbito legislativo, estabelecendo uma série de ações a serem promovidas pelos Estados-membros para garantir o pleno exercício dos direitos humanos das mulheres, as quais devem abarcar todas as esferas da vida em sociedade, em particular a política, social, econômica e cultural.

Verifica-se, dessa forma, que há um compromisso para garantia de uma igualdade substantiva, para que os governos também sejam responsabilizados pelo impacto material das medidas legislativas adotadas. Assegura-se, também, em seu artigo 15, a garantia da igualdade perante a lei.

Todavia, a existência dessas medidas não significa a inexistência de discriminação, posto que, por vezes, as normas são influenciadas por estereótipos de gênero e valores morais que impedem o pleno desfrute de direitos pelas mulheres.

O Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher considerou, em sua Recomendação Geral n. 25, que “*un enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como igualdad sustantiva*”, e nesse sentido:

*La Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias. El logro del objetivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer y una redistribución de los recursos y el poder entre el hombre y la mujer.*<sup>30</sup>

Além do mais, não se pode deixar de considerar o destaque feito pelo Comitê em sua Recomendação Geral nº 33:

A discriminação contra as mulheres se vê agravada por fatores de intersecção que afetam algumas mulheres em graus ou modos diferentes daqueles que afetam os homens e outras mulheres. Os elementos para a discriminação interseccional ou composta podem incluir etnia/raça, condição de indígena ou minoria, cor, situação socioeconômica e / ou casta, língua, religião ou crença, opinião política, origem nacional, estado civil e/ou maternal, idade, localização urbana/rural, estado de saúde, deficiência, titularidade da propriedade e identidade como mulher lésbica, bissexual ou transgênero ou pessoa intersexual. Esses fatores de intersecção tornam mais difícil para mulheres pertencentes a esses grupos obter o acesso à justiça.<sup>31</sup>

Salutar destacar que o prejuízo é ainda mais intenso quando se considera as mulheres que estão expostas a uma intersecção de eixos de opressão e discriminação. Kimberlé Crenshaw, ao tratar a questão, diferencia

30 ONU, Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW). Recomendación general N° 25: sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, 2004, disponível em: <http://www.refworld.org/es/docid/52d905144.html>. p. 3.

31 ONU, Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW). Recomendación general N° 25: sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, 2004, disponível em: <http://www.refworld.org/es/docid/52d905144.html>. p. 4.

ainda dessa subordinação interseccional a subordinação interseccional estrutural, fenômeno que representaria “uma gama completa de circunstâncias em que as políticas se intersectam com as estruturas básicas de desigualdade, criando uma mescla de opressões para vítimas especialmente vulneráveis”<sup>32</sup>.

É por esse segundo sentido que por vezes, como coloca a autora, é particularmente difícil de identificar a discriminação interseccional, pois em alguns contextos as “forças econômicas, culturais e sociais silenciosamente moldam o pano de fundo, de forma a colocar as mulheres em uma posição onde acabam sendo afetadas por outros sistemas de subordinação”<sup>33</sup>, tornando a discriminação estrutural invisível por transformarem-na em um fato da vida, natural e imutável.

Segundo a autora, tão importante quanto a adoção de uma perspectiva de gênero no contexto de todas as atividades relativas aos direitos humanos é a adoção de uma perspectiva que considere os efeitos diferenciais aos quais estão submetidas as mulheres. Caso contrário, o “tratamento simultâneo das várias diferenças que caracterizam os problemas e dificuldades de diferentes grupos de mulheres pode operar no sentido de obscurecer ou de negar a proteção aos direitos humanos que todas as mulheres deveriam ter”<sup>34</sup>.

A subordinação às opressões ligadas ao gênero já faz com que mulheres estejam em uma situação de maior vulnerabilidade na sociedade, quando a essa forma de opressão se somam outras categorias, tais como raça e classe, essas mulheres vão ser ainda mais marginalizadas e o acesso a direitos que já era dificultado se torna praticamente impossível.

É por essa razão que a incorporação de uma perspectiva de gênero, principalmente no que concerne a garantia de direitos humanos, não pode ocorrer desacompanhada da consideração do racismo e tantas outras formas de intolerância. Como pontuado por Crenshaw, é de suma importância que “se dê atenção as várias formas pelas quais o gênero intersecta-se com uma gama de outras identidades e ao modo pelo qual essas intersecções contribuem para a vulnerabilidade particular de diferentes grupos de mulheres”<sup>35</sup>.

Faz-se necessário distinguir, ainda, que se algumas pessoas estão em condição de especial vulnerabilidade em virtude de estarem submetidas a algum tipo de relação de poder, outras vão ser afetadas por várias vulnerabilidades de forma articulada e inter-relacional. Sobre a forma como as relações sociais são afetadas por essas relações de poder, Aníbal Quijano disserta:

O poder é o espaço e uma malha de relações sociais de exploração/dominação/conflito articuladas, basicamente, em função e em torno da disputa pelo controlo dos seguintes meios de existência social: 1) o trabalho e os seus produtos; 2) dependente do anterior, a ‘natureza’ e os seus recursos de produção; 3)

32 CRENSHAW, Kimberlé. Documento para encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista Estudos Feministas*, v. 10 n. 1, p. 171-188, jan. 2002. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2002000100011>. p. 175.

33 CRENSHAW, Kimberlé. Documento para encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista Estudos Feministas*, v. 10 n. 1, p. 171-188, jan. 2002. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2002000100011>. p. 176.

34 CRENSHAW, Kimberlé. Documento para encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista Estudos Feministas*, v. 10 n. 1, p. 171-188, jan. 2002. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2002000100011>. p. 173.

35 CRENSHAW, Kimberlé. Documento para encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista Estudos Feministas*, v. 10 n. 1, p. 171-188, jan. 2002. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2002000100011>

o sexo, os seus produtos e a reprodução da espécie; 4) a subjectividade e os seus produtos, materiais e intersubjectivos, incluindo o conhecimento; 5) a autoridade e os seus instrumentos de coerção em particular, para assegurar a reprodução de relações sociais e regular as suas mudanças.<sup>36</sup>

Esses vários eixos de poder devem ser considerados em conjunto, mas sem que suas peculiaridades sejam invisibilizadas, o que torna ainda mais complexo o entrecruzamento entre os diferentes eixos e a compreensão de cada intersecção diferente criada por eles.

Um exemplo concreto de adoção da perspectiva que aqui se defende é o “*Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad*”, elaborado pela Suprema Corte de Justicia de la Nación do México, em 2015, para atender às medidas de reparação da Corte Interamericana de Derechos Humanos nos casos Campo Algodoeiro vs. México, Inés Fernández Ortega e outros vs. México e Valentina Rosendo Cantú vs. México.

O protocolo pretende criar as ferramentas necessárias para o julgamento com perspectiva de gênero, considerando os impactos diferenciados das normas, a interpretação e a aplicação do direito de acordo com visões estereotipadas sobre o comportamento dos homens e das mulheres, as exclusões jurídicas produzidas pela construção binária da identidade de sexo e/ou gênero, a distribuição desigual de recursos advinda dessas atribuições e a legitimidade do estabelecimento de tratamentos desiguais nas normas, resoluções e sentenças<sup>37</sup>,

Ademais, ele assume a insuficiência de uma análise pautada na igualdade formal e em normas declaradas neutras e abstratas, e parte da construção teórica da igualdade como um princípio e como um direito:

*Como principio, fundamenta y da sentido a todo el andamiaje jurídico -de origen nacional e internacional- y a los actos que derivan de él, ya sean formal o materialmente administrativos, legislativos y judiciales. Esta dimensión implica que la igualdad debe utilizarse como una guía hermenéutica en la elaboración, interpretación y aplicación del Derecho.*

*Como derecho, la igualdad constituye una herramienta subjetiva para acceder a la justicia; es decir, otorga titularidad a las personas para reclamar, por diversas vías, la realización efectiva de la igualdad en el ejercicio del resto de los derechos<sup>38</sup>.*

Intenta-se, desta forma, figurar como um guia para análise jurídica que permita “combater argumentos estereotipados<sup>39</sup> e indiferentes ao direito a igualdade”<sup>40</sup>.

36 QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (org.). **Epistemologias do sul**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010. p. 76.

37 Tradução livre: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION (SCJN). Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013. p. 8.

38 Ibid., p. 30.

39 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION (SCJN). Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013. p. 48-49.

40 Tradução livre: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION (SCJN). Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013. p. 17.



Conforme consta no Protocolo, há três premissas básicas que devem ser consideradas para se julgar com perspectiva de gênero<sup>41</sup>, quais sejam:

*1. El fin del Derecho es combatir las relaciones asimétricas de poder y los esquemas de desigualdad que determinan el diseño y ejecución del proyecto de vida de las personas. 2. El quehacer jurisdiccional tiene un invaluable potencial para la transformación de la desigualdad formal, material y estructural. Quienes juzgan, son agentes de cambio en el diseño y ejecución del proyecto de vida de las personas. 3. El mandato de la igualdad requiere eventualmente de quienes imparten justicia un ejercicio de deconstrucción de la forma en que se ha interpretado y aplicado el Derecho.*<sup>42</sup>

Dessa forma, infere-se que a perspectiva de gênero questiona o paradigma da existência de um único ser humano neutro e universal, “*basado en el hombre blanco, heterosexual, adulto sin discapacidad, no indígena, y en los roles que a dicho paradigma se atribuyen*”, permitindo que as pessoas sejam vistas em sua diversidade de contextos, necessidades e autonomía ”<sup>43</sup>.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A edição e a adoção de medidas protetivas e antidiscriminatórias foi, e ainda é, uma grande conquista na garantia de direitos, sendo um primeiro passo rumo à igualdade. Porém, tais medidas continuam a deter eficácia limitada se desacompanhadas de um olhar crítico.

Se, como exposto, as mulheres foram invisibilizadas na construção do direito, ainda mais o foram aquelas submetidas a outras relações de poder e pretensas construções sociais de superioridade e inferioridade, como é o caso das mulheres negras e das LGBTI+, por exemplo.

A adoção de uma perspectiva de gênero que não considere a realidade de cada mulher e de seu contexto social, econômico e cultural, acabaria por ocultar outras discriminações e ser igualmente prejudicial. Há que se considerar que as mulheres estão submetidas a diferentes relações de poder, distintas discriminações e possuem diferentes pautas e reivindicações.

Apesar dos avanços em matéria de garantia de direitos, a desigualdade e a discriminação ainda fazem parte da realidade de inúmeras mulheres, impedindo-as de efetivá-los e fruí-los plenamente, sendo necessária uma luta diária para que elas possam conquistar e reconquistar seus direitos.

41 Tradução livre: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION (SCJN). Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013. p. 79

42 Tradução livre: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION (SCJN). Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013. p. 81.

43 Tradução livre: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION (SCJN). Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.

## REFERÊNCIAS

- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Igualdade: 3 Dimensões, 3 Desafios. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BELEZA, Teresa Pizarro. Gênero e Direito: da Igualdade ao “Direito das Mulheres”. **Themis**: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, v. 1, n. 2, p.35-66, 2000.
- BONATTO, Marina. **Da resignificação do conceito de igualdade à necessária adoção de uma perspectiva de gênero no direito**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.
- CRENSHAW, Kimberle. A Construção jurídica da igualdade e da diferença. *In*: DORA, Denise Dourado (org.). **Feminino Masculino: igualdade e diferença na justiça**. Porto Alegre: Sulina, 1997.
- CRENSHAW, Kimberlé. Documento para encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista Estudos Feministas**, v. 10, n. 1, p. 171-188, jan. 2002. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2002000100011>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/mbTpP4SFXPnJZ397j8fSBQQ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 13 set. 2021.
- FERRAJOLI, Luigi. Igualdad y diferencia. *In*: TAPIA, Danilo Caicedo; VELASCO, Angélica Porras (ed.). **Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad**. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.
- MADARIAGA, Jasone Astola. Las Mujeres y el Estado Constitucional: un repaso al contenido de los grandes conceptos del derecho constitucional. *In*: MADARIAGA, Jasone Astola (ed.). **Mujeres y Derecho: Pasado y presente**. I Congreso Multidisciplinar de Centro – Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco. Biscaia, out. 2008.
- MIGUEL, Luis Felipe. A igualdade e a diferença. *In*: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e política: uma introdução**. São Paulo: Boitempo, 2014.
- MONTEJO, Alda Facio. **El principio de igualdad ante la ley**. Disponível em: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t\\_20100304\\_05.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20100304_05.pdf). Acesso em: 13 set. 2021.
- MONTEJO, Alda Facio. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. *In*: SANTAMARÍA, Ramiro Àvila; SALGADO, Judith; VALLADARES, Lola. **Genero y derecho**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- ONU: Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). **Recomendación general N° 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal**. 2004. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/52d905144.html>. Acesso em: 13 set. 2021.
- PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15742005000100004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/3bz9Ddq8YpxP87fXnhMZcJS/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 13 set. 2021.
- PIOVESAN, Flávia. **Igualdade de Gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil**. Publicações, Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-igualdade-de-genero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil/view>. Acesso em: 13 set. 2021.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (org.). **Epistemologias do sul**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.
- SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma Perspectiva de Gênero: Elementos Teóricos, Normativos e Metodológicos. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Universidade de São Paulo, v. 3, n. 3, p.574-601, jan. 2016. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 13 set. 2021.
- SILVA, Salette Maria da. constitucionalização dos direitos das mulheres no Brasil: um desafio à incorporação da perspectiva de gênero no direito. **Interfaces Científicas**, Aracaju, v. 1, n. 1, out. 2012. DOI: <https://doi.org/10.17564/2316-381X.2012v1n1p59-69>. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/178>. Acesso em: 13 set. 2021.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION (SCJN). **Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad**. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma Leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

# CAPÍTULO 7

## DIREITOS FUNDAMENTAIS E O AVANÇO DA MULHER EM RELAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Maria Lucia Miranda de Souza Camargo

Roberta Campedelli Ambiel Gonçalves

### INTRODUÇÃO

A proteção aos direitos humanos foi evoluindo desde as civilizações mais antigas até a época atual. Muitas dessas transformações foram observadas até o Século XX e muitas outras ainda estão por acontecer neste século, mas hoje já se assegura uma gama de direitos essenciais à existência da pessoa humana que deve ser protegida por seu Estado de origem e pela sociedade internacional.

A promulgação da Constituição Federal em 1988 e a concepção de Estado Democrático de Direito, trouxeram um novo perfil para as políticas públicas. Os direitos humanos passaram a ter uma concepção mais abrangente, pois a proteção deixa de ser exclusivamente aos direitos individuais, passando a ser também com relação aos direitos sociais e coletivos.

Por conseguinte, o tema escolhido teve por base a aspiração de um mundo mais justo e solidário, traduzido por valores expressos na Constituição de 1988 – a Constituição Cidadã, mais precisamente no artigo 3º, incisos I, IV, que asseguram serem os objetivos fundamentais da Constituição brasileira, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, ou seja, uma sociedade fraterna e solidária.

O presente artigo, portanto, apresentará como tema a proteção e a garantia aos Direitos Humanos sob o prisma da responsabilidade do Estado Brasileiro em relação à igualdade de direitos entre homens e mulheres.

### 1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O desenvolvimento das sociedades está relacionado com a construção de ordenamentos jurídicos protetores da condição humana.

A Constituição Federal de 1988, ao colocar no início do texto constitucional os direitos fundamentais, deixou clara a sua importância. Falar de direitos fundamentais é falar de sociedade livre, de progresso, de cidadania, de respeito de uns pelos outros.

Os direitos humanos fundamentais são a base do arcabouço jurídico, reconhecidos em carta magna para o exercício da própria existência de forma condigna.

Ayres Britto<sup>1</sup>, fazendo referência à dignidade da pessoa humana, sustentáculo dessa sociedade humanitária, ensina:

A humanidade que mora em cada um de nós é em si mesma o fundamento lógico ou o título de legitimação de tal dignidade. Não cabendo a ele, Direito, outro papel que não seja o de declará-la. Não propriamente o de constituí-la, porque a constitutividade em si já está no humano em nós. Em palavras outras, a circunstância do humano em nós é que nos confere uma dignidade primaz. Dignidade que o Direito reconhece como fator legitimante dele próprio e fundamento do Estado e da sociedade.

Os direitos fundamentais surgem em razão das mudanças sociais advindas principalmente no mundo ocidental e são o resultado de uma evolução histórica ocorrida por meio das lutas e rupturas sociais que buscavam a dignidade humana e a consolidação dos direitos fundamentais para resguardar a *pessoa humana* dos abusos de poder praticados pelo Estado. Portanto, o surgimento dos direitos fundamentais está diretamente ligado aos limites que a Constituição impõe na atuação do Estado, sujeitando essa atuação aos limites que a lei estabelece.

Observa-se, assim, que os direitos fundamentais constituem uma variável no decorrer dos últimos séculos, cujo conjunto se modificou e continua se modificando, em virtude dos marcos históricos e dos interesses pelo poder. Portanto, como sustenta Gilmar Ferreira Mendes<sup>2</sup>

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, os imperativos de coerência lógica.

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos em sua evolução como três gerações, conforme as épocas em que foram surgindo nos ordenamentos jurídicos.

Na primeira geração surgiu a delimitação da esfera de liberdade do indivíduo em relação ao poder estatal, referidos nas Revoluções Americana e Francesa. Por consagrarem as liberdades individuais, indispensáveis a todos os homens, *ostentando, pois, pretensão universalista*.<sup>3</sup>

Podem exemplificar os direitos de primeira geração o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade de culto e de reunião, à inviolabilidade de domicílio, à participação política.

A segunda geração, na qual surge a positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais na perspectiva da igualdade, busca estabelecer uma liberdade real e igual para todos e, portanto, são chamados direitos sociais, porque visam garantir assistência social, saúde, educação, lazer, trabalho, entre outros.

1 BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 25-26.

2 MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 231.

3 MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 233.

A terceira geração é a que reúne os direitos difusos ou coletivos, pois visam garantir não o indivíduo isoladamente, mas de forma coletiva e, portanto, numa perspectiva difusa, garantem tanto a fraternidade, como a solidariedade.

Importante salientar que a divisão em gerações não tem o significado de que os direitos conseguidos em uma geração foram derogados com o surgimento de outros, na geração subsequente, mas essa divisão é somente para situar a época em que foram recebidos e acolhidos pelo ordenamento jurídico.

## 2 O BRASIL E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

No Brasil, a Constituição Federal promulgada em outubro de 1988 proclama o Estado Democrático de Direito em seu artigo primeiro, tendo como fundamento: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, consagrando ainda mais que: *Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*

Com a evolução dos fatos sociais e, conseqüentemente, do Direito, historicamente a Constituição deixa de ser um limite à atuação do Estado e passa a ser voltada ao cidadão, abraçando novos valores: os chamados sociais. Adotam-se princípios constitucionais que se integram às normas infraconstitucionais.

Assim sendo, os cidadãos participam da construção do direito por intermédio da sociedade civil, através da formação de opinião pública, bem como por meios processuais administrativos e judiciais, através dos quais as pessoas fazem valer suas reivindicações ou interesses.

A partir do Estado Democrático de Direito o ordenamento jurídico ganha novos contornos, com o reforço da ideia de segurança jurídica aliada à de justiça, ou seja, na aplicação do direito ao caso concreto, onde deve-se interpretar o direito tendo em consideração não só as leis existentes, mas também os princípios constitucionais, para assim encontrar a norma adequada, que traga justiça ao caso.

Por conseguinte, deve-se considerar não só as regras estabelecidas, mas, sobretudo, os princípios constitucionais, que serão aplicáveis aos indivíduos e ao Estado. Amplia-se a visão capitaneada pelo positivismo jurídico, formando um ordenamento complexo, concretizado a partir de um direito constitucionalizado.

O Estado Democrático de Direito buscou reequilibrar a equação entre a participação da sociedade no estímulo à livre iniciativa, com a regulação do Estado na economia, e fortaleceu a importância do Direito como garantidor da segurança jurídica que a sociedade necessitava.

No Estado Democrático de Direito dá-se a consolidação da participação dos cidadãos na vida política, jurídica e social, com a concretização dos direitos difusos, os quais englobam os direitos de solidariedade e fraternidade, visto que se destinam a coletividade ou grupos sociais.

A partir de 1985 o Brasil passa a ratificar os principais tratados de proteção dos direitos humanos, porém com a Constituição de 1988, que consagra os princípios da prevalência dos direitos humanos e da dignidade humana, o Brasil começa a se colocar no cenário de proteção internacional dos direitos humanos.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o entendimento de Estado Democrático de Direito no país, os direitos humanos passam a ocupar uma posição de supremacia no ordenamento jurídico brasileiro, pois eles passam a ser regulados no início da Carta Constitucional, logo após a declaração dos princípios fundamentais, assegurando de forma contundente a proteção à dignidade da pessoa humana contra todo abuso de poder. A dignidade humana é essencialmente um atributo da pessoa humana, independente de qualquer requisito ou condição, seja ele de raça, sexo, idade, estado civil ou condição socioeconômica.

Sustenta o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, sobre os direitos fundamentais e a ordem constitucional brasileira:

A Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do Constituinte de lhes emprestar significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e sete incisos e dois parágrafos (art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o Constituinte quis outorgar a esses direitos. A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância. (Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002).

Assim, dentre os princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988 destacam-se: o do respeito à dignidade da pessoa humana, o da liberdade do homem, o da igualdade, o da democracia, o republicano, o federativo, o da separação dos poderes, o da proporcionalidade, o da solidariedade, entre outros.

Solidariedade trata-se de um princípio jurídico, como explica Daniel Sarmento<sup>4</sup>:

Assim, é possível afirmar que quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira “construir uma sociedade justa, livre e solidária”, ela não está apenas enunciando uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Pelo contrário, ela expressa um princípio jurídico, que, apesar de sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo.

O Ministro Eros Grau<sup>5</sup>, ao comentar o artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, ensina que sociedade solidária é aquela que não indispõe os homens entre si:

Sociedade livre é sociedade sob o primado da liberdade, em todas as suas manifestações, e não apenas enquanto liberdade formal, mas, sobretudo, como liberdade real. Liberdade da qual, nesse sentido, consignado no artigo 3º, I, é titular – ou co-titular, ao menos paralelamente ao indivíduo – a sociedade. Sociedade justa é aquela, na direção do que aponta o texto constitucional, que realiza justiça social, sobre cujo significado adiante me deterei. Solidária a sociedade que não inimiza os homens entre si, que se

4 SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 95.

5 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 215.

realiza no retorno, tanto quanto historicamente viável, à *Gesellschaft* – a energia que vem da densidade populacional fraternizando e não afastando os homens uns dos outros.

Desta forma verifica-se que a Constituição Federal resgata o princípio da fraternidade, na medida em que fez constar do Preâmbulo, o compromisso com uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

A fraternidade seria uma terceira fase na evolução do constitucionalismo, do liberal para o social e do social para o fraternal. No preâmbulo da Constituição Federal Brasileira, consta expressamente a liberdade, a igualdade e a referência a uma sociedade fraterna:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Portanto, através do princípio da solidariedade expresso na Carta Constitucional, é possível identificar a ideia de fraternidade.

Importante destacar que, desde 2004 após a Emenda Constitucional nº. 45/04 e conforme mandamento do § 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais assinados pelo Brasil que versem sobre direitos humanos e que sejam aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, são equivalentes a uma emenda constitucional.

Os tratados de direitos humanos se incorporam no Direito interno brasileiro: (a) como Emenda Constitucional (CF, art. 5º, § 3º) ou (b) como Direito supralegal (voto do Min. Gilmar Mendes, que não chegou a concebê-los como normas constitucionais) ou (c) como Direito constitucional (CF, art. 5º, § 2º).

Aponta Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>6</sup>

Aspecto que não pode ser esquecido é o de que os tratados internacionais por nós ratificados passam a incorporar-se automaticamente em nosso ordenamento, pelo que estatui o § 1º do Art. 5º da nossa Carta: *“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*. Ora, se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, os tratados internacionais de direitos humanos, uma vez ratificados, por também conterem normas que dispõem sobre direitos e garantias fundamentais, terão, dentro do contexto constitucional brasileiro, idêntica aplicação imediata.

No caso dos direitos humanos especificamente, os tratados internacionais têm como foco principal proteger a “dignidade humana”, ou seja, deve-se levar em conta sempre a norma que melhor favoreça a pessoa humana.

Segundo esclarece George Marmelstein<sup>7</sup>

[...], ingressando tais tratados no ordenamento jurídico interno como norma constitucional (CF, art., §2º), a aparente contradição entre essas “duas normas constitucionais” conflitantes deve ser resolvida

6 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos & relações internacionais**. Campinas: Agá Juris Editoria, 2010. p. 109 e 110.

7 MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas. 2011. p. 231.

dando sempre prevalência ao interesse (valor) maior em conflito. Como vimos, sempre que uma norma proveniente de tratados internacionais contiver disposições de direito que favoreça o ser humano, esta norma, como tal, passa a ser considerada, por permissão expressa da própria Carta Magna, verdadeira “norma constitucional”. E, se por ventura, houver choque entre esta nova norma incorporada por um tratado e alguma disposição constitucional, ou seja, se houver contraposição entre estas “duas normas constitucionais”, (que são, logo, da mesma categoria), terá primazia a norma que der *prevalência aos direitos humanos*, consoante dispõe o art. 4, II da Constituição Federal, [...].

Também é de grande importância o entendimento dos Estados na responsabilidade que lhes cabe, quando signatários de tratados internacionais, pois se torna obrigatório o cumprimento das decisões proferidas pelas Cortes Internacionais pelos países signatários do tratado, em razão de que são obrigados a respeitar e cumprir as decisões proferidas pelo órgão internacional, não autorizada, sequer, a alegação de ausência de meios internos para seu cumprimento, sob pena de cometerem infração internacional.

### 3 AS MULHERES E A EVOLUÇÃO DAS LEIS BRASILEIRAS

Com a influência do Cristianismo foi que se firmou a defesa da igualdade e dignidade de todos os homens. Nesta época os filósofos desenvolveram a teoria do direito natural, na qual o indivíduo era considerado o centro de uma ordem social e jurídica justa, e a lei vinda de Deus deveria prevalecer frente ao imperador, ao rei ou ao príncipe.

Dalmo de Abreu Dallari<sup>8</sup> (2000, p. 54) afirma que:

No final da Idade Média, no século XIII, aparece a grande figura de Santo Tomás de Aquino, que, tomando a vontade de Deus como fundamento dos direitos humanos, condenou as violências e discriminações, dizendo que o ser humano tem direitos naturais que devem ser sempre respeitados, chegando a afirmar o direito de rebelião dos que forem submetidos a condições indignas.

Na Declaração Americana da Independência em 1776, já constava que os direitos naturais do ser humano deveriam ser respeitados pelo poder político.

O surgimento do Iluminismo, movimento intelectual que ocorreu na Europa no século XVIII em reação ao absolutismo, teve grande alcance cultural, social, política e espiritual. Esse movimento tinha como objetivo corrigir a desigualdade da sociedade e garantir os direitos naturais dos indivíduos, em busca da felicidade humana.

Movimento presente também na Revolução Francesa, os ideais ali contidos caminhavam na direção do estabelecimento de novos valores humanos, de uma sociedade inspirada na busca de uma igualdade social, culminando na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.

<sup>8</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 54.



No Brasil os ideais Iluministas influenciaram alguns movimentos separatistas como a Inconfidência Mineira em 1789, a Revolução dos Alfaiates na Bahia em 1798 e mesmo a Revolução Pernambucana em 1817.

Mas, foi somente após a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que surgiu a concepção contemporânea dos Direitos Humanos.

Assim como a dignidade da pessoa humana é um atributo de homens e mulheres, a Constituição Cidadã, promulgada em 1988, dispõe que todos são iguais perante a Lei.

Infelizmente a igualdade prevista e desejada constitucionalmente anda a passos lentos em relação às mulheres.

Em estudo realizado em 2019, o Banco Mundial, reconhecido como a maior instituição de desenvolvimento no mundo, examinou dez anos de dados de desigualdade financeira e legal e outros fatores, como liberdade de circulação, maternidade e violência doméstica.

Neste estudo, apenas Bélgica, Dinamarca, França, Letônia, Luxemburgo e Suécia foram avaliadas pelo Banco como lugares onde há igualdade entre os sexos nos pontos acima.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques, explica:

Está-se diante de uma situação de discriminação quando um determinado grupo, segundo critérios adotados naquela sociedade, deve receber um determinado tratamento isonômico e não o obtém, porque uma parcela da sociedade entende que eles não fazem jus a esse tratamento. Viola-se diretamente, nessa hipótese, a dignidade daquele grupo, pois se nega um direito legítimo a eles, em razão de uma parcela ou até mesmo toda a sociedade entender que eles não são merecedores, não estão no mesmo nível que os demais ou ainda pior não os reconhecem como sujeitos de direitos.<sup>9</sup>

Para José Afonso da Silva<sup>10</sup> (2005, p. 214/215) no Brasil, desde a Constituição do Império, o princípio da igualdade está inserido, mas com o sentido de igualdade perante a lei, ou seja, essa isonomia é somente formal, sem levar em conta as distinções de grupo.

Em 1979, as Nações Unidas aprovaram a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, em razão de ter sido proclamado, em 1975, o Ano Internacional da Mulher e também pela realização, no México, da primeira Conferência Mundial sobre a Mulher. Essa Convenção, nas palavras da Flávia Piovesan<sup>11</sup>, se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade, esclarecendo ainda:

[...], a Convenção consagra a urgência em se erradicar todas as formas de discriminação contra as mulheres, a fim de que se garanta o pleno exercício de seus direitos civis e políticos, como também de seus direitos sociais, econômicos e culturais. Acolhe-se, assim, tônica da Declaração Universal, com a individualidade dos direitos humanos.

9 MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 111.

10 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* São Paulo: Malheiros, 2005. p. 214-215.

11 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 364.

Descrito como uma declaração internacional de direitos das mulheres, o tratado internacional aprovado em 1979 entrou em vigor em 3 de setembro de 1981 e foi ratificada por 188 Estados.

O Governo brasileiro assinou o Protocolo Facultativo à Convenção em março de 2001 e em 2002 ratificou-o.

Neste cenário de Proteção da Mulher também merece destaque o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pois, em razão de o Brasil ter recebido uma infração da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é que foi promulgada a Lei Federal nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 – a Lei Maria da Penha, tendo como objetivo criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Paradoxalmente à evolução legal acima retratada, a crise sanitária que assolou o mundo com pandemia causada pela Covid-19 trouxe para o Brasil um dado alarmante em relação à violência contra a mulher. Estudos realizados pelo Banco Mundial em março e abril de 2020 apontaram um aumento de 22% nos casos de feminicídio em comparação ao mesmo período do ano de 2019.

Apesar de as mulheres estarem sempre lutando pelo reconhecimento da igualdade de direitos, mesmo sendo elas titulares de todos os direitos e oportunidades que os homens detêm, é árdua e longa essa jornada. Para tanto, basta observar a evolução histórica das Constituições promulgadas no Brasil desde 1824<sup>12</sup>.

Na Constituição Política do Império do Brasil, promulgada em 25 de março de 1824<sup>13</sup>, apesar do inciso XIII, do artigo 179 dispor que: “*A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um*” essa não era a realidade da época, pois “*Cidadão*” era somente o homem, a mulher não tinha o direito de votar e nem ser eleita, podia trabalhar em empresas privadas, mas era impedida de trabalhar no funcionalismo público.

Com a Constituição de 1934 a mulher passa a ter mais direitos assegurados, pois essa Constituição além de consagrar o voto secreto, também reconhece a igualdade dos sexos, ao estabelecer o voto feminino, que havia sido disposto no artigo 2º, do Decreto 21.076 de 1932<sup>14</sup>. A Constituição promulgada em 16 de julho de 1934 veio dispor que eleitores seriam *os brasileiros de um ou de outro sexo, maiores de 18 anos*, que se alistassem na forma da lei (art. 108)<sup>15</sup>.

Com a Constituição de 1946 é assegurado o emprego à mulher gestante além do direito a descanso antes e depois do parto.

<sup>12</sup> Dados da Secretaria da Educação – Estado do Paraná

<sup>13</sup> Constituição de 1824 – Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade são garantidos pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. [...] XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

<sup>14</sup> Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932 [...]. Art. 2º – É eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código. (sic).

<sup>15</sup> CF de 1934 – Art. 108 – São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei; Art. 109 – O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar.

A Constituição de 1967 traz um grande avanço nos direitos da mulher, pois pela primeira vez foi considerado o tratamento diferenciado à mulher com relação ao tempo de serviço, para a aposentadoria, passando de trinta e cinco, para trinta anos.

Com a promulgação da Constituição de 1988 – a Constituição Cidadã, houve várias conquistas para a mulher.

Com relação ao princípio da isonomia: igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, quer seja em direitos, quer seja em obrigações, na vida civil, no trabalho, e na família. Com relação aos direitos individuais: permanência da presidiária com seus filhos durante o período de amamentação.

Dentro da área do Direito do Trabalho proibição de diferença de salário, admissão e função, por motivo de sexo; licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias; proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos; assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento, até 6 (seis) anos de idade em creches e pré-escolas.

Direitos das trabalhadoras domésticas: salário mínimo, proibição da redução do salário, 13º salário, folga semanal, férias anuais remuneradas, licença à gestante de 120 dias, licença paternidade, aposentadoria, integração à previdência Social.

Em 14 de janeiro de 2020, o Banco Mundial lançou novo estudo sobre as reformas legais para avançar a participação econômica das mulheres.

O ambiente regulatório que possibilita a participação econômica das mulheres melhorou nos últimos dois anos, com 40 economias promovendo 62 reformas que ajudarão as mulheres a atingir seu potencial e contribuir para o crescimento e desenvolvimento econômico, diz um novo estudo do Banco Mundial<sup>16</sup>.

Tal dado é uma luz perante a desigualdade ainda bastante presente em muitos países em que as mulheres têm apenas uma fração dos direitos legais dos homens.

## CONCLUSÃO

Mesmo no Século XXI, o caminho que a sociedade brasileira ainda terá que percorrer para garantir o respeito à igualdade de direitos entre homens e mulheres é longo e árduo, porém tendo em vista de modo especial os Princípios da Fraternidade e da Solidariedade inseridos na Constituição Federal de 1988, a partir da compreensão da solidariedade e da fraternidade como expressões inerentes à dignidade da pessoa humana e a aplicação desses princípios como forma de tratamento igualitário entre todos os seres humanos, é possível atingir a tão sonhada sociedade igualitária em que não mais exista a supremacia de uns sobre outros.

<sup>16</sup> Women, Business and the Law 2020. Mulheres, Empresas e o Direito 2020.

Portanto, os Princípios de Fraternidade e de Solidariedade entre os povos, componentes essenciais dos direitos de terceira geração e indispensáveis para a realização da pessoa humana em todas as suas dimensões, são, entre outros, os princípios responsáveis pela garantia dos direitos fundamentais de aspirações comunitárias em nível nacional e internacional, protegendo todas as gerações, pois nascem da ajuda a indivíduos desconhecidos, sem vínculo, sem distinção de gênero, de nacionalidade, credo ou condição social.

No rol dos direitos fundamentais, o livre exercício dos direitos individuais é condição essencial para o povo gerenciar o Estado, pois, onde não há garantia e exercício de direitos individuais não há conquista de direitos sociais.

Porém, não basta o Estado reconhecer e colocar em sua Lei Maior os direitos fundamentais. É preciso garanti-los por meio de políticas públicas. Entretanto, a consolidação desses direitos depende de sua internalização como elemento da cultura popular.

O Diploma Constitucional de 1988 priorizou os direitos fundamentais, elevando-os a princípios constitucionais, fortalecendo, portanto, o Estado Democrático de Direito uma vez que atribui a esses direitos a aplicabilidade direta e força vinculante em relação a todos os poderes da república (§ 1º do art. 5º da CF).

Os avanços jurídicos não bastam para proporcionar proteção à mulher, essa não acontece sem a consolidação dos direitos fundamentais, pois somente a proteção jurídica da dignidade da pessoa humana de forma fraterna e solidária poderá assegurar a completa erradicação da discriminação contra a mulher.

## REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil, 2º Volume – artigos 5º a 17**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BENEVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- CERATTI, Mariana. **Banco Mundial analisa aumento de violência de gênero durante Covid-19 no Brasil**. 19 set. 2020. Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2020/09/1726642>. Acesso em: 13 set. 2021.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. A luta pelos direitos humanos. In: LOURENÇO, Maria Cecília França. **Direitos Humanos**. Dissertações e Teses da USP: 1934-1999. São Paulo: Universidade de São, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas. 2011.
- MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos & relações internacionais**. Campinas: Agá Juris Editoria, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 2, n. 14, 2000. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1011>. Acesso em: 13 set. 2021.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural dos direitos humanos. **Lua Nova**, n. 39, 1997. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451997000100007>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/gVYtTs3QQ33f63sjRR8ZDgp/?lang=pt>. Acesso em: 13 set. 2021.

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** São Paulo: Malheiros, 2005.

# CAPÍTULO 8

## O PAPEL DA MULHER NO “PROCESSO CIVILIZADOR”

Josiane Rose Petry Veronese

### 1 PRIMEIRAS PALAVRAS

A expressão “processo civilizador” é de Norbert Elias, autor do livro “O processo civilizador”<sup>1</sup>, segundo o qual o estudo sociológico das teias de interdependência indica que as coerções ou forças sociais têm origem na própria teia de interdependência formada pelos indivíduos. De acordo com a teoria sociológica, desde o início de suas vidas os homens existem em interdependência; e uma parte da teia de interdependência tem origem nas necessidades biológicas dos seres humanos, que desde os primeiros momentos de suas vidas necessitam dos cuidados e da atenção dos próprios pais.

Quando passamos um olhar sobre a história da humanidade, constatamos que muitos são os registros marcados por guerras, intolerâncias, massacres... a ponto de questionarmos: e a mulher como se situou neste processo? Como sabemos e, infelizmente, fomos caladas, massacradas.

Sobre o dia 8 de março, muitos consideram que esta data tenha sido instituída a partir de um incêndio criminoso, ocorrido em 1911, em uma fábrica têxtil [da Triangle Shirtwaist](#), de Nova York, no qual estima-se que 130 operárias morreram carbonizadas, no entanto, esse incêndio ocorreu no dia 25 de março do referido ano<sup>2</sup>.

Na compreensão de Eva Alterman Blay, muito provavelmente a morte das trabalhadoras da *Triangle* tenha sido incorporada ao imaginário coletivo, por seu cruel impacto, e em razão disso, acabou sendo, desde a década de 1950, como a origem do Dia Internacional da Mulher. Eva Blay é uma das pioneiras em estudar o direito das mulheres no Brasil, e foi a fundadora do Centro de Estudos de Gênero e dos Direitos da Mulher da Universidade de São Paulo. A senadora Eva Blay dedicou seus estudos na temática das relações de gênero, violência, identidades étnicas e imigração judaica.<sup>3</sup>

Não restam dúvidas de que tal tragédia marcou as muitas reivindicações que nortearam o século XX, mas o momento no qual tem-se a origem da data é outro, que exatamente sinaliza o grande papel da mulher como construtora de paz. Foi, portanto, em 8 de março de 1917, durante a Primeira Guerra Mundial, que cerca de 90 mil mulheres operárias na Rússia organizaram um manifesto contra as más condições de trabalho, a fome e a participação russa na guerra, em um protesto que ficou conhecido como “Pão e Paz”.<sup>4</sup>

1 ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. Tradução de Ruy Jungun. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

2 Cf. <http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/blay-eva>. Acesso em: 27 set. 2020.

3 Cf. <http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/blay-eva>. Acesso em: 27 set. 2020.

4 Cf. <https://agenciacienciaweb.wordpress.com/2013/03/08/por-que-em-8-de-marco-se-comemora-o-dia-internacional-da-mulher/>. Acesso em: 27 set. 2020.

Desde então, a data foi escolhida para lembrar a mobilização para a conquista de direitos da mulher. Somente depois da Segunda Grande Guerra, é que a Organização das Nações Unidas (ONU) assinou o primeiro acordo internacional que buscava princípios de igualdade entre homens e mulheres. Portanto, em 10 de dezembro de 1948 foi adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este tratado defende a igualdade e a dignidade das pessoas, re-futa toda e qualquer discriminação, opressão, e reconhece que os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser aplicados a cada cidadão do planeta<sup>5</sup>. Destacamos:

Artigo 1º

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

No início da década de 1960, o movimento feminista ganhou força e, em 1977, a data “8 de março” foi oficialmente reconhecida pela ONU.

## 2 SEGUNDAS PALAVRAS

Mas não paramos, não desistimos e por quê? Porque descobrimos que se nos unirmos teremos uma força maior. Pode até ser possível e, infelizmente, calar a voz de uma mulher, que grita o seu lamento, na<sup>6</sup> obscuridade e na invisibilidade da sua dor. (Daí a importância do documentário “Sozinhas” de Ângela Bastos: dar visibilidade à invisibilidade negatória de direitos).

Mas é impossível calar o coletivo.

E também neste descortinar a história, cada vez mais é necessário avançar, por isso o título deste escrito: **O papel da mulher no “processo civilizador”**, ou seja, o que fizemos, o que estamos e ainda faremos com as nossas histórias, com a história da humanidade.

Há que se pontuar que entendo que, a duras penas, devemos ter a compreensão do do efetivo ser e estar da mulher no mundo é, antes de mais nada, compreender que não devemos repetir os formatos, os moldes masculinos. Precisamos compreender que o efetivo processo de transformação social implica em termos um novo olhar e um novo agir: não precisamos da guerra, nenhuma guerra é santa ou justificável.

O papel da mulher no processo civilizador é fazer chegar não somente a outras mulheres, mas a todos, que devemos substituir a arma pela caneta, os tanques e arsenais de guerra pelos livros. Por isso até mesmo a palavra “luta”, “batalha” pelos direitos da mulher devam ser ampliados, ressignificados, com vistas a um grande movimento de reconhecimento – nos reconhecemos enquanto humanidade.

5 Cf. <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 27 set. 2020.

6 Cf. [http://agencial.alesc.sc.gov.br/index.php/tval/noticia\\_single\\_tval/jornalista-angela-bastos-fala-sobre-web-documentario-sozinhas](http://agencial.alesc.sc.gov.br/index.php/tval/noticia_single_tval/jornalista-angela-bastos-fala-sobre-web-documentario-sozinhas). Acesso em: 28 set. 2020.

O século XXI deve se situar e propor como um novo período civilizatório, no qual não mais será possível admitirmos guerras, discriminações, violências de toda ordem, que na realidade rompem com um princípio que a todos nos irmana, a fraternidade, explicitado na Declaração Universal de Direitos Humanos.

### 3 UMA CIDADANIA DA MULHER

A legislação brasileira, anterior à Constituição Federal de 1988, impunha restrições à capacidade civil da mulher. Essas restrições, impostas sobretudo à mulher casada, implicavam uma posição de inferioridade com relação ao homem, vez que a este último era atribuída a direção da sociedade conjugal, era o chamado “cabeça do casal” e em razão desta “chefia legal”, a mulher tinha reduzido o seu poder de ação.

Em decorrência desta situação, cabia ao homem a iniciativa na esfera econômica para a manutenção da família, à mulher era reservado o encargo dos afazeres domésticos. Mesmo que frontalmente a lei não proibisse o trabalho da mulher e, portanto, ela pudesse contribuir na melhoria econômica da sua cada, havia um forte preconceito na sociedade, que barrava o ingresso da mulher no mercado de trabalho, na vida pública.

A história da mulher é toda ela marcada por profundas distorções e desrespeito ao indivíduo do sexo feminino. Só para ilustrarmos esta colocação, convém saber que ainda na Constituinte de 1823 (a primeira do Estado Brasileiro, após a independência política de Portugal), José Bonifácio apresentou um projeto que visava o menor escravo, cujo conteúdo dizia: “A escrava, durante a prenhez e passado o terceiro mês, só será ocupada em casa, depois do parto terá um mês de convalescência, passado este, durante o ano, não trabalhará longe da cria.”<sup>7</sup> A linguagem do projeto revelava mais uma preocupação com a manutenção da mão de obra, do que uma real consideração com os direitos humanos da criança e da mãe escrava; pois tal “cuidado” visava, simplesmente, não perder uma futura mão de obra gratuita e servil.

As sociedades modernas, graças às incessantes mobilizações das mulheres que passaram a se organizar e reivindicar por seus direitos e interesses, exigindo igualdade, têm compreendido que a mulher tem direitos.

A luta por igualdade de direitos e participação social é de longa data, mas foi somente neste século, em 1932, consignado no texto constitucional de 1934, governo de Getúlio Vargas, que a mulher adquiriu Direitos Políticos, ou seja, capacidade de voto. Com a promulgação da nova Constituição, através da Assembleia Nacional Constituinte, a mulher conseguiu assegurar muitos de seus direitos. Isso foi somente possível de se conquistar graças ao papel de muitas deputadas que ingressaram nas fileiras da Assembleia, nas eleições de 1985, graças também ao incessante clamor das mulheres trabalhadoras do campo, das trabalhadoras domésticas, das empresárias, das comerciárias, da comissão dos direitos da mulher, dos partidos de esquerda e tantos outros que tiveram participação ativa e imprescindível nesse processo de elaboração da nova Carta Política que estendeu-se por mais de um ano.

7 Organização social/população: a situação do menor e os órgãos de proteção – nossos pixotes. *Revista Retrato do Brasil*. São Paulo, n. 26, s/d. p. 303.



A efetivação de direitos iguais entre homens e mulheres se aperfeiçoará e tornar-se-á eficaz, na medida em que a cultura e a mentalidade se alterem, além de uma constante reivindicação das mulheres para que ocorra uma efetiva implementação dos dispositivos constitucionais, a fim de que sobreponha os seus direitos às posições ultrapassadas e injustas que subjugavam a mulher.

É oportuno lembrar que homens e mulheres não são, em diversos sentidos, iguais, porém, isto não importa em se colocar uma primazia de um sobre outro, e sim que por serem diferentes, em determinadas situações exigirão direitos adequados a essas diferenças. O que não pode ser admitido, em hipótese alguma, é que em função das diferenças biológicas, fisiológicas, psicológicas, encubra-se uma diferenciação de dignidade jurídica, moral e social entre os sexos.

A própria Constituição garante que qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais serão punidas por lei (art. 59, XLI, CF/1988). Uma importante inovação constante no texto constitucional é a que assegura condições para que a mulher presidiária permaneça com seus filhos durante o período da amamentação (art. 5, L, CF/1988). Este dispositivo não consta em nenhuma outra constituição contemporânea.

Tal direito é de grande caráter humanitário, pois no momento em que a mãe é impedida de amamentar seus filhos, inflige-se, imediatamente, um sério prejuízo à criança, pois uma alimentação, que não seja o leite materno, não contém o mesmo teor nutritivo e de profilaxia de diversas doenças. Com esta medida, o discurso constitucional vai além do caráter punitivo, a qual a mulher foi submetida e lhe garante o pleno direito à maternidade.<sup>8</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta, ainda, uma breve análise que gostaria de compartilhar acerca deste efetivo processo, é destacar as grandes mulheres: no cenário mundial como uma Madre Tereza de Calcutá, uma Chiara Lubich, mulheres que deram suas vidas pela causa da humanidade; no cenário brasileiro, podemos citar Irmã Dulce, Dandara, Tarsila do Amaral – Pintora e desenhista brasileira, a compositora Chiquinha Gonzaga, autora de mais de duas mil músicas de gêneros diferentes, foi a primeira mulher a reger uma orquestra no Brasil e tantas outras, com destaque para Maria da Penha Maia Fernandes, líder de movimentos de defesa dos direitos das mulheres e vítima de violência doméstica – ficou paraplégica ao levar um tiro do marido enquanto dormia. Seu nome virou Lei em 2006, estabelecendo o aumento das punições às agressões contra a mulher e uma série de medidas para proteger a integridade física e psicológica de mulheres vítimas de violência.

De igual modo podemos situar as nossas catarinenses. Vejamos a nossa primeira parlamentar: Antonieta de Barros, jornalista, escritora e educadora, destacou-se como a primeira negra brasileira a assumir um mandato popular na Assembleia Legislativa de Santa Catarina, pioneira no combate à discriminação dos negros e

<sup>8</sup> VIEIRA, Cláudia Maria C. do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças encarceradas*. 2. ed. – atualizada e revisada. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016.

das mulheres. Num primeiro momento precisou do pseudônimo *Maria da Ilha*, escrevendo o livro “Farrapos de ideias”; foi a partir desta escrita que compreendeu que deveria enveredar-se pelo caminho da política.

Na literatura, grandes são os nomes, a começar por Ana Luiza de Azevedo Castro, com o romance “D. Narcisa de Villar” (1859); Júlia da Costa, Edla Van Steen; Eglê Malheiros, ou mesmo na pequena Biguaçu/SC, a Professora Dalvina de Jesus Sirqueira (“Estrela”).

Em tantos outros campos, os mais diversos, tivemos mulheres que marcam com suas vidas a história, como é o caso da nossa brilhante catarinense, Dra. Zilda Arns, nasceu em Forquilha, médica pediatra e sanitarista, a qual extrapolou fronteiras com a Pastoral da Criança, sendo mártir em Porto Príncipe, no Haiti. Uma mulher que mudou a história de milhares de crianças, crianças marcadas pela fome e pela desesperança.

Gostaria de concluir esta breve análise com as suas últimas palavras, no discurso que proferiu na Igreja que sobre ela desabou, as quais são de uma ternura única:

Como pássaros, que cuidam de seus filhos ao fazer um ninho nas árvores e nas montanhas, longe de predadores, ameaças e perigos, e mais perto de Deus, deveríamos cuidar de nossos filhos como um bem sagrado, promover o respeito a seus direitos e protegê-los.<sup>9</sup>

## REFERÊNCIAS

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Jornalista Ângela Bastos fala sobre web documentário Sozinhas. **AGÊNCIA AL**, 15 mar. 2019. Disponível em: [http://agenciaal.ale.sc.gov.br/index.php/tval/noticia\\_single\\_tval/jornalista-angela-bastos-fala-sobre-web-documentario-sozinhas](http://agenciaal.ale.sc.gov.br/index.php/tval/noticia_single_tval/jornalista-angela-bastos-fala-sobre-web-documentario-sozinhas). Acesso em: 13 set. 2021.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. Tradução de Ruy Jungun. Ver. E apresentação de Janine Ribeiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

FGV. CPDOC. **Blay, Eva**. Verbete. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/blay-eva>. Acesso em: 27 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO SOCIAL/POPULAÇÃO: a situação do menor e os órgãos de proteção – nossos pixotes. **Revista Retrato do Brasil**. São Paulo, n. 26, s/d. p. 301-304.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **Universal Declaration of Human Rights**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 13 set. 2021.

VIEIRA, Cláudia Maria C. do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças encarceradas**. 2. ed., atual. e rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016.

VILELA, Fernanda. Por que em 8 de março se comemora o Dia Internacional da Mulher? **Agência Ciência Web**, 08 mar. 2013. Disponível em: <https://agenciacienciaweb.wordpress.com/2013/03/08/por-que-em-8-de-marco-se-comemora-o-dia-internacional-da-mulher>. Acesso em: 13 set. 2021.

9 Autor: Lucy Sem Fronteiras – Artigo original do Blog Amor e Paz Sem Fronteiras: <http://www.amorepazsemfronteiras.com/2010/01/zilda-arns-o-ultimo-discurso-de-uma.html#ixzz58dbl3Vo>. Acesso em 2 de março de 2018.

# CAPÍTULO 9

## UMA LEITURA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA DE MENINAS E MULHERES A PARTIR DA PERSPECTIVA DE GÊNERO

Juliana Rosa Gonçalves Mota

### INTRODUÇÃO

O presente capítulo tem por finalidade analisar o direito à vida, prescrito no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, a partir da perspectiva de gênero, levando em conta sujeitos específicos: meninas e mulheres<sup>1</sup>. Considerando o direito fundamental objeto deste artigo, o enfoque que se pretende recair sobre sua relação com a violência de gênero e seu resultado mais grave: os homicídios, em especial uma de suas qualificadoras, o feminicídio, prevista no artigo 121, § 2º, VI, do Código Penal. Busca-se, assim, oferecer caminhos para refletir sobre a seguinte questão: quais são as condições, na sociedade brasileira, para o exercício do direito à vida de meninas e mulheres<sup>2</sup>?

Para este percurso, serão abordados o marco teórico da vulnerabilidade e da interseccionalidade. Ambos contribuem para evidenciar questões que costumam ser invisibilizadas quando entra em jogo a noção de universalidade *versus* os direitos de grupos específicos, especialmente se estão vulnerabilizados. A Constituição Federal menciona que “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*), mas quem são todos? Se todos são iguais perante a lei, onde estariam as desigualdades que advêm das diferenças? E como resolvê-las em termos jurídicos? Se todos são iguais perante a lei por que a necessidade de discriminação direta ou indireta? Se todos são iguais perante a lei por que discutir, especificamente, o direito à vida de meninas e mulheres?

Todas essas indagações encontram resposta na própria noção de universalidade. O acesso aos direitos e sua garantia de gozo por todas as pessoas indistintamente conformam um longo processo histórico do qual fazem parte mudanças de paradigma e de contexto em relação aos seus titulares<sup>3</sup>. A perspectiva teórica sobre a universalidade, no entanto, é insuficiente diante da constatação de que a possibilidade de ser pleno titular de direitos está condicionada a determinados atributos pessoais: e aqui encontramos justamente o ponto de ten-

1 Neste capítulo, ao invés de utilizar como sujeito referência do gênero as mulheres, optou-se por nomear, expressamente, as meninas (crianças e adolescentes) para que tenham visibilidade se sejam lembradas, já que em razão de suas peculiaridades encontram-se em maior e mais grave situação de vulnerabilidade.

2 Ainda que o presente capítulo tenha como objeto central o direito à vida, é fundamental relacioná-lo com o direito a uma vida livre de violência, prescrito nos artigos 3º e 6º da Convenção Belém do Pará, compreendendo-se violência não só como aquela que mata, mas também como a negação de uma série de outros direitos, como os direitos reprodutivos, direito ao aborto legal, direito ao acesso à justiça, direito à educação, direito a uma vida sem violência sexual, entre outros que compõem a noção do que seria uma vida digna de ser vivida.

3 BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*. Madri: Dykinson, 2011.

são entre o paraíso desenhado pela Constituição Federal e a realidade. O fato aparente da universalidade de titulares e direitos torna-se uma aspiração a ser alcançada<sup>4</sup>.

A referência para a elaboração da ideia de universalidade foi pautada em uma figura humana específica, considerada geral e neutra: o homem branco, heterossexual, proprietário e independente física e intelectualmente. A partir desse titular ideal de direitos certamente a “neutralidade” do sujeito excluirá pessoas que não possuam essas características<sup>5</sup>. Assim, pertencer a um determinado grupo cujos integrantes estejam fora desse padrão humano previamente estabelecido determina não só se ou de que forma seus direitos serão realizados, mas também sua própria dignidade como ser humano.

Nessa perspectiva, tanto o marco teórico da vulnerabilidade quanto o da interseccionalidade questionam a formulação de um determinado tipo humano como parâmetro para o reconhecimento da universalidade – e, conseqüentemente, da titularidade de direitos – e incorporam uma concepção que abre espaço para a diversidade, de modo a trazer para o centro do debate questões particulares que grupos historicamente discriminados e oprimidos, como o composto por meninas e mulheres, enfrentam para a efetivação de seus direitos.

## LENDO O TEXTO CONSTITUCIONAL A PARTIR DA PERSPECTIVA DE GÊNERO

Os estudos feministas ressignificaram o conceito de mulher para além de determinismos biológicos<sup>6</sup>. A partir do sistema sexo/gênero é possível examinar as causas das relações desiguais entre mulheres e homens e a manifestação da vulnerabilidade entendida como noção socioestrutural, a seguir examinada. De acordo com Rubin<sup>7</sup>, a referida expressão representa a forma como uma sociedade organiza a sexualidade biológica e transforma seu resultado em diferentes impedimentos, possibilidades, obrigações e direitos para mulheres e homens. Nessa linha, a mencionada autora atribui um lugar relevante à sexualidade para a compreensão das diferenças entre as experiências vividas por mulheres e homens na sociedade, destacando que se trata de uma divisão socialmente imposta e não uma decorrência lógica do sexo biológico. Papéis sociais, espaços, profissões, tarefas, direitos, obrigações, características, prestígio e poder, portanto, são atribuídos e distribuídos de forma desigual entre mulheres e homens, e o que fundamenta essa dinâmica não é uma base biológica, mas um intrincado processo sociocultural<sup>8</sup>.

Ao tratar o sistema sexo/gênero como elemento da dinâmica que gera e acentua a vulnerabilidade de determinados grupos sociais é necessário destacar que o fundamento da desigualdade que o caracteriza é construído a partir de um elemento biológico associado a uma representação social, política, cultural e legalmente cons-

4 BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. **Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos**. Madri: Dykinson, 2011.

5 FARIÑAS DULCE, María José. **Los derechos humanos**: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna. Madri: Dykinson, 1997.

6 MAQUIEIRA D'ANGELO, Virginia. Género, diferencia y desigualdad. In: BELTRÁN, Elena; MAQUIEIRA D'ANGELO, Virginia (ed.). **Feminismos**: debates teóricos contemporáneos. Madri: Alianza, 2012. p. 127-190.

7 RUBIN, Gayle. El tráfico de mujeres: notas sobre la “economía política” del sexo. Tradução: Stela Matrangelo, **Revista Nueva Antropología**, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, vol. 8, n. 30, México, 1986. p. 95-145.

8 MAQUIEIRA D'ANGELO, Op. cit.

truída a partir do sexo. Diante dessa afirmação, o sistema patriarcal, construído com base na supremacia histórica dos homens em oposição à dominação e exclusão das mulheres de esferas sociais e de poder, comporta um conjunto de desigualdades que se estendem a todos os aspectos de suas vidas e que estão presentes em todas as estruturas sociais.

As desigualdades produzidas por esse sistema movem-se em diferentes direções e uma delas caminha para a maneira pela qual o direito à vida opera quando se trata do grupo formado por meninas e mulheres. A assimetria estrutural do sistema sexo/gênero com relação a esse direito constitucional se manifesta de uma forma específica, cruel e mais grave de violência contra elas, da qual o feminicídio é o resultado mais extremo<sup>9</sup>. Adotar a perspectiva de gênero como ferramenta de leitura do texto constitucional, assim, significa analisar de que forma se realiza (ou não) o direito à vida dessa parcela da sociedade; nos leva, também, a pensar por quais motivos são mortas, se são distintos aos dos meninos e homens, como são mortas, por quem são mortas e qual o papel do Estado nessa dinâmica.

A perspectiva de gênero, ainda, chama a atenção para a multiplicidade que compõe a categoria abstrata “mulher”. Não se trata de um conjunto único e homogêneo: são mulheres com diferentes idades, etnias, raça, nível socioeconômico, escolaridade, religião, orientação sexual, entre outras características inerentes à diversidade humana. Daí porque é imprescindível olhar com atenção para os grupos que se formam dentro do grupo “meninas e mulheres”, já que “a insistência em falar de mulheres como universais, não marcando as diferenças existentes, faz com que somente parte desse ser mulher seja visto”<sup>10</sup>.

A reflexão sobre a relação entre direito à vida e violência de gênero, deste modo, demanda que se considere não só essa multiplicidade de características, mas também o fato de que, embora representem mais da metade da população brasileira em termos numéricos<sup>11</sup> e tenham conquistado ao longo dos anos uma série de direitos, elas ainda vivem em situação de vulnerabilidade. Assim, se em termos constitucionais, a igualdade entre homens e mulheres é um dos princípios que norteiam a sistemática jurídica pátria, em termos concretos, meninas e mulheres ainda enfrentam obstáculos para a concretização de seus direitos fundamentais, o que se traduz na conquista da igualdade material.

Para a proposta formulada neste artigo é importante, ainda, ter como norte o princípio da igualdade, prescrito no artigo 5º, *caput*, do texto constitucional, também a partir da perspectiva de gênero. Deve-se ter em mente uma igualdade que contemple a diferença, as especificidades de cada ser humano, pois a compreensão de mundo (e aqui incluindo o jurídico) que a ignora continua gerando estados vulneráveis e tratamentos desiguais e discriminatórios por parte do Estado, ainda que de forma não explícita. Com efeito, a igualdade na

9 LAGARDE, Marcela. Del femicidio al feminicidio. *Desde el jardín de Freud*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, n. 6, 2006. p. 216-225. Disponível em: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/jardin/article/view/8343>

10 RIBEIRO, Djamilia. *O que é lugar de fala?* Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 41.

11 De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?=&t=destaques>. Acesso em: 10 out. 2020.

diversidade vai além da ausência de discriminação injustificada, visto que também está ligada ao gozo igualitário dos direitos reconhecidos por um sistema jurídico para todas as pessoas, correspondendo, portanto, à igualdade de direitos<sup>12</sup>.

A desigualdade que advém das diferenças (sempre em piores termos) nas condições sociais, trabalhistas, domésticas, de saúde, educacionais e econômicas de meninas e mulheres<sup>13</sup> as tornam especialmente vulneráveis às violações de direitos e muitas vezes determinam seu desenvolvimento, suas vivências e a construção de seus projetos de vida. Nesse sentido, Birolli<sup>14</sup> é precisa ao concluir que:

O acesso a recursos e o reconhecimento de valor e da capacidade dos indivíduos para definir a própria vida variam segundo suas características e sua posição nas relações de poder, entre elas o gênero. Desigualdades estruturais impactam as possibilidades de autodefinição e as oportunidades disponíveis para as pessoas.

É neste contexto de desigualdades estruturais que se desenvolve o estado de vulnerabilidade que acompanha a vida de meninas e mulheres. Como complemento ao citado por Birolli, não se trata somente das possibilidades de autodefinição e oportunidades disponíveis para elas. Sem que tenham o direito a permanecer vivas, e com dignidade, sequer poderão desenvolver suas identidades ou chegar a pensar em planos de vida.

## A VULNERABILIDADE SOCIOESTRUTURAL: UMA CONSTANTE NA VIDA DE MENINAS E MULHERES

A vulnerabilidade, de forma geral e independentemente do contexto em que é utilizada, relaciona-se à ideia de insegurança e fragilidade. Se levarmos essa noção, especificamente, ao ser humano, além das características citadas, acrescenta-se a falta de proteção diante de uma situação de risco<sup>15</sup>. A partir dessa primeira abordagem, a vulnerabilidade é real e concreta; é uma qualidade biológica que está relacionada à própria existência e continuidade da humanidade. Esse ponto de vista implica sustentar que a vulnerabilidade é considerada uma característica inata da vida, um elemento natural de todos os seres e, portanto, todos, sem distinção, são vulneráveis e suscetíveis ao risco e ao dano.

A segunda possibilidade de abordar a vulnerabilidade, no entanto, parte de outro paradigma: a vulnerabilidade não como natural, mas como um estado construído socialmente. Segundo Morondo Taramundi<sup>16</sup>, a vulnerabilidade nesse sentido:

12 BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Tradução: Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, Barcelona, 1993.

13 A respeito da relação entre gênero e desigualdades, consulte BIROLLI, Flavia. **Gênero e desigualdades**: limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.

14 BIROLLI, Flavia. Autonomia, dominação e opressão. In: BIROLLI, Flavia. **Feminismo e política**. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 109-122, p. 110.

15 RIBOTTA, Silvina. Grupos vulnerables. In: DÍAZ BARRADO, Cástor; SALVADOR, Ana Manero (coord.). **Glosario de términos útiles para el análisis y estudio del Espacio Iberoamericano de Cooperación e Integración**: Comercio, Cultura y Desarrollo. Madri: Marcial Pons, 2010.

16 MORONDO TARAMUNDI, Dolores. ¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión. **Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho**, Universidad de Valencia, Valencia, n. 34, 2016, p. 205-221, p. 214 (tradução nossa). Disponível em: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/8916>. Acesso em: 7 nov. 2020.

[...] não é simplesmente uma condição humana. A possibilidade de sofrer desemprego, pobreza, violência, efeitos da corrupção política ou poluição ambiental não tem relação com a nossa corporeidade como a morte ou a dependência do cuidado de outrem em vários períodos da nossa vida.

É desse ponto de vista que se constrói a noção de vulnerabilidade socioestrutural, que está relacionada à condição de fragilidade social (e não natural) de certos grupos por não terem proteção efetiva dos sistemas, instituições e redes que a sociedade oferece a outros grupos não expostos a esta situação<sup>17</sup>. Essa noção, portanto, reforça que existem pessoas que estão mais sujeitas a terem seus direitos violados e sofrerem os efeitos da desigualdade do que outras<sup>18</sup>.

A partir desse entendimento, é possível afirmar que o ambiente social, político, econômico, jurídico ou cultural em que as pessoas ou grupos estão inseridos predispõe ou cria certas estruturas ou condições que podem prejudicar ou impossibilitar não só o acesso e exercício dos direitos, mas a vida de um modo geral. A vulnerabilidade, nesse sentido, não corresponde a um traço individual da identidade, mas a uma consequência das estruturas que fundamentam cada sociedade, como o sexismo e o racismo<sup>19</sup>. A vulnerabilidade socioestrutural, portanto, articula-se por meio da interação entre as características pessoais, o contexto em que os indivíduos vivem e a sociedade a qual pertencem, condicionando negativamente e de forma temporária ou permanente sua sobrevivência<sup>20</sup>.

Entre as diversas características pessoais, o gênero é uma das que, certamente, influenciarão nessa dinâmica. Pensar o feminino é pensar sobre desigualdade e violência em suas múltiplas facetas<sup>21</sup>. As desigualdades geradas pelo sistema patriarcal formam parte da vida de meninas e mulheres em maior ou menor escala, de acordo com outras características, contextos e condições que formam a identidade de cada uma. Essa leitura, pois, confirma a íntima relação entre o feminino e a vulnerabilidade socioestrutural, cujo resultado é a desvantagem, a discriminação, a exclusão social, a marginalização do poder e uma forma muito específica de morrer: aquela praticada no âmbito de relações domésticas ou familiares ou por menosprezo ou discriminação à sua condição. Sendo assim, o que marca a diferença nas experiências de vida de meninas e mulheres não é a vulnerabilidade natural do ser humano (que para elas vem acompanhada pelos estereótipos de fragilidade e debi-

17 MORONDO TARAMUNDI, op. cit.

18 Não se pode deixar de observar que, no cenário construído pela vulnerabilidade socioestrutural, a pobreza aumenta e aprofunda o estado de vulnerabilidade já existente, produz mais discriminações, converte direitos em privilégios, estigmatiza, condiciona a vida das pessoas a certos espaços e planos de vida e cria muros que impedem não só o acesso aos direitos, mas também que as pessoas empobrecidas não sejam consideradas sujeitos de direitos. No espaço construído pela pobreza, as várias vulnerabilidades interagem e, por consequência, os indivíduos que lá estão não têm qualquer perspectiva social, política, econômica ou jurídica, enfrentando grandes obstáculos para superar a discriminação e exclusão que sofrem por pertencerem a um grupo economicamente desfavorecido. A esse respeito, consulte RIBOTTA, Silvina. Pobreza, hambre y justicia en América Latina y el Caribe. Debatiendo sobre la justicia mientras 53 millones de latinoamericanos sufren hambre, *Revista Electrónica Iberoamericana (REIB)*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, v. 4, n.1, 2010, p. 144-180. Disponível em: [https://www.urjc.es/images/ceib/revista\\_electronica/vol\\_4\\_2010\\_1/REIB\\_04\\_10\\_Silvina.pdf](https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_4_2010_1/REIB_04_10_Silvina.pdf). Acesso em: 7 nov. 2020.

19 RIBOTTA, Silvina. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia. *Revista Electrónica Iberoamericana (REIB)*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, v. 6, n. 2, p. 1-37, 2012. Disponível em: [https://www.urjc.es/images/ceib/revista\\_electronica/vol\\_6\\_2012\\_2/REIB\\_06\\_02\\_04Ribotta.pdf](https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_6_2012_2/REIB_06_02_04Ribotta.pdf). Acesso em: 7 nov. 2020.

20 GUIÑAZÚ, Claudio E. Vulnerabilidad y derechos sociales. Una aproximación desde la bioética. In: RIBOTTA, Silvina; ROSSETTI, Andrés (ed.). *Los derechos sociales en el siglo XXI: un desafío clave para el derecho y la justicia*. Madrid: Dykinson, 2010. p. 297-324.

21 Para além da violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, descritas na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), por exemplo, a relação entre o feminino e a violência também se dá no campo simbólico (cf. BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007) e epistemológico (cf. MENDES, Soraia da Rosa. *Processo penal feminista*. São Paulo: Atlas, 2020).

lidade física<sup>22</sup>), mas a vulnerabilidade socioestrutural, compartilhada por todo um grupo simplesmente pelo fato de pertencer ao gênero feminino.

## A INTERSECCIONALIDADE: O GÊNERO ATRAVESSADO PELA RAÇA

Se a partir do marco teórico da vulnerabilidade fica clara a situação de desvantagem de meninas e mulheres quanto ao acesso e exercício de direitos, a interseccionalidade coloca em xeque que nem todas são iguais ou sofrem as mesmas opressões ou discriminações.

De acordo com Akotirene<sup>23</sup>, o termo interseccionalidade:

[...] demarca o paradigma teórico e metodológico da tradição feminista negra, promovendo intervenções políticas e letramentos jurídicos sobre quais condições estruturais o racismo, sexismo e violências correlatas se sobrepõem, discriminam e criam encargos singulares às mulheres negras.

A interseccionalidade, assim, contextualiza as experiências de meninas e mulheres negras dentro dos quadros sociais existentes e traz à luz subjetividades multidimensionais, destacando os diferentes significados para diferentes associações de características e condições. Além disso, evidencia a complexidade das experiências identitárias que se ocultam por uma análise feita exclusivamente a partir do gênero como único determinante do destino de meninas e mulheres<sup>24</sup>.

Esse paradigma teórico, igualmente, intensifica a percepção de como meninas e mulheres negras desenvolvem suas vidas e se relacionam com o meio que as cerca e também expõe as circunstâncias trágicas a que estão submetidas em todos os âmbitos<sup>25</sup>. Nesse sentido, o enfoque não são experiências individuais, mas o lugar social que ocupam e que restringem suas oportunidades, fazendo com que a experiência de viver o gênero seja marcada por pontos de partida diferentes e, conseqüentemente, desiguais se tomamos como base de comparação outras pessoas<sup>26</sup>.

Meninas e mulheres negras passam por experiências de vida que não são as mesmas de meninas e mulheres não negras ou, ainda, de meninos e homens negros, pois sofrem o impacto simultâneo da combinação entre gênero e raça. As dinâmicas sociais do sexismo e do racismo se unem e criam experiências, obstáculos e desafios únicos para elas, pois, como enfatiza Hooks<sup>27</sup>, essas dinâmicas não apenas as colocam na base da

22 FERNANDES, Maria das Graças Melo. O corpo e a construção das desigualdades de gênero pela ciência, *Physis*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, p. 1051-1065, 2009. : <https://doi.org/10.1590/S0103-73312009000400008>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73312009000400008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000400008&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 14 nov. 2020.

23 AKOTIRENE, Carla. *Interseccionalidade*. São Paulo: Pólen, 2019. p. 59.

24 ANG-LYGATE, Magdalene. Trazar los espacios de la deslocalización. De la teorización de la diáspora. In: JABARDO, Mercedes (ed.). *Feminismos negros: una antología*. Madri: Traficantes de Sueños, 2012.

25 A esse respeito: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA *Dossiê Mulheres Negras retrato das condições de vida das mulheres negras no Brasil*. Brasília: IPEA, 2013.

26 RIBEIRO, 2017, passim.

27 HOOKS, bell. *Mujeres negras: dar forma a la teoría feminista*. In: bell hooks et al. *Otras inapropiables*. Madri: Traficantes de Sueños, p. 33-50.



pirâmide ocupacional, mas também lhes conferem um status social inferior ao de meninas e mulheres de qualquer outro grupo social.

A partir dessa posição singular, a citada autora argumenta que mulheres brancas e homens negros podem ser tanto opressores como oprimidos, pois “os negros podem ser vítimas de racismo, mas o sexismo permite que eles atuem como exploradores e opressores das mulheres. As mulheres brancas podem ser vítimas de sexismo, mas o racismo permite que elas atuem como exploradoras e opressoras das pessoas negras”<sup>28</sup>.

As desigualdades de gênero e raça que se referem, particularmente, ao viver e ao morrer se manifestam de forma distinta quando analisamos a chamativa diferença entre as taxas de homicídios entre mulheres negras e não negras. Segundo o Atlas da Violência 2020<sup>29</sup>, entre 2008 e 2018, enquanto a taxa de homicídios de mulheres não negras caiu 11,7%, a taxa entre as mulheres negras aumentou 12,4%. Esses dados indicam, em termos práticos, como a noção de universalidade não é capaz de garantir os direitos de pessoas que não possuem as características do titular “genérico e neutro”. No caso do contexto mencionado, as opressões e discriminações históricas produzidas contra a população negra associadas ao fato de ser mulher agravam profundamente a situação de vulnerabilidade desse grupo e podem oferecer indicativos para explicar a disparidade nas taxas apresentadas.

Em consonância com a abordagem da interseccionalidade, vale comentar que o Estatuto da Igualdade Racial (*Lei nº 12.288/2010*) apresenta, em seu artigo 1º, incisos II e III, respectivamente, uma definição sobre desigualdade racial (“toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica”) e outra sobre desigualdade de gênero e raça (“assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais”). A Lei Maria da Penha (*Lei nº 11.340/2006*), anos antes, mencionou a perspectiva de gênero e de raça na elaboração de diretrizes para políticas públicas que visem coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 8º, II, VIII e IX). Ainda que não nomeada expressamente a ideia da interseccionalidade já faz parte de nosso ordenamento jurídico, no entanto, aqui também é desenhado um paraíso que frente à realidade de meninas e mulheres negras não faz sentido.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como resposta à pergunta formulada no início deste artigo, os marcos teóricos da vulnerabilidade e da interseccionalidade oferecem uma chave imprescindível para ler o texto constitucional e, em particular, para analisar o direito à vida de meninas e mulheres, a partir da perspectiva de gênero. E, sob a base teórica cons-

<sup>28</sup> Ibid., p. 49 (tradução nossa).

<sup>29</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Atlas da Violência 2020*. Brasília: IPEA, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/08/atlas-da-violencia-2020.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

truída por esses marcos, vemos que a norma constitucional de igualdade formal ainda não foi capaz de produzir a igualdade material para o pleno exercício do direito à vida de meninas e mulheres.

A perspectiva aqui proposta também nos lembra que os direitos não são um fim em si mesmo: somente têm sentido em sua concretude, são, portanto, instrumentos para que os bens da vida (e a própria vida) se realizem. Nesse sentido, não basta a previsão constitucional do direito à vida sem que esta esteja associada à perspectiva do concreto, capaz de considerar as inúmeras situações de desigualdade tanto no ponto de partida quanto no caminho vital de cada menina e mulher. A perspectiva do concreto ressalta, também, não só a pluralidade de nomes – são formas diversas de violências, discriminações, opressões e feminicídios –, mas de sujeitos – são meninas e mulheres com identidades e experiências de vida distintas e únicas.

Os caminhos para mudar esse panorama são muitos e não se encontram somente em uma área do conhecimento. Como mulheres e juristas, propor e refletir sobre a leitura da Constituição Federal e de outros diplomas legais a partir da perspectiva de gênero, mostra-se como uma possibilidade plausível de produzir uma nova epistemologia, pautada, essa sim, na igualdade.

## REFERÊNCIAS

- AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Pólen, 2019.
- ANG-LYGATE, Magdalene. Trazar los espacios de la deslocalización. De la teorización de la diáspora. In: JABARDO, Mercedes (ed.). **Feminismos negros: una antología**. Madri: Traficantes de Sueños, 2012.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. **Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos**. Madri: Dykinson, 2011.
- BIROLLI, Flavia. Autonomia, dominação e opressão. In: BIROLLI, Flavia. **Feminismo e política**. São Paulo: Boitempo, 2014.
- BIROLLI, Flavia. **Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2018.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Tradução: Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, Barcelona, 1993.
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- FARIÑAS DULCE, María José. **Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna**. Madri: Dykinson, 1997.
- FERNANDES, Maria das Graças Melo. O corpo e a construção das desigualdades de gênero pela ciência, **Physis**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, p. 1051-1065, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312009000400008>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73312009000400008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000400008&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 14 nov. 2020
- GUIÑAZÚ, Claudio E. Vulnerabilidad y derechos sociales. Una aproximación desde la bioética. In: RIBOTTA, Silvina; ROSSETTI, Andrés (ed.). **Los derechos sociales en el siglo XXI: un desafío clave para el derecho y la justicia**. Madri: Dykinson, 2010
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Principais resultados – sinopse**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?=&t=destaques>
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA **Dossiê Mulheres Negras retrato das condições de vida das mulheres negras no Brasil**. Brasília: IPEA, 2013
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da Violência 2020**. Brasília: IPEA, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/08/atlas-da-violencia-2020.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.
- LAGARDE, Marcela. Del femicidio al feminicidio. **Desde el jardín de Freud**, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, n. 6, 2006. Disponível em: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/jardin/article/view/8343>. Acesso em: 13 set. 2021.

MAQUIEIRA D'ANGELO, Virginia. Género, diferencia y desigualdad. *In*: BELTRÁN, Elena; MAQUIEIRA D'ANGELO, Virginia (ed.). **Feminismos: debates teóricos contemporáneos**. Madri: Alianza, 2012.

MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista**. São Paulo: Atlas, 2020.

MORONDO TARAMUNDI, Dolores. ¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión. **Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho**, Universidad de Valencia, Valencia, n. 34, p. 205-221, 2016. DOI: <https://doi.org/10.7203/CEFD.34.8916>. Disponível em: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/8916>. Acesso em: 7 nov. 2020.

RIBEIRO, Djamila. **O que é lugar de fala?** Belo Horizonte: Letramento, 2017.

RIBOTTA, Silvina. Grupos vulnerables. *In*: DÍAZ BARRADO, Cástor; SALVADOR, Ana Manero (coord.). **Glosario de términos útiles para el análisis y estudio del Espacio Iberoamericano de Cooperación e Integración: Comercio, Cultura y Desarrollo**. Madri: Marcial Pons, 2010.

RIBOTTA, Silvina. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia. **Revista Electrónica Iberoamericana (REIB)**, Universidad Rey Juan Carlos, Madri, v. 6, n. 2, p. 1-37, 2012. Disponível em: [https://www.urjc.es/images/ceib/revista\\_electronica/vol\\_6\\_2012\\_2/REIB\\_06\\_02\\_04Ribotta.pdf](https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_6_2012_2/REIB_06_02_04Ribotta.pdf). Acesso em: 7 nov. 2020.

RUBIN, Gayle. El tráfico de mujeres: notas sobre la “economía política” del sexo. Tradução: Stela Matrangelo. **Revista Nueva Antropología**, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, vol. 8, n. 30, 1986. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/159/15903007.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

# CAPÍTULO 10

## DIREITOS FUNDAMENTAIS E AÇÕES AFIRMATIVAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e Silva

Daniela Nunes Veríssimo Gimenes

### 1 TRÊS DÉCADAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Neste ano de 2020, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ultrapassa três décadas de vigência. Com 250 artigos, além dos 114 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a Constituição Federal Brasileira já sofreu várias alterações frutos de suas mais de 100 Emendas Constitucionais.

Promulgada em 05 de outubro de 1988, a Constituição Cidadã, assim, nominada por Ulysses Guimarães, que naquela época era o Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, o Brasil saiu do regime militar (1964-1984) para a democracia. “Constituição Cidadã”, pois ampliou os direitos e garantias individuais em várias áreas, bem como contou com a participação efetiva da população. Segundo informações da Câmara dos Deputados, “Durante cinco meses, cidadãos e entidades representativas encaminharam suas sugestões para a nova Constituição. Cinco milhões de formulários foram distribuídos nas agências dos Correios. Foram coletadas 72.719 sugestões de cidadãos de todo o País, além de outras 12 mil sugestões dos Constituintes e de entidades representativas.”.<sup>1</sup>

Ao todo, foram cerca de 20 meses de discussões até a tão sonhada promulgação, onde “participaram 559 parlamentares (72 senadores e 487 deputados federais), com intensa participação da sociedade.”<sup>2</sup>

Nossa Constituição Federal dispôs em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, da nacionalidade, direitos políticos e dos partidos políticos. Atualmente, a doutrina os classifica em direitos de primeira, segunda terceira e quarta gerações em virtude da ordem cronológica em que passaram a ser tutelados constitucionalmente, o que é bastante polêmico, como será demonstrado nas próximas páginas.

Hodiernamente, os direitos fundamentais abrangem as mais diversas áreas. Na Saúde, por exemplo, a grande revolução foi a criação do Sistema Único de Saúde (SUS); a Educação foi inserida como dever do Estado, inclusive para quem não teve acesso ao ensino na idade certa; foi ampliada a educação rural e enfatizados os

1 <http://www.camara.gov.br/internet/agencia/infograficos-html5/Constituinte/index.html>. Acesso em 24.7.2018.

2 <http://www.camara.gov.br/internet/agencia/infograficos-html5/Constituinte/index.html>. Acesso em 24.7.2018.

esforços para incluir as crianças com deficiência e a população indígena; a defesa do consumidor também foi introduzida como um direito fundamental, onde havia determinação expressa da Criação do Código de Defesa e proteção do Consumidor e ao Estado foi conferida ao Estado a obrigação de proteger todos os tipos de manifestações tipicamente nacionais, como a indígena, a popular e a afro-brasileira, além de reconhecer a importância da biodiversidade ao dedicar um capítulo ao Meio Ambiente. Passou a exigir avaliação de impacto ambiental para obras e abriu caminho para legislações posteriores, como a Lei das Águas e a Lei dos Crimes Ambientais.<sup>3</sup>

Diversas são as expressões usados pela doutrina para se reportar aos direitos fundamentais: “*liberdades públicas*”, “*direitos humanos*”, “*direitos subjetivos públicos*” e “*direitos fundamentais*”.<sup>4</sup>

Em nosso sentir, a expressão “*direitos fundamentais*” é a mais recomendável, pois além da Constituição Federal de 1988 utilizá-la conforme se verifica no Título II, intitulado “DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”, o vocábulo direito indica tanto os mecanismos de defesa do indivíduo perante o Estado, como, também os direitos sociais, políticos e difusos. Por outro lado, a expressão “*fundamentais*”, revela que esses direitos são imprescindíveis à condição humana de qualquer pessoa.<sup>5</sup>

Vale lembrar, que os direitos fundamentais, não se encontram somente sob a égide do Título II da Constituição Federal, inclusive, neste sentido se manifestou o Supremo Tribunal Federal, afirmando que os direitos e deveres tanto individuais como coletivos não se limitam ao Art. 5º da Constituição Federal, pois existem outros artigos ao longo da Constituição que, também, são erigidos a direitos fundamentais da pessoa humana.<sup>6</sup>

Segundo Ricardo Luis Lorenzetti, “os direitos humanos e os qualificados como fundamentais são vitórias que os indivíduos e grupos têm contra o Estado”, não podendo ser derogados por uma assembleia legislativa.<sup>7</sup>

No mesmo sentido anotaram Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior,<sup>8</sup> quando afirmam que os direitos fundamentais se revelam como um amplo catálogo de dispositivos que reúnem meios de defesa do indivíduo perante o Estado, bem como, dentre vários outros, os direitos políticos, os relativos à nacionalidade e direitos sociais.<sup>9</sup>

3 <http://www.camara.gov.br/internet/agencia/infograficos-html5/Constituinte/index.html>. Acesso em 24.7.2018.

4 Acerca das demais denominações, ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2003, p. 79; SILVA, 1997, p. 174-175; LORENZETTI, 1998, p. 289; GUERRA FILHO, 1999, p. 38-39; CANOTILHO, 2000, p. 393-395.

5 ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2003, p. 80. Sobre essa nomenclatura, LORENZETTI, 1998, p. 156 e 289, menciona que a expressão direitos humanos, “determinam a condição de homem”. Já direitos fundamentais “se referem aqueles que são Constituintes do ordenamento jurídico. Sua consideração se refere não só ao aspecto subjetivo relacionado com o ‘direito a algo’, mas também à dimensão objetiva: quais são as normas Constituintes do ordenamento jurídico”. Mais a frente, conclui que essa última expressão, direitos fundamentais, parece ser a mais apropriada, “por duas razões. Em primeiro lugar, não exclui outros sujeitos que não sejam o homem. Em segundo lugar, refere-se àqueles direitos que são fundantes do ordenamento jurídico e evita uma generalização prejudicial”.

6 Observar, neste sentido o Rel. Min. Sydney Sanches, no julgamento da ADIn nº 939-7/DF, onde entendeu tratar de cláusula pétreia a garantia constitucional prevista no Art. 150, III, ‘b’, afirmando que EC nº 3/93, ao pretender subtrai-la da esfera protetiva dos destinatários da norma, estaria ferindo o limite material previsto no Art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal (LENZA, 2004, p. 407-408. Ver também: ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2003, p. 85-86).

7 LORENZETTI, 1998, p. 151.

8 ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2003, p. 79. Nesse sentido, cf. MARINONI, 2004, p. 179-185.

9 Vale lembrar, que para MIRANDA, 2003, p. 8, tomo II, existem direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material. O primeiro, sentido formal, é conceituado, como “toda posição jurídica subjectiva das pessoas enquanto consagrada na lei Fundamental”. Já o sentido material, “não se trata de direitos declarados, estabelecidos, atribuídos pelo legislador Constituinte, pura e simplesmente; trata-se também dos direitos resultantes da concepção de constituição dominante, da ideia de Direito, do sentimento jurídico coletivo (conforme se entender, tendo em conta que estas expressões correspondem a correntes filosóficas-jurídicas distintas)”. No mesmo sentido, observar CANOTILHO, 2000, p. 354-355.

Gilmar Ferreira Mendes leciona que os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, vale dizer:

Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.<sup>10-11</sup>

Corroborando essa definição de direitos fundamentais, Dimitri Dimoulis, ensina que “são os direitos subjetivos dos indivíduos que vinculam (e limitam) o exercício do poder do Estado através de disposições de nível constitucional”.<sup>12</sup>

Na mesma linha, o escólio de Rothenburg, ao proclamar que são direitos fundamentais ligados, como o próprio nome diz, a sua “fundamentalidade”,<sup>13</sup> que podem ser estudados tanto em seu aspecto material como formal. Salienta Marinoni, que o aspecto formal está diretamente ligado ao direito constitucional positivo, ou seja, a própria Constituição Federal.<sup>14</sup>

Tais direitos possuem aplicação imediata, conforme preceitua o Art. 5º, § 1º da Constituição Federal, são direitos fundamentais protegidos tanto pelo legislador ordinário como pelo poder Constituinte reformador levando em consideração que são cláusulas pétreas.<sup>15</sup>

Já a fundamentalidade material está intimamente ligada à estrutura do estado e às sociedades, levando-se em consideração o § 2º do próprio Art. 5º que prevê que os “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.<sup>16</sup>

10 MENDES, 1999, p. 36. Para LOPES, 2001, p. 35, os direitos fundamentais “podem ser definidos como os princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal”.

11 Nas palavras de MARINONI, 2004, p. 166: “Essa norma permite, por meio da aceitação da ideia de fundamentalidade material, que outros direitos, ainda que não expressamente previstos na Constituição e, por maior razão, não enumerados no título II, sejam considerados direitos fundamentais. A Constituição, em seu Art. 5º, § 2º, institui um sistema constitucional aberto à fundamentalidade material [...]. Se a Constituição enumera direitos fundamentais no seu título II, isso não impede que direitos fundamentais – como o direito ao meio ambiente – estejam inseridos em outros dos seus títulos, ou mesmo fora dela”.

12 DIMOULIS, 2001, p. 13.

13 Nas palavras de ROTHENBURG, 2000, p. 146, essa fundamentalidade, que é colocada dentre uma das características dos direitos fundamentais, “revela-se pelo conteúdo do direito (o que é dito: referência aos valores supremos do ser humano e preocupação com a promoção da dignidade da pessoa humana) e revela-se também pela posição normativa (onde e como é dito: expressão no ordenamento jurídico como norma da Constituição). Concorrem, portanto, ambos os critérios (material e formal) para definir a fundamentalidade de um direito”. No mesmo sentido, ver ainda: CANOTILHO, 2000, p. 378-379 que, também, discorre sobre a fundamentalidade formal e material; SARLET, 2003, p. 80-81.

14 MARINONI, 2004, p. 166.

15 MARINONI, 2004, p. 166.

16 MARINONI, 2004, p. 166-167.

São direitos que visam à proteção da dignidade humana<sup>17</sup> em todas as esferas de sua vida; visam a tutelar ou “resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade)”<sup>18</sup>.

Para Hesse os direitos fundamentais “*deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y la dignidad humana*”<sup>19</sup>. Explica Walter Claudius Rothenburg sobre a dimensão material da fundamentalidade dos direitos fundamentais portanto, relativa ao conteúdo, que: “à medida que consagram, a partir de um amplo consenso social, valores constitucionalmente definidos e, assim, subtraídos à discussão (política e judicial) ordinária, visto que dotados de uma legitimidade (Constituinte) reforçada”<sup>20</sup>.

Afirma ainda que:

O modo (racional e participativo) de estabelecimento dos direitos fundamentais é importante e revela, em seu próprio desenvolvimento, a realização de direitos fundamentais, porém não basta uma legitimação exclusivamente através do procedimento.<sup>21</sup>

No entanto, no tocante à positivação dos direitos fundamentais, José Joaquim Gomes Canotilho, com a advertência de que se referem a “direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional”, esclarece que o “local exacto desta positivação jurídica é a constituição”<sup>22</sup>.

A par disso, a positivação dos direitos fundamentais “significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo”<sup>23</sup>.

Por conseguinte, ao mesmo tempo em que coloca esta importante opinião, salienta, com propriedade, que não basta qualquer positivação, vale dizer, devem ser normas constitucionais.

17 O Art. 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988, menciona que a República Federativa do Brasil, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, hoje em voga, e bastante discutida na atualidade, seja tanto no plano processual civil como penal. Proclama BULLOS, 2003, p. 81, ser “o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos nesta Constituição. Daí envolver o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, mas também os direitos sociais, os direitos econômicos, os direitos educacionais, bem como as liberdades públicas em geral”. Mais a frente, diz o autor: “Seja como for, a dignidade da pessoa humana é carro chefe dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. Esse princípio conferiu ao Texto uma tônica especial, porque impregnou-lhe com a intensidade de sua força. Nesse passo, condicionou a atividade do intérprete. A propósito, insta lembrar que a constitucionalização da dignidade da pessoa humana vem plasmada em diversos ordenamentos jurídicos mundiais, o que comprova que o homem é o centro, fundamento e fim das sociedades contemporâneas. Daí a Lei Fundamental de Bonn de 1949, diploma que muito influenciou a Constituição espanhola de 1978, ter enfatizado, logo no Art. 1º, a ‘dignidade da pessoa humana’ (Menschenwürde), in verbis: ‘A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público’. O mesmo aconteceu com a Constituição portuguesa de 1978, que também assegurou a dignidade humana (Art. 1º)”. Ainda sobre a dignidade da pessoa humana, nunca é demais trazer a colação os ensinamentos de NUNES, 2002, p. 49: “Então, a dignidade nasce com a pessoa. È-lhe inata. Inerente à sua essência. Mas acontece que nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce e vive no meio social. E aí, nesse contexto, sua dignidade ganha – ou, como veremos, tem o direito de ganhar – um acréscimo de dignidade. Ele nasce com integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento que seu pensamento tem de ser respeitado –, sua imagem, suas ações, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual – etc., tudo compõe sua dignidade”. Ver ainda: TAVARES, 2002, p. 392-393.

18 BULLOS, 2003, p. 81-82. E continuam os autores: “Formam, como afirmado, uma categoria jurídica. Isso significa que todos os direitos que recebem o adjetivo de fundamental possuem características comuns entre si, assim, uma classe de direitos. Nessa medida possuem peculiaridades individualizadoras, que forjam traços diferenciais das demais categorias jurídicas”.

19 HESSE, 2001, p. 89.

20 ROTHENBURG, 2000, p. 146-147.

21 ROTHENBURG, 2000, p. 146-147. Conclui, que: “É ainda a fundamentalidade que impõe respeito a um conteúdo básico e mínimo aos direitos determinados, aquém do qual não se toleram contenções”.

22 CANOTILHO, 2000, p. 377.

23 CANOTILHO, 2000, p. 377.

Caso isso não aconteça, não se tenha essa positivação jurídica de normas constitucionais, os “direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*)”.<sup>24</sup>

Feitas estas colocações e adotando, a expressão “direitos fundamentais”, cumpre agora consignar, neste breve estudo, algumas das características norteadoras desses direitos.<sup>25</sup> São elas, por exemplo: historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência e irrenunciabilidade.<sup>26</sup>

Os direitos fundamentais possuem caráter *histórico*, vale dizer, se analisarmos seus antecedentes históricos, veremos que os direitos fundamentais nasceram com o cristianismo. Em linhas gerais, o cristianismo assemelhava o homem a Deus, com a indicação da igualdade como um dos pressupostos fundamentais, elevando o homem a um novo patamar de dignidade.

Após o advento do cristianismo e com o esquecimento dos direitos humanos no período, surgiram a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, a Declaração do Bom Povo da Virgínia, em 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 e, finalmente, a Declaração Universal de Direitos do homem em 1948.

A *universalidade*, não mais revela do que a certeza de que os direitos fundamentais são destinados a todos os seres humanos, como salientam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “constituem uma preocupação generalizadora da raça humana”.<sup>27</sup>

De consequência, são os direitos fundamentais marcados pela característica da *limitabilidade*, ou seja, não são absolutos. Pode ocorrer que dois direitos fundamentais se choquem, quando isso acontece, geralmente, o exercício de um direito implica, na maioria das vezes, em uma invasão no âmbito de proteção do outro direito. Havendo isso teremos a “colisão de direitos fundamentais o que deverá ser resolvido mediante a exigência de uma cedência recíproca”.<sup>28</sup>

Por outro lado, não havendo choque entre os direitos fundamentais, poderá haver então, a *cumulação* ou *concorrência* de direitos fundamentais, importa dizer, uma mesma pessoa pode acumular mais de um direito fundamental.

24 CANOTILHO, 2000, p. 377. E continua o mestre citando agora Cruz Villalon: “onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros e privilégios”.

25 Nesse sentido, adverte ROTHENBURG, 2000, p. 146, que: “A doutrina concorda, em essência, ao atribuir características aos direitos fundamentais, embora divirja sobre a quantidade e a nomenclatura. Tais características fornecem o regime jurídico dos direitos fundamentais, através do qual preenchem eles suas funções”.

26 Não longe disso, FERREIRA FILHO, 1997, p. 22-23, 1 vol., também aponta como característica dos direitos fundamentais, a imprescritibilidade, ou seja, os direitos fundamentais, “não se perdem com o passar do tempo, pois prendem à natureza imutável do ser humano”; a inalienabilidade, “pois ninguém pode abrir mão da própria natureza”; a individualidade, “porque cada ser humano é um ente perfeito e completo, mesmo se considerado isoladamente, independentemente da comunidade (não é um ser social que só se completa na vida em sociedade)” e finalmente, estabelece também, como característica dos direitos fundamentais, a universalidade, que “pertencem a todos os homens, e, consequentemente estendem-se por todo o campo aberto ao ser humano, potencialmente o universo”. SILVA, 1997, p. 179-180, também coloca como característica dos direitos fundamentais assim como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a inalienabilidade e a imprescritibilidade. ROTHENBURG, 2000, p. 146-154, apresenta como características dos direitos fundamentais, a fundamentalidade, universalidade e internacionalização, inalienabilidade, indivisibilidade, historicidade, positividade e constitucionalidade, sistematicidade, inter-relação e interdependência, abertura e inexauribilidade, proteção positiva, perspectiva objetiva, dimensão transindividual, aplicabilidade imediata, dentre outros.

27 ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2003, p. 83.

28 *Ibidem*, mesma página.



E finalmente, se direitos fundamentais, são inerentes à dignidade humana, serão também *irrenunciáveis*, não podendo ser objeto de disponibilidade por parte de seus titulares, o que se admite é o não exercício, mas nunca a renúncia a um direito fundamental.

De outra parte, não se pode deixar de trazer à colação, os três níveis de gerações dos direitos fundamentais que a doutrina assim aponta. Vê-se que, conforme já se mencionou acima, os direitos fundamentais, via de regra, passaram pelo menos por duas gerações até chegar à terceira geração ou quiçá à quarta geração, conforme entendem alguns autores.<sup>29-30</sup>

Já de antemão, importa ressaltar, que as *gerações* de direitos fundamentais sucessivas, segundo Paulo Bonavides, “traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo”.<sup>31</sup>

Os direitos fundamentais assim intitulados de primeira geração, também denominados, *direitos civis* ou *individuais e políticos*, ou, como prefere Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “liberdades públicas”,<sup>32</sup> produto peculiar do pensamento burguês do século XVIII,<sup>33</sup> marcado pelo individualismo, proclamavam a abstenção do Estado, no sentido de que são direitos de defesa do cidadão perante o Estado, são direitos que propugnavam o afastamento do Estado das relações individuais e sociais.

Salientam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “o Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social”.<sup>34</sup> São em virtude disso, denominadas *liberdades públicas negativas* ou *direitos negativos*, tendo em vista a exigência de abstenção do Estado.

Os direitos de segunda geração são considerados uma evolução no campo dos direitos fundamentais e tem como desiderato a preocupação com as necessidades mínimas do ser humano. Aqui, “o Estado, em vez de se abster, deve fazer-se presente, mediante prestações que venham a imunizar o ser humano de injunções dessas necessidades mínimas que pudessem tolher a dignidade de sua vida”. São exemplos desta

29 Importa destacar, que há uma enorme crítica, tanto da doutrina nacional como estrangeira, quando se afirma que os direitos fundamentais passaram por gerações. Conforme salienta SARLET, 2001, p. 49: “Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. Nesse contexto, aludiu-se, entre nós, de forma notadamente irônica, ao que se chama ‘fantasia das chamadas gerações de direitos’, que, além de imprecisão terminológica já consagrada, conduz ao entendimento equivocado de que direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento. Ressalte-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensões e ‘gerações’ de direitos, já até se cogitando uma quarta dimensão”. Ainda quanto a terminologia, observar: LOPES, 2001, p. 62-63; BONAVIDES, 1999, p. 525; GUERRA FILHO, 1999, p. 39-40.

30 Quanto a evolução dos direitos fundamentais, cf. BULLOS, 2003, p. 101-103; WOLKMER, 2003, passim; ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2003, p. 87-89; LOPES, 2001, p. 63-65; MENDES, 1999, p. 37-63; SARLET, 2001, p. 50-60; CANOTILHO, 2000, p. 386.

31 BONAVIDES, 1999, p. 517. Observar no mesmo sentido PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limond, 1998, p. 27, que ensina: “partindo do critério metodológico, que classifica os direitos fundamentais em gerações, adota-se o entendimento de que uma geração de direitos não substitui outra, mas com la interage. Isto é, afasta-se a ideia da sucessão ‘geracional’ de direitos, na medida em que se acolhe a ideia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação”.

32 FERREIRA FILHO, 1997, p. 15, 1 vol.

33 SARLET, 2001, p. 50. Para LORENZETTI, 1998, p. 153, a característica “é negativa, são obrigações de não fazer por parte do estado, em benefício da liberdade individual”. Observar, ainda: GUERRA FILHO, 1999, p. 39-40.

34 ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2003, p. 87.

categoria de direitos, “os direitos econômicos e os culturais, quer em sua perspectiva individual, que em sua perspectiva coletiva”<sup>35</sup>

São também denominados direitos sociais, ou seja, direitos que segundo José Afonso da Silva, catalogados como:

prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.<sup>36</sup>

Visam à garantia da igualdade material, sendo enumerados, mas não conceituados, no artigo 6º da Constituição Federal, tendo por escopo garantir a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção maternidade, infância e a assistência aos desamparados.

Direitos estes, que correspondem aos “pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real”.<sup>37</sup>

Finalmente, os direitos fundamentais de terceira geração, representam a preocupação com sentimentos de fraternidade e solidariedade, representam uma nova conquista da humanidade; há a ideia do ser humano não relacionado simplesmente ao indivíduo, mas sim, a uma coletividade, é o direito à paz no mundo, ao desenvolvimento econômico do país, à preservação do meio ambiente, à tecnologia, etc.<sup>38</sup>

Contudo, para a maioria da doutrina constitucionalista temos três gerações ou dimensões, de direitos fundamentais,<sup>39</sup> conforme já se mencionou acima, mas não se desconhece, que, alguns doutrinadores como Uadi Lammêgo Bulos<sup>40</sup> e Paulo Bonavides<sup>41</sup> reconhecem os direitos fundamentais de quarta geração ou dimensão.<sup>42</sup>

Paulo Bonavides, utilizando a expressão *dimensões*, afirma ser esta quarta dimensão, o resultado da globalização dos direitos fundamentais, vale dizer, corresponde à universalização no plano institucional,

35 ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2003, p. 88. Nas palavras de LORENZETTI, 1998, p. 153, essa segunda categoria de direitos possui como característica “obrigações de fazer ou de dar, por parte do Estado”. Ver, ainda: GUERRA FILHO, 1999, p. 40. Para LAFER, 1988, p. 127, “caracterizam-se, ainda, hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades concretas”.

36 SILVA, 1997, p. 277.

37 SILVA, 1997, p. 277.

38 SILVA, 1997, p. 88-89. SARLET, 2001, p. 52, onde esclarece que: “a nota distintiva destes direitos fundamentais da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção”; LAFER, 1988, p. 131, diz que “esses direitos têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou éticas e a própria humanidade”. Ver ainda, os conceitos de: LORENZETTI, 1998, p. 154; GUERRA FILHO, 1999, p. 40.

39 Nesse passo, interessante a ementa do Supremo Tribunal Federal, Pleno, em sede de Mandado de Segurança sob o nº 22164/SP, cujo Relator é o Ministro Celso de Mello, que sintetiza, muito bem, as três gerações de direitos fundamentais; assim dispõe a ementa, in verbis: “EMENTA: Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.

40 BULLOS, 2003, p. 102.

41 BONAVIDES, 1999, p. 524-526.

42 Esclarece Lammêgo Bulos que esses direitos de quarta geração, são direitos relativos à informática, biociência, softwares, alimentos transgênicos, sucessão dos filhos gerados através de inseminação artificial, clonagem, etc. BONAVIDES, 1999, p. 524-526.

que se resume na última fase de institucionalização do Estado Social. Para o autor, esta quarta dimensão é composta, basicamente, pelos direitos à democracia, a informação, bem como pelo direito ao pluralismo.<sup>43</sup>

Importante frisar, a posição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por nós perfilhada, “é preciso ter consciência de que a multiplicação de direitos ‘*fundamentais*’ vulgariza e desvaloriza a ideia”.<sup>44</sup>

Impende realçar, ainda, assertiva de Ricardo Luis Lorenzetti, de que há uma *inflação* de direitos fundamentais, pois, “os que eram tão-somente direitos do homem, hoje o são de muitas categorias de indivíduos em situações diversas”.<sup>45</sup> Contudo, salienta, ainda, que “é salutar que proliferem os direitos, porque dessa maneira as pessoas viverão melhor e haverá mais protegidos”.<sup>46</sup>

Já a doutrina, em geral, segundo o autor supramencionado, “participa de ideia contrária: quanto mais se multiplica a relação dos direitos humanos, menos força terão como exigência”.<sup>47</sup>

Em sendo o acesso à justiça um direito e uma garantia, incondicionada e indissociável da dignidade da pessoa humana deve-se ter mecanismos efetivos de prestação de tutela aos cidadãos, seja a título individual como coletivo, como por exemplo, as formas de tutelas jurisdicionais diferenciadas, visado não o acesso à justiça, mas sim o acesso a ordem jurídica justa.

Todos, indistintamente, possuem o direito de bater às portas do poder judiciário e de principalmente, ter mecanismos que façam alcançar num prazo razoável o bem da vida pretendido, haja vista ser um direito constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXV e LXXVIII, CF).

Desta forma, não importa em qual das gerações ou dimensões que se esteja referindo, o que importa é que, tal direito, constitui um direito fundamental que deve ser garantido e efetivado como forma de se preservar a dignidade da pessoa humana que vigora em um Estado Democrático de Direito como o nosso.

## 2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE: CONCEITO DE PRINCÍPIO E IGUALDADE “PERANTE A LEI” E “NA LEI”

Etimologicamente a palavra princípio, advém do latim *principium, principii*, que significar começo, origem. No dicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira:

Princípio. [Do lat. principiu.] S. m. 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem [...] 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. P. ext. Base, germe [...] 6. Filos. Fonte ou causa de uma ação. 7. Filos. Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida,

43 BONAVIDES, 1999, p. 524-526. Já para LORENZETTI, 1998, p. 154-155, essa quarta geração se refere ao “direito de ser diferente” ou seja, “outros direitos existem, que surgem de um processo de diferenciação de um indivíduo em relação ao outro. Trata-se de questões tais como o direito à homossexualidade, à troca de sexo, ao aborto, a recusar tratamentos médicos que levem à morte [...] supõem um comportamento distinto ao dos demais indivíduos, por isso podem ser englobados sob o rótulo de ‘direito a ser diferente’”.

44 FERREIRA FILHO, 1997, p. 67, 1 vol.

45 LORENZETTI, 1998, p. 162: “No entanto, ainda dispõe que a doutrina, na maioria das vezes, [...] participa de ideia contrária: quanto mais se multiplica a relação dos direitos humanos, menos força terão como exigência”.

46 LORENZETTI, 1998, p. 162.

47 LORENZETTI, 1998, p. 162.

provisoriamente, como inquestionável. [São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas, etc. Cf. princípio do verbo principiar].<sup>48</sup>

Analisando a expressão Manoel Antonio Teixeira Filho<sup>49</sup> assevera:

[...] os princípios constituem formulações genéricas, de caráter normativo, destinados não apenas a tornar logicamente compreensível a ordem jurídica e a justificar ideologicamente essa mesma ordem, como também a servir de fundamento para a interpretação ou para a própria criação de normas legais.

Miguel Reale<sup>50</sup> leciona que

[...] os princípios são ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis.

Também, aplicando-se um critério etimológico a expressão, “igualdade”, observa-se que advém do latim *Aequalitate*, que segundo o Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, significa:

S. f. 1. Qualidade ou estado de igual; paridade. 2. Uniformidade, identidade. 3. Equidade, justiça. 4. Mat. Propriedade de ser igual. 5. Mat. Expressão de uma relação entre seres matemáticos iguais. Igualdade moral. Ét. Relação entre os indivíduos em virtude da qual todos eles são portadores dos mesmos direitos fundamentais que provêm da humanidade e definem a dignidade da pessoa humana.<sup>51</sup>

Neste diapasão, aqueles que se dedicam a escrever e estudar sobre o tema apontam que há diferença entre igualdade formal e igualdade material, muito embora, já seja pacífico que todos almejam e que o sistema jurídico deve privilegiar, justamente, é a igualdade material.

Desta forma, a primeira se refere à igualdade “perante a lei” e a segunda na igualdade “na lei”. Igualdade formal, ou para alguns, igualdade na lei, consiste a obrigação de aplicar a lei ao caso concreto da forma que apresentam, mesmo que essa aplicação cause uma discriminação.<sup>52</sup> Já a igualdade material ou também denominada substancial ou na lei, determina que as normas jurídicas não podem estabelecer distinções que a própria Constituição proíba.<sup>53</sup>

Em rigor, conforme salienta Luís Roberto Barroso<sup>54</sup>:

O princípio da igualdade é auto-aplicável e deve ser considerado sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei é exigência dirigida ao legislador, que, no processo de formação da norma, não poderá incluir fatores de discriminação que rompam com a ordem isonômica.

48 Cf. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1393. No plural a expressão princípios [...] Filos. Proposições de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado, mesma página.

49 TEIXEIRA FILHO, 1999, p. 18.

50 REALE, 1987, p. 299.

51 Novo dicionário da língua portuguesa. 2ª ed. rev. e amp. 32ª impressão. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, p. 915.

52 SILVA, 1997, p. 210; VILAS-BOAS, 2003, p. 20-22.

53 SILVA, 1997, p. 210.

54 BARROSO, 2001, p. 15.

A igualdade perante a lei pressupõe a lei já elaborada e dirige-se aos demais Poderes, que ao aplicá-la, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.

Particularmente, para José Afonso da Silva,<sup>55</sup> tais diferenciações no ordenamento jurídico não subsistem ou não são necessárias, pois “[...] a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei”.

Ainda, no tocante ao princípio da igualdade, este conceito provocou várias teorias que tentavam explicar, a saber: a) teoria nominalista; b) teoria idealista e c) teoria realista.

Para os adeptos da teoria nominalista, a desigualdade é algo universal, ou seja, o homem sempre nasceu desigual, implicando um simples nome, sem nenhuma expressão ou significado no mundo real. Daí, porque teoria nominalista. Por sua vez, a teoria idealista, ressalta, ser a igualdade algo absoluto entre as pessoas. É, nas palavras de Locke, citado por José Afonso da Silva, “[...] uma igual liberdade natural ligada à hipótese do estado de natureza, em que reinava uma igualdade absoluta”.<sup>56</sup>

Rousseau, também citado por José Afonso da Silva, admitia duas espécies de desigualdades: “uma, que chamava natural ou física, porque estabelecida pela natureza, consistente na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito e da alma; outra, que denominava desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção, e é estabelecida, ou ao menos autorizada pelo consentimento dos homens, consistindo nos diferentes privilégios que uns gozam em detrimento dos outros, como ser mais rico, mais nobre, mais poderoso”.

E, finalmente, a teoria realista não nega que os homens são iguais, haja vista serem da mesma espécie, mas isso, não impede a possibilidade de várias desigualdades entre eles, denominadas fenomênicas, ou seja, naturais, físicas, morais, políticas, sociais, etc.<sup>57</sup>

Celso Antonio Bandeira de Melo<sup>58</sup> consigna que o princípio da igualdade não se restringe à garantia da igualdade dos cidadãos entre si, sendo também comando para que a própria norma não pode ser editada de forma a ignorá-lo, prestigiando desigualdades.

Há, para o autor, uma duplicidade de destinatários do comando isonômico. Assim, dirige-se aos aplicadores da lei, que não podem erigir critérios injustificadamente discriminatórios e ao próprio legislador, que deve garantir, quando da elaboração legislativa, que todos recebam tratamento igualitário.

55 SILVA, 1997, p. 210.

56 Ensayo sobre el gobierno civil, II, §§ 4 a 6; Montesquieu, De l' esprit des lois, I, 2 e 3. Apud SILVA, 1997, p. 207.

57 SILVA, 2007, p. 207-208. Interessantes são os comentários sobre o “Princípio Constitucional Da Igualdade E Da Não Discriminação”, de CARLOS, 2004, p. 19-26.

58 Apud ARAUJO e NUNES JUNIOR, 1996, p. 13.

Ainda, para o mesmo autor, a tão consagrada frase de Aristóteles segundo a qual a igualdade consiste em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” não resolve o problema da igualdade, pois, não responde sem deixar dúvidas, quem são os iguais e quem são os desiguais?

Por força disso, para que se proceda aos critérios identificadores do desrespeito a isonomia, deve-se corroborar três critérios: 1º) identificação do elemento discriminador; 2º) justificativa lógica entre o elemento discriminador e a finalidade pretendida e 3) respaldo constitucional.<sup>59</sup>

A junção destes três critérios, nada mais são do que a investigação pelo interprete do que é adotado como critério discriminatório ou *discriminem*, somado ao respaldo racional, e finalmente, verificar se a correlação lógica entre o fator discriminatório e os valores do nosso ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Não menos importante que o artigo 5º *caput* da Constituição Federal de 1988, o Preâmbulo<sup>60</sup>, assim, como vários outros incisos albergados no texto constitucional, também estabelecem o princípio da igualdade como um dos requisitos do Estado Democrático de Direito. É ele conceituado como o documento de intenções de um Estado, “(...) consiste em uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios, demonstrando a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento jurídico de um novo Estado”<sup>61</sup> resume os escopos da Constituição.<sup>62</sup>

O preâmbulo, diante do anúncio dos direitos que formam o Estado Democrático de Direito, adentram como carro chefe para elevar a igualdade como um dos escopos sociais almejados pela sociedade, enquanto garantidor das liberdades individuais e coletivas.

Também, não se pode deixar de trazer à colação, as normas programáticas que revelam os objetivos da República Federativa do Brasil, estampado no artigo 3º da Constituição Federal, onde um dos seus incisos, IV, visa “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Eis um dos fundamentos, no ordenamento jurídico Brasileiro, da legitimidade para as ações afirmativas<sup>63</sup>.

59 ARAUJO e NUNES JUNIOR, 1996, p. 21.

60 A doutrina majoritária, insiste em dizer que o preâmbulo não é norma constitucional, não podendo servir de paradigma comparativo para ADIn, bem como não pode prevalecer contra texto expresso da Constituição Federal. No mesmo sentido observar: MORAES, 2002, p. 49, nota 3; FERREIRA FILHO, 1997, p. 16: “O preâmbulo da Constituição brasileira contém simplesmente afirmações de princípios. Estas desenham um ideal mas não fixam normas obrigatórias. No preâmbulo, ademais, fica bem claro o caráter compositório da inspiração da Constituição de 1988”.

61 MORAES, 2002, p. 48-49.

62 “ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

63 Observar nesse sentido o discurso do Ministro Marco Aurélio proferido no seminário de Discriminação e Sistema Legal Brasileiro promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho em 20 de novembro de 2001, disponível no site: [http://www.gemini.stf.gov/netahtml/discursos/ma\\_palestraTST.htm](http://www.gemini.stf.gov/netahtml/discursos/ma_palestraTST.htm), acessado em 27/11/2001, p. 3 Apud VILAS-BÓAS, 2003, p. 54.

### 3 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS AÇÕES AFIRMATIVAS (*AFFIRMATIVE ACTIONS*)

Historicamente as ações afirmativas surgiram nos Estados Unidos devido à utilização da expressão pelo então Presidente John F. Kennedy, por meio da Ordem Executiva 10925, de 6-3-1961, com o objetivo de ampliar a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho entre negros e brancos norte-americanos<sup>64</sup>.

Nos dias atuais, essa expressão, “ações afirmativas”, representam um termo de alcance bem amplo, que se refere ao

[...] conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, de prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas.<sup>65</sup>

Enfatiza Renata Malta Vilas-Boas que existem outras denominações dadas às ações afirmativas tais como, ações positivas, discriminações positivas, discriminações inversas e políticas compensatórias. Propugna ser “medidas de caráter temporário que visam a igualar as minorias, que, em razão de nossa herança sociocultural, ou do infortúnio, são discriminadas”.<sup>66</sup>

Como bem define Paulo Lucena de Menezes<sup>67</sup>, são:

[...] medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor das categorias que se encontram em posições desvantajosas.

Na verdade, o que se procura com tais ações afirmativas, é a busca da igualdade material, que se vislumbra na necessidade de dar tratamento diferenciado àqueles grupos ou pessoas que são carecedores de isonomia, levando-se em consideração circunstâncias específicas<sup>68</sup>.

Almejam combater discriminações e injustiças ocorridas no passado, resgatando a igualdade estabelecida entre os brasileiros, sem se preocupar se estão entre as categorias hoje denominadas “minorias”<sup>69</sup>, possibilitando, desta forma, que se atinja plenamente a cidadania<sup>70</sup>.

Visam, segundo Eliana Franco Neme “(...) uma outra relação de igualdade, em que os direitos individuais se equilibram diante das necessidades de grupos particulares, e as atividades de ação e omissão estatal”.<sup>71</sup>

64 MENEZES, 2001, p. 27. Ainda, menciona o autor, que o sucessor de Kennedy, Lyndon B. Johnson, se empenhou em “dar ao termo um sentido mais próximo daquele que veio a ser posteriormente consagrado no meio jurídico”. Por meio da Ordem executiva 11246, estimulou que as firmas contratadas pelo Governo buscassem as ações afirmativas, com o escopo de garantir igualdade de oportunidades entre membros de minorias raciais, bem como, dos deficientes físicos, vedando a discriminação. Ver no mesmo sentido VILAS-BÔAS, 2003, p. 33-41.

65 VILAS-BÔAS, 2003, p. 33.

66 VILAS-BÔAS, 2003, p. VI (prefácio).

67 VILAS-BÔAS, 2003, p. 27.

68 VILAS-BÔAS, 2003, p. 21. MENEZES, 2001, p. 29.

69 Interessante trabalho desenvolvido por Elida Séguin, em sua obra *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*, onde ressalta que definir o termo “minorias” não é uma tarefa fácil, devendo observar além dos critérios étnicos, religiosos, lingüísticos, também a realidade jurídica diante das conquistas modernas. SÉGUIN, 2002, p. 9.

70 VILAS-BÔAS, 2003, p. 30.

71 NEME, 2005, p. 299.

São ainda segundo a autora:<sup>72</sup>

um conjunto de medidas legais, modo de vida e política sociais que visam eliminar a discriminação de determinados grupos sociais. Um esforço voluntário, ou obrigatório, imposto pelo Estado para eliminar a discriminação e para promover a igualdade de oportunidades principalmente, no acesso à educação, saúde, assistência social, esporte, cultura, lazer e trabalho.

Atualmente no Brasil, o estudo das ações afirmativas necessariamente compreende o exame da [Lei nº 12.711](#), de 29 de agosto de 2012<sup>73</sup>, a qual determina no Art. 1º que as instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Ainda, em seu parágrafo único estabelece que no preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

Não se desconhece que as ações afirmativas também são lembradas quando relacionadas à diversidade racial. Como bem lembrado por Flávia Piovesan<sup>74</sup>,

[...] enquanto medidas especiais e temporárias, simbolizam medidas compensatórias, destinadas a aliviar o peso de um passado discriminatório, que fez o Brasil um dos últimos a enfrentar a persistência da desigualdade estrutural que corrói a realidade brasileira, por sucessivas décadas. Além disso, permitiriam a concretização da justiça em sua dupla dimensão: redistribuição (mediante a justiça social) e reconhecimento de identidades (mediante o direito à visibilidade de grupos excluídos.

Deve-se ressaltar que o sistema de cotas, conforme assevera Paulo Lucena de Menezes, é somente uma das modalidades de ações afirmativas.<sup>75</sup> Chama atenção o autor, por exemplo, para o artigo 289 da Constituição Estadual da Bahia, o qual prevê no caso de publicidade estadual ser obrigatório, havendo a participação de mais de duas pessoas, a inclusão de uma de raça negra.<sup>76</sup>

Essas ações são medidas legais e políticas sociais com o objetivo de “corrigir as desigualdades e promover a igualdade de oportunidades”.<sup>77</sup> Com efeito, essas medidas se voltam para políticas antidiscriminatórias que favoreçam grupos de negros, portadores de deficiência, idosos, dentre outros<sup>78</sup>.

72 NEME, 2005, p. 299.

73 Anterior à Lei 12.711/12, o Estatuto da Igualdade Social, instituído em 2010 pela Lei n. 12.288/2010, no inciso VII do artigo 4º já prescrevia a implementação de ações afirmativas: “[...] a participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de [...] VII – implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros.”

74 STF e a diversidade racial. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 15 de maio de 2004.

75 MENEZES, 2001, p. 6. Segundo o autor, as cotas consistem no “estabelecimento de um número preciso de lugares ou da reserva de algum espaço em favor de membros do grupo beneficiado”.

76 CAPÍTULO XXIII – Do Negro. Art. 289. Sempre que for veiculada publicidade estadual com mais de duas pessoas, será assegurada a inclusão de uma da raça negra

77 CARLOS, 2004, p. 33.

78 CARLOS, 2004, p. 33.



Se de um lado, busca-se a plena e efetiva igualdade material, de outro, as resistências em se implantar o sistema das ações afirmativas se baseiam principalmente em dois óbices: 1) não são capazes de promover a igualdade, porque, as pessoas que se enquadram no grupo das minorias são vistas pela sociedade como seres não merecedores, pois não alcançaram a igualdade por meio próprio; 2) particularmente, no caso das cotas, por discriminação racial, futuramente não evitaria a volta do racismo.<sup>79</sup>

Esses argumentos, para Peter Singer<sup>80</sup>, são afastados, justamente, na medida em que destaca estarem essas ações em perfeita consonância com o ordenamento jurídico, não violando qualquer tipo de direito fundamental das pessoas que são por ela excluídos, bem como, não contraria nenhum princípio justo de igualdade. Para o autor, o que revela dúvida é justamente saber se estas ações irão funcionar ou não, mas o importa realmente é tentar. Trata-se de política pública que almeja concretizar o princípio constitucional da isonomia.

Neste diapasão, em agudo magistério, por nós irrestritamente endossado, importa destacar, a opinião de Flávia Piovesan sobre o tema, afirmando que:

As ações afirmativas, igualdade e democracia compõem um trinômio indissociável, em que as primeiras levam à igualdade que, por sua vez, assegura a democracia. Vale dizer, a democracia requer o exercício, em igualdade de condições, dos direitos fundamentais básicos, estando a busca democrática diretamente relacionada com a capacidade/possibilidade de representação/participação de grupos sociais vulneráveis nas instituições públicas e privadas”. Se a igualdade não é um dado, mas um construto, uma invenção histórica (como dizia Hannah Arendt) que possamos formular alternativas reais que sejam capazes de transformar a paisagem brasileira, convertendo a igualdade formal em igualdade real<sup>81</sup>.

Entretanto, não podemos deixar de enfatizar que obviamente reformar os níveis educacionais superiores, sem que haja mudanças nos níveis educacionais inferiores está longe de ser uma política adequada. A melhoria da qualidade do ensino básico é premissa lógica para o sucesso da política pública das cotas nas universidades brasileiras.

Sem a menor sombra de dúvidas a evasão escolar, que é hoje um dos grandes problemas educacionais, está intimamente ligada a esta reforma parcial do sistema educacional, ao tornar factível que jovens com bases educacionais tão díspares sejam nivelados e obrigados a aprender da mesma forma.

Além das dificuldades escolares, as econômicas também fomentam a evasão escolar. Os alunos de baixa renda têm que arcar com o alto custo do material escolar, da alimentação, da locomoção e, muitas vezes, de habitação o que fica ainda mais evidente nas situações em que preenchem vagas em universidades longínquas de suas residências de origem. Questionamos se as regras do Sisu (sistema de seleção unificada), ferramenta

79 VILAS-BÔAS, 2003, p. 34-35.

80 Ética prática. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998, p. 61. Apud VILAS-BÔAS, 2003, p. 35.

81 Flávio Piovesan. Ações afirmativas e democracia. São Paulo: Jornal O Estado de São Paulo., 1997, <http://www.estadao.estadao.com.br/edição/pano/97/02/16/ARTMESG.htm>

do governo para selecionar alunos para universidades públicas com a nota do Enem (exame nacional do ensino médio), não deveriam ser alteradas, uma vez que este sistema torna ainda mais dramática esta situação.

Não nos olvidamos de que a falta de vocação, o descontentamento com o curso/profissão escolhidos também são causas relevantes à evasão escolar e completamente dissociadas do sistema de cotas. Assim, é necessária a realização de análises científicas sobre os motivos que levaram os alunos a abandonarem seus cursos e aferir, se há, ou não, inter-relação com as ações afirmativas educacionais para que estas sejam aprimoradas e de fato atendam a contento a população que necessita desta política pública.

Por fim, devemos frisar que a própria Lei 12.711/12, estabelece no art. 7º o prazo de dez anos para a revisão do programa especial de acesso às instituições de educação superior, o que evidencia que este programa foi criado para atender a uma situação de emergência nacional diante do estado de calamidade em que se encontrava e ainda se encontra a escola pública, o que ficou ainda mais evidente no enfretamento nos problemas acarretados pela COVID19. Nestes dez anos, todo o nosso sistema educacional deveria ter sido revisto e aprimorado para que os jovens de baixa renda tivessem desde cedo acesso a uma educação de melhor qualidade, o que infelizmente ao que tudo indica não será alcançado tão brevemente.

## 4 CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou uma nova ordem ao restabelecer a democracia e tutelar os direitos fundamentais de forma ampla e consolidada. Entretanto, a efetivação desses direitos, se mostra nos dias atuais, ainda uma realidade muito distante para a grande maioria dos brasileiros. De tal sorte que as ações afirmativas se mostraram como a única possibilidade para que a tão aclamada igualdade material fosse minimamente efetivada, estando, portanto, em perfeita harmonia com os artigos 3º, 5º, I da CF.

No que diz respeito à educação, há pouquíssimo tempo atrás, majoritariamente, apenas as camadas sociais economicamente mais privilegiadas tinham acesso ao ensino superior. Sem o sistema de cotas uma mudança tão drástica neste cenário seria bastante improvável, o que por si só comprova a real necessidade da sua implantação, seu aprimoramento e sua manutenção.

No entanto, o ideal seria que estas ações fossem aplicadas por período limitado de tempo em que o sistema educacional fosse reformulado e implementado para atender satisfatoriamente a toda a população. Mas, diante da situação socioeconômica do nosso país, as imensas desigualdades regionais, sua extensão continental a implementação do direito constitucional à educação em sua plenitude soa mais como utopia do que realidade possível de ser alcançada.

## REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Os direitos e deveres individuais e coletivos da nacionalidade, dos direitos políticos e dos partidos políticos**. São Paulo: CPC, 1996.
- BARROSO, Luis Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada e legislação complementar**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. rev., e atual. até a Emenda Constitucional nº 39/2002. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
- CARLOS, Vera Lúcia. **Discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2004.
- DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *In*: Questões contemporâneas e o direito. **Cadernos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba**. Piracicaba, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. atual., e reformulada. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 1.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- HESSE, Konrad. **Significado de los derechos fundamentales**. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- NEME, Eliana Franco. Os modelos americanos e as ações afirmativas. *In*: NEME, Eliana Franco (coord.). **Ações afirmativas e inclusão social**. Bauru: Edite, 2005.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ARAUJO, Luiz Alberto David. **Os direitos e deveres individuais e coletivos da nacionalidade, dos direitos políticos e dos partidos políticos**. São Paulo: CPC, 1996.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Revista de direito constitucional e internacional**, ano 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como ‘clausulas pétreas’. *In*: Direitos fundamentais: crises e contra(a)ações. **Cadernos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba**. Piracicaba, 2003.
- SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 14. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Cadernos de processo civil: jurisdição, ação e processo**. São Paulo: LTr, 1999. v. 1.
- VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

# CAPÍTULO 11

## REFLEXÕES SOBRE IGUALDADE DE GÊNERO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA ANTIDISCRIMINATÓRIA

Grazielly Alessandra Baggenstoss

### 1 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E A SIMETRIA ENTRE MULHERES E HOMENS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é geralmente qualificada como Constituição Cidadã e uma das constituições mais avançadas do mundo<sup>1</sup>, em que, além de organizar e limitar o poder estatal, também garante direitos individuais, coletivos e sociais para os membros de sua sociedade – direitos esses reconhecidos como pré-estatais a fim de frear ocorrências totalitaristas, que relativizaram vidas, como a Ditadura Civil-Militar que precedeu a Assembleia Constituinte Brasileira. Nisso, reconhece-se, pela Constituinte, um debate intenso de diversos movimentos sociais brasileiros, reivindicando diversos direitos de proteção contra lógicas e estruturas de opressão:

As demandas que vinham da sociedade clamavam pelo reconhecimento de novos direitos para vários grupos, ou minorias anteriormente reprimidas e invisíveis, dando espaço à (re)construção do novo, e novas frentes de lutas, com destaque ao movimento feminista, movimento social de crianças e adolescentes (Movimento Criança Constituinte), movimento negro, movimento indigenista, o movimento gay e LGBT, entre outros<sup>2</sup>.

Da profusão de movimentos sociais na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, destaca-se o movimento feminista, que foi precursor na participação legislativa brasileira e representou uma mudança de atuação da participação das mulheres no Parlamento brasileiro<sup>3</sup>. O movimento feminista, impulsionado por diversas frentes, foi destacado pelo Lobby do Batom, consistente em uma aliança suprapartidária formada por deputadas e senadoras “que serviu de elo entre os Constituintes e os movimentos de mulheres”<sup>4</sup>. De acordo com Monteiro<sup>5</sup>:

1 CANÁRIO, Pedro. Constituição brasileira é das mais avançadas do mundo. *Consultor Jurídico*, 16 out. 2013. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-out-16/constituicao-brasileira-avancadas-mundo-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 15 set. 2020.

2 LIMA, Fernanda da Silva. *Os direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes negros à luz da proteção integral: limites e perspectivas das políticas públicas para a garantia de igualdade racial no Brasil*. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. p. 135.

3 KRAUS, Mariella, Movimentos feministas na Constituinte de 1987-1988 e suas influências no texto constitucional. *In*: BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. *Direito e feminismos: rompendo grades culturais limitantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 145.

4 MONTEIRO, Ester. Lobby do Batom: marco histórico no combate a discriminações. *Agência Senado*, 06 mar. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/06/lobby-do-batom-marco-historico-no-combate-a-discriminacoes>. Acesso em: 13 set. 2021.

5 MONTEIRO, Ester. Lobby do Batom: marco histórico no combate a discriminações. *Agência Senado*, 06 mar. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/06/lobby-do-batom-marco-historico-no-combate-a-discriminacoes>. Acesso em: 13 set. 2021.

A atuação da bancada atendeu às expectativas do movimento reivindicatório das mulheres brasileiras que participaram da campanha Mulher e Constituinte, promovida pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), criado dois anos antes, para estimular a participação da população feminina no processo e eleger maior número de parlamentares do sexo feminino. A “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes”, entregue ao presidente da Assembleia Nacional Constituinte, deputado Ulysses Guimarães, pela presidente do CNDM, Jaqueline Pitanguy, em marco de 1987, foi resultado de uma intensa campanha nacional, em articulação com ativistas, movimentos feministas, e associações diversas de todo o país durante dois anos. Com esse documento, elas levavam ao parlamento brasileiro a principal conclusão da campanha: “Constituinte pra valer tem que ter direitos das mulheres”.

Das metas propostas pelo Lobby do Batom, destacam-se a licença-maternidade de 120 dias, o direito à posse da terra ao homem e à mulher, igualdade de direitos e de salários entre homem e mulher e formas para combate da violência doméstica. Além de temáticas vinculadas diretamente ao direito das mulheres, defendia-se também temas da Ordem Social, tais como:

[...] ampliação e democratização dos mecanismos de adoção de crianças e adolescentes; valorização do trabalho das empregadas e empregados domésticos; aumento da oferta de creches para os filhos das trabalhadoras; aposentadoria aos 60 anos de idade para todos; e mecanismos de combate à exploração do trabalho do menor. A bancada feminina propunha, ainda, a flexibilização das regras que regiam a dissolução do casamento, o direito à educação integral a todos os cidadãos<sup>6</sup>.

Apesar de nem todas as propostas serem aceitas, calcula-se que aproximadamente 80% das reivindicações foram aprovadas. Isso significou que:

As mulheres conquistaram, na Constituinte de 1988, a igualdade jurídica entre homens e mulheres, a ampliação dos direitos civis, sociais e econômicos das mulheres, a igualdade de direitos e responsabilidades na família, a definição do princípio da não-discriminação por sexo e raça-etnia, a proibição da discriminação da mulher no mercado de trabalho e o estabelecimento de direitos no campo da reprodução<sup>7</sup>.

Do saldo proposto e não aceito, “não foram alcançados objetivos como garantias no campo dos direitos sexuais e reprodutivos, em particular quanto ao aborto, por causa das resistências oferecidas por alguns dos demais Constituintes”<sup>8</sup>. Mesmo assim, a participação dos movimentos feministas na última Constituinte brasileira é identificada como fundamental para a construção de uma constituição que inaugurou “o regime democrático no Brasil instalando uma nova ordem jurídico-constitucional [...], o que significou um marco legislativo no tocante aos direitos das mulheres e à ampliação de sua cidadania no plano jurídico nacional [...]”<sup>9</sup>.

6 SOUZA, Marcius F. B. de. A participação das mulheres da elaboração da Constituição de 1988. *Estudos Legislativos Senado*, *sd*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-a-participacao-das-mulheres-na-elaboracao-da-constituicao-de-1988>. Acesso em: 15 de set. 2020.

7 MONTEIRO, Ester. Lobby do Batom: marco histórico no combate a discriminações. *Agência Senado*, 06 mar. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/06/lobby-do-batom-marco-historico-no-combate-a-discriminacoes>. Acesso em: 13 set. 2021.

8 MONTEIRO, Ester. Lobby do Batom: marco histórico no combate a discriminações. *Agência Senado*, 06 mar. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/06/lobby-do-batom-marco-historico-no-combate-a-discriminacoes>. Acesso em: 13 set. 2021.

9 KRAUS, 2019, p. 145. Além disso, a Constituição ainda traz, no que se refere à tutela dos direitos humanos em geral, o parágrafo 2º do artigo 5º, que representa a abertura material dos direitos fundamentais do sistema constitucional pátrio ao sistema de direitos humanos internacional, informando que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

De tal cenário, passou-se a vincular a Constituição Brasileira de 1988 como promotora da igualdade entre homens e mulheres e, especialmente, como propulsora à igualdade de gênero. Mas, o que representa, nesse sentido, igualdade, tendo em vista que, na materialidade, são observadas diversas estruturas discriminatórias e violentas contra mulheres e em diversos espaços. A expressão igualdade, assim, convoca-nos à busca de uma definição em que possamos partilhar um consenso e ao entendimento de que deve ser uma diretriz que viabilize o enfrentamento contra discriminações existentes na sociedade brasileira. Além disso, é necessário o questionamento sobre qual gênero estamos falando e de quais mulheres estamos falando? Especialmente: será que a formalidade escrita de alguma igualdade nos é suficiente?

Com tais inquietações, a proposta deste escrito é refletir sobre o *ser* e o *dever ser* da Constituição Federal, especialmente no tocante à *igualdade entre homens e mulheres*, e pensar sobre uma forma de como superar um pensamento puramente cartesiano, que se omite frente às discriminações, e alcançar uma postura antidiscriminatória, com uma hermenêutica plural e diversa. Pensa-se gênero, assim, em suas dissidências e em suas articulações com raça de modo multidimensional e não finalizado, condicionado, ainda, a diversas outras possibilidades existenciais. Afinal de contas, uma compreensão sobre a igualdade de gênero não deve considerar categorias lineares e reducionistas da própria realidade, sob pena de se promover um exame inexistente que não se alça em nenhum contexto. Para tanto, também, é necessário trazer à luz alguns delineamentos sobre como determinadas vidas foram e são percebidas, lidas e tratadas quando da Constituinte para pensarmos como as normas constitucionais tratam determinadas vidas e para planejarmos estratégias de enfrentamento às discriminações, para finalmente podermos considerar qual igualdade, de fato, é contingente e como podemos ampliá-la eficazmente a todas e a todos.

Para tal diálogo, após explanações iniciais sobre Direito Antidiscriminatório, são trazidas considerações do recorte temporal relativo à Constituinte e à Constituição sobre alguns desses grupos de pessoas, a fim de entendermos qual a lógica de discriminação que os impede de terem seus direitos respeitados e de, materialmente, alcançar a igualdade. Frisa-se que as ponderações são fracionamentos de determinados contextos – logo, não são exaurientes da complexidade dos processos complexos políticos –, mas simbolizam o quanto precisamos avançar para falarmos em igualdade de gênero.

## 2 DE QUAL IGUALDADE ESTAMOS FALANDO? E PARA QUEM VALE?

Para nos atentarmos à questão da igualdade e à desigualdade, não é suficiente que nos atenhamos a uma conceituação de igualdade formal, que caracterizará uma uniformidade virtual de tratamento entre as pessoas, “sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, Constituição Brasileira de 1988). É necessário que sejamos letrados em teorias sobre igualdade e discriminação, compreendendo a complexidade dos fenômenos sociais e conhecendo a diversidade da sociedade.

Adilson Moreira, professorando sobre discriminação, leciona que há diversas modalidades de discriminação. O tratamento discriminatório na sua modalidade direta é um entendimento tradicional, “em que as pessoas são tratadas de forma diferenciada e desvantajosa por motivos que não pode ser juridicamente ou moralmente justificados. Portanto essa forma de discriminação acontece quando o ideal igualitário que anima o conceito de justiça simétrica é desrespeitado”<sup>10</sup>. Alerta, contudo, que a discriminação pode ocorrer mesmo sem a “intenção de discriminar um indivíduo e também em situações nas quais não há a utilização de formas de diferenciação legalmente vedadas”<sup>11</sup>. Isso porque “uma norma jurídica, política pública ou decisão institucional podem obedecer ao princípio da generalidade, não sendo dirigidas a nenhum grupo específico”, mas, quando da sua aplicação, “pode ter um efeito desproporcional sobre uma determinada classe de indivíduos, o que caracteriza a discriminação indireta. Uma norma dirigida à generalidade das pessoas, não fazendo, portanto, menção a quaisquer características pode ter efeitos discriminatórios”<sup>12</sup>.

Além dessas duas modalidades de discriminação que podem ser examinadas em uma dimensão das relações sociais, há outras formas discriminatórias que são multidimensionais, tais como a discriminação institucional, a discriminação estrutural e a discriminação intergeracional. A discriminação institucional representa a “forma de tratamento desfavorável que tem origem na operação de instituições públicas ou privadas”, que se manifesta “[...] quando seus agentes tratam indivíduos ou grupos a partir de estereótipos negativos que circulem no plano cultural” e “tem um objetivo específico: a utilização de certas categorias como critérios de ação institucional com o objetivo de promover a subordinação e manter o controle social sobre membros de um determinado grupo”<sup>13</sup>. Já a discriminação estrutural “ocorre quando a acumulação de desvantagens sociais causadas por diversas formas de discriminação concorre para a estratificação, o que coloca certos grupos em uma situação de subordinação durável ou permanente. Enfatiza-se que “os processos sociais que convergem para gerar diferentes formas de desvantagens materiais”, sendo que os “mecanismos discriminatórios como o racismo ou o sexismo não são apenas expressões comportamentais, mas sim sistemas de controle social que informam diferentes aspectos da vida dos indivíduos”<sup>14</sup>. Por sua vez, a discriminação intergeracional acarreta “consequências de práticas discriminatórias não afetam apenas as gerações presentes”<sup>15</sup>. O indicativo são “[...] efeitos de exclusão social [que] podem se reproduzir ao longo do tempo, fazendo com que diferentes gerações de um mesmo grupo sejam afetadas por práticas discriminatórias”<sup>16</sup>.

10 MOREIRA, Adilson. **O que é discriminação**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017. p. 102.

11 MOREIRA, Adilson. **O que é discriminação**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017. p. 102.

12 MOREIRA, Adilson. **O que é discriminação**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017. p. 102.

13 MOREIRA, Adilson. **O que é discriminação**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017. p. 132.

14 MOREIRA, Adilson. **O que é discriminação**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017. p. 136. Ainda, “é uma discriminação enfrentada “por grupos sociais que não têm o mesmo acesso a oportunidades educacionais, que não podem obter formação educacional mais elevada, que são impedidos de ter acesso às mesmas oportunidades profissional por faltas de educação formal, que são discriminadas dentro das empresas nas quais trabalham, que não têm poder político para transformar essa situação” (MOREIRA, 2017, p. 136).

15 MOREIRA, Adilson. **O que é discriminação**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017. p. 138.

16 “Se uma pessoa é impedida de ter acesso a oportunidades profissionais por ser membro de uma minoria racial, ela terá dificuldades para garantir que seus filhos tenham acesso às melhores oportunidades escolares” (MOREIRA, 2017, p. 138).

Compreendendo que as discriminações ocorrem de modo complexo e estrutural, entende-se que, historicamente, determinados grupos de pessoas experimentam essas discriminações e, por consequência, violações de direitos humanos porque destoam de uma lógica heterocisnormativa de tradição branca-ocidental. O direito, enquanto Constituinte e constituído da sociedade, reflete e reforça tais discriminações. A Constituição Brasileira, por mais avançada que seja considerada em determinados campos, terá a sua concretização efetiva e ética tão somente quando houver o reconhecimento de que a igualdade de corpos diversos do sistema hegemônico está longe de ser alcançada. Para isso, é necessário o comprometimento de que a ordem jurídica é instrumental, visando a proteção da vida; e, por consequência, é imprescindível um reconhecimento responsável e plural sobre as vidas em sua faticidade, que não se encerra em uma concepção binária e reducionista do que é o gênero.

### 3 SOBRE QUAL GÊNERO ESTAMOS TRATANDO?

Para a compreensão sobre gênero e sobre qual mulher estamos falando, é necessário destacar que gênero não é sinônimo de mulher<sup>17</sup>. No contexto jurídico brasileiro, a expectativa de gênero e o reconhecimento das pessoas por meio de tal marcador social é restrito ao binarismo mulher-homem.

A Constituição de 1988, enquanto um documento de seu tempo e na literalidade de seu texto, não emprega o termo gênero. Ressalta-se que, na década de 80, os Estudos de Gênero estavam ainda iniciando no Brasil<sup>18</sup>. Assim, consta somente o termo sexo no texto constitucional, em espelho à visão hoje considerada reducionista de que sexo e gênero eram sinônimos. A partir dos Estudos de Gênero, constatou-se a existência de normas sociais e jurídicas que orientam a leitura e o reconhecimento dos corpos e expressões em um grupo social<sup>19</sup>, que, em sua forma normativo-social, promove a formação de um binarismo dos sexos, os quais são percebidos apenas masculino ou feminino – excluindo-se, assim, qualquer outra possibilidade considerada saudável<sup>20</sup>.

Em virtude da conscientização sobre o campo LGBTQ+ e da inserção, no rol legislativo nacional e internacional, dos direitos humanos relativos a gênero (bem como sobre identidade e orientação sexual), a leitura do texto constitucional deve observar o sentido a ser conferido pela expressão sexo, bem como aos institutos correlatos, a fim de que sejam respeitadas as normativas internacionais mencionadas e os próprios princípios constitucionais adotados, visando à coerência do sistema jurídico<sup>21</sup>.

17 BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. Na performatividade de gênero, temos que se refere ao conjunto de atos complexos que fazemos cotidianamente e que nos faz estarmos ou não em conformidade com determinadas regras sociais. São expectativas naturalizadas, a partir de um complexo de justificações (políticas, morais, religiosas, econômicas, jurídicas) sedimentadas no nosso processo histórico, que nos fornecem uma determinada estabilidade de como as *coisas são*. Contudo, tal estabilidade nas expectativas pode representar invisibilização de diversas formas de existência, afetividade e saberes outros.

18 Cf. HEILBORN, Maria Luiza; SORJ, Bila. Estudos de gênero no Brasil. In: MICELI, Sérgio (org.) **O que ler na ciência social brasileira (1970-1995)**. ANPOCS/CAPES. São Paulo: Editora Sumaré, 1999. p. 183-221. Disponível em [http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/102\\_653\\_EstudosdeGeneronoBrasilI.pdf](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/102_653_EstudosdeGeneronoBrasilI.pdf). Acesso em: 13 set. 2021.

19 OLIVEIRA, João Manuel de. **Desobediências de gênero**. Salvador: Devires, 2017. p. 13-14.

20 OLIVEIRA, 2017, p. 15. Além disso, destaca-se que a relação entre as figuras representativas desse binômio não é horizontal: em virtude de pensamento patriarcal, há a subordinação dos corpos femininos em homenagem aos corpos masculinos, aos quais são relegadas as esferas de poder e de exemplo de sucesso.

21 Essa calibragem dos sentidos dos termos presentes na Constituição é chamada *Mutação Constitucional*, um exercício hermenêutico necessário para atualizar a legislação pátria e as expressões constitucionais a fim de que correspondam ao dinamismo social. Em tal espectro, ainda, considera-se o critério hermenêutico inclusivo: tratando-se de direitos fundamentais, eventuais atos ou relações devem ser albergadas pela norma constitucional, por interpretação extensiva, mesmo que seu texto não lhe traga a menção literal. Nesse compasso, a literalidade não é delimitação para aplicação do termo constitucional; mas, sim, funciona como ponto de partida para conferir o sentido protetivo constitucional



Com movimentação complexa de diversas frentes – social, científica, legislativa e judicial, dissociou-se, no campo jurídico, a ideia de sinônimo entre as expressões sexo e gênero; contudo, os termos mantiveram-se associados. Assim, gênero passou a ser entendido como *uma dimensão socialmente construída em relação ao sexo*, o qual é definido quando do nascimento da pessoa<sup>22</sup>. Nesse sentido, gênero está associado à identidade de gênero e à orientação sexual; quaisquer não correspondências às expectativas que se tenha de uma pessoa por conta de seu sexo/gênero, pode ser denominada, ainda, de dissidência de gênero.

Do gênero, ainda, pode-se pensar a questão da identidade de gênero e da orientação sexual. A identidade de gênero, a partir da definição colocada, é estabelecida juridicamente a partir da correspondência ou não com o gênero que lhe foi atribuído, em razão do sexo, ao nascimento. No que se refere à Identidade de Gênero, segundo o [Decreto n.º 8.727, de 28 de abril de 2016](#), é “dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento”. Tal dimensão pessoal relacionar-se-á com as normas de gênero estabelecidas em um determinado contexto (tempo e espaço geopolítico) e é nominadamente produzida, como explicado, a partir do sexo<sup>23</sup>. Já a orientação sexual é categorizada a partir do gênero das pessoas com quem se estabelecem relações afetivo-sexuais. Anteriormente cunhada de forma equívoca como “opção sexual”<sup>24</sup>, a orientação sexual diz respeito, conforme explicitado, às diferentes formas de relação afetiva e sexual das pessoas. Como está associada ao gênero, a orientação sexual será categorizada a partir do gênero da pessoa com quem se relaciona<sup>25</sup>.

Falando em gênero, portanto, estamos falando sobre mulheres lésbicas, mulheres trans, homens bissexuais, pessoas intersexo, e toda uma diversidade existencial que concepções linguísticas, muitas vezes, não conseguem dar conta. Mas, no que se refere ao mínimo compreendido pela normatividade de gênero, o debate sobre igualdade de gênero deve passar por tais marcadores, bem como por tantos outros, abrangendo, por exemplo, mulheres lésbicas negras, mulheres trans heterossexuais, homens indígenas homossexuais. Analisar, por conseguinte, a normatividade de gênero refere-se à observação dos dinamismos sociais havidos em sua razão, deve considerar a forma com que as pessoas são identificadas em sua expressão concreta, intercaladas “por outras

necessário às vidas que careçam de tal tutela. Critério no que o STF, ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, em que o STF reconheceu a união estável para casais do mesmo gênero, vincula-se a sentença de que *o que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido*. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 46-48 e 270.

22 O [Decreto n.º 8.727, de 28 de abril de 2016](#), Há diversas definições sobre gênero na literatura especializada sobre o tema. A concepção aceita pelo sistema jurídico aproxima-se à ideia trazida por Joan Scott, no artigo gênero: uma categoria útil para análise histórica (disponível em [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod\\_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf)). Destaca-se que há críticas sobre tal concepção, especialmente fora do âmbito jurídico, em que estudos científicos e construções teóricas mais recentes trarão que a dimensão biológica das pessoas também são concepções sociais, a partir de sentido compartilhados em momentos históricos diversos. Mas, por ora, devido à coerência epistemológica do Direito brasileiro, atém-se à definição trazida no corpo do texto.

23 Assim, a identidade de gênero pode coincidir com o sexo designado no nascimento ou pode divergir do sexo designado; no primeiro caso, há a ocorrência da cisgeneridade (*peçoas cis*); no segundo, verifica-se transgeneridade, travestilidade, transexualidade (*peçoas trans*). Há ainda as pessoas que não se identificam com nenhum gênero do binômio “homem-mulher”: são as pessoas não-binárias.

24 É termo considerado equivocadamente considerando o fato de que as pessoas não escolhem sua dimensão relacional afetiva.

25 Assim, exemplificadamente, se a relação afetivo-sexual é com pessoa de mesmo gênero, a pessoa poderá ser lésbica, homossexual, bissexual; se for com pessoa de gênero diverso, heterossexual.

matrizes de opressão e privilégio, como é o caso da raça, sexualidade, posição de classe, entre outras”<sup>26</sup>, considerando que a encarnação de uma pessoa é constituída de imensa complexidade de existência.

Diante dessa explanação, para este escrito de reflexão sobre igualdade de gênero estabelecida na Constituição Brasileira de 1988, apresentam-se, vinculada à questão de gênero, outras temáticas relativas à sexualidade, quais seja a identidade de gênero e a orientação sexual, bem como algumas questões raciais atinentes ao contexto brasileiro, observadas a partir da deferência constitucional.

### 3.1 A CONSTITUIÇÃO E A COMUNIDADE LGBT+

Na Constituinte de 1988, os movimentos relativos à comunidade LGBT+ não tiveram o mesmo sucesso que o do movimento feminista. Houve a tentativa da expressão “discriminação por orientação sexual” no artigo 5º do texto constitucional, mas a demanda foi vetada por deputados da bancada religiosa<sup>27</sup>, ao argumento de que “os evangélicos não querem que os homossexuais tenham igualdade de direitos porque a maioria da sociedade não quer” e que “[...] os direitos que eles (homossexuais) entendem como seus podem ser prejudiciais à formação da própria família, podem ser prejudiciais, inclusive, à formação e à educação”<sup>28</sup>. Na tentativa, “o movimento LGBT brasileiro é o primeiro na tentativa de pautar o direito a não discriminação por orientação sexual”<sup>29</sup>.

Por consequência, com as omissões institucionais do Legislativo e do Judiciário no período, a alternativa do movimento LGBT foi buscar ações perante o Executivo<sup>30</sup>, em que “a intensificação das investidas no Executivo fez com que o movimento atuasse influenciando diretamente os sistemas de educação, segurança e saúde, se aproximando também das universidades, de outros movimentos sociais e dos partidos políticos”<sup>31</sup>. Atualmente, percebe-se um movimento do Judiciário no tocante ao reconhecimento dos direitos da comunidade LGBT+, incorporando a Mutação Constitucional e a Interpretação conforme a Constituição para apresentar uma leitura mais ética e plural da realidade.

Além do Reconhecimento da União Estável Homoafetiva (2011) e do Reconhecimento da Identidade de Gênero (2018), em 2019, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26,

26 OLIVEIRA, João Manuel de. **Desobediências de gênero**. Salvador: Devires, 2017. p. 15.

27 IRINEU, Bruna Andrade. Exercendo a “crítica lesbofática” às demandas por uma “cidadania LGBT” no contexto brasileiro (2003-2016). **Revista Periodicus**, Salvador (BA), v. 1, n. 7, 2017. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/revistaperiodicus/article/view/22274>. Acesso em: 10 out. 2020.

28 CÂMARA, Cristina. **Cidadania e orientação sexual**: a trajetória do grupo Triângulo Rosa. Rio de Janeiro: Academia Avançada, 2000. p. 129, citando o deputado Salatiel Carvalho, que apresentou tais argumentos do antigo Partido da Frente Liberal (PFL-PE), hoje a sigla DEM – Partido dos Democratas.

Na década seguinte: “[...] o Projeto de Lei no 1.151/95, de autoria da deputada Marta Suplicy, previa a parceria civil registrada (PCR) entre pessoas do mesmo sexo, visando à proteção dos direitos à propriedade, usufruto de bens caso o/a parceiro/a venha a falecer, pensão e plano de saúde, entre outras, e atravessou o novo século sem aprovação. Mais recentemente entrou para essa lista o Projeto de Lei 122/2006 (que criminaliza a discriminação às pessoas LGBT), criticado com rigor pela Frente Parlamentar Evangélica, apesar de reformulado diversas vezes até ser arquivado no ano de 2013” (IRINEU, 2017, p. 82).

29 IRINEU, Bruna Andrade. Exercendo a “crítica lesbofática” às demandas por uma “cidadania LGBT” no contexto brasileiro (2003-2016). **Revista Periodicus**, Salvador (BA), v. 1, n. 7, 2017. p. 82.

30 IRINEU, Bruna Andrade. Exercendo a “crítica lesbofática” às demandas por uma “cidadania LGBT” no contexto brasileiro (2003-2016). **Revista Periodicus**, Salvador (BA), v. 1, n. 7, 2017. p. 82.

31 IRINEU, Bruna Andrade. Exercendo a “crítica lesbofática” às demandas por uma “cidadania LGBT” no contexto brasileiro (2003-2016). **Revista Periodicus**, Salvador (BA), v. 1, n. 7, 2017. p. 82.

de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989). A decisão também firmou o entendimento que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize os atos mencionados. No campo legislativo<sup>32</sup>, tramita no Senado Federal o Estatuto da Diversidade Sexual (PL 134/2018), que trata desde questões expressas de direitos humanos a questões previdenciárias da Comunidade LGBTQ+. A PL foi encaminhada à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) pela Comissão Especial da Diversidade Sexual e Gênero da Ordem dos Advogados do Brasil e movimentos sociais.

Nesse cenário, percebe-se que as ações voltadas à proteção dos direitos fundamentais da comunidade LGBTQ+ são referentes mais à política de governo, do que política de Estado, tratando-se de caráter interpretativo, que trazem insegurança jurídica pela possibilidade de alteração legislativa, e de caráter governamental, à sorte do diagrama político a ser conferido pelo Executivo. Tal cenário pode se enquadrar como que Oliveira intitula enquanto *cidadania de consolação*, estruturada por uma cidadania de política sexual em que o acesso a bens fundamentais da vida é condicionado à lógica política, e não é pleno<sup>33</sup>.

### 3.2 A CONSTITUIÇÃO E QUESTÕES RACIAIS SOBRE PESSOAS NEGRAS

A Constituição Brasileira de 1988, dentre as normas referentes ao princípio da dignidade humana e da não discriminação, apresenta como princípio o repúdio ao racismo (art. 4º. VIII) e estabelece, no art. 5º, XLII, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão”, nos termos da Leiº 7.716, de 1989.

Importante considerar que o Estado Brasileiro é signatário de tratado estabelecido anteriormente – em 1969, qual seja a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, promulgada pelo Decreto nº 65.810, de 1969<sup>34</sup>. Apesar do tempo de vigência da mencionada Convenção, a qual já trazia concepção de discriminação estrutural e intergeracional, no século passado, em diversas instituições brasileiras, tanto políticas quanto acadêmicas, algumas teorias raciais discriminatórias promoviam práticas racistas e a exclusão social das pessoas negras, tais como o racismo científico (tese de hierarquização de

32 Tínhamos, ainda, o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e dos Direitos Humanos de LGBTQ (Decreto nº 7.388, de 9 de dezembro de 2010), com projeto de ações visando educação pública que promova a equidade de gênero e o respeito à diversidade sexual, mas foi revogado em 2019.

33 OLIVEIRA, João Manuel de. Cidadania sexual sob suspeita: uma meditação sobre as fundações homonormativas e neo-liberais de uma cidadania de “consolação”. *Revista Psicologia Social*, Belo Horizonte, v. 25, n. 1, p. 68-78, 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-71822013000100009>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822013000100009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822013000100009&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 out. 2020.

34 A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, promulgada pelo Decreto nº 65.810, de 1969, traz, em seu artigo I: 1. Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública. 2. Esta Convenção não se aplicará às distinções, exclusões, restrições e preferências feitas por um Estado Parte nesta Convenção entre cidadãos e não cidadãos. 3. Nada nesta Convenção poderá ser interpretado como afetando as disposições legais dos Estados Partes, relativas a nacionalidade, cidadania e naturalização, desde que tais disposições não discriminem contra qualquer nacionalidade particular. 4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

raças humanas em superiores e inferiores); a negação da mestiçagem (a ideia de que a mistura de raças causaria a sua degradação); a ideologia do embranquecimento (por meio do incentivo da imigração de europeus para o país no início do século XX, no intuito de “branquear” a população); o elogio à mestiçagem (a ideia de convivência harmoniosa entre as raças, atribuída a partir das obras de Gilberto Freyre (Casagrande e Senzala) e seus seguidores); e o mito da democracia racial (difundido no Brasil, projetando uma imagem de um país sem conflitos raciais a despeito de sua história escravagista)”<sup>35</sup>.

Desse cenário, Ferreira e Queiroz, ao explicar sobre Teoria Crítica Racial, refletem sobre “os desafios ao enfrentamento do racismo no Brasil”, especialmente por conta da “cegueira racial, com a qual nós brasileiros estamos historicamente acostumados e que se tornou tema constante da arena política estadunidense nos últimos anos”<sup>36</sup>. Para tanto, é preciso compreender alguns movimentos e influências, percebidos no Brasil, que fomentaram uma mentalidade racista, a qual precisamos enxergar e combater.

Na década de 80 e, especialmente, com a Constituinte de 88, “o Movimento Negro passa a ser compreendido como um novo sujeito coletivo e político que, juntamente com os outros movimentos sociais”, a partir de um “discurso radical e contestador, a questionar os conhecimentos produzidos sobre as teorias raciais do século XIX e sobre a democracia racial, propagadas na teoria e no imaginário da sociedade, e também a reivindicar o reconhecimento da sua história e da sua cultura”<sup>37</sup>. E esse reconhecimento deu-se, especialmente, pelas ações de três forças coletivas ou movimentos sociais de impacto nacional na luta no combate ao racismo, são eles: a Frente Negra Brasileira (1931-1937), o Teatro Experimental do Negro-TEN (1944-1968) e o Movimento Negro Unificado-MNU (1978)<sup>38</sup>. Contudo, o reconhecimento estatal da desigualdade social e do racismo no Brasil deu-se somente na década de 90, quando o então presidente Fernando Henrique Cardoso afirmou a existência dessas gravidades, o que impulsionou as primeiras políticas públicas específicas voltadas às pessoas negras<sup>39</sup>.

Exemplificadamente, estão vigentes, na legislação pátria, a Lei de Racismo mencionada e a tipificação a injúria racial, no Código Penal; a [Lei n. 10.639/03](#), a qual estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura

35 SOUSA, Leandra da Silva. **Direitos das mulheres negras na intersecção de raça e gênero: um estudo da atuação dos Conselhos de Igualdade Racial e da Mulher no município de Criciúma/SC no período 2017-2019**. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2020. 203 p. Disponível em <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/7661/1/Leandra%20da%20Silva%20Sousa.pdf>. Acesso em: 26 set. 2020.

36 FERREIRA, Gianmarco Loures; QUEIROZ, Marcos Vinicius Lustosa. A trajetória da Teoria Crítica da Raça: história, conceitos e reflexões para pensar o Brasil. **Revista Teoria Jurídica contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, 2018. Disponível em <https://revistas.ufjf.br/index.php/tjur/article/view/18291>. Acesso em: 13 set. 2020.

37 SOUSA, Leandra da Silva. **Direitos das mulheres negras na intersecção de raça e gênero: um estudo da atuação dos Conselhos de Igualdade Racial e da Mulher no município de Criciúma/SC no período 2017-2019**. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2020. 203 p. Disponível em <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/7661/1/Leandra%20da%20Silva%20Sousa.pdf>. Acesso em: 26 set. 2020. p. 46; cf. GOMES GOMES, Nilma Lino. **O movimento negro educador: saberes construídos nas lutas por emancipação**. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

38 SOUSA, Leandra da Silva. **Direitos das mulheres negras na intersecção de raça e gênero: um estudo da atuação dos Conselhos de Igualdade Racial e da Mulher no município de Criciúma/SC no período 2017-2019**. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2020. 203 p. Disponível em <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/7661/1/Leandra%20da%20Silva%20Sousa.pdf>. Acesso em: 26 set. 2020. p. 46; Cf. MOREIRA, Núbia Regina. **O feminismo negro brasileiro: um estudo dos movimentos de mulheres negras no Rio de Janeiro e São Paulo**. (Dissertação) Mestrado em Sociologia pela Universidade Estadual de Campinas/SP, 2007.

39 LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Mamãe África, cheguei ao Brasil: os direitos da criança e do adolescente sob a perspectiva da igualdade racial**. Florianópolis: Ed. da UFSC, Fundação Boiteux, 2011; SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Nem preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociabilidade brasileira**. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

Afro-Brasileira”; ações afirmativas, como cotas para pessoas negras nas universidades. Contudo, além das ocorrências de multidiscriminação racial, também há resistências na efetivação das próprias normas afetas ao tema, especialmente da Lei n. 10.639/03; da garantia do sistema de cotas, considerando as manobras fraudulentas de pessoas brancas para concorrer à vaga destinada à população negra, sob a alegação “que ao se privilegiar a população negra estaríamos ferindo o princípio de igualdade da constituição brasileira”<sup>40</sup>; e até mesmo no que se refere à norma penal, com a confusão entre a prática de injúria racial e o racismo, haja vista que, judicialmente, geralmente o racismo é desclassificado para injúria e o réu é beneficiado com fiança, prescrição e até mesmo a suspensão condicional da pena<sup>41</sup>.

Por essas breves considerações, constata-se a atualização, constante e reiterada, acompanhando o dinamismo social brasileiro, do contexto discriminatório envolvendo o processo de escravização, em que por diversas justificativas de hierarquização contra os corpos não brancos (como negros e indígenas), foram cometidas as mais cruéis violências contra nós, humanos, por nós mesmos. Por isso, o esforço para superar situações de subordinação, que é cicatriz do processo histórico do Brasil, com a subjugação dos povos indígenas, a escravidão imposta às pessoas negras e a dominação de gênero como cicatrizes do colonialismo e da colonialidade. Daí, enxerga-se o genocídio, epistemicídio e todo um processo histórico de violência contra as pessoas não brancas, como as pessoas das comunidades dos povos originários.

### 3.3 A CONSTITUIÇÃO E AS QUESTÕES RACIAIS SOBRE COMUNIDADES ORIGINÁRIAS

A Constituição de 1988 inaugura o reconhecimento dos direitos originários e imprescritíveis às terras tradicionalmente habitadas pelos povos originários do Brasil. Assim, compreende-se que houve a superação da ideia de assimilação, trazida pelos colonizadores e instituída no Estatuto do Índio<sup>42</sup>, que categorizava as comunidades indígenas enquanto uma “categoria social transitória, fadada ao desaparecimento”<sup>43</sup>. Enquanto a persistia a categoria violenta, “[...] o discurso oficial do Estado brasileiro acerca de povos indígenas [...] era que, com a “integração” forçada, indígenas deixariam de pertencer a seus povos e passariam a integrar outras categorias raciais não indígenas (como branco e negro)”<sup>44</sup>. Nesse processo, haveria um “deixar de ser [que] tem

40 SOUSA, Leandra da Silva. **Direitos das mulheres negras na intersecção de raça e gênero: um estudo da atuação dos Conselhos de Igualdade Racial e da Mulher no município de Criciúma/SC no período 2017-2019**. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2020. 203 p. Disponível em <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/7661/1/Leandra%20da%20Silva%20Sousa.pdf>. Acesso em: 26 set. 2020. p. 43.

41 O senador Paulo Paim (PT-RS) apresentou o Projeto de Lei PL 4.373/2020 que altera o Código Penal (**Decreto-Lei 2.848, de 1940**) e a Lei de Crimes Raciais (**Lei 7.716, de 1989**), sob a justificativa de que “a injúria racial é crime de racismo, e como tal deve ser tratada em todos os seus aspectos processuais e penais”, sendo imprescritível e inafiançável. In: AGÊNCIA SENADO. **Injúria racial pode ser classificada como crime de racismo**. 15 set. 2020. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/15/injuria-racial-pode-ser-classificada-como-crime-de-racismo>. Acesso em: 25 out. 2020.

42 Na perspectiva antidiscriminatória, o termo “Índio” é considerado pejorativo pelo fato de representar uma heterodenominação dos povos originários, advinda dos colonizadores, os quais, além de denominarem as comunidade indígenas com expressões externas, também provocaram escravização e genocídio contra essas pessoas. O Estatuto do Índio, nesta perspectiva, caracteriza-se também como uma legislação não recepcionada pela Constituição Brasileira de 1988, trazendo o processo colonizador de assimilação, o que não é aceito em nossa conjuntura atual. Cf. GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. **Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, n. 92/93, jan./jun., 1988. Disponível em <https://negrasoulblog.files.wordpress.com/2016/04/a-categoria-polc3adtico-cultural-de-amefricanidade-lesia-gonzales1.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

43 CONSELHO NACIONAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL (CONSEA). **Constituição consagra direito indígena de manter terras, modo de vida e tradições**. 19 abr. 2017. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/noticias/2017/abril/constituicao-consagra-direito-indigena-de-manter-terras-modo-de-vida-e-tradicoes>. Acesso em: 15 out. 2020.

44 NUÑEZ, Geni. “Odeio o termo povos indígenas”: uma ilustração do etnocídio. Florianópolis, SC, 24 de maio de 2020. **Instagram**: @genipapos. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CAIvK3tnsSs/>. Acesso em: 25 out. 2020. NUÑEZ, 2020.

como pano de fundo dois pressupostos coloniais: selvagem e civilizado”<sup>45</sup>. Assim, “deixaríamos de ser o que somos nos tornando civilizados e é civilizado quem é cristão (e tudo que esta agenda inclui como modos de vida, entendimento do mundo, de si, línguas, vestimenta, sexualidade, etc.)”<sup>46</sup>. E isso demonstra um interesse econômico da lógica colonial: “Não é à toa que a evangelização nas aldeias continua, aliada à retirada do direito mais elementar: à terra. Descaracterizando o pertencimento ao seu povo, a morte simbólica do indígena estaria dada. A esse tipo de extermínio chamamos: etnocídio”<sup>47</sup>.

Com o modelo da nova ordem constitucional, houve a substituição do modelo político pautado em noções de tutela e assistencialismo para um modelo de pluralidade étnica<sup>48</sup>. Assim, pelo artigo 231 da Constituição: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.” Além disso, há a garantia de utilização das línguas e processos próprios de aprendizagem no ensino básico (artigo 210, § 2º, da Constituição), por meio da educação escolar indígena.

Nesse sentido, o direito à diferença, que caracteriza o direito de não ser assimilado por qualquer outra cultura, foi também estabelecido e ratificado pela Organização das Nações Unidas (ONU), com a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em 2007<sup>49</sup>. No entanto, na faticidade, são verificadas diversos tensionamentos que constroem os direitos das comunidades originárias.

Ainda, Nuñez alerta que “o etnocídio não parou ali”<sup>50</sup>. Assim, assevera que:

A mesma Constituição que promete e não cumpre direitos gerais a todos como saúde, educação, também não garante o que seu texto orienta em relação a povos indígenas. O Estado é colonial e ele é feito pra que os direitos conquistados em suas plataformas não se cumpram, sejam frágeis, provisórios. A lei só é severa e amplamente aplicada (independente da inocência do réu) quando em contexto de punição a populações racializadas<sup>51</sup>.

Um exemplo desse apontamento é o debate sobre a demarcação das terras indígenas. Apesar de a Constituição, formalmente, ter inaugurado um novo modelo de pensamento para reconhecimentos do direito originário dos povos indígenas, é a mentalidade colonial que predomina, utilizando-se da própria data da

45 NUÑEZ, Geni. “Odeio o termo povos indígenas”: uma ilustração do etnocídio. Florianópolis, SC, 24 de maio de 2020.

46 NUÑEZ, Geni. “Odeio o termo povos indígenas”: uma ilustração do etnocídio. Florianópolis, SC, 24 de maio de 2020.

47 NUÑEZ, Geni. “Odeio o termo povos indígenas”: uma ilustração do etnocídio. Florianópolis, SC, 24 de maio de 2020.

48 CONSELHO NACIONAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL (CONSEA). **Constituição consagra direito indígena de manter terras, modo de vida e tradições**. 19 abr. 2017. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/noticias/2017/abril/constituicao-consagra-direito-indigena-de-manter-terras-modo-de-vida-e-tradicoes>. Acesso em: 15 out. 2020.

49 CONSEA, 2017. Ainda: “a Constituição reconheceu a capacidade civil dos povos indígenas, estando hoje o regramento brasileiro alinhado à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), à Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas e à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (ONU), enfatiza a Funai. Direitos originários fortalecidos O conceito de direito originário, consagrado no Artigo 231 da Carta, existia desde o século XVII, quando a Coroa Portuguesa editou diplomas legais para harmonizar o processo de colonização aos direitos territoriais indígenas, como o Alvará Régio de 1680. Depois, veio a Lei de 6 de junho de 1755, editada pelo Marquês de Pombal. Os dois diplomas reconheceram o caráter originário e imprescritível dos direitos indígenas sobre suas terras e compuseram, nos séculos XIX e XX, o Instituto do Indigenato. Tal direito foi mantido no sistema legal brasileiro por meio da Lei de Terras de 1850 (Lei 601 de 1850); do Decreto 1318, de 30 de janeiro de 1854 (que regulamentou a Lei de Terras); Lei Nº 6.001/73; das Constituições de 1934, 1937 e 1946 e da Emenda de 1969”.

50 NUÑEZ, Geni. “Odeio o termo povos indígenas”: uma ilustração do etnocídio. Florianópolis, SC, 24 de maio de 2020. Instagram: @genipapos. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CA1vK3tnsSs/>. Acesso em: 25 out. 2020. NUÑEZ, 2020.

51 NUÑEZ, Geni. “Odeio o termo povos indígenas”: uma ilustração do etnocídio. Florianópolis, SC, 24 de maio de 2020. Instagram: @genipapos. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CA1vK3tnsSs/>. Acesso em: 25 out. 2020. NUÑEZ, 2020.

Constituição para estabelecer o marco temporal. Ou seja: a Constituição sendo instrumentalizada para violar os direitos dos povos originários.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Falar sobre igualdade de gênero pode nos remontar a um tratamento relacional entre duas pessoas hipotéticas: a mulher e o homem. Contudo, quem é esta mulher? Quem é este homem? Como podemos mensurar a igualdade e como compreender as pessoas a partir do gênero? Além disso, a partir de obstáculos supostamente subjetivos, pode-se pensar em soluções individuais ou privadas, mas, na verdade, tais obstáculos representam problemas sociais e denota como a sociedade está organizada jurídica, política, econômica e ideologicamente. Esse entendimento é fundamental para refletirmos sobre a composição da Constituição Brasileira, suas formas de interpretação atual e sobre como podemos seguir para respaldar as necessidades sociais de forma democrática.

Historicamente, há um processo de assujeitamento baseado na estrutura de discriminação que tem marcado a trajetória das mulheres, das pessoas negras, indígenas e da comunidade LGBT<sup>+52</sup>. Conhecer essa história é necessária a fim de que sua narrativa nos mostre quais os caminhos éticos para serem percorridos pela sociedade para a proteção de todas as pessoas. E, conhecer a história, implica em reconhecer que a diferença, que nos é condição humana, é um direito existencial de não nos submetermos a práticas violentas de anulação; e reconhecer, ainda, que todas as pessoas são diversas, na medida em que nos distinguimos uns dos outros. É enxergarmos, ainda que existem estruturas de poder, mantido e exercido por determinadas pessoas, que promovem a hierarquização das diferenças a partir de uma lógica moralista e reducionista da própria vida. Precisamos ter consciência desse reconhecimento de responsabilidade social, especialmente para quem atua no Direito brasileiro.

Já temos a consagração da igualdade de gênero na Constituição Brasileira de 1988. Mas os cenários fáticos nos mostram que estruturados em diversas modalidades discriminatórias, que representam, exemplificadamente, direitos trabalhistas diversos entre empregados domésticos e outros trabalhadores; que caracterizam o assédio sexual e moral contra as mulheres nos espaços públicos; a invisibilização do trabalho intelectual de mulheres negras; a inexistência de licença parental; a omissão estatal sobre direitos reprodutivos e sexuais e sobre planejamento familiar; pessoas com deficiência que não têm respaldo estrutural para comunicação e o direito de ir e vir; o desrespeito ao território quilombola; as queimadas provocadas por grileiros, etc. Há uma lógica discriminatória que atravessa, com violência, determinados corpos e a vida como um todo, porque fauna e flora também sobre com a operabilidade dessa ordem.

52 IRINEU, Bruna Andrade. Exercendo a “crítica lesbofálica” às demandas por uma “cidadania LGBT” no contexto brasileiro (2003-2016). *Revista Periodicus*, Salvador (BA), v. 1, n. 7, 2017. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/revistaperiodicus/article/view/22274>. Acesso em: 10 out. 2020.

É necessário, portanto, a partir do direito colocado, letramento para a consciência dessa lógica; postura para o comprometimento para com a responsabilidade social; e humildade ética, para sabermos que ninguém é melhor que ninguém e que estamos, todas e todos, aqui aprendendo e trabalhando para fazer o nosso melhor.

## REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA SENADO. **Injúria racial pode ser classificada como crime de racismo**. 15 set. 2020. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/15/injuria-racial-pode-ser-classificada-como-crime-de-racismo>. Acesso em: 25 out. 2020.
- BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
- CÂMARA, Cristina. **Cidadania e orientação sexual: a trajetória do grupo Triângulo Rosa**. Rio de Janeiro: Academia Avançada, 2000.
- CANÁRIO, Pedro. Constituição brasileira é das mais avançadas do mundo. **Consultor Jurídico**, 16 out. 2013. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-out-16/constituicao-brasileira-avancadas-mundo-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 15 set. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL (CONSEA). **Constituição consagra direito indígena de manter terras, modo de vida e tradições**. 19 abr. 2017. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/noticias/2017/abril/constituicao-consagra-direito-indigena-de-manter-terras-modo-de-vida-e-tradicoes>. Acesso em: 15 out. 2020.
- FERREIRA, Gianmarco Loures; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. A trajetória da Teoria Crítica da Raça: história, conceitos e reflexões para pensar o Brasil. **Revista Teoria Jurídica contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, 2018. Disponível em <https://revistas.ufjf.br/index.php/rjur/article/view/18291>. Acesso em: 13 set. 2020.
- GOMES, Nilma Lino. **O movimento negro educador: saberes construídos nas lutas por emancipação**. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.
- GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. **Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, n. 92/93, jan./jun., 1988. Disponível em <https://negrasoulblog.files.wordpress.com/2016/04/a-categoria-politico-cultural-de-amefricanidade-lelia-gonzales1.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.
- HEILBORN, Maria Luiza; SORJ, Bila. Estudos de gênero no Brasil. In: MICELI, Sérgio (org.) **O que ler na ciência social brasileira (1970-1995)**. ANPOCS/CAPES. São Paulo: Editora Sumaré, 1999. p. 183-221. Disponível em [http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/102\\_653\\_EstudiosdeGeneronoBrasil1.pdf](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/102_653_EstudiosdeGeneronoBrasil1.pdf). Acesso em: 13 set. 2021.
- IRINEU, Bruna Andrade. Exercendo a “crítica lesbofálica” às demandas por uma “cidadania LGBT” no contexto brasileiro (2003-2016). **Revista Periodicus**, Salvador (BA), v. 1, n. 7, 2017. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/revistaperiodicus/article/view/22274>. Acesso em: 10 out. 2020.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- KRAUS, Mariella. Movimentos feministas na Constituinte de 1987-1988 e suas influências no texto constitucional. In: BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **Direito e feminismos: rompendo grades culturais limitantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- LIMA, Fernanda da Silva. **Os direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes negros à luz da proteção integral: limites e perspectivas das políticas públicas para a garantia de igualdade racial no Brasil**. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.
- LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Mamãe África, cheguei ao Brasil: os direitos da criança e do adolescente sob a perspectiva da igualdade racial**. Florianópolis: Ed. da UFSC, Fundação Boiteux, 2011.
- MONTEIRO, Ester. Lobby do Batom: marco histórico no combate a discriminações. **Agência Senado**, 06 mar. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/06/lobby-do-batom-marco-historico-no-combate-a-discriminacoes>. Acesso em: 13 set. 2021.
- MOREIRA, Adilson. **O que é discriminação**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017.
- MOREIRA, Núbia Regina. **O feminismo negro brasileiro: um estudo dos movimentos de mulheres negras no Rio de Janeiro e São Paulo**. (Dissertação) – Mestrado em Sociologia pela Universidade Estadual de Campinas/SP, 2007.
- NÚÑEZ, Geni. “Odeio o termo povos indígenas”: uma ilustração do etnocídio. Florianópolis, SC, 24 de maio de 2020. **Instagram**: @genipapos. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CAIvK3tnsSs/>. Acesso em: 25 out. 2020. NÚÑEZ, 2020.



OLIVEIRA, João Manuel de. Cidadania sexual sob suspeita: uma meditação sobre as fundações homonormativas e neo-liberais de uma cidadania de “consolação”. *Revista Psicologia Social*, Belo Horizonte, v. 25, n. 1, p. 68-78, 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-71822013000100009>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822013000100009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822013000100009&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 out. 2020.

OLIVEIRA, João Manuel de. **Desobediências de gênero**. Salvador: Devires, 2017.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Nem preto nem braço, muito pelo contrário**: cor e raça na sociabilidade brasileira. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

SOUSA, Leandra da Silva. **Direitos das mulheres negras na intersecção de raça e gênero: um estudo da atuação dos Conselhos de Igualdade Racial e da Mulher no município de Criciúma/SC no período 2017-2019**. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2020. 203 p. Disponível em <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/7661/1/Leandra%20da%20Silva%20Sousa.pdf>. Acesso em: 26 set. 2020.

SOUZA, Marcius F. B. de. A participação das mulheres da elaboração da Constituição de 1988. **Estudos Legislativos Senado**, *sd*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-a-participacao-das-mulheres-na-elaboracao-da-constituicao-de-1988>. Acesso em: 15 de set. 2020.

# CAPÍTULO 12

## UMA ANÁLISE SOBRE A CONDIÇÃO DA MULHER FRENTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Michele Vilela Bulgareli

### INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade a mulher sempre teve seu papel de destaque na história. Nesse aspecto, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar a evolução dos direitos conquistados pelas mulheres ao longo de suas trajetórias, bem como a concretização desses por meio das ações afirmativas, sem deixar de evidenciar a Lei Maria da Penha, que tem por escopo coibir um dos maiores problemas enfrentados pelas mulheres – a violência dentro do seio familiar e/ou da unidade doméstica.

Durante muitos anos as mulheres foram vistas como seres inferiores, fruto de uma sociedade patriarcal e conservadora. Nesse tipo de sociedade a capacidade da mulher era relativa e vivia basicamente em função do marido e filhos. Com o passar do tempo, a necessidade de alteração de diplomas legais no que se refere às mulheres, bem como legitimá-las como cidadãs, tornou-se imprescindível.

Nesse contexto histórico inúmeros avanços foram sendo conquistados, dentre eles: o advento do Estatuto da Mulher Casada, em que a mulher passou a ter a condição de colaboradora e administradora da sociedade conjugal. Logo em seguida, em 1977, a Lei do Divórcio, que substituiu a palavra “desquite” por separação judicial e, tornando, ainda, a adoção do patronímico do marido uma opção. Entretanto, sob o manto dos princípios basilares da Constituição Federal de 88, é que surgiram grandes alterações visando o rompimento das desigualdades de gênero, o que contribuiu, assim, para a emancipação feminina.

Nesse aspecto, o Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002) trouxe inúmeras conquistas ditas fundamentais para as mulheres, o que proporcionou a concretização da igualdade de gênero, já consagrado pela Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso I, ao declarar “que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

É de se destacar que essa regra retrata décadas de lutas das mulheres contra a discriminação. Nesse sentido, Anacleto de Oliveira Faria<sup>1</sup> :

<sup>1</sup> FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Editora RT/EDUSP, 1973. p. 43.

Uma posição, dita realista, reconhece que os homens são desiguais sob múltiplos aspectos, mas também entende ser supremamente exato descrevê-los como criaturas iguais, pois cada um deles, o mesmo sistema de características inteligíveis proporciona realidade individual, a aptidão para existir.

Por outra senda, voltando a um ambiente mais familiar, o artigo 226, em seu parágrafo 5º da Constituição Federal, iguala expressamente o exercício dos direitos e deveres entre os cônjuges. Desse modo, nenhum dos cônjuges será mais o patriarca, “chefe de família”, restando, pois, revogados todos os dispositivos da legislação ordinária que atribuía primazia ao homem. Sem falar, ainda, que em seu parágrafo 8º do mesmo dispositivo atribuiu ao Estado o dever de criar instrumentos visando coibir a violência doméstica, abordando, desse modo, o implemento de ações afirmativas contra a discriminação da mulher.

É diante da importância do tema que o presente trabalho também analisará a Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, destacando o papel das ações afirmativas destinadas na concretização de medidas aptas a coibir um dos maiores e mais graves problemas que ainda assola a sociedade contemporânea – a violência doméstica.

## 1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

### 1.1 A IGUALDADE DE GÊNEROS

Foi no Feudalismo o marco inicial da inferioridade da mulher em relação ao homem, o que perdurou por muito tempo e, aos poucos, as conquistas foram ganhando espaço culminando o seu auge na Constituição Federal de 1988. Como já ressaltado anteriormente, a Carta Magna em seu artigo 5º, inciso I dispôs que os homens e mulheres são iguais em seus direitos e obrigações. Desse modo, é notório o Princípio da Igualdade destinada a ambos os sexos, vedando qualquer tratamento discriminatório entre as pessoas.

Em vista disso, pelo Princípio da Igualdade, tanto o legislador, como o aplicador da lei devem observar o mesmo tratamento a todos os indivíduos sem distinção de qualquer natureza, é pois, o referido princípio, considerado como um dos pilares estruturais da Constituição da República.

Nesse compasso, Paulo Bonavide<sup>2</sup> ressalta a importância do Princípio da Igualdade, considerado por ele como o guardião do Estado Social:

O centro medular do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o Princípio da Igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe o eixo ao redor o qual gira toda a concepção estrutural do Estado Democrático contemporâneo. De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia de deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado Social.

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*: a importância do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros editores, 2001. p. 340-341.

Entretanto, é de se notar que essa igualdade, tão almejada ao longo da história, não é absoluta, isso porque indispensável tratar os iguais de forma igual e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. Nesse sentido, Norberto Bobbio<sup>3</sup>: “uma desigualdade torna-se instrumento de desigualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: uma nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades”.

Desse modo, diante de um dispositivo normativo, esse deve ser cumprido por todos, trata-se, pois, de uma igualdade formal, por isso é genérica e abstrata, destinada a todos sem que haja quaisquer tipos de privilégios ou discriminações. Por outro lado, é por meio da igualdade material que o Estado garantirá e protegerá os direitos para as pessoas, proporcionando os mesmos instrumentos aptos a garantir a eficácia desses direitos.

E, sempre visando garantir essa igualdade é que a análise de cada caso concreto é salutar, pois não se pode atribuir o mesmo tratamento aos desiguais, como bem pondera Karina Melissa Cabral<sup>4</sup>

[...] há exceções ao princípio da igualdade na carta Magna de 1988, tais como: imunidades parlamentares; prerrogativas de foro *ratione numeris* em benefício de determinados agentes políticos, exclusividade do exercício de determinados cargos públicos somente a brasileiros natos; acessibilidade de cargos públicos somente a brasileiros, excluídos os estrangeiros; vedação da alistabilidade eleitoral a determinadas pessoas. O princípio da isonomia consiste em dar oportunidade, portanto a lei deverá ser efetivada com isonomia e sua aplicação não pode fazer nenhuma discriminação no tratamento de todos.

Nessa linha, a utilização de critérios para a discriminação baseada na justificação racional é necessária, como bem destaca Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>5</sup>

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) a primeira diz respeito ao elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata e existente entre o fator erigido em critério *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado e;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Desse modo, é de se ponderar o avanço das legislações no sentido de valorizar e proteger a mulher nas mais diversas áreas do direito, seja âmbito familiar, como no direito do trabalho, previdenciário, dentre outras. Entretanto, os fatores de discriminação só são legítimos se previstas no próprio texto constitucional e, sempre em favor da mulher. A aposentadoria da mulher com menor tempo de serviço e de idade que o homem é um exemplo, justificando a norma discriminatória na medida em que as mulheres desempenham ainda, na maior

3 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: [s. n.], 1997. p.32

4 CABRAL, Karina Melissa. *Direito da mulher de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: De Direito, 2004. p. 64

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 21.

parte, as tarefas domésticas e, essa sobrecarga de serviços justifica a discriminação. Assim como no âmbito familiar, essa capacidade de procriar, de cuidar, de zelar pela sua prole que é inerente à mulher por si só já é capaz de diferenciar a espécie.

Nesse diapasão, apesar das exceções ao princípio da igualdade, vez que este não é absoluto, o fato é que a igualdade entre o homem e a mulher tem que ser respeitada, não podendo ser vista como uma ameaça à organização familiar, pelo contrário, é um avanço salutar, preconizada pela Carta Magna, e servindo de norte a todos os outros segmentos.

Diversos doutrinadores, dentre eles, Sérgio Gisckow Pereira<sup>6</sup>, declara ainda que tais preceitos constitucionais seriam autoexecutáveis, senão vejamos:

Não tenho dúvida sobre a imediata incidência do comando constitucional que impõe a igualdade no exercício de direitos e deveres durante a sociedade conjugal. A norma constitucional é claríssima e se apresenta de maneira que não deixa espaço para se sustentar a necessidade de regulamentação ou de leis modificativas do Código Civil e outros diplomas legais (pode haver conveniência pelo surgimento de tais leis, o que é diferente de considerá-las imprescindíveis à aplicação da Carta Magna).

Contudo, mesmo diante de todos esses avanços tecnológicos, sociais e legais as mulheres ainda enfrentam sérias dificuldades, sendo muitas vezes vítimas de discriminação, como a violência doméstica, sem falar que a desigualdade ainda persiste no mercado de trabalho, na política e em inúmeros outros segmentos da sociedade. É em vista disso a necessidade de implementação de políticas públicas a fim de priorizar as questões de gênero, buscando sempre cumprir os ditames constitucionais, ou seja, a igualdade de oportunidades.

Ademais, é de se consignar que o princípio da igualdade encontra-se diretamente atrelado à dignidade da pessoa humana, sendo, pois, o motivo pelo qual a DUDH (Declaração Universal dos Direitos Humanos) consagrou que todos os seres humanos sem distinções são iguais em direitos e deveres. Em vista disso é que constitui pressuposto essencial ao respeito à dignidade humana a garantia da igualdade entre todas as pessoas, não podendo, assim, serem submetidas a tratamento arbitrário e discriminatório, razão pela qual a discriminação racial, a escravidão, as perseguições por motivo de sexo, enfim todo e qualquer desrespeito ao princípio da isonomia em sua dupla dimensão formal e material não podem ser tolerados.

## 1.2 AÇÕES AFIRMATIVAS: EM BUSCA DE UMA SOLUÇÃO ADEQUADA

Em um processo evolutivo gradual as mulheres foram aos poucos conquistando o seu espaço e não se pode deixar de reconhecer a intenção do legislador ao instituir um regramento normativo e políticas públicas a fim de garantir a isonomia entre homens e mulheres, o Estado, pois, por meio das ações afirmativas voltadas a

<sup>6</sup> PEREIRA, Sérgio Gisckow. Algumas reflexões sobre a igualdade dos cônjuges. *Revista Direito Em Debate*, v. 2, n.3, p. 98-115, 2013. p. 98. DOI: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.1993.3.%25p>. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/911>. Acesso em: 14 set. 2021.

eliminar os efeitos da história que deu suporte à discriminação, criou mecanismos visando impedir, bem como reprimir essa discriminação.

Nessa vertente, para Antônio Sérgio Guimarães<sup>7</sup> as ações afirmativas consistiriam em “promover privilégios de acesso a meios fundamentais – educação e emprego, principalmente a minorias étnicas, raciais ou sexuais que, de outro modo estariam deles excluídas, total ou parcialmente”.

Pondera ainda o doutrinador que as ações afirmativas estariam ancoradas a sociedades democráticas que tenham como principais valores o mérito individual e a igualdade de oportunidades. Assim, elas surgem “como aprimoramento jurídico de uma sociedade cujas normas e mores pautam-se pelo princípio da igualdade de oportunidades na competição entre indivíduos livres<sup>8</sup>”.

Destaca-se que o país pioneiro na implementação de políticas sociais, foram os Estados Unidos da América, que inicialmente adotavam mecanismos visando solucionar a marginalização social e econômica, como ressalta Joaquim Benedito Gomes<sup>9</sup>

A introdução das políticas de ação afirmativa, criação pioneira do Direito dos EUA, representou, em essência, a mudança de postura do Estado, que em nome de uma suposta neutralidade, aplicava suas políticas governamentais indistintamente, ignorando a importância de fatores como sexo, raça, cor, origem racial. Nessa nova postura, passa o Estado a levar em conta tais fatores no momento de contratar seus funcionários ou de regular a contratação por outrem, ou ainda, no momento de regular o acesso aos estabelecimentos educacionais públicos e privados. Numa palavra, ao invés de conceber políticas públicas de que todos seriam beneficiários, independente de sua raça, cor ou sexo, o Estado passa a levar em conta esse fatores na implementação de suas decisões, não para prejudicar quem quer que seja, mas para evitar que a discriminação, que inegavelmente tem um fundo histórico e cultural, e não raro se subtrai ao enquadramento nas categorias jurídicas clássicas, finde por perpetuar as iniquidades sociais.

Nesse compasso, em vários segmentos da sociedade, as mulheres foram conquistando sua posição e garantindo o seu papel, dentre eles ressaltam-se as ações afirmativas contra a discriminação da mulher na política que foi enfrentada pelas leis 9.100/1995 e 9.054/1997. Nesse sentido, o posicionamento de Joaquim Benedito Gomes<sup>10</sup>.

A Constituição de 1988 (art. 5º, I) não apenas aboliu essa discriminação chancelada pelas leis, mas através dos diversos dispositivos antidiscriminatórios já mencionados, permitiu que se buscassem mecanismos aptos a promover a igualdade entre homens e mulheres. Assim, com vistas a minimizar essa flagrante desigualdade existente em detrimento das mulheres, nasceu entre nós, a modalidade de ação afirmativa

7 GUIMARÃES, Antônio Sérgio. Desigualdade que anula a desigualdade: notas sobre a ação afirmativa no Brasil. In: SOUZA, J. (org.). **Multiculturalismo e racismo, uma comparação Brasil-Estados Unidos**. Brasília: Paralelo 15, 1997. p. 233.

8 GUIMARÃES, Antônio Sérgio. Desigualdade que anula a desigualdade: notas sobre a ação afirmativa no Brasil. In: SOUZA, J. (org.). **Multiculturalismo e racismo, uma comparação Brasil-Estados Unidos**. Brasília: Paralelo 15, 1997.

9 GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva**. Brasília: CJF, 2003. 272 p. (Série Cadernos do CEJ, v. 24). p. 86-124. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej>. Acesso em: 14 set. 2021.

10 GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva**. Brasília: CJF, 2003. 272 p. (Série Cadernos do CEJ, v. 24). p. 86-124. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej>. Acesso em: 14 set. 2021.

hoje codificada nas leis 9.100/1995 e 9.054/1997, que estabeleceram cotas mínimas de candidatas mulheres para a eleições.

Esse cenário demonstra que as ações afirmativas buscam minorar a flagrante desigualdade ainda existente na sociedade contemporânea, reprimindo a discriminação da mulher, com o foco em fazer cessar o status de ser inferior historicamente construído em relação a esta, razão pela qual a necessidade de medidas de compensação e concretização visando a uma igualdade de oportunidades a todas sem distinção.

No que tange mais precisamente à violência doméstica, a Constituição Federal de 88, em seu artigo 226, parágrafo 8º, foi expressa em destinar ao Estado o dever de criar mecanismos visando coibir a violência em relação às mulheres no seio familiar.

Diante disso, as legislações foram se adequando a fim de concretizar esse dispositivo normativo, senão vejamos: O [Decreto 23.769/85](#) que criou a Delegacia de Polícia da Defesa da Mulher, proporcionando o atendimento especializado às mulheres diante de crimes cometidos no âmbito psíquico e moral, bem como em relação aos crimes violentos, como homicídio, aborto e até infanticídio. Posteriormente, com o Decreto 40.693/96 estendeu as atribuições dessas delegacias à apuração e investigação também no que tange aos crimes contra crianças e adolescentes.

Nesse compasso, surgiu, ainda, a lei 10.455/2002 que alterou a situação de flagrante do agressor, impondo medida cautelar de afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima; a lei 10.714/2003 que autorizou o Poder Executivo a disponibilizar um número telefônico destinado a atender casos de violência doméstica; a lei 10.886/2004 que alterou dispositivo do Código Penal ao criar o tipo especial denominado “violência doméstica”, acrescentando os parágrafos 9º e 10º ao artigo 129 do referido diploma.

Entretanto, foi com o advento da lei 11.340/06 que sinalizou a maior conquista até então vista diante do enfrentamento da violência doméstica, é o que se analisará no próximo tópico.

## 2 A LEI 11.340/06 E SEUS AVANÇOS

Sem dúvida, o marco da incansável luta travada na defesa da mulher foi a Lei 11.340/06, a qual trouxe em seu bojo inúmeros dispositivos de proteção e garantias visando reestabelecer a mulher em seu convívio social com dignidade. Nesse aspecto, foi criado os Juizados de Violência Doméstica e Familiar, alterando, em contrapartida, o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal, viabilizando a atuação dos agressores em flagrante delito, bem como sua detenção preventiva, eliminando, ainda, a concessão de penas alternativas, mesmo em caso de menor potencial ofensivo.

Por outra vertente, a referida lei, ainda conceituou a violência doméstica e familiar contra a mulher e suas diversas formas de manifestação, como: violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, ampliando a atividade policial na busca de sua proteção, bem como vetou a condenação do agressor em pagamento de ces-

tas básicas e, ainda, proibiu que a vítima colaborasse em eventual intimação/notificação do agressor visando impedir novos episódios violentos.

Em 2015, visando efetivar as diretrizes da lei em comento foi sancionada mais uma Lei 13.104 que alterou o dispositivo do Código Penal, modificando a Lei 8.072/1990 dos crimes hediondos, incluindo a tipificação do feminicídio em seu rol, qualificando-o como hediondo o delito de homicídio nos casos de violência doméstica e/ou menosprezo à condição de mulher.

Esses foram alguns dos dispositivos trazidos no bojo da Lei Maria da Penha que continuam a contribuir nos dias atuais para que a mulher resgate o respeito como pessoa humana que é, protegendo-a e assegurando-a de todas as mazelas que ainda sofre na sociedade contemporânea, mesmo depois de mais de uma década da vigência dessa lei.

Por outro lado, impende destacar que, com a Lei 11.340/06 em vigor, alguns questionamentos passaram a vir à tona contestando sua constitucionalidade a ponto de alegarem que a lei seria uma ofensa ao próprio Princípio da Igualdade, dentre alguns dispositivos, um que foi objeto de discussão e merece destaque é referente à pena mais grave ao agressor do que o previsto pelo Código Penal em sua forma simples. Outro dispositivo, também como pauta de discussão foi a criação de juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher e, ainda a desnecessidade da mulher oferecer representação em caso de lesão corporal leve cometido pelo agressor dentro do ambiente doméstico. Alguns diziam na época que tais dispositivos seriam uma afronta ao Princípio da Igualdade, inclusive sendo objetos de ações perante os tribunais.

Pois bem, não é o que parece ser, a Lei Maria da Penha foi elaborada para proteger a mulher. Quanto a isso não há dúvida, tendo em vista que, por meio das ações afirmativas, busca-se reparar injustiças sofridas pelas mulheres. Esses questionamentos quanto à constitucionalidade da lei que aflorava nos meios jurídicos foram ditos como cruéis, pois a lei só veio amenizar o desequilíbrio que persistia e ainda persiste nos dias de hoje. Nesse compasso, não basta analisar apenas o aspecto literal da lei, anunciando sua inconstitucionalidade pelo simples fato de não conceder direitos e garantias aos homens. O problema social que a mulher enfrenta é notório e deve ser respeitado, é como foi exposto anteriormente, tratar os desiguais de forma distinta para, assim, garantir a tão almejada igualdade constitucional.

Nesse aspecto, a legislação especializada destacou a questão cultural e histórica no que tange à violência doméstica, traduzindo, pois, na luta das mulheres para serem reconhecidas no meio social. Assim, uma sociedade patriarcal e machista como essa, pautada pelo desequilíbrio entre homens e mulheres, a garantir o Princípio da Igualdade, reclama a adoção de instrumentos e ações afirmativas voltadas à neutralização dessa questão tão tormentosa que ainda aflora a sociedade contemporânea.

Contudo, é de se ressaltar que a violência contra a mulher é ainda mais abrangente, como se demonstrou ao longo do texto, posto que ultrapassa a esfera penal, galgando na mais diversas esferas e segmentos da so-



cidade, como na falta de oportunidade para a educação; discriminação no trabalho, sem falar que, principalmente na iniciativa privada, a remuneração atribuída às mulheres é bem menor; falta de assistência à saúde; preconceito em relação às mulheres, enfim, o desprezo à mulher como pessoa humana e digna, o que é, por outro turno, combatido diuturnamente pelas incansáveis lutas travadas com pessoas que menosprezam a condição de mulher visando, assim, a proteção e garantia do princípio da igualdade a elas e, resgatando, consequentemente, a dignidade humana que é inerente a todas as pessoas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho foi elaborado visando destacar a trajetória de conquistas da mulher ao longo da história e que perdura hodiernamente. Não se pode perder de vistas que, por longo tempo, a sociedade brasileira foi o retrato de uma sociedade patriarcal e conservadora em que o papel da mulher era de mera colaboradora, para não dizer que sua capacidade era apenas relativa. Em virtude desse estigma as mulheres sofreram, e ainda sofrem com a discriminação e ausência de oportunidades em vários segmentos da sociedade como na educação, profissionalização, saúde, sem falar de sua liberdade.

Mesmo diante das inúmeras alterações no campo normativo com o afã de proporcionar a igualdade entre homens e mulheres, insculpidos por ditames constitucionais e, consequentemente reestabelecer o equilíbrio na sociedade, as mulheres ainda enfrentam um dos maiores problemas, senão o pior que é a discriminação, pois este ocasiona efeitos desastrosos não só no mercado de trabalho, como no seio familiar.

As ações afirmativas, pois, sob o manto constitucional, surgiram como forma de minimizar essa grave desigualdade, possibilitando ao Estado criar mecanismos de prevenção, compensação e repressão em prol das pessoas menos favorecidas, visando, pois, resgatar a dignidade humana a essas mulheres, inerente a todas as pessoas e que deve ser respeitada.

Nesse compasso, o surgimento da Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, inovou em diversos aspectos, ao conceituar a violência doméstica e familiar contra a mulher em suas diversas formas de manifestação: violência física, moral, psicológica, sexual e patrimonial. Ponderou que a violência doméstica contra a mulher independe de orientação sexual, ampliou a atividade policial, proibiu-se a colaboração da vítima na intimação/notificação do agressor, evitando, assim, novos episódios de violência, proibiu, ainda, a condenação ao pagamento de cestas básicas, enfim, representou um avanço na legislação, pois veio acalmar os ânimos e ansios da sociedade em ter esse grave problema solucionado.

Em vista disso, surgiram polêmicas em torno da lei, uma vez que há quem dizia que esse regramento normativo seria inconstitucional, uma vez que protegia somente as mulheres, impondo punições mais severas ao agressor com reflexos nos âmbitos penal e civil. No entanto, como restou demonstrado ao longo do texto, o propósito da lei foi o de resgatar a dignidade da mulher diante da condição inferiorizada que ocupa na so-

cidade, senão menosprezada, pairada, pois, pela desigualdade e desequilíbrio frente aos homens, o que acaba culminando na violência, por isso que lei surge, como meio de resolver esse impasse.

No entanto, apesar dos esforços e de todas as garantias que a Lei 11.340/06 positivou, ainda não é suficiente para erradicar a agressão à mulher. A violência das mais diversas formas ainda é comumente na sociedade contemporânea e, encontra-se estampada em grande parte de seus segmentos.

Conclui-se, assim, que não só sob o aspecto da Lei Maria da Penha, como também sob a égide de outras leis, amparadas, ainda, pelo texto constitucional, o Estado deverá promover efetivas intervenções, analisando as peculiaridades de cada região em que a desigualdade é enfrentada pela mulher, ampliando propostas, ações e discussões sobre o tema, bem como definindo protocolos e metodologias para que a sociedade possa acompanhar a aplicação e a implementação de políticas públicas visando erradicar essa tormentosa desigualdade que ainda aflora os dias atuais.

## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: [s. n.], 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional: a importância do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros editores, 2001.
- CABRAL, Karina Melissa. **Direito da mulher de acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: De Direito, 2004.
- FARIA, Anacleto de Oliveira. **Do princípio da igualdade jurídica**. São Paulo: Editora RT/EDUSP, 1973.
- GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva**. Brasília: CJF, 2003. 272 p. (Série Cadernos do CEJ, v. 24). p. 86-124. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej>. Acesso em: 14 set. 2021.
- GUIMARÃES, Antônio Sérgio. Desigualdade que anula a desigualdade: notas sobre a ação afirmativa no Brasil. In: SOUZA, J. (org.). **Multiculturalismo e racismo, uma comparação Brasil-Estados Unidos**. Brasília: Paralelo 15, 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas reflexões sobre a igualdade dos cônjuges. **Revista Direito em Debate**, v. 2, n.3, p. 98-115, 2013. p. 98. DOI: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.1993.3.%25p>. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/911>. Acesso em: 14 set. 2021.

# CAPÍTULO 13

## LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA: DIREITO PREFERENCIAL E INDISPENSÁVEL À SUSTENTAÇÃO DAS DEMOCRACIAS

Cláudia Mansani Queda de Toledo

Lúcia Helena Polleti Bettini

### INTRODUÇÃO

Na história do Brasil não muito distante, durante a República, houve algumas decisões de poder que se traduziram por períodos autoritários, nos quais a liberdade de imprensa, hoje englobada no conceito de liberdade de informação jornalística pela sua amplitude e atuação que não se resume ao jornalismo impresso, foi afetada frontalmente por censura escancarada que não nos permitia acessar todas as informações relacionadas ao governo, nem tão pouco, livremente manifestar o pensamento por meio da expressão, criação, opinião, entre outros, afetando frontalmente nossas escolhas, até no que diz respeito à arte, cultura e educação.

Destaque-se a época de Getúlio Vargas por meio da criação do DIP – Departamento de Imprensa e Propaganda, 1938, responsável pela propaganda governamental e superexaltação do governo de Getúlio Vargas e da sua pessoa, e, mais adiante, com a ditadura militar de 1964, por meio dos atos institucionais, especialmente o AI5, 1968, o mais restritivo quanto às liberdades e com o estabelecimento de poderes extremados ao chefe do executivo, contrariamente à democracia e respeito ao poder do povo.

Ademais da Constituição de 1988, de maneira expressa, trazer o tratamento constitucional de toda comunicação e informação, dotadas de fundamentalidade e indispensáveis à dignidade humanas, entre elas, está a informação jornalística, direito preferencial nas democracias e, dessa forma, afirmada e protegida constitucionalmente. Vivemos um momento de desconstrução de tal escolha constitucional, que não está amparada por modificação da norma constitucional, até por sua condição de cláusula pétreia, mas que sofre ofensas constantes pela expressão do chefe do executivo federal, no exercício da Presidência da República, que parece desconhecer a atual Constituição ou simplesmente ignorá-la, modificando o regime constitucional e criando um mundo apartado baseado em versões da informação, marcadas, inúmeras vezes, por um discurso de ódio e intolerância, se não bastasse, em diversas ocasiões, facilitar o enaltecimento do AI5.

Nesse contexto, apresentamos o microssistema constitucional da comunicação social que, afirma como regra maior a liberdade de manifestação do pensamento, mas sempre observando a Constituição e limites por ela

impostos, com o afastamento da censura de qualquer forma e, como garantia do regime democrático, por meio da informação jornalística, com natureza jurídica de direito preferencial que, não pode sofrer limitações por leis infraconstitucionais, muito menos pela vontade individual da pessoa que ocupa a presidência da república, ainda que eleito pelo processo eletivo constitucional, restando dessa forma fragilizada a profissão, a liberdade de informação jornalística e a democracia, todas amparadas pela norma fundamental em núcleo material constitucional.

Não existe interpretação distinta da expressa no capítulo da Comunicação Social para o exercício da liberdade de informação jornalística que, não deve sofrer abalos, seja pelo poder econômico ou poder político pois, é dotada de preferencialidade por sustentar regime democrático, portanto, do acesso às informações relevantes para o viver em sociedade e não às versões autorizadas pelas estruturas de poder político e econômico.

## 1 O REGIME CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

O presente capítulo tem como base o momento de redemocratização do Estado brasileiro com o advento de uma Constituição muito atenciosa em, detalhadamente, cuidar e guardar a democracia e os instrumentais que lhe trazem sustentação e efetividade, com a conseqüente proteção das liberdades e igualdade. Em 1988, a externalização da vontade do povo veio por meio da Lei Maior, e nela, a afirmação da decisão política fundamental de nosso Estado, com a roupagem de democrático de direito, referencial teórico do presente artigo, somado ao fato do Estado brasileiro adotar o finalismo social e ter na busca do bem comum<sup>1</sup>, no interesse público a delimitação de sua finalidade e não os interesses particularizados de quem esteja à frente das estruturas de poder. Portanto, governo de leis para o povo e pelo povo e no interesse da coletividade.

Encontramos tal decisão nos princípios fundamentais o que implica em reconhecer a obrigatoriedade de sua aplicação, sem possibilidade, pelo menos no plano normativo constitucional de haver modificações dessa orientação quanto aos atos de poder, o que vai ser reafirmado e, com interesse no presente estudo, nas competências dos mais altos cargos e funções do poder, em destaque a presidência da República, que se subsumem aos mandamentos do Estado Democrático de Direito.

Destaque-se, ainda, os fundamentos da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político<sup>2</sup>, todos eles representativos da vontade do povo

1 O conceito de Bem Comum foi elaborado pelo Papa João XXXIII, na encíclica “Pacem in Terris” que afirma: “O conjunto de todas as condições sociais que permitam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”

2 Cf. Constituição de 1988, Título I – Dos Princípios Fundamentais, em:

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

*I – a soberania;*

*II – a cidadania;*

*III – a dignidade da pessoa humana;*

*IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019)*

*V – o pluralismo político.*

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

que devem orientar cada uma das discussões no Estado brasileiro, vez que o poder é do povo e são esses os referenciais fundamentais de nosso país.

Ainda na Constituição, em Título que cuida da Administração Pública, temos princípios expressos que orientam todas as tarefas administrativas, administração pública em sentido objetivo, que devem ser realizadas dentro de um contexto que envolve a legalidade estrita, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência o que afeta diretamente a todos os órgãos da Administração Pública, com destaque ao chefe do executivo. Além dos princípios expressos, também há referência às competências e responsabilidades do Presidente da República.

Esse é o referencial constitucional da atuação daqueles que estão na Presidência da República, não devendo dele se afastar durante todo o mandato, sob pena de responsabilidade. Nesse contexto, a importância das informações públicas decorrentes da atuação de toda a Administração Pública em virtude do princípio da publicidade<sup>3</sup>. A discussão que se apresenta e ganha importância, vem por conta da forma como o chefe do executivo federal tem se posicionado quanto às suas manifestações e relacionamento com a imprensa, ou seja, aqueles que estão no exercício da informação jornalística, vez que escolhe as redes sociais como veículo de predileção, se afastando do contato com os profissionais da comunicação e diálogo tão importante, intrínseco ao regime democrático.

Nesse contexto, de afastamento de quem deve a informação pública, nos moldes de norma descrita no elenco dos direitos e garantias fundamentais, Art. 5º, incs. XIV e XXXIII da Constituição<sup>4</sup>, o presente artigo destaca a importância do exercício da liberdade de informação jornalística como direito preferencial e garantia institucional que viabiliza o elo de ligação entre o público e o privado, pois somente por meio da informação jornalística em diversos suportes, número indeterminado de pessoas acessam informações, no caso, notícia e crítica, fatos relevantes para a vida em sociedade e opiniões deles decorrentes.

A continuidade da expressão da democracia e não de autoritarismo que, deriva de versões, some-se a isso, o fato de redes sociais não serem passíveis de acesso a todos e muito menos de prática dialógica que, acontece com o exercício do jornalismo por meio da informação jornalística na busca de todos as referências importantes para passar a informação completa e não a versão. O regime jurídico constitucional se impõe aos que estão na Administração Pública e a todos que se encontram no exercício da liberdade da informação jornalística.

3 O Princípio da Publicidade vem expresso no artigo 37, caput, da Constituição e orienta todo agir administrativo, o que se traduz em dever. Soma-se ao dever da informação, o direito subjetivo de acessar as informações públicas, dotado de fundamentalidade. Nesse sentido: Celso Antônio Bandeira de Mello, Irene Patrícia Nohara, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entre outros.

4 Cf. Constituição, em:

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

....

*XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;*

....

*XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (Regulamento) (Vide Lei nº 12.527, de 2011)*

## 2 A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA

Nas democracias há lugar de proteção diferenciada para a cidadania, as liberdades e outros direitos, entre elas as decorrentes da manifestação do pensamento e, como regra, as diversas formas de sua externalização, expressão, informação, criação que, não sofrerão restrições, mas dentro do contexto constitucional o que implica a sua compatibilização com as normas constitucionais, especialmente as dotadas de fundamentalidade.

No título da Ordem Social, especialmente no capítulo que tem por nome “Da Comunicação Social”<sup>5</sup>, há referência expressa à plena liberdade de informação jornalística que, não poderá sofrer nenhum embaraço por leis infraconstitucionais<sup>6</sup>, devendo o respeito aos limites expressos que estão descritos no elenco dos direitos fundamentais, com destaque aos que trazem a obrigatoriedade de haver autoria, vedando-se o anonimato, com responsabilidade pela manifestação do pensamento, o direito de resposta proporcional ao agravo, o que se soma às indenizações por danos materiais e morais, o sigilo das fontes como garantia de acesso à informação, o elenco dos direitos da personalidade e o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, conforme art. 220, §1º da Constituição.

Notícias e críticas<sup>7</sup> jornalísticas são o material jornalístico que, na atualidade, têm diversos suportes, tangíveis ou intangíveis, o que inclui os meios eletrônicos que, desde 2002, por meio de Emenda Constitucional nº 36, foram incluídos no capítulo mencionado acima, devido ao seu crescimento e importância cada vez maior na atualidade, destaque-se a grande adesão em razão da pandemia do Covid-19. Sejam os fatos relevantes para a vida em sociedade como a análise dos mesmos com emissão de juízos valorativos, devem, obrigatoriamente, o respeito ao regime jurídico constitucional das informações que, somado aos limites expressos, trazem resposta adequada sobre o respeito ao regime democrático e à cidadania.

Destaque-se o triplice aspecto do direito de informação ao lado dos limites expressos acima descritos, ou seja, há o direito de informar que depende do direito de se informar e que também afeta o direito de ser informado, e, se cada aspecto não é observado, corre-se o risco da informação não ser correta, completa ou verdadeira. Discussão muito atual e relacionada ao presente estudo, diz respeito às informações públicas, que detêm natureza jurídica de dever constitucional a ser realizado, que também deve receber o mesmo tratamento, sob pena de se ter parcela ou versão da informação o que se afasta do princípio democrático, especialmente

5 Cf. SILVA, José Afonso da Silva. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editor, 2007. p. 822. José Afonso da Silva ao comentar a Constituição de 1988 em capítulo da Comunicação Social, relembra da Comissão Afonso Arinos e o sentido do capítulo, ou seja, de comunicação de massa, que se destina ao público em geral e utiliza dos veículos para a sua transmissão, e que, esse sistema se traduz por meio da rádio, TV e, especialmente, a imprensa, sempre em atendimento à sua função social, à verdade, à livre circulação e à difusão da informação e à compreensão mútua dos indivíduos dentro dos padrões éticos da sociedade.

6 Vale lembrar da ADPF 130 que, recentemente, revogou a lei de imprensa uma vez que era voltada ao controle das informações nos moldes de atuação do período ditatorial, não cabendo sua aplicação no momento atual, vez que não recepcionada pela Constituição.

7 Cf. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito e Jornalismo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. p. 52 a 56. O autor afirma que tanto a antiga liberdade de imprensa e a liberdade de informação jornalística envolvem o direito de veicular notícias e críticas, respectivamente nota ou anotação sobre fato ou pessoa e o exame valorativo.

por conta do dever da informação pública vir ancorado no elenco dos direitos e garantias fundamentais, sendo a não informação orientada pela excepcionalidade<sup>8</sup>.

Aqui devemos dar atenção a duas situações que se completam, quais sejam, o dever de todo aquele que no exercício da liberdade de informação jornalística tem de pesquisar, procurar se informar de todas as questões que sejam relevantes e pertinentes ao tema, objeto da informação jornalística, sendo parte indissociável da informação esse conjunto de indagações acerca do fato, o que possibilita também a crítica jornalística; de outro lado, o dever da Administração Pública nos manter constantemente informados sobre todas as tarefas administrativas e, quem colhe essas informações e divulga e multiplica além dos próprios órgãos estatais, são os jornalistas e demais profissionais da comunicação, preparados para cumprir esse mister.

Na atualidade, alguns transtornos éticos se apresentam com toda força, vez que há muito a informação também se transformou em produto, conforme Marshall Mc Luhan, e passamos a perceber a superexaltação do poder econômico e do poder político, destaque-se que irá afetar tanto a informação jornalística como também as informações públicas, as que são devidas como forma de prestação de contas em decorrência do princípio republicano, representam o “dever-poder” da Administração Pública no que diz respeito à execução de suas tarefas e sua publicização. Referencial ético que deveria ser respeitado tanto pelos que estão no exercício da informação jornalística como também, e especialmente, por quem deve a prestação de contas por meio da informação pública. Referencial que anda doente, vez que boa parcela das informações que, na verdade se apresentam como versões das mesmas e que interessam a pessoas certas e determinadas, para o atingimento de interesses particularizados que estão muito distantes do interesse da coletividade e consequente agir orientado para a busca do bem comum.

Esse é o grande desafio da atualidade, conseguir afastar esses transtornos éticos que se apresentam entre o econômico e o político como grandes fundamentos, mas que se apartam da Constituição, da democracia e cidadania. Quando pensamos nas informações que carregam em si a condição de fatos relevantes para a vida em sociedade e juízos valorativos que deles decorrem, respectivamente, notícia e crítica jornalística que nos permitem viver adequadamente e viabilizam escolhas que levem ao convívio harmônico e plural e não segmentado conforme interesses de parcela da população.

Diante do problema, resta a nós, especialmente neste momento, pandemia do Covid-19 e eleições municipais que se aproximam, afirmar e reconhecer a importância de uma atuação respeitosa e constante da Imprensa, como instituição responsável por grande parcela da informação jornalística, e, por outro lado, a mesma questão, da Administração Pública, vez que grande parcela das notícias, são intrínsecas ao agir administrativo ou dele decorrem quando pensamos em competências expressas e enumeradas da Administração Pública, em re-

<sup>8</sup> Cf. Art. 5º, inc. XXXIII da Constituição: todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (Regulamento) (Vide Lei nº 12.527, de 2011)

gulação e fomento de setores que são fundamentais para a manutenção dos serviços públicos e das demais atividades que dependentes desse direcionamento estatal em tempos de tanta fragilidade.

O que se materializou nesses meses de pandemia foi um constante embate entre a imprensa e o Presidente da República, numa tensão antes não experimentada a tal ponto de não informar ou, o que é pior, ao responder, fazê-lo por meio de agressões, num total desrespeito a jornalistas no plano individual e, também, no coletivo, afetando número indeterminado de pessoas, pois ofende ao princípio democrático e demais normas regentes do sistema constitucional da informação.

### **3 AS AGRESSÕES AOS JORNALISTAS NO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA E A RUPTURA COM A CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA**

Em tempos de crise e fragilidades que dela decorrem, neste momento, de tal monta jamais antes experimentada, vez que estamos sob os efeitos de uma pandemia que, só no Brasil, já levou a óbito mais de 170 mil pessoas, as informações públicas ganham um valor extra, pois viabilizam e determinam a manutenção da saúde física e mental e vida dos brasileiros. Nesse contexto, temos uma dose extra de problemas, pois há uma tensão constante nos ministérios, seja por conta de comportamentos que são totalmente contrários ao esperado e respeitantes à Constituição e leis brasileiras, com a consequente demissão de alguns ministros e a manutenção de outros que não deveriam permanecer, a própria fala do chefe do Executivo que continua a ignorar o que de fato acontece em inúmeras ocasiões, trazendo informações que contrariam o plano da vida vivida e também aos mandamentos constitucionais.

Há inúmeros exemplos a serem citados, mas no presente estudo, discorrer sobre o dever da informação decorrente de cargo na Administração Pública, no caso a presidência da República, e relacionamento com os órgãos de imprensa é a referência de nossa análise.

Toda atuação administrativa é decorrente da legalidade estrita, sendo algumas vezes vinculada ou discricionária, mas mesmo dentro das leituras da discricionariedade, não cabe ao administrador público, seja qual for o cargo que ocupe, afastar-se dos comandos e limites normativos, o que, obviamente, imanta o agir da Presidência da República e seus Ministérios.

Esse agir contrário à Constituição e à legalidade, inúmeras vezes tem sido objeto de inúmeras manifestações, em especial, por meio dos instrumentais de defesa da Constituição, seja internamente, pelos dos legitimados ativos na propositura de diversas ações constitucionais e da imprensa local, como no plano internacional pelas representações na Corte Interamericana de Direitos Humanos, manifestações da imprensa internacional e de líderes de diversos países, vez que, as ofensas não se limitam à Constituição, mas a diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.



Para o presente capítulo e estudo, em evidência fica o afastamento da Presidência da República da imprensa nacional, seja pela utilização das redes sociais como sendo o veículo, suporte oficial ou por não viabilizar acesso àqueles que estão no exercício da liberdade de informação jornalística, vez que quando a faceta da informação que envolve o direito de buscar todos os dados que estejam relacionados às notícias ou críticas, em diversas ocasiões que o tema não interessa ao governo, foram respondidas com o uso da violência verbal e moral, ou ainda, negando a ciência, se afastando da realidade vivida, entre outros.

A FENAJ – Federação Nacional dos Jornalistas tem acompanhado essas tensões seguidas de violência verbal contra a imprensa e aponta três segmentos constantes de ataques que são recorrentemente utilizados para desacreditar a imprensa, contra jornalistas individualmente e contra a própria FENAJ<sup>9</sup>. Há extenso elenco dessas condutas que visam gerar o descrédito da imprensa nacional e, atualmente, também a mesma postura quanto à imprensa internacional, recebendo o atributo de inimiga do país, o que foi repetido inúmeras vezes e referendado, por exemplo, pela conduta do cancelamento das assinaturas de jornais na Presidência da República.

O respeito à Constituição e à vontade do povo nela representada devem ser constantes e por todos os integrantes da Administração Pública, especialmente, aqueles que ocupam os mais elevados postos do poder, o que inclui as três funções do poder do Estado. O pacto de 1988 afirma a democracia e a liberdade de informação jornalística que não podem ser afastadas, seja por alterações constitucionais ou por atos repetidos que afrontem a difusão das informações jornalísticas, notícias e críticas.

Além das ofensas reiteradas a segmento profissional que está no exercício da informação jornalística e voltado à manutenção constante das informações, notícias e opiniões, relevantes para a vida em sociedade, o mesmo ataque às notícias nacionais e internacionais sobre a questão da proteção ambiental. Ademais da Constituição ser expressa quanto à efetiva proteção do meio ambiente e do Brasil assumir diversos compromissos internos e internacionais, desde 92 e, mais recente, com a Agenda 2030, acerca de sua preservação, não é o que tem prevalecido em decisões e informações governamentais oficiais.

Destaque-se o negacionismo da pandemia do Covid-19 desde o primeiro momento, criando uma verdadeira confusão, inclusive com medidas por ele mesmo adotadas, tais como a utilização de máscara, indicação de tratamento médico, entre outros.

Alfredo Attié<sup>10</sup>, em recente artigo, afirma a existência de um regime anticonstitucional, que contraria os princípios fundamentais de nosso Estado, o que desnatura a decisão política fundamental, a proteção da cidadania e a efetividade de direitos fundamentais, no presente estudo, democracia e direito às informações públicas.

A afronta recorrente à Constituição, em especial, a normas definidoras de direitos fundamentais que deveriam ter aplicação imediata e que não podem sequer ser objeto de proposta de emenda constitucional tenden-

9 Cf. matéria publicada em 02.02.2020, intitulada “**Bolsonaro faz dez ataques por semana à imprensa**” em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/direitos-humanos/bolsonaro-fez-245-ataques-contr-a-imprensa-em-2020-veja-a-linha-do-tempo/>

10 Cf. ATTÍE, Alfredo. Síncope na composição do espaço público brasileiro. **Democracia e Direitos Fundamentais**, 22 jun. 2020. Disponível em: <https://direitosfundamentais.org.br/sincope-na-composicao-do-espaco-publico-brasileiro/>. Acesso em: 14 set. 2021.

tes a abolir sua proteção, muito menos por leis infraconstitucionais ou atividades administrativas, vale reiterar, são anticonstitucionais, note-se, comportamentos mais gravosos que inconstitucionalidades, vez que contrariam o núcleo essencial material constitucional, na contramão dos seus dispositivos que representam a escolha do povo. Além dos direitos fundamentais e cidadania vulnerada, o princípio democrático é afetado da mesma maneira, sendo um dos princípios sensíveis ao lado da dignidade humana que restam diminuídos.

Diante de tantas ofensas e descumprimento do dever de informação, decorrente do princípio da publicidade, orientador de todo agir administrativo, várias vezes a corte constitucional tem sido provocada por meio de ações constitucionais com a intenção explícita de manutenção do núcleo sensível da Constituição, gerando instabilização das instituições que são chamadas a se manifestar sobre o agir de função do Poder Estatal recorrente<sup>11</sup>. Diante de tais fatos, não resta outra forma de proteger a Constituição que não pelos instrumentais de defesa da mesma, evidenciando nos dizeres de Konrad Hesse, além da vontade de poder a vontade de Constituição, nos moldes do acordo realizado em 1988.

## REFERÊNCIAS

- ATTIÉ, Alfredo. Síncope na composição do espaço público brasileiro. **Democracia e Direitos Fundamentais**, 22 jun. 2020. Disponível em: <https://direitosfundamentais.org.br/sincopa-na-composicao-do-espaco-publico-brasileiro/>. Acesso em: 14 set. 2021.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editor, 2014.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Covid-19**: Plenário referenda decisão que impediu alterações na divulgação de dados da pandemia. 23 nov. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=455859&ori=1>. Acesso em: 14 set. 2021.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2018.
- MOTA, Erick. Bolsonaro faz dez ataques por semana à imprensa, mostra FENAJ. **Congressoemfoco**, 2 jul. 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/direitos-humanos/bolsonaro-fez-245-ataques-contr-a-imprensa-em-2020-veja-a-linha-do-tempo/>. Acesso em: 14 set. 2021.
- NOHARA, Irene Patricia. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2018.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito e Jornalismo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.
- SILVA, José Afonso da Silva. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editor, 2007.

<sup>11</sup> Vale destacar as ADPFs 690, 691 e 692, em 11.2020 referendado pelo plenário o dever da informação pública, com destaque ao princípio da publicidade.

# CAPÍTULO 14

## DISCRIMINAÇÃO POSITIVA: O PROGRAMA DE TRAINEE DO MAGAZINE LUIZA

Patrícia Tuma Martins Bertolin

Clarice Seixas Duarte

Waleska Miguel Batista

### INTRODUÇÃO

Este capítulo analisará o Programa *Trainee* 2021, do Magazine Luiza, voltado exclusivamente a jovens negros, e que foi objeto de muita polêmica ao ser lançado, em setembro de 2020. O objetivo deste capítulo é se verificar a constitucionalidade dessa medida da iniciativa privada de promoção de igualdade racial, além de se refletir acerca das reações negativas por elas geradas, considerando que o Brasil historicamente convive com desigualdades e privilégios, das mais diversas ordens. A discussão central consiste em apresentar a necessidade de ações afirmativas para pessoas negras.

Foram apresentados argumentos contrários afirmando que a ação afirmativa é “racismo reverso”, ao destinar-se exclusivamente a membros de uma minoria. Importante destacar que essas alegações são proferidas pelo fato de favorecer os negros em cargos executivos, porque quando se trata das denúncias de racismo contra os negros, o mesmo grupo que narra a existência de racismo reverso diz que racismo não existe.

Todos os dados constataam a disparidade econômica, social, política e ambiental entre brancos e negros, razão pela qual foi legitimada a implementação de ações afirmativas para correção dessas distorções. Importante destacar a ação afirmativa adotada pela Magazine Luiza não é inovação.

A III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância, em 2001, estabeleceu a implementação de ações afirmativas pelos Estados partes, dentre eles o Brasil. Para além disso, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela legitimidade de ações afirmativas com reservas de vagas para ingresso no ensino superior na ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) n. 186, em 2012, e para candidatos de concursos públicos federais na ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade) n. 41, em 2017. Ou seja, por todos os ângulos que se observam, nota-se a validade e necessidade das ações afirmativas para negros enquanto a discriminação racial estiver naturalizada e normalizada.

Desta forma, primeiramente, contextualiza-se a ação afirmativa adotada pelo Programa de *Trainee* 2021 do Magazine Luiza e os argumentos a favor e contra a medida adotada. A seguir, apresenta-se os fundamentos

jurídicos a respeito das ações afirmativas para negros, e por fim, argumenta-se que as ações afirmativas somente são eficazes para combater o racismo institucional se todos os programas da empresa tiverem ações antirracistas. Serão utilizadas fontes bibliográficas para a construção do texto, como matérias de jornais e revistas e textos jurídicos diversos, como livros e pareceres.

## 1 O PROGRAMA *TRAINEE* 2021 DO MAGAZINE LUIZA: SEUS OBJETIVOS E POLÊMICA POR ELE GERADA

Em 18 de setembro de 2020, o Magazine Luiza, grande rede de varejo nacional, divulgou um programa de *Trainee* exclusivo para jovens negros. Tratava-se, segundo a empresa, de um programa de treinamento e aceleração de carreira, tendo em vista a criação de futuras lideranças.

Os propósitos do programa foram promover a equidade, a diversidade e a valorização dos profissionais negros no mercado de trabalho, gerando oportunidades para que mais negros viessem a ocupar altos postos na empresa, que contava na ocasião com mais de 35 mil empregados, 53% dos quais negros, dos quais apenas 16% ocupavam posições de liderança.<sup>1</sup>

A rede contou, para tanto, com a parceria do Comitê Igualdade Racial, da rede de consultoria para mulheres negras “Indique Uma Preta”, e da Universidade Zumbi dos Palmares, para construir o que considerou o “Primeiro Programa de Trainee do Brasil 100% voltado para negros”.<sup>2</sup>

Os pré-requisitos para participar da seleção eram: a) ter formação em qualquer curso de Bacharelado ou Licenciatura entre dezembro de 2017 e dezembro de 2020, disponibilidade para residir na cidade de São Paulo e para fazer viagens constantes; autodeclarar-se preto ou pardo, além de estar alinhado à cultura empresarial.<sup>3</sup>

Este não é o único programa destinando vagas a membros de determinada(s) minoria(s) no Brasil, mas talvez tenha sofrido tantas críticas por ser exclusivamente destinado à população negra (PODER 360, 2020)<sup>4</sup>. A Bayer, multinacional de saúde e agricultura, e a Gerdau, a maior empresa produtora de aço do país, abriram, quase simultaneamente, programas de *trainee* com vagas exclusivas para membros de minorias, respectivamente negros e mulheres. O G. Future, programa de *trainee* da Gerdau, reservou 50% de suas vagas para mulheres, tendo em vista que estas ocupavam apenas 18% dos cargos de liderança da empresa.

1 MOVIMENTO NEGRO DEFENDE PROGRAMA DE TRAINEE DO MAGAZINE LUIZA. G1, 21 set. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/09/21/movimentos-negros-saem-em-defesa-do-programa-de-trainee-do-magazine-luiza.ghtml>. Acesso em: 22 jan. 2021.

2 TRAINEE 2021: #VEMPROMAGALU. Disponível em: <https://www.99jobs.com/magazine-luiza/jobs/93594-trainee-magalu-2021?preview=true>. Acesso em: 20 jan. 2021.

3 TRAINEE 2021: #VEMPROMAGALU. Disponível em: <https://www.99jobs.com/magazine-luiza/jobs/93594-trainee-magalu-2021?preview=true>. Acesso em: 20 jan. 2021.

4 Vale à pena transcrever algumas críticas ao Programa, esboçadas na forma de comentários a algumas matérias jornalísticas sobre ele: “Parabéns, isso sim grande contribuição para o racismo”; “A Constituição da República Federativa do Brasil proíbe diferenças salariais no desempenho das funções e no CRITÉRIO DE ADMISSÃO por motivo de sexo, idade, cor, e estado civil (Art.7º.XXX)”; “Se uma empresa anunciar vaga só para branco... Tem milhões precisando de emprego, sejam pretos, brancos, pardos, amarelos ou indígenas”; “Racismo. Se fosse posto de trabalho reservado só para brancos iam presos.” (Comentários “Empresas abrem vagas de *trainee* e estágio para negros e mulheres; veja lista”, publicada no Portal G1, em 21 set. 2020. Disponíveis em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/09/21/empresas-abrem-vagas-de-trainee-e-estagio-para-negros-e-mulheres-veja-lista.ghtml>. Acesso em: 21 jan. 2021).

O defensor público federal Jovino Bento Júnior ajuizou ação civil pública contra o Magazine Luiza, alegando que haveria “imensa desproporção entre o bônus da política de cotas contra o ônus arcado pelos demais trabalhadores”, sustentando ainda tratar-se de “marketing de lacração”. Pleiteou, na ação, reparação de R\$10.000.000 por danos morais coletivos. A medida sofreu imediata reação de entidades voltadas à promoção da igualdade racial e grande repercussão na mídia. A polêmica gerada consistiu basicamente no argumento de que um programa voltado exclusivamente para membros de grupos vulneráveis, consistiria “racismo reverso” – e no contra argumento de que a medida se constituiria tão somente em ações afirmativas, mecanismos albergados pela Constituição de 1988 e necessários à correção de desigualdades históricas.

A Defensoria Pública da União (DPU) foi instada a se manifestar e lançou uma nota em que se posicionou favoravelmente à adoção, por parte do Poder Público e da iniciativa privada, de medidas aptas a concretizar os objetivos constitucionais de redução das desigualdades sociais e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (CF, art. 3º, III e IV). A nota da DPU, contudo, defendeu a independência funcional dos seus servidores, nos termos seguintes:

*A Defensoria Pública da União (DPU), representada pelo defensor público-geral federal em exercício, Jair Soares Júnior, esclarece que a atuação dos defensores públicos federais se baseia no princípio da independência funcional (artigos 134, § 4º, da Constituição, 3º e 43, I, da LC 80/94). Por isso, não depende de prévia análise de mérito ou autorização hierárquica superior. É dever da Administração Superior lutar pela observância interna e externa da independência funcional de seus membros, prerrogativa exercida em garantia dos assistidos da DPU. É comum que membros da instituição atuem em um mesmo processo judicial em polos diversos e contrapostos e, por isso, é fundamental o respeito à pluralidade de pensamentos e à diferença de opiniões. Contudo, a representação judicial e extrajudicial da Defensoria Pública da União e a coordenação de suas atividades são atribuições do defensor público-geral federal (artigo 8º, I e II, da LC 80/94).<sup>5</sup> (grifo do autor).*

A questão assumiu repercussão nacional e o movimento negro, em várias ocasiões, manifestou-se favoravelmente à iniciativa da empresa<sup>6</sup>. Mais de uma dezena de denúncias foram oferecidas ao Ministério Público do Trabalho contra o programa ora em análise, por excluir pessoas brancas e, pretensamente, as discriminar, praticando “racismo reverso”. Foram todas rejeitadas, tendo em vista tratar-se de ações afirmativas, mecanismo em perfeita consonância com os objetivos do Estado brasileiro.

Racismo reverso não existe. Pessoas brancas não perdem empregos por serem brancas, não são acusadas ou tomadas por suspeitas e nem possuem a sua capacidade profissional e intelectual questionadas. “O que fica evidente é que a ideia de racismo reverso serve tão somente para deslegitimar as demandas por igualdade racial.”<sup>7</sup>

5 SANTOS, Rafa. Após Defensor pedir multa contra Magazine Luiza, DPU defende política de cotas. *Conjur*, 6 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-06/defensor-pedir-multa-magazine-luiza-dpu-defende-cotas>. Acesso em: 22 jan. 2021.

6 “Movimento negro defende programa de trainee do Magazine Luiza”. *Portal G1*, 21 set. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/09/21/movimentos-negros-saem-em-defesa-do-programa-de-trainee-do-magazine-luiza.ghtml>. Acesso em: 22 jan. 2021.

7 ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 41.

O desvirtuamento da concepção das ações afirmativas de cotas sociais e raciais acontece como uma estratégia de mitigar as lutas em favor da inclusão dos grupos desfavorecidos, e perpetuar a perversidade das discriminações.

Sueli Carneiro<sup>8</sup> concorda com o senador Marco Maciel que “medidas compensatórias em favor dos negros não representam apenas uma etapa da luta contra a discriminação, mas o fim da era de desigualdade, da exclusão, se pretendemos uma sociedade igualitária e mais justa”. A redução das desigualdades, objetivo da República já mencionado, previsto no art. 3º constitucional, é também um dos princípios que regem a ordem econômica, previstos no art. 170 da Constituição. Neste sentido, não é apenas o Estado brasileiro que deve persegui-lo, mas também a iniciativa privada.

## 2 AÇÕES AFIRMATIVAS E DISCRIMINAÇÃO POSITIVA

Segundo Bertolin e Benedito<sup>9</sup>

*[...] as ações afirmativas se constituem em um conjunto de políticas – públicas e privadas – que visam efetivar a igualdade, materializando-se por meio de ações que se destinam a grupos historicamente discriminados e, portanto, expostos a uma condição de maior vulnerabilidade. Os objetivos para a criação e implantação de políticas de ação afirmativa serão sempre a transformação da sociedade, na busca da justiça social, com a inclusão desses grupos, enquanto persistirem as desigualdades demonstradas estatisticamente pelos órgãos oficiais. (grifo do autor).*

No Brasil, ações afirmativas têm sido frequentemente confundidas com cotas para acesso às universidades ou ao mercado de trabalho, mas estas são apenas uma das espécies daquelas, que podem ter múltiplos formatos.<sup>10</sup> O importante é que busquem a concretização do princípio da igualdade, que segundo Bandeira de Mello<sup>11</sup>, abrange discriminações legais, desde que justificadas. Isto se daria pela verificação da existência de três fatores: I) a presença de traços diferenciais nas pessoas, coisas, situações ou fatos; II) a correlação lógica entre fator de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele; e III) a consonância da discriminação com os valores constitucionalmente protegidos. Embora o autor não tenha tratado especificamente das ações afirmativas, sua construção teórica permite a conclusão de que elas são compatíveis com o princípio constitucional da igualdade.

Quanto à questão e o Programa de *Trainee* do Magazine Luiza se constituir em medida de discriminação aos brancos – ou “racismo reverso”, vale observar que a forma de discriminação juridicamente condenável é a chamada “discriminação negativa”, aquela que exclui membros de determinados grupos, em razão de algu-

8 CARNEIRO, Sueli. **Escritos de uma vida**. São Paulo: Editora Jandaíra, 2020. p. 290.

9 BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BENEDITO, Alessandra. *Ações Afirmativas*. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (org.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 374.

10 Há ações afirmativas com reserva de vagas, como as definidas na ADPF n. 186 e na ADC n. 41. No entanto, as entidades públicas e privadas podem estabelecer outras formas de ações afirmativas, que não se restringem a reserva de vagas, como acréscimo de pontos. A UNICAMP, por exemplo, adota ações afirmativas para negros com o acréscimo de pontos/porcentagem na nota, além da fase de banca de heteroidentificação, que é uma banca para validação da autodeclaração da cor/raça.

11 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 18. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 37.

mas características arbitrárias. A esse respeito, a Convenção nº 111, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 25 de junho de 1958, ratificada pelo Brasil em 1968, trata sobre a discriminação em matéria de emprego e ocupação. De acordo com seu art. 1º, discriminação (na sua forma negativa) inclui

- a) toda distinção, exclusão ou preferência, feita com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito anular ou impedir a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou na ocupação;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou impedir a igualdade de oportunidades ou tratamento no emprego ou na ocupação, conforme pode ser definido pelo Membro em questão, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos convenientes.

Essa Convenção Internacional oferece, ainda, alguns caminhos para a superação da discriminação no mundo do trabalho, referindo-se, então, expressamente, às ações afirmativas, como uma dessas possibilidades:

- a) promover a igualdade de oportunidades e de tratamento de todas as pessoas;
- b) proteger o trabalhador em todas as fases da relação de trabalho e mesmo depois do término da relação firmada no contrato de trabalho;
- c) oferecer a possibilidade de implementação de ações afirmativas, com o desígnio de serem aplicadas no ambiente trabalho;**
- d) permitir a discriminação no emprego desde que fundada em qualificações específicas e/ou necessárias à atividade profissional. (grifo nosso).

Assim, discriminar positivamente significa criar medidas que favoreçam o acesso e a permanência dos membros de determinada(s) minoria(s), viabilizando a consecução do princípio da igualdade, consagrado constitucionalmente (arts. 5º, *caput* e I e art. 7º, XXX).

O Estatuto da Igualdade Racial (**Lei nº 12.288/2010**) considera que “ações afirmativas são os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades” (art. 1º, inciso IV).

A Lei nº 12.288/2010 reconhece que os negros foram destinados por causa do racismo a condições subalternas e que é dever do Estado e da sociedade garantir que sejam integrados à sociedade com igualdade de oportunidades, especialmente nas atividades econômicas, empresariais e educacionais.

Houve também o reconhecimento, no Estatuto da Igualdade Racial e nas bases constitucionais, de que, para combater as disparidades estruturais, deve-se lutar contra as desigualdades raciais e de gênero, conforme o compromisso que o Brasil assumiu na Conferência para o Desenvolvimento Sustentável, de 2015, em que

há o dever, de promover a igualdade de gênero (Objetivo para o Desenvolvimento Sustentável nº 5) e redução das desigualdades (Objetivo para o desenvolvimento Sustentável nº 10), entre elas, a racial.<sup>12</sup>

O Racismo “é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam.”<sup>13</sup>, e é repudiado pela Constituição de 1988 (art. 4º, inciso VIII).

Os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2018) apontam que o Brasil tinha 55,8% da população negra (pretos e pardos) e 43,1% de brancos. No entanto, ao analisar o número de desempregados, contata-se que 64,2% são negros. Para o grupo que está inserido no mercado de trabalho, a pesquisa apontou a disparidade salarial, que persiste em se manter, apesar do dever de igualdade salarial prescrito na Constituição Federal (art. 7º, inciso XXX). Entre 2012 e 2018, a diferença salarial entre brancos e negros não teve mudança, e permaneceu entre 73,9%.<sup>14</sup>

Os dados do IBGE também apontaram duas formas de discriminação, por cor/raça e gênero, a ponto de homens brancos ganharem 2,25 vezes mais do que as mulheres negras.<sup>15</sup>

Nesse momento em que lutamos para sobreviver à pandemia causada pela Covid-19, as disparidades entre homens brancos, mulheres brancas, homens negros e mulheres negras tornou-se ainda mais evidente, porque as mulheres negras integram o grupo de trabalhadoras de serviços essenciais, como portaria, vigilância e técnica de enfermagem. Ainda, há aquelas que prestam serviços como diaristas, que ainda são convocadas pelos seus empregadores para realizarem serviços não essenciais.

Como o Estado brasileiro fornece pouco apoio à provisão de cuidados (como creches, ILPI– Instituições de Longa Permanência para Idosos, etc.) o trabalho feminino gratuito é o que garante a manutenção da sociedade capitalista. Tal questão traz diversas implicações para as mulheres: menor e pior participação econômica do que a dos homens; menor renda; e sobrecarga de trabalho ao somar o tempo de trabalho remunerado ao trabalho doméstico não remunerado.<sup>16</sup>

Se avaliarmos o local de ocupação de negros e mulheres brancas e negras nas grandes empresas, públicas e privadas, com certeza constataremos que os negros não estão em cargos executivos, de gerência e decisão. Isto não é resultado da ausência de mérito, mas resultado de uma sociedade estruturalmente racista e machista, que utiliza mecanismos institucionais para impor seus interesses políticos e econômicos.<sup>17</sup>

12 O Estatuto da Igualdade Racial estabelece que os setores públicos e privados se atentem a especificidade das mulheres negras, que é inferiorizada por ser negra e mulher.

13 ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 25.

14 ROUBICEK, Marcelo. A desigualdade racial no mercado de trabalho em 6 gráficos. **Nexo Jornal**, 02 dez. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/11/13/A-desigualdade-racial-do-mercado-de-trabalho-em-6-gr%C3%A1ficos>. Acesso em: 23 jan. 2021.

15 Segundo Humberto Bersani (2017, p. 95-96), em seu artigo intitulado *Racismo, trabalho e estruturas de poder no Brasil*, vivemos em um Estado branco, porque o número de magistrados negros e pardos é inferior ao de brancos. Os dados a respeito da cor/raça dos magistrados resultado da pesquisa realizada pelo Conselho Nacional constataram que 0,1 % se declarou indígena, 14,2% pardo, 1,5% amarelo, 1,4 % preto e 82,2% branco.

16 OLIVEIRA, Ana Luíza Matos de *et.al.* Austeridade, pandemia e gênero. In: DWECK, Esther. *et. al.* (org.). **Economia pós-pandemia: desmontando os mitos da austeridade fiscal e construindo um novo paradigma econômico.** São Paulo: Autonomia Literaria, 2020. p. 154.

17 ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.p. 30.



As causas cumulativas de discriminação, atravessadas pela raça, classe e gênero ainda organizam as relações sociais.<sup>18</sup> Os brancos ainda são apresentados como o modelo a ser seguido, o padrão universal em todos os setores sociais, políticos e econômicos, por isso que o racismo está estruturado na sociedade. “O mito da mulher *negra* disponível, o homem *negro* infantilizado, a mulher mulçumana oprimida, o homem mulçumano agressivo, bem como o mito da mulher branca emancipada ou do homem branco liberal são exemplos de como as construções de gênero e de “raça” interagem” (grifo do autor).<sup>19</sup>

Então, para combater essas disparidades institucionais, torna-se importante a implementação de ações afirmativas, que selecionam dentre o grupo das minorias as pessoas mais capacitadas, ou seja, para aqueles que defendem a meritocracia, ela continua sendo o fundamento da escolha do candidato. Também cumpre destacar que as ações afirmativas não exigem aumento de gastos, pois as vagas abertas apenas são reservadas a membros de minorias.

A representatividade dos negros nas funções públicas e em cargos executivos de empresas privadas é vital, porém “a mera presença de pessoas negras e outras minorias em espaços de poder e decisões não significa que a instituição deixará de atuar de forma racista.”<sup>20</sup> Não obstante, é muito melhor ter esses direitos arduamente conquistados que nenhum.

Uma das características das instituições é se adaptar às mudanças sociais para que aguentem os conflitos, internos e externos, por isso que se passou a aceitar pessoas pertencentes a minorias em seus quadros, visto que a não-aceitação mostra-se antidemocrática, o que é motivo de constrangimentos.<sup>21</sup>

A diversidade é o que tem promovido o aumento dos valores das ações de empresas, uma vez que os dados apontam que empresas homogeneizadas são mais propensas a perderem os lucros.<sup>22</sup> Então, para além da inclusão, as ações afirmativas servem como mecanismos de maximização dos lucros, pois está alinhada com os programas de *compliance*, que devem ser implementados em respeito às leis nacionais e internacionais com respeito as normas de direitos humanos.

18 OLIVEIRA, Ana Luíza Matos de *et.al.* Austeridade, pandemia e gênero. In: DWECK, Esther. *et. al.* (org.). **Economia pós-pandemia: desmontando os mitos da austeridade fiscal e construindo um novo paradigma econômico.** São Paulo: Autonomia Literaria, 2020. p. 155-156.

19 KILOMBA, Grada. **Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano.** Tradução de Jess Oliveira. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019. p. 94. (grifo do autor).

20 ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 37-38.

21 BATISTA, Waleska Miguel; MASTRODI, Josué. Materialização da ação afirmativa para negros em concursos públicos (Lei n. 12.990/2014). **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 2480-2501, 2020a. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/43825>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/43825>. Acesso em: 24 jan. 2021.

22 O aumento de lucros em empresas mais diversas e incluyente está comprovado nos relatórios de pesquisas da McKinsey, que apontam que a diversidade é lucrativa. Segundo o estudo exploratório realizado pela McKinsey, em 2018, as empresas que apresentavam um quadro de funcionários diverso colheu melhores benefícios, transmitiu mais confiança dos empregados e dos consumidores, destacando que diversidade promoveu comportamentos eficazes da liderança, saúde organizacional e *performance do negócio*.

### 3 A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS PÚBLICAS E PRIVADAS

Em abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) se posicionou acerca da constitucionalidade da adoção de medidas concretas tomadas com o objetivo de promover direitos de setores sociais sistematicamente excluídos das posições de poder por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 (ADPF 186),<sup>23</sup> proposta pelo Partido Democratas contra o sistema adotado pela Universidade de Brasília (UnB). A ação foi julgada improcedente, resultando no reconhecimento, por unanimidade, da constitucionalidade do Programa de cotas da UnB, que reserva 20% de suas vagas para autodeclarados negros e pardos, além de fornecer outras 20 vagas por ano para índios, por meio de processo seletivo distinto do vestibular. Prevaleceu a tese de que a reserva de vagas em instituições de ensino público é uma forma de realização do princípio constitucional da igualdade material.

Será que essa conclusão abrange, também, medidas tomadas pelo setor privado, como é o caso da reserva de vagas no mercado de trabalho e não apenas no âmbito acadêmico? Para se chegar a uma resposta a essa questão, alguns pontos devem ser analisados:

- (i) Qual o significado e alcance do princípio constitucional da igualdade material em um Estado Social e Democrático de Direito?
- (ii) Partindo-se da hipótese de que existe um dever de promoção da igualdade em seu sentido material, este vincula, além do Poder Público, também o particular?

Nem mesmo os propositores da ADPF 186 deixaram de reconhecer que a Constituição de 1988 adotou o modelo de Estado Social de Direito, estabelecendo uma série de deveres concretos por parte do poder público no sentido de reduzir as desigualdades de fato existentes na sociedade por meio de políticas públicas<sup>24</sup> que atendam às especificidades dos grupos menos favorecidos da sociedade.

A decisão referida partiu do pressuposto de que para a realização dos princípios do Estado Social e Democrático de Direito, a aplicação da igualdade em sua vertente meramente formal (igualdade de todos perante a lei), conquista do Estado Liberal, por de ser uma ficção jurídica, é insuficiente para garantir melhores condições de vida para aqueles grupos que se encontram em situação de maior vulnerabilidade.<sup>25</sup>

Por esta razão, a partir do século 20, as Constituições do Estado Social e os documentos internacionais de proteção aos direitos humanos passaram a conter dispositivos voltados à intervenção dos poderes públicos

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186**, de 26 abril 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 22 jan. 2021.

24 Sobre o conceito e as características das políticas públicas, vide: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 38-39.

25 Parte das ideias aqui expostas sobre o princípio da igualdade e suas vertentes e a fundamentação da constitucionalidade das ações afirmativas foram expostas em DUARTE, Clarice Seixas. Fundamentos filosóficos da proteção às minorias. In: JUBILUT, Liliana Lyra *et al.* Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013 e no artigo de autoria de Clarice Seixas Duarte e Luiz Ismael Pereira intitulado “Educação e cotas raciais na Jurisprudência do STF: aspectos relevantes do julgamento da ADPF 186”. In: Flávia Piovesan; Inês Virgínia Prado Soares. (org.). **Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. Salvador: Jus Podium, 2016, v. 1, p. 137-163.

na ordem econômica e social com o objetivo de reduzir as desigualdades concretas existentes na sociedade. A CF/88 adotou ambas as vertentes do princípio da igualdade: a formal e a material.

Quando se trata da promoção da igualdade em seu sentido material, as políticas afirmativas, também chamadas “medidas de discriminação em sentido positivo” merecem destaque. Tais mecanismos são consideradas não apenas legítimos, como constituem mesmo uma exigência do Estado Social e Democrático de Direito, pois estão relacionadas aos valores e objetivos da justiça social e do pluralismo social, encontrando seu fundamento de validade nos objetivos fundamentais da República, previstos no art. 3º da CF/88: (i) construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) redução das desigualdades sociais e regionais e (iii) a promoção do bem comum (CF/88, art. 3º, I, III, IV).

A fundamentação jurídica para a adoção de políticas de ação afirmativa pode ser encontrada, também, na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 1968. Referido documento estabelece o dever dos Estados signatários de adotarem ações positivas no combate à discriminação e desigualdades raciais. O art. 1º, § 4º do referido documento prevê expressamente a possibilidade de adoção das ações afirmativas, entendidas como medidas necessárias e legítimas para aliviar, remediar e transformar o legado de um passado discriminatório contra certos grupos raciais ou étnicos:

não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados seus objetivos<sup>26</sup>.

Pois bem, a partir do julgamento da ADPF 186, pode-se considerar que a controvérsia jurídica em torno da constitucionalidade das ações afirmativas foi superada, já que encontram fundamento jurídico tanto no plano internacional como interno. Ocorre que tais medidas, por estarem voltadas à promoção de uma melhor redistribuição de bens e serviços entre os diferentes grupos na sociedade, visando contribuir, deliberadamente, para a redução de desigualdades<sup>27</sup>, continuam gerando muitas disputas no âmbito político e social.

Isso porque, quando se trata de justiça distributiva, em relação aos grupos vulneráveis e socialmente desfavorecidos, a mera aplicação dos critérios próprios da justiça comutativa, ou seja, aquela aplicável na relação entre iguais, acaba agravando as desigualdades que lhes atingem. Para evitar que isso aconteça, o Estado Social tem o dever de identificar os grupos que merecem um tratamento diferenciado e as ações a serem im-

<sup>26</sup> Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial.

<sup>27</sup> Segundo Aristóteles, a ideia de justiça distributiva (ou proporcional), em oposição à justiça corretiva (ou comutativa) pode ser entendida como uma das espécies de justiça em sentido estrito que se manifesta na distribuição de funções de governo, ou de dinheiro, ou das outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter uma participação desigual ou igual à de outra pessoa. (*Ética a Nicômaco*. Livro V. 1131, a).

plementadas para permitir o acesso desses grupos a bens socialmente produzidos<sup>28</sup>. Trata-se de uma situação em que alguns ganham e outros perdem. Daí a persistência dos embates, como aquele que travado em relação ao Programa de *Trainee* do Magazine Luiza.

Cabe, então, a pergunta: no caso dos particulares, existe também esse dever? Em caso positivo, ele encontra fundamento em nosso ordenamento jurídico?

Para responder a esse questionamento, vale recorrer ao conceito e às principais características das ações afirmativas, entendidas, na concepção de Joaquim Barbosa Gomes, como instrumentos que buscam corrigir situações de desigualdades historicamente comprovadas e integrar comunidades excluídas. Na visão do autor, elas podem ser definidas como um “conjunto de políticas públicas *e privadas* de caráter compulsório, facultativo ou voluntário” e estão voltadas a corrigir “os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego” (grifos nossos).

Note-se que Joaquim Barbosa Gomes<sup>29</sup> reconhece expressamente as políticas privadas como espécie de ação afirmativa. No caso do particular, contudo, não se pode falar no caráter compulsório dessas medidas, ou seja, não se pode obrigar as empresas privadas a adotarem programas de ação afirmativa em seu interior, mas se elas o fizerem e os critérios para o estabelecimento de discriminações estiverem de acordo com os objetivos do Estado Social e Democrático de Direito acima mencionados, não há que se falar na inconstitucionalidade de tais práticas.

Vale lembrar que o gênero ação afirmativa engloba diferentes espécies de políticas, não apenas a de cotas, como a adoção de incentivos fiscais para estimular que o setor privado adote determinadas práticas, a criação de sistemas de sanções promocionais, como o aumento de pontuação para determinadas empresas em licitações e o estabelecimento de sistemas de preferências ou de bonificações (GOMES, 2000). Tanto quanto as cotas, tais práticas são aceitáveis, desde que estabeleçam “discriminações positivas”.

A iniciativa do Magazine Luiza constitui um exemplo de uma prática que vem suprir uma lacuna do Estado brasileiro, no sentido de planejar e garantir a continuidade de programas de ação voltados à democratização do acesso ao ensino superior por meio da extensão de determinadas ações afirmativas ao âmbito do mercado de trabalho. Com isso, garante-se: (i) maior racionalidade da ação estatal; (ii) melhor aproveitamento dos investimentos públicos; (iii) a realização progressiva de direitos sociais e (iv) maior articulação entre diferentes políticas.

28 Tanto as políticas universalistas materiais, que garantem direito à educação e à saúde para todos, por exemplo, quanto as políticas afirmativas têm fundamento no princípio constitucional da igualdade material. “São, contudo, distintas no seguinte sentido. Embora ambas levem em consideração os resultados, as políticas universalistas materiais, diferentemente das ações afirmativas, não tomam em conta a posição relativa dos grupos sociais entre si. As políticas universalistas materiais consistem, ao contrário, na redistribuição sem distinções de raça, gênero, orientação sexual, possibilitando, por exemplo, a admissão de todas as crianças em um ensino público fundamental de qualidade [...] As ações afirmativas implicam não apenas preferências entre indivíduos considerados em si, mas ainda, de modo muito mais controversos, preferências entre indivíduos considerados por sua mera pertença a determinados grupos, no intuito de promover alguma compensação e algum grau de inclusão [...] Como as políticas universalistas materiais trabalham com recursos escassos e não admitem preferências entre grupos, a distribuição desses recursos sem consideração das diferenças (distribuição a todos) pode ser insuficiente para uma efetiva distribuição econômica e de reconhecimento, em outras palavras, para uma melhora de *status* relativo, econômico e de respeito (respeito na segunda acepção, como reconhecimento), por parte de membros de grupos vulneráveis e discriminados. Cf. IKAWA, 2008. p.153-154

29 GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

No Brasil, a adoção de políticas de cotas para ingresso nas Universidades públicas e de programas como o Prouni (Programa Universidade para Todos) permitiram o acesso ao ensino superior por parte de grupos tradicionalmente excluídos desses espaços. Do ponto de vista da racionalidade da ação governamental, que se expressa no planejamento (obrigatório para o poder público, conforme artigo 174 da CF/88), é importante prever mecanismos capazes de absorver, no âmbito do mercado de trabalho, jovens que se beneficiaram dessas políticas públicas conforme concluem os seus respectivos cursos.

Quando se examina o chamado “ciclo da política pública”, que abrange diferentes etapas, da elaboração à implementação, passando pela avaliação e controle, percebe-se a necessidade de se pensar no atingimento de metas a curto, médio e longo prazos. Percebe-se, também, a importância da previsão de sistemas de avaliação do impacto das políticas. No exemplo ora analisado, a previsão de mecanismos de avaliação ao longo de todo ciclo da política e para além dele permitiria identificar aqueles jovens que tivessem maior dificuldade de inserção no mercado de trabalho, encaminhando-os, por exemplo, para empresas parceiras, que demonstrassem sua responsabilidade social. Para atrair tais empresas, um sistema de bonificação, preferências ou reserva de vagas poderia ser implementado com o incentivo do Poder Público<sup>30</sup>.

Isso permitiria um melhor aproveitamento dos recursos públicos investidos em ações afirmativas voltadas à democratização do acesso ao ensino superior, garantindo-se a ampliação das chances de se atingir seus principais objetivos finais: a inclusão de grupos em situação de vulnerabilidade no mercado de trabalho em empregos qualificados. Este seria um exemplo a ilustrar a importância da articulação entre políticas públicas, no caso a de acesso ao ensino superior e a de garantia de emprego para jovens.

Afinal, é preciso reconhecer que quando os jovens tradicionalmente excluídos concluem a graduação e tentam ingressar no mundo do trabalho, continuam, muitas vezes, enfrentando muitos dos obstáculos com os quais se depararam ao longo de suas vidas. Para evitar que engrossem as estatísticas dos chamados “nem nem” (jovens que nem estudam, nem trabalham), é importante não apenas permitir que o setor privado desenvolva programas como o do Magazine Luiza, como também estimular a adoção de parcerias com o setor público.

#### **4 AÇÕES AFIRMATIVAS SÃO O COMEÇO, MAS SÃO UM PROJETO COMPLEXO<sup>31</sup>**

As ações afirmativas são constitucionais e necessárias para mudar as disparidades raciais e de gênero existentes nas instituições públicas e privadas. Porém, sua efetividade não depende apenas da diversidade que venha a ser apresentada, mas de mecanismos eficientes que reprimam todas as formas de discriminação.

<sup>30</sup> No caso de escritórios de advocacia, por exemplo, o domínio do inglês costuma ser uma barreira de difícil transposição para alunos de baixa renda que não tiveram oportunidade de estudar em escolas bilíngues ou fazer programas de intercâmbio, como os alunos das famílias mais remediadas. Diante dessa realidade, deve-se estimular uma empresa que reconhece essa dificuldade e, sensível a ela, estabelece programas diferenciados para garantir o suplemento da qualificação a beneficiários de programas de ação afirmativa no ensino superior.

<sup>31</sup> Esse trecho é uma versão adaptada do trabalho publicado no Portal Disparada intitulado “O racismo nas relações de trabalho” (BATISTA, 2020b).

As instituições devem apresentar treinamentos para que os funcionários, gestores e todos os trabalhadores entendam a legitimidade das ações afirmativas, e que as boas práticas de sustentabilidade garantam ambientes de trabalho saudáveis para todas as minorias.

Os programas de *compliance* antidiscriminatório adotados por algumas empresas devem alcançar ações efetivas de intolerância ao racismo, a ponto de piadas, comentários e qualquer manifestação racista não serem entendidos como equívoco ou ignorância. E o fato de o racismo ser estrutural e se manifestar em todas as relações sociais não deve ser utilizado como desculpa para afastar a responsabilidade individual do empregado, nem a responsabilidade da empregadora, pelo crime de racismo ou de injúria racial praticado. Racistas têm tentado se afastar da responsabilidade com argumentos de que “o mundo é racista, perdão!”. Tal argumento até explica, mas não justifica o racismo, que deve ser combatido e não reproduzido.

Quando uma empresa tem políticas de ações afirmativas para a inclusão dos negros em seu quadro de funcionários, mas ignora as atitudes e práticas racistas realizadas pelos seus funcionários, torna-se tão culpada quanto o autor direto, uma vez que naturalizou e normalizou o racismo em sua organização interna. Chancelar as práticas racistas torna a empregadora ética e politicamente responsável pela manutenção do racismo.

Grada Kilomba<sup>32</sup> afirma que as vivências do racismo cotidiano são traumáticas, porque o racista naturaliza comportamentos que chegam a ser difíceis de serem punidos como crimes, mas isso não afasta a sua violência, uma vez que tudo ao seu ~~entorno~~ entorno o classifica como desprezível, ruim ou *exótico*. Nada o humaniza na mesma medida que o branco.

Desta forma, além da implementação de ações afirmativas, as empresas têm o dever de compreender as dinâmicas do racismo e sexismo, para que comportamentos juridicamente reconhecidos como crime sejam tratados com seriedade e combatidos como falta grave.

Não faz sentido o oprimido ter que ficar se justificando frente a manifestações racistas, mas isso é *tão comum* que aquele que nomeia as atitudes e os comportamentos como discriminatórios acaba se tornando o opressor. Mas essa é a arma de dominação do racismo, porque culpabiliza a vítima.<sup>33</sup>

O ciclo das políticas públicas deve ser utilizado como medida de avaliação da ação afirmativa. Celina Souza<sup>34</sup> afirma que “O ciclo da política pública é constituído dos seguintes estágios: definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação.” Ou seja, após a implementação, a ação afirmativa precisa ser avaliada para saber se alcançou o objetivo de garantir a inclusão de negros nos setores executivos, bem como se o ambiente de trabalho por ele ocupado é adequado.

32 KILOMBA, Grada. **Memórias da plantação**: episódios de racismo cotidiano. Tradução de Jess Oliveira. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.

33 KILOMBA, Grada. **Memórias da plantação**: episódios de racismo cotidiano. Tradução de Jess Oliveira. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.

34 SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, a. 8, n. 16, p. 20-45, dez. 2006. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/6YsWyBWZSdFgfSqDVQhc4jm/?lang=pt>. Acesso em: 25 jan. 2021. p. 29.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ações afirmativas implementadas pelo Magazine Luiza representam a busca de materialização da igualdade institucional no quadro de trabalhadores, conforme estabelece a Constituição de 1988 e chancelado pelo Supremo Tribunal Federal.

O combate ao racismo estrutural precisa de medidas radicais como o processo seletivo apenas para negros ou a reserva de vagas para negros (cotas raciais) que fazem com que as instituições tenham negros em postos estratégicos de decisão. Além de direito à igualdade, nota-se que a ação afirmativa corrobora com a maximização dos lucros, razão pela qual estamos cientes de que esse talvez seja este o maior motivo de sua implementação.

Não obstante, importante destacar que as ações afirmativas não dão poder a toda coletividade negra, pois o racismo estrutural persiste apesar dessa medida. Sueli Carneiro<sup>35</sup> afirmou que “qualquer homem negro no Brasil, por mais famoso que seja, ou por maior mobilidade que tenha experimentado, não tem poder real”, porque eles não são os donos dos meios de produção e nem detêm o controle do mercado.

A arma de dominação do racismo é garantir o acesso das minorias a conta gotas, assim retardando a efetiva mudança, e é por isso que medidas radicais causam tantas polêmicas. Medidas como a do Magazine Luiza foram na raiz do problema: ausência de negros em cargos executivos ou de liderança. Que todas as medidas de ações afirmativas sejam radicais, a ponto de homens negros, mulheres negras e mulheres brancas estarem representados em todos os setores na mesma proporção em que estão presente na contagem da população.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Livro V. 1131, a).

BATISTA, Waleska Miguel. O racismo nas relações de trabalho. **Portal Disparada**, 14 set. 2020b. Disponível em: <https://portaldisparada.com.br/economia-e-subdesenvolvimento/racismo-nas-relacoes-de-emprego/>. Acesso em: 24 jan. 2021.

BATISTA, Waleska Miguel; MASTRODI, Josué. Materialização da ação afirmativa para negros em concursos públicos (Lei n. 12.990/2014). **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 2480-2501, 2020a. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/43825>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/43825>. Acesso em: 24 jan. 2021.

BERSANI, Humberto. Racismo, trabalho e estrutura de poder no Brasil. In: Oliveira, Dennis de (org.). **A luta contra o racismo no Brasil**. São Paulo: Edições Forum, 2017. p. 86-101.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BENEDITO, Alessandra. Ações Afirmativas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (org.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 371-403.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186**, de 26 abril 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 22 jan. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARNEIRO, Sueli. **Escritos de uma vida**. São Paulo: Editora Jandaíra, 2020.

DUARTE, Clarice Seixas. Fundamentos filosóficos da proteção às minorias. In: JUBILUT, Liliana Lyra *et al.* **Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

35 CARNEIRO, Sueli. **Escritos de uma vida**. São Paulo: Editora Jandaíra, 2020. p. 94-95.

DUARTE, Clarice Seixas; PEREIRA, Luiz Ismael. Educação e cotas raciais na Jurisprudência do STF: aspectos relevantes do julgamento da ADPF 186. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.). **Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. Salvador: Jus Podium, 2016. v. 1.

EMPRESAS ABREM VAGAS DE TRAINEE E ESTÁGIO PARA NEGROS E MULHERES. **G1**, Economia – Concurso e emprego. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/09/21/empresas-abrem-vagas-de-trainee-e-estagio-para-negros-e-mulheres-veja-lista.ghtml>. Acesso em: 14 set. 2021.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

IKAWA, Daniela. **Ações afirmativas em universidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KILOMBA, Grada. **Memórias da plantação**: episódios de racismo cotidiano. Tradução de Jess Oliveira. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.

MAGAZINE LUIZA ABRE PROGRAMA DE TRAINEE APENAS PARA CANDIDATOS NEGROS”. **Poder 360**. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/magazine-luiza-abre-programa-de-trainee-apanas-para-candidatos-negros/>. Acesso em: 20 jan. 2021.

MAGAZINE LUIZA RACISTA? ENTENDA OS DADOS QUE DERRUBAM ESTA IDEIA. **Folha +**, 22 set. 2020. Disponível em: <https://folhadirigida.com.br/mais/noticias/especiais/magazine-luiza-racista-entenda-os-dados-que-derrubam-essa-ideia>. Acesso em: 22 jan. 2021.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 18. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MOVIMENTO NEGRO DEFENDE PROGRAMA DE TRAINEE DO MAGAZINE LUIZA. **G1**, 21 set. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/09/21/movimentos-negros-saem-em-defesa-do-programa-de-trainee-do-magazine-luiza.ghtml>. Acesso em: 22 jan. 2021.

OLIVEIRA, Ana Luíza Matos de *et al.* Austeridade, pandemia e gênero. In: DWECK, Esther. *et al.* (org.). **Economia pós-pandemia**: desmontando os mitos da austeridade fiscal e construindo um novo paradigma econômico. São Paulo: Autonomia Literaria, 2020. p. 153-171.

**PORTAL G1**. Empresas abrem vagas de trainee e estágio para negros e mulheres; veja lista. 21 set. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/09/21/empresas-abrem-vagas-de-trainee-e-estagio-para-negros-e-mulheres-veja-lista.ghtml>. Acesso em: 21 jan. 2021.

ROUBICEK, Marcelo. A desigualdade racial no mercado de trabalho em 6 gráficos. **Nexo Jornal**, 02 dez. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/11/13/A-desigualdade-racial-do-mercado-de-trabalho-em-6-gr%C3%A1ficos>. Acesso em: 23 jan. 2021.

SANTOS, Rafa. Após Defensor pedir multa contra Magazine Luiza, DPU defende política de cotas. **Conjur**, 6 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-06/defensor-pedir-multa-magazine-luiza-dpu-defende-cotas>. Acesso em: 22 jan. 2021.

SILVEIRA, Daniel; BASILIO, Patrícia. Programa de trainee para negros do Magazine Luiza cumpre papel constitucional, dizem advogados. **Portal G1**, 21 set. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/09/21/programa-de-trainee-para-negros-do-magazine-luiza-cumprer-papel-constitucional-dizem-advogados.ghtml>. Acesso em: 21 jan. 2021.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, a. 8, n. 16, p. 20-45, dez. 2006. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/6YsWyBWZSdFgfSqDVQhc4jm/?lang=pt>. Acesso em: 25 jan. 2021.

TRAINEE 2021: #VEMPROMAGALU. Disponível em: <https://www.99jobs.com/magazine-luiza/jobs/93594-trainee-magalu-2021?preview=true>. Acesso em: 20 jan. 2021.



# CAPÍTULO 15

## O DIREITO A NÃO DISCRIMINAÇÃO E AS MÚLTIPLAS OPRESSÕES VIVIDAS POR MULHERES NEGRAS

Gislene Aparecida dos Santos

### 1 APRESENTAÇÃO

Em acordo com a Constituição Federal da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), são objetivos fundamentais expressos no o Art. 3º, inciso IV, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A mesma Carta Magna determina, no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, no Art. 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Ainda é dito que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações e que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, com expressa condenação do racismo como crime inafiançável e imprescritível.

Apesar da lei assegurar todas essas formas de proteções e garantias, pesquisa realizada pelo GEPPIS<sup>1</sup> indica que as mulheres são expostas a enorme violência da discriminação por raça e gênero e que esse fato raramente é condenado pelas esferas que, no âmbito do judiciário, deveriam punir as violações dos direitos assegurados pela Constituição Federal.

Dialogando com esses pressupostos e baseada em casos arquivados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) lidos e pesquisados pelos pesquisadores do GEPPIS, apresento dados referentes à discriminação por raça e gênero/mulheres, e seus desdobramentos em termos de violação direitos, opressão e consequências negativas para a saúde e bem estar de mulheres negras e teço considerações sobre como podemos alterar esse cenário para que nos aproximemos da efetivação do que é previsto pela Constituição Federal.

### 2 DESCRIÇÃO DOS CASOS

A pesquisa no TJSP foi bem detalhada em Santos, 2015; Santos, Noguti, & Matos, 2014; Matos, 2016; Santos, 2018. A pesquisa<sup>2</sup> que resultou na criação do banco de dados de onde recolhemos as informações para este artigo ocorreu entre 2012-2014. O objetivo foi o de analisar documentos que tratassem de discriminação

1 – GEPPIS – Grupo de Estudos e Pesquisas das Políticas Públicas para a Inclusão Social da Escola de Artes, Ciências e Humanidades (EACH), Universidade de São Paulo (USP)

2 – Pesquisa financiada pela FAPESP. Processo nº 2010/12609-1, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

racial, com base na lei antirracismo (a Lei 7.716/89) ou nos crimes de injúria qualificada por conteúdos referentes à raça ou à cor, baseados no artigo 140 do Código Penal que define esse delito.

Queríamos conhecer e analisar os casos apresentados ao sistema judiciário paulistano para verificar como a injúria racial e o racismo eram percebidos tanto dentro do sistema judiciário (por meio dos julgamentos) quanto pelas próprias vítimas de ofensas e discriminações racistas e que recorreram ao judiciário em busca de justiça.

Para a realização dessa pesquisa, nossos parâmetros foram buscar: apenas os crimes contra pretos e pardos (negros); apenas os crimes de racismo ou injúrias raciais; apenas os casos de Primeira Instância; apenas os casos arquivados e que não estivessem em segredo de justiça; somente aqueles ocorridos na cidade de São Paulo.

Com esses parâmetros, construímos uma amostra de 120 casos ocorridos entre 2003 e 2011. Recortei, deste banco de dados, os casos nos quais tanto as vítimas de agressão quanto as acusadas por terem cometido as agressões fossem mulheres. Com esse recorte, compus uma amostra de 39 casos (sendo 16 inquéritos policiais e 23 processos judiciais). Como o foco deste artigo não é a discussão judicial, não farei distinção entre inquéritos e processos tomando a ambos, indistintamente, como documentos produzidos pelo judiciário.

### **3 DADOS COLETADOS POR RECORTE DE GÊNERO/MULHERES**

Quando considero a amostra com o recorte para gênero/mulheres, analisando as mulheres ofendidas, é possível constatar que 50% constavam nos documentos oficiais como pretas, 29% como pardas e 16% com brancas, em 5% dos casos não constavam informações sobre cor e não houve indicação de pessoas indígenas e amarelas.

Com relação à escolaridade das ofendidas, 45% delas possuíam o ensino médio, 28% possuíam o ensino fundamental, 10% o superior, 4% se enquadram como não alfabetizadas e mais 4% tinham o ensino fundamental incompleto. Em 8% dos casos não constava informação sobre escolaridade e 1% possuía o ensino médio incompleto.

Quanto à faixa etária das ofendidas, a maioria, ou 41%, tinha entre 21 e 30 anos de idade, 16% possuíam de 31 a 40 anos e 16% possuíam de 41 a 50 anos. Ou seja, a maior parte da amostra era composta de mulheres com menos de 50 anos.

As profissões que constam dos documentos do judiciário acompanham o grau de instrução das ofendidas: agente de saúde, ajudante geral, aposentada, artesão, assistente administrativa, autônoma, auxiliar de serviços gerais, balconista, cabelereira, caixa, copeira, costureira, do lar, doméstica, embaladora, enfermeira, estudante, operadora de telemarketing, professora, recepcionista e garçoneiro, secretária, supervisora.

O ambiente onde os fatos ocorreram indicam que as ofensas foram proferidas em uma diversidade de locais associados à vida cotidiana de qualquer pessoa comum como: bar, buffet, casa da vítima, casa alugada da

ré, celular, condomínio, escola, hospital, ligações telefônicas, loja de departamentos, loja de móveis, ônibus de viagem, quintal, residência, supermercado, via pública.

Observo que grande parte das ofensas que resultaram em procedimentos judiciais envolviam dupla discriminação por raça e gênero. Na maioria das vezes, as ofensas recobriam caracteres de animalidade, sujeira, vulgaridade, ofensa a sexualidade: ofensas proferidas: preta, vagabunda, macaca, puta, negrinha burra, é porque você é negra, urubu, negra fedida, besouro, galinha, negra suja, baianinha

Nos documentos analisados, o judiciário entendeu que 62% dos casos deveriam ser encerrados e arquivados, em 19% não havia informações referentes ao modo como os casos foram finalizados, 13% houve condenação, 6% absolvição. Cabe ressaltar que a condenação, nos casos avaliados, consistiu em restrição de direitos por meio de pagamento de multa e cesta básica.

Os motivos alegados para o arquivamento e a não punição dos fatos afirmados foram em 40% dos casos, a falta de provas e, em 60% dos casos, por eles terem entendido que o caso teria sido apresentado como racismo, quando de fato, seriam casos de injúria, com menor potencial ofensivo e punitivo<sup>3</sup>. E, não ter havido a prestação de queixa formal dentro do prazo de seis meses (lembrando que são casos cujo início foi anterior ao ano de 2009 quando havia a necessidade de formalização da denúncia dentro do prazo de seis meses para que não fossem desclassificados). E, como as vítimas desconheciam esse fato considerando que somente a ida a delegacias fosse suficiente para o encaminhamento de suas denúncias, muitas delas não constituíram advogados e não formalizaram suas queixas-crimes.

## 4 ENTREVISTAS

Por meio dos documentos analisados, localizei algumas das pessoas que recorreram ao judiciário e verifiquei quem estaria disposto a contar a história e a memória desse processo. O objetivo dessa etapa da investigação foi o de conhecer o que esse processo da denúncia (e seu resultado) representou para essas pessoas em termos de construção de um sentido de autorrespeito e um sentimento de terem seus direitos reconhecidos e respeitados ou não.

Dividi essa fase da pesquisa em quatro momentos: 1– selecionar a amostra; 2– tabular endereços, telefones e os locais para onde deveria me dirigir; 3– contatar as pessoas para explicar a pesquisa e agendar as entrevistas (fase 1 – contatos telefônicos); 4– realizar as entrevistas (fase 2 – entrevistas).

A partir dos parâmetros definidos, selecionei 87 documentos. Consegui falar com 22 pessoas. Desta amostra total de entrevistados, 60% eram mulheres e 40% homens.

As entrevistas foram realizadas de 2 modos operacionais: presencialmente ou por telefone. Nas entrevistas presenciais, me apresentava, explicava o objetivo da pesquisa e o termo de consentimento livre esclareci-

3 – Para maiores detalhamentos sobre as implicações associadas a esses dois tipos de condutas, ver: Santos, 2015 e Matos, 2016.

do e pedia a sua assinatura e autorização para gravação. Após esse procedimento, dava início à entrevista. Nas entrevistas por telefone, após o primeiro contato no qual já havia me apresentado, explicou os objetivos da pesquisa e combinado o horário de retorno, explicava o motivo do contato, solicitava autorização para gravar a entrevista e iniciava o trabalho.

Todas as entrevistas foram semiestruturadas. Orientei-me por um roteiro por meio do qual pedia para que contassem o que ocorreu e fazia (caso necessário) questões que levassem a relatar os fatos em acordo com três categoriais inicialmente formuladas: categoria acesso à justiça, categoria desrespeito/autorrespeito, categoria percepção do racismo.

Após a realização das entrevistas, todas foram transcritas e passei à fase da análise orientada pelo método de análise de conteúdo, em acordo com Bardin (1979). Optei pelo modelo fechado de elaboração das categorias, apoiados nas teorias do reconhecimento e estudos pós-coloniais.

Embora essa amostra seja pequena para que as conclusões alcançadas possam ser generalizadas, é preciso observar alguns aspectos importantes. O universo desta pesquisa foi restrito a um grupo fechado, ou seja, não aleatório ou probabilístico. Dependia do aceite em participar de pessoas cujos nomes constavam nos documentos que analisamos e isso trouxe dificuldades. Apesar disso, pesquisas realizadas por outros autores com amostragem maior (Nielsen, 2004 e Monteiro, 2003) chegaram a resultados semelhantes no que diz respeito a alguns dos tópicos que serão discutidos a seguir.

## 5 DISCUSSÃO

O primeiro dado que merece destaque é a quantidade de recusas em conceder entrevistas sobre seus casos e os motivos alegados para elas. Acreditamos que isso não seja um fato corriqueiro.

É preciso considerar, em relação à recusa, uma série de fatores além de questões vinculadas à desconfiança em relação a quem eles não conhecem, a falta de tempo e desinteresse em participar de algo que não lhes traria qualquer ganho ou benefício direto.

Não foi possível saber se e como as pessoas contatadas que não concederam entrevistas lidaram com essa experiência. Mas elaborei hipóteses que, apesar de não terem sido testadas, podem ganhar força por meio dos relatos das mulheres que foram entrevistadas e até mesmo por meio de alguns argumentos apresentados no momento da recusa em participar.

A primeira hipótese é a que essas experiências de discriminação foram traumáticas e certamente se enquadram como situações de humilhação e isso tenha sido um motivo decisivo para a recusa em participar da pesquisa, indicando que a dor ainda é profunda e não foi superada. Esse fato constou ao menos uma vez como motivo de recusa. Foi alegado que falar sobre o assunto traria más lembranças que desejaria evitar e não ganharia nada com isso.

A segunda hipótese vai na direção contrária indicando que as entrevistadas teriam saído da fase de retração, superado o trauma e não desejam retomar a conversa sobre um momento em suas vidas que já foi superado.

Contudo, como consideramos que o racismo estrutura todas as relações sociais, é difícil crer que seja possível que o momento da discriminação racial seja superado sem que se altere o modo como as sociedades foram e estão estruturadas. Ou seja, o trauma e a ferida não se curam e não são superados. Uma das entrevistadas, mesmo após anos da experiência vivida, chorava ao relembrar os fatos. Assim, avaliando as respostas dadas pelas pessoas que concederam as entrevistas, é possível inferir que a primeira hipótese seja a mais viável. Viver a experiência de violação do ser é algo desagregador. Relembra-la também o é. Entretanto, nenhum desses elementos é considerado no momento da denúncia do fato nas delegacias quando muitas das vítimas consideraram viver uma situação de dupla violência ou humilhação.

Shultziner e Rabinovici conceituam humilhação como: “treating people or displaying attitudes in a way that conveys the message that they have lower or no, social worth. This way also takes the form of verbal expression such a name-calling, cursing, and other forms of verbal abuse”<sup>4,5</sup>

Falar sobre uma situação de humilhação pode ser o mesmo que revivê-la. Algo extremamente estressante e doloroso. Silva (2013)<sup>6</sup>, considera que, nessas situações traumáticas, as pessoas se questionam sobre o que aconteceu com elas, por que aconteceu com elas, por que agiram daquele e não de outro modo, como agir se ocorrer novamente. E revivem uma situação de dor, insegurança, ansiedade, entre outros sentimentos. Tudo isso se fez presente nos relatos das entrevistadas.

As pessoas que concederam as entrevistas mencionaram o sentimento de: indignação, se sentirem machucadas, menosprezadas pela sociedade, magoadas, inconformadas, chateadas, com raiva, frustradas, sentirem vergonha, se sentirem humilhadas, sem dignidade.

Eu gostaria de uma única coisa: desculpas. É isso que eu gostaria, que hoje em dia, que eles se retratassem. (Mulher, caso shopping.)

eu queria que eles viessem e me pedissem desculpas. Se pelo menos o gerente do (local) viesse e falasse: “olha, você me desculpa, eles não estavam sendo bem orientados, eles não deveriam ter feito isso”. (Mulher, caso shopping).

Uma humilhação, uma humilhação porque, para mim, não se trata assim de dinheiro. Eles vão me pagar em dinheiro a humilhação que eu tive lá? (Mulher, caso shopping).

A gente se sente menosprezada pela sociedade. Sente muito. Eu sou muito sentimental, então se sente muito magoada, né. Tipo... por quê? Então é um sentimento que não tem nem como explicar como a gente sente assim em uma palavra, não tem nem uma palavra para isso. O que a gente sente quando alguém te chama de macaco? Não tem nem palavra. É um sentimento de mágoa, às vezes de rancor, tem gente

4 – Tradução nossa: “Tratar as pessoas ou exibir atitudes de uma forma que transmita a mensagem de que elas têm um valor social inferior ou não tem qualquer valor. Esta modo também assume a forma de expressão verbal como xingamentos, xingamentos e outras formas de abuso verbal”.

5 SHULTZINER, Doron; RABINOVICI, Itai. Human dignity, self-worth and humiliation: a comparative legal-psychological approach. *Psychology, Public Policy, and Law*, v. 18, n. 1, p. 105-143, Feb. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1964371>. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1964371](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1964371). Acesso em: 14 set. 2021. p. 12.

6 SILVA, José Eduardo Marques da. Justiça Restaurativa II: a vítima – implicações psicológicas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3505, 4 fev. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23640>. Acesso em: 13 fev. 2014.

que fica com raiva, tem gente que fica com ódio. (...) Eu só queria que ele enxergasse que todo mundo é igual independente da profissão, da cor, do sexo. (Mulher, caso catraca).

Por causa dos direitos que não existem (...). Não, eu não falei que eu não tenho direito. Eu falei que eu tenho direito, mas eles não existem. (Mulher, caso posto de saúde)

Eu tenho o mesmo direito de um branco. E que a humilhação, você ser julgada por algo que você não fez é muito ruim. E que todo direito que um branco tem um negro tem; e eu tenho todos os direitos, eu posso comprar o que eu quiser para meu filho porque eu trabalho (Mulher, caso shopping).

Eu quero que ele sinta o que eu senti (Mulher, caso catraca)

Além disso, apontam para o que esperam do sistema de justiça.

Então, assim, eu só queria que o juiz pensasse bem e que se colocasse no lugar de um negro. Quanto que é ruim você ser humilhado. Não ruim ser negro, porque eu tenho o maior orgulho da minha raça. Tenho o maior orgulho. (...) Que o juiz pensasse bem. O quanto que é ruim você ser humilhado. Seja qual motivo for. Isso é ruim. É muito humilhante. (Mulher, caso shopping).

Eles deveriam escutar mais as pessoas, saber o porquê ocasionou. (...) Porque ... eles fazem de conta que é uma coisa qualquer e se chegar um roubo de carro, é mais importante do que aquilo que você foi fazer, denunciar. Então, eu acredito que eles não levem muito a sério. Levassem mais a sério, te instruissem melhor também, dessem mais instruções... Lei existe, mas, às vezes, não são usadas adequadamente. A lei existe, mas muitas vezes só no papel. Na hora de ser usada mesmo, elas deixam muito a desejar. Parece assim que eles tipo... tem coisa mais importante pra fazer. Porque assim, a partir do momento que você vai abrir um Boletim de Ocorrência, a pessoa fala: “Isso não vai dar em nada, isso é irrelevante”. Então é como se a pessoa tivesse te discriminado também. (Mulher, caso local de trabalho)

Eu fui humilhada novamente, porque, não queriam fazer o meu BO, não queriam fazer. Assim, nem que quisessem, o escrivão nem deu muita atenção sabe, ele não deu muita atenção, ele nem ligou. (Mulher, caso shopping).

O ciclo de discriminações e humilhações pode resultar em consequências para a saúde dessas mulheres como demonstram Oliveira, Meneguel e Bernandes (2009) que investigaram as estratégias de enfrentamento construídas por mulheres que fizeram denúncias de racismo no SOS racismo da cidade de Porto Alegre.

As autoras relatam que as participantes de seu estudo fizeram menção a um amplo repertório: o da denúncia do racismo e da discriminação racial, o dos efeitos do racismo em relação às identidades e subjetividades e, também mencionaram as estratégias que utilizam para enfrentar a discriminação racial. “As mulheres nararam situações de violência racial que motivaram a busca de ajuda em depoimentos carregados de emoção, com falas que diziam da tristeza, vergonha, culpa e do medo da repetição da agressão.”<sup>7</sup>

Sims *et.al.*<sup>8</sup> e Launer<sup>9</sup> (2020) também demonstram como a saúde da população pobre e sobretudo negra é afetada pelas experiências de discriminação.

7 OLIVEIRA, Maria Luisa Pereira de; MENEGHEL, Stela Nazareth; BERNARDES, Jefferson de Souza. Modos de subjetivação de mulheres negras: efeitos da discriminação racial. *Psicol. Soc.*, Florianópolis, v. 21, n. 2, p. 266-274, ago. 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-71822009000200014>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/5zT3DgW97n9MP7MFLNXFL3d/?lang=pt>. Acesso em: 14 set. 2021. p. 269.

8 SIMS, Mario *et. al.* Perceived discrimination is associated with health behaviours among African-Americans in the Jackson Heart Study. *Journal of Epidemiology and Community Health*, v. 70, n. 2, p. 187-194, Feb 2016. DOI: <https://doi.org/10.1136/jech-2015-206390>. Disponível em: <https://jech.bmj.com/content/70/2/187>. Acesso em: 14 set. 2021.

9 LAUNER, John. Ethnic inequalities in health: should we talk about implicit white supremacism? *Postgrad Med J*, v. 96, n. 1132, p. 117-118, Feb. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1136/postgradmedj-2019-137295>. Disponível em: <https://pmj.bmj.com/content/96/1132/117>. Acesso em: 14 set. 2021.

Baum e Friel (2017) afirmam que os aspectos materiais e psicossociais das condições de vida diária das pessoas são afetados por iniquidades estruturais que são reproduzidas através de processos sociais, culturais e econômicos incluindo o racismo institucional. Os autores também salientam a escassez de pesquisas que combinem métodos inovativos na redução da iniquidade no acesso à saúde: “there is a need for the development and application of innovative methods to evaluate the health equity impact of both sectoral specific and integrated action on health equity”. (BAUM & FRIEL, 2017, p.06)<sup>10</sup>

Oliveira, Meneguel e Bernandes (2009), corroboram essa informação ao afirmar que como a violência racial e as repercussões nas identidades e subjetividades de mulheres negras são pouco investigadas, sendo que esses aspectos somente muito recentemente passaram a ser considerados como importante em termos da saúde coletiva.

Fora do Brasil, estudos apontam que esse tipo de opressão, ligado à discriminação racial, tem sido relatado como causa de grande estresse. West, Donovan, Roemer (2010) discutem como as mulheres negras lidam com o estresse relacionado à raça e o que isso significa, em termos de sintomas de saúde e saúde mental.

Para elas, existe uma grande quantidade de microagressões contra populações negras. Perceber a discriminação racial implica um alto custo psicológico e físico associados à hostilidade, doenças somáticas, ansiedade e depressão. Viver esta discriminação e realizar o esforço de denunciá-la aumenta ainda mais o estresse. Então, quando tratamos de racismo, discriminações e o modo como o sistema de justiça lida com eles, é essencial também considerar os efeitos que as decisões do judiciário traz para a vida das pessoas de modo mais amplo que envolvem o modo como ampliam (ao serem injustos em relação aos denunciantes que demandam por justiça) as chances de aumento de estresse, adoecimento e, em alguns casos, morte decorrentes de doenças associadas a comorbidades decorrentes da constante e sistemática exposição a fatores estressantes como as experiências de discriminação e ao racismo.

## CONCLUSÕES

Iniciamos o texto informando que nossa Carta Magna é alicerçada no princípio da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, na igualdade entre todos, na igualdade entre homens e mulheres, na punição do racismo.

Entretanto, é possível concluir que, nos casos analisados aqui, a proteção assegurada pela Constituição não se concretizou. As mulheres negras não receberam tratamento digno, a discriminação por racismo não foi punida, o transcurso de seus casos no sistema de justiça não resultou em reparação e, além disso, aumentou seu estresse as fragilizando para a contração de doenças associadas a isso. São múltiplas formas de opressão.

10 – Tradução livre: “há necessidade de desenvolvimento e aplicação de métodos inovadores para avaliar o impacto da equidade na saúde de ações setoriais específicas e de ações integradas sobre a equidade na saúde.

A lei deveria ser capaz de assegurar/garantir a igualdade, mas não é. Não garante a igualdade nem mesmo nos momentos nos quais a discriminação é explícita.

A legislação não consegue alcançar aquilo que os estudiosos definem como racismo e que refletiria, mais de perto, a vivência das vítimas da discriminação racial. Do ponto de vista jurídico, aquilo que é descrito e vivido pelas vítimas, nas relações sociais, dificilmente poderá ser punido por ser desconsiderado em termos de sua materialidade.

Contudo, observamos o quanto afeta, de forma concreta e, em casos de modo fatal, as vidas das mulheres que são vítimas de discriminação. E o mais cruel nos casos analisados discutidos é que são experiências que as afetam em sua vida cotidiana e rotineira, ou seja, não são, como algumas querem fazer crer, episódios eventuais ou incidentes. Faz parte da rotina das pessoas negras, das mulheres negras, a experiência do desrespeito e da humilhação por serem mulheres e por serem negras.

Essa discrepância entre o vivido como discriminação e racismo e aquilo que a lei reconhece como tal precisa ser discutido contribuindo para que as experiências tão concretas de racismo denunciadas pelas vítimas sejam consideradas como tal: como racismo. E sigam na direção de corrigir e melhorar a atuação dos profissionais do direito para que façam cumprir, com precisão, o que é definido pela Constituição e pelas legislações delas derivadas.

Para isso, é fundamental que os profissionais do direito e o sistema judiciário, de modo mais amplo, considerem a importância do diálogo interdisciplinar.

Coombe<sup>11</sup>, a partir da perspectiva dos estudos críticos e culturais, afirma que as legislações (e a lei em geral), são construções culturais que não devem ser reificadas, mas tratadas como frutos da cultura. Sendo assim, é essencial compreender a cultura e o contexto social e político para se propor leis adequadas como, também, para formar profissionais competentes para fazê-las cumprir.

Combe considera que a lei nunca encontra simplesmente fatos, mas cria ativamente os fatos sobre os quais aplica regras gerais e universais. Ainda, o modo como a lei constrói esses fatos, histórias e narrativas resulta no reconhecimento e punição de alguns crimes e não de outros. A lei pode ser tendenciosa não somente em termos da doutrina, mas até mesmo no modo de construção e na leitura dos fatos. Isso precisa ser conhecido, discutido, sopesado por legisladores e por profissionais do direito e, também, no período de sua formação.

Nessa pesquisa, observei o recorrente argumento da jurisprudência indicando a decadência em razão de erros nos procedimentos, ou mesmo a extinção da punibilidade. Isso pode levar pessoas a crer que, de fato, as questões não são de ordem ideológica, mas de ordem formal ou procedimentais presentes na construção das peças jurídicas, resultando na não condenação dos crimes denunciados pelos processos terem sido mal construídos.

11 COOMBE, Rosemary. Is there a cultural studies of law? In: MILLER, Toby Miller (ed.). *A companion to cultural studies*. Cambridge, MA: Basil Blackwell, 2001. p. 36-62.



Contudo, mesmo nos casos nos quais essas peças foram devidamente construídas e não se pode alegar a decadência em razão da não apresentação da queixa-crime dentro do prazo legal, a rejeição ou a absolvição são observadas por se considerarem que não foram apresentados elementos suficientes de prova.

Outros ainda afirmam que o problema estaria no modo como a legislação foi construída. Nesse caso, seria necessária uma alteração no Código Penal para melhor definir o crime de racismo? Para nós, contudo, esse recurso seria insuficiente porque o que faria toda a diferença seria alterar as formas como o judiciário opera para que fossem considerados instrumentos que hoje não podem ser considerados, atores e agentes que ora não são ouvidos e que poderiam contribuir enormemente na compreensão do que é o racismo e o seu *modus operandi*. Seria necessário, como afirmam Mignolo<sup>12-13-14</sup> e Quijano<sup>15-16-17</sup>), um processo de descolonização do judiciário para que outras falas e vozes pudessem ser ouvidas e consideradas legítimas. Não se trataria de alterar o Código Penal, somente, mas de se alterar a forma como se compreende e se interpreta a lei e o próprio judiciário, suas funções e limitações, quem está autorizado a falar e a interpretar a lei, em nome de quem se fala, quem está autorizado a julgar e a partir de quais elementos, circunstâncias e apoiados em quais atores são feitos os julgamentos.

Nossa Constituição Federal assegura direitos que, na vida cotidiana, por meio das instituições criadas pelo próprio estado e pela sociedade civil, se tornam inefetivos e, o resultado, quando observamos o que ocorre com as pessoas negras entrevistadas é a humilhação que, sabemos, aumentam o risco de morte associadas a estresse.

Não fuge de minha mente a discussão sobre necropolítica<sup>18</sup> como o poder soberano de definir quem importa ou quem não importa, quem deve viver e quem deve morrer, administrar por meio do estado e da burocracia estatal a violência como forma de governo. A partir dessa perspectiva torna-se fundamental a transformação desse modelo civilizatório, baseado na violência e na coisificação de pessoas negras, indígenas e racializadas, em um modelo no qual, de fato, todas as pessoas sejam iguais em direito, em dignidade, em humanidade, como estabelece a Constituição Federal.

Por outro lado, penso ser fundamental considerar a construção de mecanismos de prestação de contas, com total transparência, das instituições que existem hoje para que tenhamos condições de acompanhar, com rigor, os seus modos de funcionamento e resultados alcançados. Também é essencial alterar o sistema de jus-

12 MIGNOLO, Walter. Colonial and postcolonial discourse: cultural critique or academic colonialism? *Latin America Research Review*, v. 28, n. 3, p. 120-134, 1993.

13 MIGNOLO, Walter. The geopolitics of knowledge and the colonial difference. *The South Atlantic Quarterly*, v. 101, n. 1, p. 57-96, 2002. DOI: <https://doi.org/10.1215/00382876-101-1-57>. Acesso em: 15 set. 2021.

14 MIGNOLO, Walter. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramon (coord.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central; Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos; Pontificia Universidad Javeriana; Instituto Pensar, 2007.

15 QUIJANO, Anibal. Colonialidad del Poder y Clasi? cacion Social. *Journal of World-Systems Research*, v. 6, n. 2, p. 342-386, 2000. DOI: <https://doi.org/10.5195/jwsr.2000.228>. Disponível em: <https://jwsr.pitt.edu/ojs/jwsr/article/view/228>. Acesso em: 15 set. 2021.

16 QUIJANO, Anibal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. *Estud. av.*, v. 19, n. 55, dez. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142005000300002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/KCnb9McPhytSwZLLfyzGRDP/?lang=pt>. Acesso em: 15 set. 2021.

17 QUIJANO, Anibal. Questioning "Race". *Socialism and Democracy*, v. 21, n. 1, p. 45-53, 2007. DOI: <https://doi.org/10.1080/08854300601116704>. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/08854300601116704>. Acesso em: 15 set. 2021.

18 MBEMBE, Achille. Necropolítica. *Revista Arte & Ensaios*, Rio de Janeiro, n. 32, dez. 2016. Tradução. p. 123 151. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993>. Acesso em: 15 set. 2021.

tiça para que execute, com eficácia e efetividade, aquilo que nossa Carta Magna estabelece. Uma transformação do sistema de justiça que o torne democrático em termos de atuação, menos hermético na linguagem que utiliza, mais próximo da sociedade no sentido de compreendê-la, que permita avaliações interdisciplinares sistemáticas que resultem em mudanças de condutas, que invista no acompanhamento dos profissionais que nele atuam para que efetivamente trabalhem em prol da sociedade e, sobretudo, realizem um compromisso rigoroso com a ética, a democracia, os direitos humanos, o antirracismo, contra a violência e a coisificação de mulheres, negros, indígenas, pessoas LGBT, entre outros grupos estigmatizados.

Essas e outras medidas dizem respeito a formação qualificada de profissionais do direito e da magistratura para que compreendam os sentidos das discriminações por raça, gênero e cor, por meio de formação em direito antidiscriminatório e antirracista. Envolve, também, a ampliação dos quadros do sistema de justiça incorporando profissionais que tenham um horizonte de interpretação construído por meio da vivência de experiências associadas a serem mulheres, negros, negras, indígenas, pessoas com deficiência, LGBTs. Isso significa compor um sistema judiciário equilibrado em termos da representatividade neste espaço a equiparando, em proporção, a diversidade existente na sociedade brasileira.

Tudo isso se faz por meio de políticas públicas que atentem para a diversidade, para a prestação de contas, transparência, para a ampliação da representatividade dos diferentes grupos sociais nas posições de maior status e prestígio, sobretudo nas esferas do sistema de justiça. Além disso, é essencial considerar políticas voltadas à educação e a pesquisa que possibilitem ampliar o cânone ensinado nas universidades, nos cursos de direito, incorporando novos conteúdos e realizar pesquisas que permitam a produção de conhecimentos e a formação continuada dos profissionais do direito para que estejam sempre atualizados.

Esses são passos que temos que colocar em prática para tornar real aquilo que a Constituição traz como promessa de direitos e garantias até que possamos caminhar e construir um novo marco civilizatório.

## REFERÊNCIAS

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1979.

BAUM, F.; FRIEL S. Politics, policies and processes: a multidisciplinary and multimethods research programme on policies on the social determinants of health inequity in Australia. **BMJ Open**, v. 7, n. 12, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1136/bmjopen-2017-017772>. Disponível em: <https://bmjopen.bmj.com/content/7/12/e017772>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 15 set. 2021.

COOMBE, Rosemary. Is there a cultural studies of law? In: MILLER, Toby Miller (ed.). **A companion to cultural studies**. Cambridge, MA: Basil Blackwell, 2001.

DEVAKUMAR, Delan *et. al.* Racism and discrimination in Covid-19 responses. **The Lancet**, v. 395, n. 10231, Apr. 2020. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30792-3](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30792-3). Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30792-3/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30792-3/fulltext). Acesso em: 15 set. 2021.

LAUNER, John. Ethnic inequalities in health: should we talk about implicit white supremacy? **Postgrad Med J**, v. 96, n. 1132, p. 117–118, Feb. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1136/postgradmedj-2019-137295>. Disponível em: <https://pmj.bmj.com/content/96/1132/117>. Acesso em: 14 set. 2021.

- MATOS, Camila Tavares de Moura Brasil. **A percepção da injúria racial e racismo entre os operadores do Direito**. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.
- MBEMBE, Achille. Necropolítica. **Revista Arte & Ensaios**, Rio de Janeiro, n. 32, dez. 2016. Tradução. p. 123-151. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993>. Acesso em: 15 set. 2021.
- MIGNOLO, Walter. Colonial and postcolonial discourse: cultural critique or academic colonialism? **Latin America Research Review**, v. 28, n. 3, p. 120-134, 1993.
- MIGNOLO, Walter. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramon (coord.). **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistêmica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central; Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos; Pontificia Universidad Javeriana; Instituto Pensar, 2007.
- MIGNOLO, Walter. The geopolitics of knowledge and the colonial difference. **The South Atlantic Quarterly**, v. 101, n. 1, p. 57-96, 2002. DOI: <https://doi.org/10.1215/00382876-101-1-57>. Acesso em: 15 set. 2021.
- MONTEIRO, Fabiano Dias. **Retratos em branco e preto, retratos sem nenhuma cor: a experiência do Disque-Racismo da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: R.J., 2003, 186 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) –Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia do IFCS, Universidade Federal do Rio de Janeiro.
- NIELSON, Laura Beth. **License to harass. Law, hierarchy, and offensive public speech**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2004.
- OLIVEIRA, Maria Luisa Pereira de; MENEGHEL, Stela Nazareth; BERNARDES, Jefferson de Souza. Modos de subjetivação de mulheres negras: efeitos da discriminação racial. **Psicol. Soc.**, Florianópolis, v. 21, n. 2, p. 266-274, ago. 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-71822009000200014>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/5zT3DgW97n9MP7MFLNXFL3d/?lang=pt>. Acesso em: 14 set. 2021.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidad del Poder y Clasi? cacion Social. **Journal of World-Systems Research**, v. 6, n. 2, p. 342-386, 2000. DOI: <https://doi.org/10.5195/jwsr.2000.228>. Disponível em: <https://jwsr.pitt.edu/ojs/jwsr/article/view/228>. Acesso em: 15 set. 2021.
- QUIJANO, Anibal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. **Estud. av.**, v. 19, n. 55, dez. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142005000300002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/KCnb9McPhytSwZLLfyzGRDP/?lang=pt>. Acesso em: 15 set. 2021.
- QUIJANO, Anibal. Questioning “Race”. **Socialism and Democracy**, v. 21, n. 1, p. 45-53, 2007. DOI: <https://doi.org/10.1080/08854300601116704>. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/08854300601116704>. Acesso em: 15 set. 2021.
- SANTOS, Gislene Aparecida dos. A. dos, NOGUTI, Helton Hissao; MATOS, Camila. T. M. B. Racismo ou não? A percepção de estudiosos do direito sobre casos com conteúdos racistas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1, n. 2, 2014. DOI: <https://doi.org/10.19092/reed.v1i2.35>. Disponível em: <https://revistareed.emnuvens.com.br/reed/article/view/35>. Acesso em: 15 set. 2021.
- SANTOS, Gislene Aparecida dos. Nem crime, nem castigo: o racismo na percepção do judiciário e das vítimas de atos de discriminação. **Rev. Inst. Estud. Bras.**, São Paulo, n. 62, p. 184-207, 2015 <https://doi.org/10.11606/issn.2316-901X.v0i62p184-207>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rieb/article/view/107226>. Acesso em: 15 set. 2021.
- SANTOS, Gislene Aparecida dos. Raça e Gênero: contribuições para pesquisas nas ciências sociais e jurídicas. **Interfaces Brasil/Canadá**, v. 18, n. 3, 2018. DOI: <https://doi.org/10.15210/interfaces.v18i3.14540>. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/interfaces/article/view/14540>. Acesso em: 15 set. 2021.
- SHULTZINER, Doron; RABINOVICI, Itai. Human dignity, self-worth and humiliation: a comparative legal-psychological approach. **Psychology, Public Policy, and Law**, v. 18, n. 1, p. 105-143, Feb. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1964371>. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1964371](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1964371). Acesso em: 14 set. 2021.
- SILVA, José Eduardo Marques da. Justiça Restaurativa II: a vítima – implicações psicológicas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3505, 4 fev. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23640>. Acesso em: 13 fev. 2014.
- SIMS, Mario *et. al.* Perceived discrimination is associated with health behaviours among African-Americans in the Jackson Heart Study. **Journal of Epidemiology and Community Health**, v. 70, n. 2, p. 187-194, Feb 2016. DOI: <https://doi.org/10.1136/jech-2015-206390>. Disponível em: <https://jech.bmj.com/content/70/2/187>. Acesso em: 14 set. 2021.
- WEST, Lindsey M.; DONOVAN, Roxanne; ROEMER, Lizabeth. Coping with racism: what works and doesn't work for Black women? **Journal of Black Psychology**, v. 36, b. 3, p. 331-349, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1177/0095798409353755>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0095798409353755>. Acesso em: 15 set. 2021.

# CAPÍTULO 16

## A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS DESAFIOS PARA O COMBATE À DESIGUALDADE DE GÊNERO

Gabriela Shizue Soares de Araujo

Juliana Cardoso Ribeiro Bastos

### INTRODUÇÃO

A partir da grande importância dessa obra inovadora que tem a preocupação de oferecer a interpretação da Constituição por “elas”, considera-se indispensável também o seu olhar sobre a participação política das mulheres na sociedade brasileira como um primeiro passo para a conquista efetiva da igualdade de gênero em todos os demais espaços, públicos e privados – inclusive porque essa dicotomia do público-privado não pode continuar a ser invocada quando se serve para estereotipar papéis sociais e justificar uma divisão sexual desigual do trabalho.

Considerando a evolução histórica da luta do movimento feminista, fortalecida a partir do fim do século XIX, alcançou-se, primeiramente, na maioria das democracias ocidentais, até meados do século XX, o que se pode chamar de uma igualdade de gênero formal, com a conquista dos direitos civis e políticos pelas mulheres. Contudo, em um Estado que se caracteriza como democrático, a partir dos pilares liberdade e igualdade, ainda são muitos os desafios a serem enfrentados para que as mulheres gozem de fato da chamada igualdade material com relação aos homens.

A interferência das pessoas na tomada de decisões políticas não é algo meramente simbólico no sentido da existência do seu reconhecimento, mas oferece àqueles e àquelas que participam o sentimento de “pertencimento social”, de não invisibilidade, e mais: capacitam-lhes para a construção ativa das liberdades e limitações com as quais acordarão em viver em comunidade. Nesse sentido, impensável que pelo menos metade da população mundial tenha se quedado por tantos séculos a parte das liberdades públicas, sem voto e sem voz, simplesmente em razão de seu gênero.

Destarte, o primeiro capítulo do presente artigo procura demonstrar a importância da inclusão das mulheres na política como meio necessário rumo à igualdade substantiva e à consecução real dos ideais democráticos, demonstrando a lenta evolução histórica da conquista da cidadania e da liberdade política pelas mulheres, mesmo depois das revoluções liberais do século XVIII.

Na sequência, busca-se demonstrar o atual comprometimento global com o ideal de democracia paritária, solidificado também em tratados internacionais assinados pelo Brasil, tendo em vista a constatação de que a mera conquista de direitos civis e políticos, sem políticas afirmativas adicionais, tantos séculos após uma cultura patriarcal arraigada na sociedade, não será suficiente para que de fato as mulheres possam usufruí-los em pé de igualdade perante os homens.

Por fim, a partir da necessidade de uma mudança cultural desse olhar que ainda privilegia o homem em detrimento da mulher, analisa-se as premissas e direcionamentos estabelecidos na Constituição de 1988 para a efetividade da igualdade de gênero na sociedade brasileira, até mesmo na compreensão do papel e comprometimento constitucional nesse sentido.

## 1 PARTICIPAÇÃO POPULAR, CIDADANIA E IGUALDADE DE GÊNERO

Antes mesmo de se adentrar no conceito de igualdade de gênero dentro da Constituição brasileira, é importante considerar que a sua efetivação é uma das principais bases dos Estados de Direito que se pretendem verdadeiramente democráticos. Não há que se falar em democracia sem igualdade e liberdade, porque não há que se falar em igualdade e liberdade sem a efetiva participação popular ampla e irrestrita na condução de um Estado.

A democracia como forma de governo é uma instituição que vem evoluindo desde a Antiguidade clássica, período em que predominava o modelo de participação direta dos cidadãos das pólis nas tomadas de decisão estatais, ainda que apenas os indivíduos livres do sexo masculino e maiores de 18 (dezoito) anos fossem considerados “cidadãos” e, portanto, aptos à participação política.

Apesar da restrição do conceito do que poderia ser considerado “cidadão”, pode-se dizer que toda a base de uma democracia fundava-se na ideia de ampliar ao máximo a participação popular na condução dos assuntos públicos.

Destarte, os primados da liberdade e da igualdade em uma sociedade coletiva foram as principais contribuições da Antiguidade clássica para a construção do modelo democrático, ainda que representativo, do Estado moderno: a liberdade, aqui vista como participação ativa do cidadão na criação da vontade coletiva, de onde conseqüentemente se extrai a noção da igualdade, na medida em que todos os cidadãos podem participar dessa formação coletiva de vontade e a ela devem se submeter igualmente.

Transforma-se, dessa forma, a visão do ideal de liberdade, que deixa de ser aquela liberdade natural individualizada para assumir uma perspectiva de liberdade civil, liberdade pública, liberdade política. E transforma-se também a concepção do ser individual dentro de uma coletividade, que passa a ser visto como um cidadão dentro da sociedade, a conformar, ao lado dos demais, o sentido de povo: união de cidadãos que decidem seu destino e suas autolimitações em posição de igualdade com todos os demais.

Com isso, o sentido de liberdade ganha uma acepção política, realizando-se com a participação do povo na formação da vontade geral e na decisão sobre seu próprio destino como coletividade.

Entretanto, desde a democracia dos antigos, até a introdução da democracia moderna, com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, o sentido de igualdade parecia aplicar-se apenas aos indivíduos do sexo masculino, afastando-se as mulheres da vida pública e política.

O próprio Rousseau, considerado o “pai da democracia moderna”, desenvolveu em seus escritos<sup>1</sup> diversas justificativas para negar o gozo de direitos políticos às mulheres, para as quais caberiam apenas papéis domésticos e estereotipados em função de seu “sexo frágil”.

Infelizmente, Rousseau não foi o único contratualista de sua época a defender a exclusão das mulheres do contrato social, como bem resume Luís Felipe Miguel:

“[...] para todos eles, porém, as mulheres estão ausentes do pacto de associação, seja em razão de sua inferioridade natural (segundo Locke, Rousseau e Kant), seja por motivos circunstanciais (segundo Hobbes, para quem, originalmente igual ao homem, a mulher se fragiliza ao assumir a responsabilidade pelos filhos)<sup>2</sup>”.

Eis porque, as primeiras e principais lutas do movimento feminista no Ocidente, que se intensificou no fim do século XIX e perdurou até meados do século XX, foram pelo simples gozo de direitos civis e políticos pelas mulheres, pelo direito de mulheres votarem e serem votadas. Afinal, sem participação direta nos assuntos da vida pública, como poderiam ser as mulheres consideradas cidadãs e deliberarem seus próprios interesses? A depender do pensamento que perdurou por muitos séculos, as mulheres seriam uma espécie de subcidadãs, sem liberdade para ter voz pública, dependentes dos homens para dizerem por elas.

Entendido por democracia um regime no qual todos os cidadãos adultos, e aí incluídas as mulheres, têm direitos políticos, ou seja, em que o sufrágio é universal, se considerarmos que os parlamentos surgiram historicamente em momento anterior à extensão do sufrágio, é possível até mesmo afirmar que houve por muito tempo Estados parlamentares que não eram verdadeiramente democráticos, como bem lembra Bobbio,<sup>3</sup> assim como havia sistemas representativos que não poderiam ser reputados como democracias, inclusive no Brasil do século XX, onde as mulheres só conquistaram o direito ao voto em 1932<sup>4</sup>.

1 Em sua obra *Emílio*, uma proposta para a educação do homem, desde a infância, no único capítulo dedicado à educação feminina, a mulher é colocada em posição de inferioridade e subalternidade com relação ao homem, sendo natural que se dedique à maternidade e tarefas domésticas.

2 MIGUEL, Luis Felipe. Carole Pateman e a crítica feminista do contrato. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 32, n. 93, e329303, 2017. p. 6. DOI: <https://doi.org/10.17666/329303/2017>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n93/0102-6909-rbcsoc-3293032017.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2020.

3 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 13. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 20156. p. 75.

4 O voto feminino foi instituído pelo Código Eleitoral de 1932, **Decreto n° 21.076, de 24 de fevereiro de 1932**.

Como bem apontado por John Stuart Mill, “numa nação civilizada e adulta não deveriam existir nem párias nem homens incapacitados, exceto por culpa própria”,<sup>5</sup> sendo inconcebível a manutenção de um Estado democrático sem que todos e todas participem dos benefícios da liberdade política.

Os reflexos de séculos em que homens puderam participar da vida pública, alijando as mulheres do simples direito ao voto, são sentidos até hoje: mesmo as mulheres compondo quase metade da população mundial, e sendo maioria de eleitoras em muitos países, como é o caso do Brasil (52,5%), desproporcionalmente a média mundial de participação feminina no parlamento ainda está em 25,4%, de acordo com a União Interparlamentar<sup>6</sup>. No caso específico do Brasil, as mulheres ocupam apenas 14,6% dos assentos na Câmara dos Deputados, formada por 513 parlamentares. Ou seja, as mulheres estão exercendo apenas uma faceta da sua cidadania – o direito de escolher representantes –, mas ainda não estão conseguindo ocupar ativamente, como representantes de metade da população, os espaços de deliberação política.

Essa é uma discrepância que tem diversas consequências na manutenção da desigualdade de gênero e privilégios masculinos, dentre elas: o desequilíbrio salarial, os postos de liderança em empresas privadas e também em carreiras públicas majoritariamente ocupados por homens, as composições masculinas e brancas de tribunais, a priorização dos homens nas formações de palestras, bancas e destaques na academia, a injusta divisão sexual do trabalho que sobrecarrega a mulher em uma jornada dupla, os casos de violência de gênero, entre tantos outros. Afinal, se elas não estão lá para formular as políticas públicas e a legislação, elas estarão eternamente se sujeitando ao que os homens decidiram por elas, e eis porque é tão necessário um comprometimento institucional para ir além, conforme será discutido no capítulo a seguir.

## 2 IGUALDADE DE GÊNERO NA POLÍTICA E DEMOCRACIA PARITÁRIA

Como levantado alhures, embora na maioria dos países democráticos do Ocidente as mulheres tenham conquistado formalmente seus direitos políticos até meados do século XX, como foi o caso do próprio Brasil, não é possível dizer que isso tenha se refletido automaticamente na conquista da igualdade de gênero substantiva.

Séculos de dominação masculina na vida pública moldaram uma sociedade extremamente patriarcal e misógina, de modo que apenas estabelecer na lei o direito das mulheres de votarem e serem votadas, não foi suficiente para eliminar as barreiras culturais, sociais e até mesmo econômicas para que elas pudessem desfrutar desses direitos em pé de igualdade com os homens.

Visando suprir essa lacuna, tratados internacionais, como a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada em 1979, e ratificada por 189 Estados (2016), dentre eles

<sup>5</sup> MILL, John Stuart. Considerations on representative government. In: **Collected Papers of John Stuart Mill**. Londres: University of Toronto Press, Routledge and Kegan Paul, 1977, v. XIX. [trad. Bras. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1982. p. 470].

<sup>6</sup> IPU PARLINE. **Global and regional averages of women in national parliaments**. Disponível em: <https://data.ipu.org/women-averages>. Acesso em: 24 jan. 2021.

o Brasil (1984), têm cumprido um papel importante na promoção da igualdade das mulheres, especialmente na política, inclusive com a recomendação aos Estados partes de adoção de medidas legais e judiciais afirmativas<sup>7</sup>.

Desta forma, muito mais importante do que remover os empecilhos legais que por séculos excluíram as mulheres da vida pública, é necessário, antes de tudo, reconhecer que referidos empecilhos de fato existiram, o que contribuiu para posicionar o gênero feminino em abissal desvantagem social e cultural com relação ao gênero masculino.

É o que Nancy Fraser muito bem resume quando afirma que:

[...] O androcentrismo e sexismo predominantes exigem a mudança dos valores culturais (assim como de suas expressões legais e práticas) que privilegiam a masculinidade e negam respeito às mulheres. Exigem o descentramento das normas androcêntricas e a revalorização de um gênero desprezado. A lógica do remédio é semelhante à lógica relativa à sexualidade: conceder reconhecimento positivo a um grupo especificamente desvalorizado<sup>8</sup>.

Ainda segundo o pensamento de Fraser, como as normas culturais e sexistas estão institucionalizadas no Estado e na economia, as mulheres habitam um círculo vicioso de subordinação cultural e econômica: sua desvantagem econômica restringe sua participação igualitária na formação da cultura e nas esferas públicas, ao mesmo passo em que tais restrições político-culturais impedem o seu crescimento econômico. Eis porque, para corrigir as injustiças de gênero, é necessário que se recorra a dois tipos de remédios analiticamente distintos, porém entrelaçados: redistribuição e reconhecimento.

Daí decorre a necessidade de políticas e legislações específicas como forma de compensação da situação de desigualdade histórica e ao mesmo tempo complexa em que se encontra o gênero feminino.

Seja para conferir condições de igualdade com os homens no âmbito do mercado de trabalho e da economia, seja para conferir condições especiais que permitam a eliminação das desvantagens sociais e políticas em que se situam as mulheres, o que se deve buscar é a concretização do direito à igualdade em sua acepção material ampla, no sentido de se reconhecer as diferenças e respeitar as diversidades – inclusive identitárias – para se realizar um mínimo de justiça social.

7 Artigo 3º – Os Estados-partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem.

[...]

Artigo 7º – Os Estados-partes tomarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na vida política e pública do país e, em particular, garantirão, em igualdade de condições com os homens, o direito a:

- a) votar em todas as eleições e referendos públicos e ser elegível para todos os órgãos cujos membros sejam objeto de eleições públicas;
- b) participar na formulação de políticas governamentais e na execução destas, e ocupar cargos públicos e exercer todas as funções públicas em todos os planos governamentais;
- c) participar em organizações e associações não-governamentais que se ocupem da vida pública e política do país.

8 FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. Trad. Julio Assis Simões. *Cadernos de Campo*, São Paulo, n. 14-15, 2006, p. 234.



Nessa linha, a Declaração de Direitos Humanos de Viena, em 1993, veio consolidar o reconhecimento das identidades das mulheres e das meninas como sujeitos de direito internacional, vistas dentro de suas especificidades e singularidades, como forma de garantir a sua luta – identitária – por igualdade<sup>9</sup>.

Dois anos depois, na IV Conferência das Nações Unidas sobre a Mulher, realizada em Pequim, em setembro de 1995, deu-se um grande passo no sentido da universalização de políticas afirmativas reconhecedoras das injustiças históricas sofridas pelas mulheres em razão do gênero, assim como conferiu-se tratamento à situação da mulher sob a perspectiva de direitos, assumindo-se assim que a desigualdade entre homens e mulheres é uma questão de direitos humanos, e não apenas uma situação decorrente de problemas econômicos e sociais a serem superados.

A Conferência resultou em um conjunto de objetivos estratégicos e compromissos firmados pelos Estados partes, aglutinados na Declaração e na Plataforma de Ação de Pequim, dentre os quais vale destacar o compromisso em adotar medidas para garantir às mulheres igualdade de acesso às estruturas de poder e ao processo de decisão, bem como sua participação em ambos.<sup>10</sup>

Antes da realização da supramencionada IV Conferência das Nações Unidas sobre a Mulher, ainda em 1992, surgia o conceito de democracia paritária, por meio da Declaração Ministerial de Atenas, quando se ponderou que: “[...] a democracia requer paridade na representação e administração da nações, porque a sub-representação das mulheres nos níveis de decisão impede que sejam tidos em conta na sua totalidade os interesses e necessidades da população no seu conjunto”<sup>11</sup>.

Em 2007, na X Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e do Caribe, ministras e representantes dos Mecanismos de Defesa da Mulher de países latino-americanos e caribenhos subscreveram o que foi denominado como Consenso de Quito, reconhecendo que “[...] a paridade é uma condição determinante da democracia e uma meta para erradicar a exclusão estrutural das mulheres na sociedade”<sup>12</sup>.

Os postulados da paridade estabelecidos em Quito foram reiterados na XI Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e do Caribe, realizada em Brasília, em julho de 2010.

9 É o que se verifica no § 18 da referida Declaração de Viena, parcialmente transcrito a seguir: “18. Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação, com base no sexo, são objetivos prioritários da comunidade internacional”. (ONU. **Declaração e programa de ação de Viena (1993)**. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao\\_viena.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf). Acesso em: 15 jan. 2021.)

10 [...] Estamos convencidos de que:

13. O empoderamento da mulher e sua total participação, em base de igualdade, em todos os campos sociais, incluindo a participação no processo decisório e o acesso ao poder, são fundamentais para a realização da igualdade, do desenvolvimento e da paz;

14. Os direitos da mulher são direitos humanos;

15. A igualdade de direitos, de oportunidades e de acesso aos recursos, a divisão equitativa das responsabilidades familiares e a parceria harmoniosa entre mulheres e homens são fundamentais ao seu bem-estar e ao de suas famílias, bem como para a consolidação da democracia;

16. A erradicação da pobreza deve ser baseada em um crescimento econômico sustentável, no desenvolvimento social, na proteção ambiental e na justiça social, e requer a participação da mulher no processo de desenvolvimento econômico e social, oportunidades iguais e a plena participação, em condições de igualdade, de mulheres e homens, como agentes e beneficiários de um desenvolvimento sustentável orientado para o indivíduo; [...] ONU. **Declaração e plataforma de ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher: Pequim 1995**. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao\\_pequim.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf). Acesso em: 15 jan. 2021.

11 A Declaração de Atenas é o documento produzido pela primeira cúpula europeia “Mulheres no Poder”, com a participação de ministras e ex-ministras da Europa, realizada em novembro de 1992.

12 CEPAL. **Consenso de Quito**. 2007. Disponível em: <https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/consensodequito.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2021.

O chamado Consenso de Brasília, ratificando o Consenso de Quito e reafirmando seus objetivos de alcançar a igualdade no exercício do poder, na tomada de decisões, nos mecanismos de participação e de representação social e política, como realização do direito internacional à democracia, resultou em um acordo entre os países da região, incluindo o Brasil, no sentido de adotar diversas medidas para ampliar a participação das mulheres nos processos de tomada de decisões e nas esferas de poder.<sup>13.</sup>

Firmou-se, assim, como objetivo, a democracia paritária, com a finalidade de: “[...] alcançar mudanças reais que vão além do reconhecimento formal de direitos que, na prática, as mulheres não conseguem exercer em igualdade de condições com os homens”<sup>14.</sup>

Portanto, a igualdade de gênero que se deve buscar na conjuntura sócio-política interna é justamente a igualdade material-fática com a qual o Estado brasileiro se comprometeu nos diversos tratados internacionais dos quais é signatário, e precisa ser construída tendo em vista as diferenças reais e o longo histórico de discriminação e exclusão da mulher brasileira das esferas públicas e de tomada de decisão no país. O que significa, necessariamente, a aplicação de políticas de cotas e afirmativas.

Como bem sintetizam Boaventura de Sousa Santos e João Arriscado Nunes:

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades<sup>15.</sup>

Considerando, ainda, que os tratados internacionais que tratam de direitos humanos, de acordo com a jurisprudência pátria, assumem no mínimo um caráter supralegal, e, mais do que isso, tendo em vista que a maior parte da população brasileira é composta por mulheres, o cumprimento dos compromissos internacionais firmados pelo país no que se refere ao estabelecimento de cotas afirmativas em busca de democracia paritária adquire o caráter de medida necessária para a própria sustentabilidade do modelo democrático, incluindo-se, aí, as questões interseccionais afetas, como raça, classe social e regionalidade.

### 3 A PROTEÇÃO À IGUALDADE DE GÊNERO NO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A promulgação da Constituição de 1988, além de representar a redemocratização do país, também trouxe os reflexos tardios que outros países sentiram imediatamente no período pós-Segunda Guerra Mundial, buscan-

13 3. [...] d) Promover a criação de mecanismos e apoiar os que já existem para assegurar a participação político-partidária das mulheres que, além da paridade nos registros das candidaturas, assegurem a paridade nos resultados, garantam o acesso igualitário ao financiamento de campanhas e à propaganda eleitoral, assim como sua inserção nos espaços de decisão nas estruturas dos partidos políticos. Da mesma forma, criar mecanismos para sancionar o descumprimento das leis neste sentido CEPAL. *Consenso de Brasília*. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/spm-divulga-boletim-da-xi-conferencia/?searchterm=consenso>. Acesso em: 18 jan. 2021.

14 CABANILLAS, Beatriz Llanos. A modo de introducción: caminos recorridos por la paridad en el mundo. In: CABANILLAS, Beatriz Llanos (ed.). *La apuesta por la paridad*: democratizando el sistema político en América Latina. Los casos de Ecuador, Bolivia y Costa Rica. Perú: IDEA Internacional/CIM Comisión Interamericana de Mujeres, 2013. p. 17-46.

15 SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar*: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003. p. 25-68.

do, em seu texto, por uma maior efetivação dos direitos fundamentais, incluindo-se os princípios da liberdade, igualdade e solidariedade substantivos.

No constitucionalismo, a igualdade se destaca como sendo um dos pilares do Estado Social Democrático de Direito ao conferir aos indivíduos dignidade humana no sentido de redução das desigualdades sociais e econômicas. Contudo, acredita-se que o valor igualdade encontra-se além da mera equiparação de direitos, mas exige que se busque efetivamente colocar os indivíduos em um mesmo patamar de desenvolvimento social, de modo que possam expressar as mesmas condições de exercício das liberdades garantidas constitucionalmente.

Não é recente a preocupação com o problema das desigualdades inerentes aos seres humanos e à estrutura social na qual eles se inserem, o que de algum modo foi registrado, no Brasil, desde a sua primeira Constituição, em 1824. E é inclusive a partir dessa constatação de desigualdade que a noção de igualdade surge, ao se procurar com uma equiparação de todos os seres humanos no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como a sujeição a deveres.<sup>16</sup> Nesse sentido também a discussão sobre a igualdade entre os sexos insere-se em um contexto preocupado com a igualdade entre os seres humanos.

A verdade é que não há cidadãos superiores aos demais e a luta ainda é grande em torno desse reconhecimento. Inclusive, cientificamente, já foi demonstrado, por meio do mapeamento do genoma humano, que não existem distinções substanciais entre os seres humanos, de modo que todos, em essência química e biológica, são iguais.

No entanto, construções culturais, econômicas e sociais, que nada têm de naturais, acabam por colocar os indivíduos em posições distintas, seja em razão do sexo biológico, seja em razão de sua posição geográfica, seja em razão de sua orientação sexual, ou outras diferenças que deveriam condizer com a diversidade e jamais com a desigualdade. E é a partir desse reconhecimento que o direito atua ao estabelecer a igualdade, no sentido de proporcionar, através de diferentes formas, oportunidades a todos de se desenvolverem socialmente. Até por isso, encontrar o exato sentido de igualdade não é das tarefas mais fáceis. É um valor reconhecido juridicamente que se entrelaça com ingredientes jurídicos e elementos metajurídicos.

A palavra igualdade, considerada sua importância, aparece 13 vezes no Texto Constitucional: não apenas de forma abstrata, como no *caput* do artigo 5º, mas com maior densidade jurídica por meio dos mandamentos constitucionais da não discriminação; da tolerância; do respeito às diferenças e de combate ao preconceito e ao racismo. O conceito de igualdade assume, portanto, ao mesmo tempo, o papel de um direito que deve ser concretizado, como também o papel de parâmetro para a interpretação de qualquer outra norma.

A Constituição Federal de 1988, desde o seu Preâmbulo, coloca o valor da igualdade como um dos pilares do Estado Social Democrático de Direito brasileiro, ao assegurar que este será “destinado a assegurar o

16 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 2004. p.5.

exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.

Esse pilar é reforçado quando o texto constitucional reitera a proteção à igualdade como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, determinando que cabe ao Estado, além de construir uma sociedade livre, justa e solidária, promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Nesses termos, assume o Estado brasileiro um compromisso com programas inclusivos e não discriminatórios, que devem nortear as atividades, legislações e políticas públicas do país, a fim de alcançar patamares de igualdade que possam permitir a participação de todos na vida em sociedade.

Observa-se que dentro do que prevê o Texto Constitucional Brasileiro, a paridade de gênero deve representar um dos pilares de qualquer política pública de desenvolvimento. Segundo noticiado pelo CAF – Banco de Desenvolvimento da América Latina, “a igualdade de gênero também é um motor inestimável de crescimento econômico”. Explica que uma parte significativa dos avanços alcançados no início do século XX se explica graças à incorporação de cerca de 70 milhões de mulheres ao mercado de trabalho, o que contribui, entre outros aspectos, para a redução da pobreza, o dinamismo dos mercados internos e a redução das desigualdades.<sup>17</sup>

O *caput* do Artigo 5º da Constituição de 1988 consagra a sua proteção na linha das Declarações Internacionais de Direito, garantindo a igualdade de forma ampla como um direito humano dos indivíduos, sem especificações, consignando um conceito dinâmico e multifuncional que se desdobra em inúmeras obrigações.

Isso não significa que a própria Constituição não tenha criado discriminações específicas almejando uma determinada finalidade de forma mais incisiva, como, por exemplo, em seu artigo 5º, inciso I, quando estabelece que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição”. Ao adotar o *discrímen* “sexo” solidifica o Constituinte a intenção de combater eventuais desníveis entre homens e mulheres a partir, claro, da medida das suas desigualdades. Nota-se a vontade constitucional de busca pela igualdade desde que haja um critério discriminatório voltado a uma finalidade que se justifique como meio a alcançar uma equiparação de sujeitos.

Complementando a premissa de Aristóteles de que a igualdade se revela no tratamento dos iguais de forma igual e dos desiguais de forma desigual, importante trazer à tona aqui o pensamento de Rui Barbosa, segundo quem o tratamento dos desiguais de forma desigual deveria acontecer na medida da desigualação entre eles.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>18</sup>, buscando adotar critérios para a aplicação do princípio da igualdade, ensina que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

17 CAF. Banco de Desenvolvimento da América Latina. **Os benefícios econômicos e sociais da igualdade de gênero**. 2 jun. 2016. Disponível em: <https://www.caf.com/pt/presente/noticias/2016/06/os-beneficios-economicos-e-sociais-da-igualdade-de-genero/>. Acesso em: 20 jan. 2021.

18 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.21.

a primeira, diz com o elemento tomado como fator de desigualação; a segunda, reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

**É preciso uma certa cautela ao analisar o princípio da igualdade, já que é possível encontrá-lo** em dois planos: (i) o plano da igualdade formal, aquela atribuída por meio das normas jurídicas e encontrável em praticamente todas as Constituições, para que as pessoas não sejam desiguadas pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional<sup>19</sup>; e (ii) o plano da igualdade material, ou igualdade substancial, direcionada à realização da igualdade em um plano prático.

Explica Celso Ribeiro Bastos que a “igualdade substancial postula o tratamento uniforme de todos os homens. Não se trata, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida”<sup>20</sup>.

Grande contribuição nesse sentido também foi oferecida por Hans Kelsen quando este procurou distinguir três momentos lógicos-jurídicos diferentes e teoricamente passíveis de serem atingidos pela isonomia: i) o momento anterior à feitura da lei; ii) o momento da elaboração desta; e, iii) o momento da sua aplicação.<sup>21</sup>

Apesar da previsão constitucional e da direção ter sido traçada, o percurso pode ser longo e o caminho determinado pelas medidas que são tomadas desde então. Ainda, mesmo com tantas mudanças vivenciadas nos últimos anos, o século XXI ainda carrega uma desigualdade importante quando se trata do homem e da mulher. São muitos os fatores que obstaculizam a sua implementação e a grande maioria relacionados com aspectos culturais. Mas, talvez, o mais forte dele, o machismo estrutural da sociedade brasileira somado a poucas políticas públicas e privadas direcionadas a sua realização.

Quando se pensa na previsão constitucional que estatui a igualdade, a novidade é que a partir do atual Texto, busca-se sua concretização material somada a já “antiga” (mas também recente) igualdade formal que preza pela proibição de discriminações legislativas. Como já se mencionou, a igualdade material vai além, pois almeja o tratamento igualitário na sua aplicação.

Apesar desse significativo avanço do ponto de vista jurídico, ele não corresponde muitas vezes à nossa realidade, já que essa desigualdade ainda é alarmante em praticamente todos os campos da atividade social, seja nas relações de trabalho, na política, nas religiões e organizações em geral, inclusive no próprio lar.

Importante registrar que quando se fala em igualdade entre os sexos não se está a negar que existam diferenças biológicas entre eles, o que em nenhum momento significa que qualquer um tenha algum tipo de primazia sobre o outro, pelo contrário, a igualdade está em se reconhecer juridicamente o direito à diversidade e

19 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 287.

20 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 285.

21 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução Dr. João Baptista machado. 3. ed. Coimbra. Editora: Arménio Amado, [19--?]. p. 204.

à diferença, sem que isso afete de forma demeritória a construção de espaços na sociedade e a fruição equitativa de direitos e deveres.

Dessa forma, o tratamento desigual e de privilégios conferido aos homens em detrimento das mulheres não se sustenta mais, ou a divisão injusta e estereotipada da divisão sexual do trabalho, especialmente após o ingresso efetivo das mulheres no mercado com o advento da industrialização.

Como esclarece Celso Ribeiro Bastos<sup>22</sup>, “o que não se pode admitir, e esse parece ser o sentido fundamental do dispositivo, é que sob o manto das desigualdades biológicas, fisiológicas, psicológicas e outras possa encobrir-se uma verdadeira diferenciação de dignidade jurídica, moral e social entre ambos os sexos”.

Observa-se que, mesmo com a inclusão, no próprio texto da Constituição de 1988, de políticas públicas diferenciadas com relação à mulher, como, por exemplo, a aposentadoria e benefícios nas relações de trabalho, falta vontade legislativa e políticas públicas eficazes para colocar em prática os princípios gerais da Constituição rumo a uma igualdade substantiva.

Aliás, ao se falar de desigualdade de gênero, importante ressaltar que ela afeta de forma diferente as mulheres, de acordo com sua condição financeira, educacional, geográfica, étnico-racial e de orientação sexual, ou seja, ocorre na interseccionalidade das necessidades femininas. Isso quer dizer que, mesmo entre as mulheres, há uma discriminação que também precisa ser superada e que a nossa Constituição, em tese, visa combater, ao reprimir qualquer tipo de discriminação e estabelecer o princípio da dignidade humana e a eliminação das desigualdades como vetores reais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O regime democrático, por reconhecer a participação dos indivíduos na tomada das decisões políticas de uma sociedade, tem variadas facetas a indicar o nível de democracia de um determinado local.

Dessa forma, não apenas por meio do direito de “votar”, a democracia expressa-se por meio de outros formatos como, por exemplo, o alcance a determinados cargos que, infelizmente, hoje, no Brasil, são majoritariamente ocupados por homens cisgênero heteronormativos, o que demonstra um baixo grau de democracia paritária.

Essa desigualdade existente entre o homem e a mulher decorre de uma questão histórico-cultural enraizada a partir de um pensamento patriarcal e extremamente misógino que limitava as mulheres a uma esfera de vida privada, doméstica e domesticada, que não pode mais subsistir, após tantos séculos de luta pelos direitos civis e políticos, finalmente sacramentados no pós guerras e especialmente com a conquista das mulheres do mercado de trabalho.

22 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 20.

Ora, se às mulheres são dados os deveres e tarefas idênticos aos dos homens no mercado de trabalho, quais as razões para não lhes serem designados idênticos salários, postos de liderança e destaques? Os estereótipos equivocados construídos socialmente para o papel feminino, da maternidade exclusiva e da injusta divisão sexual do trabalho, que liberam os homens dos afazeres domésticos e impõem às mulheres uma jornada dupla, acabam por formar um ciclo vicioso que sobrecarrega as mulheres ao mesmo tempo que libera os homens de responsabilidades que deveriam ser também suas.

Apesar dos avanços normativos conquistados ao longo do tempo, verificamos que os desafios são muitos no que tange ao reconhecimento de uma maior igualdade entre homens e mulheres, até mesmo no que diz respeito aos afazeres domésticos. Para tanto, legislações que incentivem essa distribuição de deveres poderiam ser formuladas, como, por exemplo, igual período de licença paternidade para os homens, da mesma forma que as mulheres gozam da licença maternidade: afinal, cabe a ambos a responsabilidade na criação da prole.

Ainda são muitos os espaços ocupados majoritariamente por homens, inclusive no campo político, sendo necessárias políticas que facilitem o acesso de forma igualitária, não apenas para as mulheres, mas também com um olhar especial para as pessoas negras que formam a maioria da população brasileira e outras representações da diversidade do nosso país, como os povos indígenas e a população LGBTQIA+.

Eis porque a importância das cotas afirmativas, para preenchimento dos assentos no parlamento, como já é adotado em diversos países em que a democracia paritária está mais próxima de se realizar, e também a importância de políticas afirmativas nas empresas, universidades, carreiras públicas e outros espaços sociais em que se verifique um desequilíbrio desproporcional de gênero e também de raça.

A Constituição de 1988 dispôs de forma literal, como direito fundamental, a igualdade entre o homem e a mulher, sendo inclusive o primeiro inciso do rol de direitos fundamentais. Isso não pode deixar de significar algo. O Constituinte, já em 1988, chamou atenção para além da igualdade formal, atentar-se para a igualdade material.

Cabe um esforço conjunto da sociedade e dos poderes instituídos, em cumprimento aos tratados internacionais e à própria Constituição, buscar soluções efetivas para combater a desigualdade de gênero, o que pode ser alcançado com uma maior participação política e, até mesmo, social, das mulheres, até mesmo considerando que a paridade entre homens e mulheres foi reconhecida como motor inestimável de crescimento econômico pelo Banco de Desenvolvimento da América Latina.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3. ed. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 13. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

CABANILLAS, Beatriz Llanos. A modo de introducción: caminos recorridos por la paridad en el mundo. *In*: CABANILLAS, Beatriz Llanos (ed.). **La apuesta por la paridad**: democratizando el sistema político en América Latina. Los casos de Ecuador, Bolivia y Costa Rica. Perú: IDEA Internacional/CIM Comisión Interamericana de Mujeres, 2013.

CAF. Banco de Desenvolvimento da América Latina. **Os benefícios econômicos e sociais da igualdade de gênero**. 2 jun. 2016. Disponível em: <https://www.caf.com/pt/presente/noticias/2016/06/os-beneficios-economicos-e-sociais-da-igualdade-de-genero/>. Acesso em: 20 jan. 2021.

CEPAL. **Consenso de Brasília**. Disponível em: [https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/consensobrasilia\\_esp\\_1.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/consensobrasilia_esp_1.pdf). Acesso em: 15 set. 2021.

CEPAL. **Consenso de Quito**. 2007. Disponível em: <https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/consensodequito.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2021.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. Trad. Julio Assis Simões. **Cadernos de Campo**, São Paulo, n. 14-15, 2006.

IPU PARLINE. **Global and regional averages of women in national parliaments**. Disponível em: <https://data.ipu.org/women-averages>. Acesso em: 24 jan. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução Dr. João Baptista machado. 3. ed. Coimbra. Editora: Arménio Amado, [19--?].

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIGUEL, Luis Felipe. Carole Pateman e a crítica feminista do contrato. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 32, n. 93, e329303, 2017. p. 6. DOI: <https://doi.org/10.17666/329303/2017>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n93/0102-6909-rbc-soc-3293032017.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2020.

MILL, John Stuart. Considerations on representative government. *In*: **Collected Papers of John Stuart Mill**. Londres: University of Toronto Press, Routledge and Kegan Paul, 1977, v. XIX. [trad. Bras. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1982.

ONU. **Declaração e plataforma de ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher**: Pequim 1995. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao\\_pequim.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf). Acesso em: 15 jan. 2021.

ONU. **Declaração e programa de ação de Viena (1993)**. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao\\_viena.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf). Acesso em: 15 jan. 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.



# CAPÍTULO 17

## DESIGUAIS ASPECTOS DA IGUALDADE DE DIREITOS ENTRE MULHERES E HOMENS PREVISTA NO ART. 50, INCISO I, DA CF. UMA ABORDAGEM CRÍTICO REFLEXIVA

Claudia Patricia de Luna Silva

O presente capítulo objetiva trazer reflexões acerca das lutas e conquistas históricas das mulheres por seus direitos e, sobretudo, contextualizar como se constroem e se consolidam na Carta Constitucional de 1988, com o fim de (de) marcar a denominada igualdade de direitos destinada às mulheres e homens. Inclusive, não se furtando à problemática hegemonia da binaridade de gênero como pressuposto universalizante.

Ademais, busca, a partir de uma análise crítica, promover a análise da conquista dessa igualdade prevista na Carta Magna, à medida que se coloca enquanto uma gama de direitos na esfera material, mas que se traduzem em evidentes abismos de desigualdades na vida real das mulheres no país, demonstrando grande incongruência e contradição do sistema de direitos e proteção, onde as condições concretas de inúmeras mulheres, no contexto de disparidades sociais, jamais alcança a previsão contida em sua redação.

Muito embora mulheres representem mais de 50% da população brasileira, em termos de garantia de direitos, o enorme contingente numérico consiste em verdadeira minoria, demonstrando a disparidade entre homens e mulheres na mobilidade social, divisão de tarefas, ocupação de ofícios e cargos, acesso a bens e serviços, dentre outras inúmeras incongruências discrepantes.

É no mínimo irônico observar que, segundo o célebre provérbio chinês; “as mulheres sustentam metade do céu”, custa a esta metade do céu o dobro de trabalho que da outra. Se possível for ousar pensar numa metáfora teológica, a metade desse céu seria, para incontável número de mulheres, sua antítese: um inferno. E no campo da geofísica, com absoluta certeza na metade dos homens estaria a totalidade da troposfera. A despeito de serem a metade da população brasileira e de sustentarem a metade do céu, as mulheres numa perspectiva evidentemente crítica, numa análise dialética ao texto constitucional, ainda não desfrutam do céu sequer a metade, quando avaliamos a fruição e o devido acesso a políticas públicas materializada pela garantia de direitos, e trabalham o dobro do que a outra metade. Nos roubaram o céu.

Ou seja, na perspectiva da igualdade de direitos contida na Carta Constitucional Republicana, há um pavoroso hiato muito caro às mulheres no tocante à igualdade prevista no referido texto legal e àquela vivenciada no cotidiano diário das mulheres que compõem o espectro demográfico da população brasileira.

Entretanto, ainda que a Constituição da República e, sobretudo, a incansável histórica luta dos movimentos de mulheres e feministas para que essas garantias fossem sobretudo materializadas, os dados estatísticos demonstram que a igualdade prevista no artigo 5º, I, da referida Carta Magna, encontra-se ainda muito distante do ideal; ou melhor dizendo, muito distante de um patamar mínimo civilizatório.

Torna-se imprescindível uma compreensão das dimensões históricas da base de formação das Américas e sobretudo do Brasil, que desde o período da colonização, já nos confere evidente aspecto de como essa construção de desigualdade é produzida, a partir desse processo, de forma que, ainda que nos encontremos quase quatro séculos após a descoberta do novo território, persiste a produzir numa dinâmica de manutenção dessas estruturas que se consolidam sob bases alicerçadas no machismo/racismo que fomentam, de forma agravante as mencionadas desigualdades.

Nesse contexto, a despeito do advento da Carta Constitucional de 1988 que, decerto traz novas dimensões e conquistas significativas dos denominados direitos sociais, o dano imensurável causado por exclusões históricas e aspectos a um espaço que historicamente não se coloca projetado a pensar em pessoas como nós.

É imprescindível assinalar o longo capítulo da história brasileira que, por um período de 388 anos, traz a escravidão enquanto amálgama da estrutura racializante e excludente de pessoas negras dos espaços de poder e decisão.

Nesse cenário, importantíssimo considerar o papel das legislações enquanto regras normatizadoras a embasar as relações sociais, e de inúmeros sistemas outros aptos a marcar esses espaços de exclusão e a caracterizar o racismo jurídico.

Nessa perspectiva, de rigor trazermos como exemplo, a ilustrar tais reflexões, a Constituição Imperial de 1824.

A referida Carta Constitucional, à época considerada “Constituição Cidadã”, marco legal civilizatório moderno, traz em seu ato ordinatório nº 05, texto cujo teor menciona que: “pessoas negras e leprosas estariam excluídas de acesso a direitos fundamentais como saúde, moradia e educação”.

Dessa forma, possível compreender que decorridos 132 anos do “fim da escravidão”, o objetivo da referida Carta Constitucional, se traduz na atualidade, no não reconhecimento de pessoas negras enquanto sujeitos de direitos e sua reafirmação enquanto objetos destituídos de qualquer humanidade, cidadania e consequentemente do seu não lugar de pertencimento àquele modelo de sociedade.

A Constituição Federal apresenta mandamentos contundentes num primeiro momento, ao asseverar em seu artigo 5º, inciso XLII, que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. Longe de enaltecer a pena ou seu recrudescimento, mas tão somente trazendo a valoração dos bens jurídicos numa lógica em que, quão maior o valor do bem jurídico tutelado maior a gravidade da pena correspondente diante à prática de sua violação, observa-se que o termo da lei acabou por

tornar a prática de racismo algo de complexa configuração e relegou à injúria racial as benesses da política criminal advindas da contravenção penal, assim como a pena máxima do crime de racismo não enseja cumprimento em regime fechado.

Novamente, chama-se a atenção sobre a valoração dos bens jurídicos no ordenamento. É irônico observar que justamente o sistema de justiça, que encarcera aos montes pessoas negras, em sua lógica de operacionalidade, isenta de possibilidade de ser encarcerado aquele que alguém ofende em sua subjetividade pela vil ação irracional de subjugar e humilhar outro ser humano atacando-lhe pela simples razão de existir. A pena de maneira sistemática, tem destinatário certo, segundo Dina Alves, “o cárcere é a maior expressão do racismo”. O seletivismo penal de nosso sistema inibe nossos maiores anseios de pensar em aclamar a lógica das prisões.

O Estatuto da Igualdade Racial, lei sancionada em julho de 2010 pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e cujo objetivo é “garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica”, assim como por exemplo a Lei 10639/03 que alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação que inclui no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da presença da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Africana”, por mais justos e urgentes que sejam seus conteúdos, não tem eficácia. Há 18 anos, jovens poderiam ter sua autoestima e orgulho fortalecidos por conhecer a história de sua ancestralidade, há 18 anos a história e cultura afro-brasileira e africana poderiam ter sido passadas a todo sujeito que frequenta uma instituição de ensino, engrandecendo o currículo de todos. Existe um motivo. O sistema encontra uma forma de não cumprir a abstração da lei, seja por falta de especificidade na mesma, seja na não realização de políticas públicas. Não há mais tempo para argumentar ou achar que é por qualquer motivo que não racismo. É preciso tirar o véu que existe na promessa de igualdade e olhar qual a possibilidade real dela se concretizar em nosso contexto sociopolítico e econômico.

Dessa forma, problematizar o conceito de igualdade, previsto no artigo 5º, inciso I, da CF/88 e seu alcance, nos permite dialogar com questões relativas às complexidades trazidas pelas consequências do racismo estrutural /institucional. A igualdade de gênero prevista no artigo 5º da Carta Magna comporta análise mais complexa da categoria, em consonância com o de raça e suas interseccionalidades.

Abarcar o entendimento de gênero e igualdade material no âmbito da Constituição Federal de 1988 é sobretudo problematizar e ampliar dimensões outras que, há 32 anos, mostravam-se impensáveis à realidade da época, se não vejamos.

Muito embora na carta política da nação tenha tido demarcações relevantes sobre o combate ao racismo, tais quais a vedação do critério de admissão por motivo de cor – art. 7º, XXX; da prática de crime de racismo ser inafiançável e imprescritível – art. 5º, XLII; a eliminação do preconceito de raça como objetivo da República Federativa do Brasil – art. 3º, IV, e repúdio ao racismo enquanto princípio das relações internacionais – art. 4º, VIII,

se observada a correlação de forças existentes à época da Constituinte, todas as lutas travadas pelo Movimento Negro e pelos Movimentos Feministas no período da Constituinte invisibilizaram as mulheres negras!

Observa-se que há previsão em abstrato, mas não há um compromisso factível no tocante à efetiva concretização desses valores de paz e harmonia social. A Carta Política de um país deve trazer em seu bojo os valores que a sociedade pactuará suas diretrizes e princípios, e vê-se que a forma como o processo político do país foi conduzido pós ditadura civil-militar, sem olhar para as violências e contradições do período, buscando a verdade e responsabilizando agentes, já diz muito sobre qual compromisso da sociedade que detém poder está calcado. O poder emana do povo, mas o povo não tem pão, teto, hospital, poesia e escola. Não houve reparação histórica aos povos dizimados na construção do Estado-Nação; não houve reparação em relação aos levantes contra tiranos.

Um indivíduo que não reconhece sua potencial violência de ordem estrutural, pois que estruturante, não possui recursos internos para evitar seu cometimento, aquilo que está em negação, está oculto ou em lugar confortável. A mesma lógica em uma instituição, gasta-se enorme montante em relações públicas e marketing para parecer à sociedade que não provoca tais violências, mas não vai ao cerne da questão, simplesmente admitindo-as e assim, fazer um movimento real de mudança, inclusive, pedir apoio. Qual razão então eximiria o Estado de se furtar dessa lógica?

O Estado que não admite suas violências, não as combate. A Constituição Federal, nesse sentido, não assume um compromisso real de fazer frente a tal ordem de violências. Haja vista, a exemplo, que busca erradicar a pobreza, mas não a desigualdade social. E, mesmo sobre a pobreza, ela impera em todo o território, longe de ser erradicada. De outra mão, protege a propriedade privada, prevendo que a mesma deverá cumprir sua função social. O compromisso de combate ao racismo na Constituição Federal está para o combate da propriedade sem função social assim como o racismo praticado cotidianamente está para a observância da finalidade social nas disputas por terra e teto em nossa sociedade.

No preâmbulo, a Constituição Federal é protegida por Deus, um Deus branco, hetero, cisgênero, assemelhado a seus seguidores/protegidos. Para além de uma gravíssima afronta à laicidade necessária a um Estado, nossa Carta impõe a todos os brasileiros, ateus ou não, um “Deus” estrangeiro, cultuado por povos que dantes derramaram sangue indígena e negro em solo pátrio.

Não se reconhece também a misoginia e machismo existentes. O simples fato de não nomear, já diz muito sobre a exequibilidade daquilo no texto constitucional genericamente protegido. Trazemos as disparidades sobre a igualdade formal e a díspar igualdade material, e apontamos que, tendo em vista as dinâmicas sociais e sistema econômico, suas contradições são insuperáveis. Pode-se concluir assim que, o não reconhecimento do machismo, racismo e classismo estruturais enquanto opressões de gênero, incidirá fatal e inevitavelmente sobre as mulheres negras.

Nesse sentido,

[...], as leis antirracistas, assim como as pautas do movimento negro, também ignoram o marcador de gênero informante da opressão, o mesmo se dá nos movimentos feministas com a insistência do marcador de gênero que não enxerga raça, acentuando as experiências de opressões feminizadas. O Artigo 5º da Constituição Brasileira assegura o direito fundamental de todas e todos serem tratados iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza. Em tese, caso os instrumentos protetivos do nosso país queiram, de fato combater as discriminações que impedem o exercício das liberdades fundamentais, precisam averiguar as performances sexistas e racistas de seus expedientes usando a abordagem seccional.<sup>1</sup>

Nota-se igualmente ausência das questões relativas às pautas de diversidade sexual e de gênero numa evidente ruptura à cis-heteronormatividade. Igualdade de gênero na Constituição Federal é conceito universalizante, desconhece especificidades e diversidades. Dessa forma, o conceito de igualdade previsto na carta magna não alcança a todas as mulheres, oprime e invisibiliza.

E as desiguais, para conquistarem a igualdade, por certo precisam atuar com verdadeira insurgência de modo a confrontar as estruturas de opressões de raça e gênero para que, de forma coletiva, possam transformar as relações e entendimentos, numa dinâmica de persistente confronto, e lograr conquistas efetivas de direitos!

Ou seja, a igualdade de direitos na questão de gênero prevista na Constituição Federal, deixa de contemplar as realidades (ad)diversas do espectro social, de quem não partilha da concepção binária de gênero e, conseqüentemente, exclui da alegada igualdade material em direitos àquelas que atendem ao paradigma branca cis heteronormativa privilegiada.

As leis em dado contexto histórico são fruto de luta e mobilização popular, e os limites de seu alcance são dados sobremaneira pelas correlações de força no corpo social. Fazer a defesa dos institutos jurídicos sem ater para suas contradições e limitações, seu contexto de criação, poderá não ser estratégico para a superação das desigualdades e injustiças em nossa sociedade. Pois então, que tenhamos criatividade, arte e sorte para realizarmos na sociedade aquilo que nos é relegado, e que a igualdade se aproxime mais, que esse longínquo horizonte, e que, ser mulher em sua pluri diversidade, transmita a todos na sociedade o que significa sua existência: amor e liberdade.

## REFERÊNCIA

AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidades**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. (Coleção Feminismos Plurais). Coordenação de Djamila Ribeiro.

<sup>1</sup> Carla Akotirene, in *Interseccionalidades* – Coleção Feminismos Plurais – Coordenação Djamila Ribeiro – Coordenação, pp. 66 3 67 – Editora Polen.

# CAPÍTULO 18

## A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: POR UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA AOS DIREITOS DA MULHER

Karyna Batista Sposato  
Luciana Aboim de Machado

### INTRODUÇÃO

A tematização da aplicação do princípio da isonomia, adotando-se a perspectiva das mulheres, favorece uma importante e necessária reflexão para o campo do Direito, pois permite evidenciar os traços de uma cultura heteronormativa e patriarcal, que durante um longo período histórico, encontrou respaldo em normas e práticas jurídicas.

As relações de poder são culturais e socialmente construídas, sendo certo que as últimas décadas foram marcadas por grandes avanços e conquistas originadas pela luta das mulheres (movimentos feministas<sup>1</sup>), ao romper com estereótipos e preconceitos, de modo a provocar efetivas mudanças sociais.

O debate sobre a dominação masculina nas sociedades contemporâneas – ou o “patriarcado”, abriu portas para tematizar, questionar e complexificar as categorias centrais por meio das quais era pensado o universo da política, tais como as noções de indivíduo, de espaço público, de autonomia, de igualdade, de justiça ou democracia. Não é mais possível discutir a teoria política ignorando ou relegando às margens a teoria feminista, que, nesse sentido, é um pensamento que parte das questões de gênero, mas vai além delas, reorientando todos os nossos valores e critérios.”<sup>2</sup>

Os debates e pautas trazidos pelo feminismo de modo geral foram capazes de revelar a predominância de uma política masculina<sup>3</sup> e conseqüentemente tiveram êxito em *politizar a política* no período de transição democrática, especialmente no que se referiu ao cenário Constituinte, pré-Constituição Federal de 1988.

1 Um marco histórico na busca da igualdade de gênero aconteceu em 08 de março de 1957, quando 129 trabalhadoras foram expulsas e queimadas dentro da fábrica têxtil em Nova Iorque, por haver reivindicado direitos laborais. Tal acontecimento, além de consagrar o dia internacional das mulheres, motiou as mulheres a que sigam lutando por seus direitos.

2 BIROLI, Flávia. Redefinições do público e privado no debate feminista: identidades desigualdades e democracia. In: MIGUEL, Luis Felipe. **Desigualdades e democracia**. (org). São Paulo: Editora UNESP, 2016. p. 17.

3 BIROLI, Flávia. De onde surgiram essas mulheres? **Le Monde Diplomatique Brasil**, edição – 126, 8 jan. 2018. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/de-onde-surgiram-essas-mulheres/>. Acesso em: 10 nov. 2021.

Nesse diapasão, o texto constitucional alinhado a tratados internacionais de direito humanos, tanto do sistema global como regional, passaram a assegurar a igualdade entre homens e mulheres.

Contudo, a condição das mulheres e as condições reais de aplicação do princípio da isonomia não alcançaram ainda o devido equilíbrio almejado. Como bem demonstra Pitch (1989), o fenômeno de constitucionalização do Direito e progressivo reconhecimento de direitos pode ser encaixado num processo de superação de um paradigma de opressão, porém com a persistência de um paradigma de vitimização: os conflitos que afetam as mulheres, em grande parte, estão relacionados com aspectos particulares da própria vida, sobre os quais se deseja atuar em primeira pessoa, sem delegação.

No entanto, a gramática dos direitos humanos<sup>4</sup> embora tenha servido para retirar as mulheres de contextos de opressão ainda não logrou êxito em superar as práticas de discriminação. O progressivo reconhecimento de direitos iguais entre homens e mulheres nos permite constatar espaços de discriminação persistente.

A construção de um papel de vítima para a mulher, em diferentes contextos foi determinante na atribuição de uma vulnerabilidade que se revela pela condição de ter sofrido ou de correr perigo de sofrer ofensas particulares, seja por parte de categorias de sujeitos individualizáveis, seja por parte do próprio Estado.

Essa, dentre tantas outras pautas que avançaram no plano interno e internacional, demonstra que o movimento feminista, e suas correntes, tem sido um dos atores mais importantes na conquista por direitos humanos e fundamentais coletivos que transcendem o universo das mulheres e fazem avançar a efetivação do Estado Democrático.

## 1 DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO E DIMENSÃO NORMATIVA SEXISTA

Grande parte das correntes feministas surgiram e se desenvolveram tendo como foco de análise as relações de gênero e o papel exercido pelas mulheres dentro da estrutura social, colocando em evidência posições de subalternidade, submissão e desfavorecimento. A discriminação por gênero passou a ser percebida de forma mais clara quando o feminismo tornou visível a existência de “mecanismos de opressão e produção da desigualdade social em decorrência do sexo/ gênero.”<sup>5</sup>

A gramática dos direitos humanos<sup>6</sup> embora alcance as mulheres, o faz de forma tímida, deslocando muitas vezes a possibilidade de um debate em torno de direitos iguais, ao enfatizar o lugar e o papel da mulher como vítima. Assim, como pode ocorrer com outros grupos que sofrem discriminação, as mulheres movem-

4 VIEIRA, Oscar Vilhena. Para conhecer os direitos humanos. *Revista USP*, São Paulo, n.51, p. 210-217, set./nov. 2001. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i51p210-217>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/35114>. Acesso em: 15 set. 2021.

5 SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 216, jan/abr. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2005000100002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/H5rJm7gXQR9zdTJPBf4qRTY/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 nov. 2021.

6 VIEIRA, Oscar Vilhena. Para conhecer os direitos humanos. *Revista USP*, São Paulo, n.51, p. 210-217, set./nov. 2001. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i51p210-217>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/35114>. Acesso em: 15 set. 2021.

-se da posição de oprimidas para ocupar a categoria das minorias vulneráveis.<sup>7</sup> Contudo sem deixar de se ver mantida uma prática discriminatória por gênero que exige superação.

O feminismo envolve muito mais do que a igualdade de gênero. Envolve uma consciência em relação ao racismo, ao colonialismo, às pós-colonialidades, às capacidades físicas, a mais gêneros do que jamais imaginamos, a mais sexualidades do que pensamos poder nomear. O feminismo não nos ajudou apenas a reconhecer uma série de conexões entre discursos, instituições, identidades e ideologias que tendemos a examinar separadamente. Ele também nos ajudou a desenvolver estratégias epistemológicas e de organização que nos levam além das categorias ‘mulher’ e ‘gênero’. As metodologias feministas nos impellem a explorar conexões que nem sempre são aparentes. E nos impulsionam a explorar contradições e descobrir o que há de produtivo nelas. “O feminismo insiste em métodos de pensamento e de ação que nos encorajam a uma reflexão que une coisas que parecem ser separadas e que desagregam coisas que parecem estar naturalmente unidas.”<sup>8</sup>

A combinação de abordagens feministas e interseccionais demonstram que diferentes fatores de discriminação podem ser enfrentados pelo mesmo indivíduo, tal como gênero, classe econômica, etnia, nacionalidade, entre outros. Tal conceito procura indicar as consequências, tanto estruturais, quanto dinâmicas, originadas da interação entre diferentes eixos da subordinação, os quais compõem aspectos do desempoderamento.<sup>9</sup>

Nesta direção, ao observar como as instituições jurídicas e os diferentes ramos do Direito reproduzem e reforçam a discriminação de gênero, percebemos a dimensão normativa sexista ainda por ser transformada.

Tal superação exige combinar interpretação normativa de essência principiológica, com direitos reconhecidos e positivados, pois a dimensão normativa da igualdade e da isonomia impõe a equação de que ter um direito significa ser beneficiário de um dever, como já lembrava Bentham, mesmo que o Estado não esteja disposto a reconhecer esse dever ou exigir o seu cumprimento por parte de terceiros.<sup>10</sup>

Logo, é fundamental o papel do intérprete das normas jurídicas na transformação da realidade social, concretizando direitos e corrigindo distorções.

## 2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA AOS DIREITOS DA MULHER

A interpretação da norma jurídica tem um papel fundamental na concretização dos princípios fundamentais e objetivos de um Estado Democrático de Direito. A visão tradicional escorada na subsunção como único método adotado na aplicação do Direito é insuficiente. Decerto que os direitos humanos, sobretudo relacionados à proteção de minorias, não se amoldam a esta perspectiva clássica.

7 PITCH, Tamar. *Un Derecho para Dos* – la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

8 DAVIS, Ângela. *A liberdade é uma luta constante*. São Paulo: Boitempo, [2018]. p. 99.

9 CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum*, 1989. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>. Acesso em: 10 nov. 2021.

10 WACQUANT, Loic *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 212.



A Corte Constitucional Brasileira, por diversas vezes, já manifestou a insuficiência desse mecanismo e, em se tratando de direitos humanos, essa visão ganha importância, tendo em vista a sua essência que revela superioridade normativa e força expansiva, atingindo todas as facetas sociais.

Cabe recordar as ideias propagadas no Brasil por Peter Harbele<sup>11</sup> e adotar um modelo aberto no processo de interpretação, possibilitando um caráter multifacetado. Como salienta esse autor<sup>12</sup>, “a investigação sobre os que participam do processo de interpretação é de “uma perspectiva socioconstitucional, consequência do conceito republicano”.

Mais adiante, explica Härbele<sup>13</sup> que a ampliação do círculo dos intérpretes é consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade ao processo de interpretação; vale dizer, os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista.

Ao adotar a proposta da sociedade aberta de intérpretes é possível alcançar a máxima eficácia dos direitos humanos, em especial a observância do princípio da isonomia na realidade social, assolada por ações discriminatórias.

Assim sendo, cabe exigir do Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais), em especial do Poder Judiciário), o papel de catalisador dos efeitos das normas no cotidiano das pessoas e práticas socioculturais. A par disso, observar a eficácia horizontal dos direitos humanos (esfera privada das relações jurídicas) e a eficácia diagonal dos direitos humanos, tendo em consideração a assimetria entre os particulares, sendo invocada, esta última, nas relações que envolvem as minorias, dentre as quais as mulheres, ou seja, nas situações de vulnerabilidade, fazendo nascer uma prevalência de determinado direito de um particular sobre o outro.

Nessas situações, os mecanismos interpretativos devem ser acompanhados de um procedimento fundamentado, com argumentos racionais, revelando a sua justeza, coerência e previsibilidade.

A propósito, Andre de Carvalho Ramos<sup>14</sup> ensina que a função da interpretação é concretizar os direitos humanos por meio de um procedimento fundamentado, com argumentos racionais e embasados, que possam ser coerentemente repetidos em situações idênticas, gerando previsibilidade jurídica e evitando o arbítrio e o decisionismo do intérprete– juiz.

Assim, como salienta esse jurista<sup>15</sup>, na seara dos direitos humanos, cabe ao intérprete adotar uma conclusão que atenda a uma “reserva de consistência” em sentido amplo (termo propagado no Brasil por Häberle), de modo que seja:

- 1) transparente e sincera, evitando a adoção de uma decisão prévia e o uso da retórica da “dignidade humana” como mera forma de justificação da decisão já tomada; 2) abrangente e plural, não excluindo

11 HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

12 HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 19.

13 HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 30.

14 RAMOS, Andre de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 174.

15 RAMOS, Andre de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 175.

nenhum dado empírico ou saberes não jurídicos, tornando útil a participação de terceiros, como *amici curiae*; 3) consistente em sentido estrito, mostrando que os resultados práticos da decisão são compatíveis com os dados empíricos apreciados e com o texto normativo original; 4) coerente, podendo ser aplicada a outros temas similares, evitando as contradições que levam à insegurança jurídica.

Nessa esteira, oportuno salientar que impende aos julgadores se valerem de subsídios técnicos que levem em consideração as repercussões econômicas e sociais que a aplicação da norma jurídica almeja e ocasiona. Assim, evidencia-se o relevo de se considerar a disparidade estatística como elemento relevante de prova de discriminação a fim de assegurar a eficácia social do princípio da isonomia.

Isso sem perder de vista o dever ou **reserva de consistência**, representando um limite ao Poder Judiciário, notadamente nos casos em que há omissão/inércia/insuficiência do Legislador, em que o juiz é “chamado” a suprir o “vazio”.

Na mira de exemplificar, nas linhas que seguiremos enfatizaremos a aplicação dessa perspectiva nas relações que emergem no âmbito laboral e penal.

### 3 A POSIÇÃO DESIGUAL DA MULHER NO DIREITO DO TRABALHO

O estudo intitulado “Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que homem” revelou que “mulheres trabalham, em média, três horas por semana a mais do que os homens, combinando trabalhos remunerados, afazeres domésticos e cuidados de pessoas. Mesmo assim, e ainda contando com um nível educacional mais alto, elas ganham, em média, 76,5% menos do rendimento dos homens. Essas e outras informações estão no estudo de Estatísticas de Gênero do IBGE”.<sup>16</sup>

Inobstante os avanços normativos nacionais e na seara do Direito Internacional dos Direitos Humanos, há que se adotar um viés interpretativo aberto para a construção de igualdade de gênero, na medida em que persiste discriminação de diversas formas, como através de remuneração mais favorável à mão de obra masculina em trabalhos de igual valor, a falta de igualdade de oportunidades e a padronização de profissões, revelando resquícios da cultura de dominação masculina e práticas discriminatórias em suas diversas nuances (direta, reflexiva ou oculta), principalmente em se tratando de mulheres menos favorecidas economicamente, de origem étnica negra, com afazeres familiares e/ou com idade mais avançada.

Para concretização dos direitos humanos, justifica-se a adoção de políticas públicas para a solidificação da isonomia substancial nas relações de trabalho como condição para exercício pleno da cidadania.

Para a promoção do trabalho digno em contexto de sociedade aberta de intérpretes voltada para promoção dos direitos humanos, como já dissemos outrora<sup>17</sup>, as políticas públicas devem ser concebidas como ações

16 PERET, Eduardo. Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem. *Agência IBGE Notícias*, 07 mar. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>. Acesso em: 15 set. 2021.

17 ABOIM, Luciana Machado Gonçalves da Silva. La discriminación de género en las relaciones laborales y medidas para la implementación del empleo digno. In: *Equidad de Género y Protección Social*. México: Editorial Porrúa, 2014. p. 225.

estratégicas do Estado e da sociedade, cabendo sua efetiva aplicação para equidade de gênero e respeito à diversidade.

Nesse contexto, o Poder Judiciário Brasileiro deve admitir o uso da “disparidade estatística” como critério probatório de discriminação de gênero, a exemplo da jurisprudência estadunidense, de sorte a exigir mudanças no contexto social pela implementação de políticas públicas e correção de distorções na realidade social.

Cabe lembrar, ainda, a norma da CLT<sup>18</sup> (art. 373), que no parágrafo único prevê:

a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

#### 4 A POSIÇÃO DESIGUAL DA MULHER NO DIREITO PENAL

A crescente literatura dos anos setenta sobre a posição desigual da mulher no direito penal que encontra um de seus expoentes em *Women, Crimen and Criminology— a Feminist Critique*<sup>19</sup> permite aferir o tratamento dispensado às mulheres pelo sistema penal. Mais que isso, permite identificar que, historicamente, a mulher aparece considerada pelo sistema penal como uma pessoa sujeita à tutela: há um conjunto de mecanismos de controle sobre sua sexualidade (criminalização do aborto, da prostituição, do adultério) e um conjunto de estereótipos sobre o feminino (e também sobre sua sexualidade). Delitos de prostituição, desordem pública, embriaguez atribuídos às mulheres foram pouco a pouco associados à debilidade mental, com o efeito de minar as noções de culpabilidade e responsabilidade de mulheres imputadas.

Antecedentes mais remotos, mas de contundente importância histórica evidenciam que a história da criminalização de mulheres é evidentemente a história do exercício do poder fundado em um direito cujas bases são inegavelmente patriarcais e machistas.

A obra *Malleus Maleficarum* ou *Martelo das feiticeiras*, de 1487, escrita por Kraemer e Sprenger, é sem dúvida a obra teórica fundacional do discurso legitimador do poder punitivo em sua etapa de consolidação. Como observa Zaffaroni<sup>20</sup>, trata-se do primeiro modelo integrado de criminologia e criminalística com direito penal e processual penal.

Elaborado na baixa idade média, o *Malleus* responde às demandas da Inquisição, quanto à emergente necessidade de combater o complô do diabo com as mulheres, do que resultava uma racionalização do poder destinada a controlar a mulher com brutalidade: os atos de bruxaria (identificados como o mal) eram justificados pela inferioridade genética da mulher, estigmatizada por meio de pomposas citações e adjetivos difamató-

18 BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 15 set. 2021.

19 SMART, Carol; SMART, Barry (ed.). *Women, sexuality and social control*. London: Routledge and Kegan Paul, 1978.

20 ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro: volume primeiro – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

rios. A mulher feita de uma costela que sendo curva, se contrapõe à postura vertical do homem. Tal curvatura lhe dava menos fé, era mais fraca que o homem na fé, mais capaz de ofender o Criador, o que se reafirmava por meio de uma improvisada etimologia – derivando *femina* de *fé* e *minus*.<sup>21</sup>

Podemos indagar o porquê de o primeiro esforço teórico de legitimação do poder punitivo recair sobre a mulher. Uma possível explicação está na identificação da mulher como a transmissora genética da cultura. Somente através da mulher se poderia lograr romper com a cultura anterior e iniciar uma nova cultura, a do *Inquisitio* na baixa idade média.

Assim que no que se refere às mulheres e sua criminalização, percebemos que o direito penal origina novas discriminações e reforça velhas. Muitos estudos demonstram que as mulheres criminalizadas sofrem uma marginalização e discriminação específicas. Neste aspecto se destacam os estudos sobre mulheres na prisão e sobre o tratamento dispensado pelos tribunais penais. O primeiro aspecto é que o sistema penal tende a consolidar a estrutura de gênero e reproduzir elementos que provocam discriminação sexual.<sup>22</sup> A prisão na expressão de Garland, é um agente cultural: “As fontes da mudança penal e os determinantes das formas penais devem ser localizados não só no raciocínio penológico, ou no interesse econômico, senão nas configurações de valores, significados e emoções que denominamos cultura”.

Na mesma direção assinala Paulo Sérgio Pinheiro:

O Sistema Jurídico é um instrumento e um reflexo da sociedade, e portanto, da desigualdade social : o direito não se situa fora e acima da sociedade e das realidades sociais, sem essência própria, sem lógica autônoma ou existência independente. O Estado não pode ser diferente da própria sociedade [...]”<sup>23</sup>

Consequentemente, as mulheres estigmatizadas como delinquentes sofrem uma dupla marginalização social, que se remete à construção do outro, diferente biologicamente e – do outro, diferente porque desviante e transgressor da norma. A mulher difere do homem, e sua identidade social é construída muitas vezes a partir de suas incapacidades. Apontou Amartya Sen, prêmio Nobel de Economia, que existem disparidades sistemáticas nas liberdades que os homens e mulheres desfrutam em diferentes sociedades, e que, a grosso modo, o problema da desigualdade entre os sexos é, em última instância, de liberdades díspares.<sup>24</sup> O outro-mulher tem limitadas expectativas sociais se comparada ao homem.

O outro-mulher-desviante cumpre ainda o papel de formação de uma identidade comum na sociedade. A exemplaridade do castigo, nos casos das penas, por exemplo, afirma a identidade dos promotores da ordem.<sup>25</sup>

21 ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume primeiro – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

22 GARLAND, David. **La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005.

23 PINHEIRO, Paulo Sérgio. Transição política e não-estado de direito na República. In: SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge; PINHEIRO, Paulo Sérgio (org.) **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 267.

24 SEN, Amartya Kumar. **Desigualdade reexaminada**. Tradução e apresentação de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001.

25 TAGLE, Fernando Tenório. Aproximaciones a los escenarios punitivos y el sujeto femenino. **Revista Internacional de Teoría, Filosofía y Sociología del Derecho**, Ano 1 – Numero 0. Universidade Autónoma del Estado de Hidalgo / CEDICSO XXI, México, 2001.

Neste sentido, a enunciada positividade do delito que também reivindica Merton não está precisamente na norma e nos procedimentos, nem tampouco na transmissão dos valores violentados por um cidadão contra quem se exige o castigo, e sim na necessidade de contar com exemplos que exibam ao outro – a ameaçante diferença, que confere sentido e afirma a identidade dos grupos promotores da ordem.

Não infundadamente aderimos à expressão de Carol Smart<sup>26</sup> de que *o direito tem gênero*, pois atua como uma tecnologia de gênero, ou seja, um processo de produção de identidades fixas. A mulher não é o homem, é diferente. E quando a mulher não exerce o papel de mãe ou esposa, é vista e percebida como desviada.

Este também foi um legado importante da teoria legal feminista dos anos oitenta: favorecer maior compreensão acerca das relações entre gênero e direito e identificar um direito sexista, mais ainda um direito penal sexista.<sup>27</sup>

## A A PRISIONIZAÇÃO FEMININA

Nesta reflexão cabe indagar de que modo a prisão reproduz as diferenças de gênero em seu interior, e com isso desempenha um papel de reforço das estruturas sociais discriminatórias contra a mulher.

A tendência de expansão do Direito penal, como destaca Silva Sanchez<sup>28</sup>, pode ser caracterizada pela criação de novos bens jurídicos penais, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes e flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia. Já a intensificação do direito penal diz respeito ao recrudescimento das respostas e sanções penais.

Interessa-me particularmente o último aspecto, pois o recrudescimento da pena tem um impacto direto em suas finalidades declaradas ou latentes, de modo que tornar a pena ainda mais dura pode reforçar sua injustiça e inutilidade, mas também asseverar a reprodução das relações de domínio.

Como já discutido, existe uma profunda sintonia entre os mecanismos de controle social informal e o sistema penal. Nesta perspectiva observa-se, por exemplo, um nexos funcional entre o sistema discriminatório escolar e o sistema discriminatório penal no que concerne a um mecanismo global de reprodução das relações sociais e de marginalização. Vale dizer que se os efeitos diretos ou indiretos da condenação têm, geralmente uma função marginalizadora<sup>29</sup>, ainda mais decididamente prejudiciais aos fins de reinserção, são os efeitos da execução das penas detentivas sobre a vida do condenado ou da condenada. É justamente sobre tais efeitos que quero pautar a presente reflexão, sublinhando que muito embora a mulher pareça invisível ao sistema pe-

26 SMART, Carol. The Woman of Legal Discourse. *Social & Legal Studies*, v. 1, p. 29-44, 1992. DOI: <https://doi.org/10.1177/096466399200100103>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/096466399200100103>. Acesso em: 10 nov. 2021. (tradução nossa).

27 AZAOLA, Elena. *El delito de ser mujer*. México: CIESAS, 1997.

28 SILVA SANCHES, Jesus-Maria. *A expansão do direito penal* – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução da 2ª Edição espanhola de Luis Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

29 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

nal pela sua pouca ou baixa representatividade, do ponto de vista da intensidade e dos efeitos, o sistema penal e especificamente a prisão podem lhe impingir consequências significativamente mais penosas.

O endurecimento do sistema penal mediante a adoção de penas estendidas e limitação ao regime de garantias e/ou benefícios penitenciários, somada ao número reduzido de estabelecimentos destinados a mulheres produz taxas de superlotação bastante graves em se tratando do encarceramento feminino.

Sobre o tema, o Conselho Europeu adotou um índice de medição dos sistemas prisionais fundado na densidade carcerária. Este índice é obtido da seguinte maneira: o número de pessoas privadas de liberdade dividido pelo número de vagas, multiplicado por cem, sendo que o limite máximo de densidade carcerária recomendado pela instância internacional é de 120.

Deste modo, em termos nacionais o Brasil possui uma densidade carcerária de 132. Mas, se tomamos a população presa de mulheres este índice é ainda superior, equivalente a 141, evidenciando que no caso das mulheres em razão do número reduzido de vagas, as condições de encarceramento podem ser ainda mais precárias que são para os homens. Também decorre desta situação não haver nenhum tipo de classificação dentre as presas, separação por idade, ou tipo de crime cometido.

Vale dizer que com relação aos tipos de crimes, há muitas vezes uma generalização em torno da criação de “delitos de gênero”, acreditando-se que alguns crimes são tipicamente femininos como o aborto, o infanticídio, o homicídio passional, dentre outros. Atualmente, no entanto, ganha destaque a criminalização de mulheres pelos delitos de tráfico de drogas, o que seria um novo e importante debate.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No tocante à dimensão sexista e machista do direito e das instituições jurídicas, as iniquidades e os desafios vivenciados pelas mulheres traduzem os paradoxos que afetam a gramática dos direitos humanos na contemporaneidade: quanto mais são afirmados os direitos, mais são negados. E quanto mais negados, mais ressurgem como horizonte de sentido e renovação de um horizonte utópico em busca da isonomia.

As pautas feministas pela aplicação mais igualitária da justiça e do Direito fornecem combustível necessário para fazer avançar o respeito pelos direitos humanos fundamentais e o Estado democrático de Direito. Neste percurso, oportuno adotar os ensinamentos propagados por Harbele<sup>30</sup>, ao admitir uma sociedade aberta e plural de intérpretes e, por conseguinte, a “reserva de consistência”, de modo a atribuir legitimidade aos mecanismos interpretativos, afastando-se o decisionismo, e assegurando-se maior previsibilidade jurídica, coerência e justiça.

Ao se interpretar o alcance e aplicar as normas jurídicas, é importante que o intérprete adote subsídios técnicos que levem em consideração as repercussões econômicas e sociais, bem como o fim social a que se al-

30 HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

meja, a fim de corrigir discriminações de gênero no contexto fático, em especial, como destacamos, na seara laboral e penal.

## REFERÊNCIAS

- ABOIM, Luciana Machado Gonçalves da Silva. La discriminación de género en las relaciones laborales y medidas para la implementación del empleo digno. *In: Equidad de Género y Protección Social*. México: Editorial Porrúa, 2014.
- AZAOLA, Elena. **El delito de ser mujer**. México: CIESAS, 1997.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica** e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BATISTA, Vera Malagutti (org.) **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 293-312.
- BIROLI, Flávia. De onde surgiram essas mulheres? **Le Monde Diplomatique Brasil**, edição – 126, 8 jan. 2018. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/de-onde-surgiram-essas-mulheres/>. Acesso em: 10 nov. 2021.
- BIROLI, Flávia. Redefinições do público e privado no debate feminista: identidades desigualdades e democracia. *In: MIGUEL, Luis Felipe. Desigualdades e democracia*. (org). São Paulo: Editora UNESP, 2016.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 15 set. 2021.
- CHESNEY-LIND, Meda. SHELDEN, Randall G. **Girls, delinquency and juvenile justice**. 2. ed. Internacional Thomson Publishing Company /EUA, 1998.
- CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. **University of Chicago Legal Forum**, 1989. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>. Acesso em: 10 nov. 2021.
- DAVIS, Ângela. **A liberdade é uma luta constante**. São Paulo: Boitempo, [2018].
- ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.
- GARLAND, David. **La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005.
- HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- PAVARINI, Massimo. O encarceramento de massa. *In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira;*
- PERET, Eduardo. Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem. **Agência IBGE Notícias**, 07 mar. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>. Acesso em: 15 set. 2021.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. Transição política e não-estado de direito na República. *In:*
- PITCH, Tamar. **Un derecho para dos – la construcción jurídica de gênero, sexo y sexualidad**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- RAMOS, Andre de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2019.
- SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge; PINHEIRO, Paulo Sérgio (org.) **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 216, jan/abr. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2005000100002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/H5rJm7gXQR9zdTJPBf4qRTy/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 nov. 2021.
- SEN, Amartya Kumar. **Desigualdade reexaminada**. Tradução e apresentação de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001.
- SILVA SANCHES, Jesus-Maria. **A expansão do direito penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução da 2ª Edição espanhola de Luis Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- SMART, Carol. The Woman of Legal Discourse. **Social & Legal Studies**, v. 1, p. 29-44, 1992. DOI: <https://doi.org/10.1177/096466399200100103>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/096466399200100103>. Acesso em: 10 nov. 2021.
- SMART, Carol; SMART, Barry (ed.). **Women, sexuality and social control**. London: Routledge and Kegan Paul, 1978.

SPOSATO, Karyna B. **O direito penal juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

TAGLE, Fernando Tenório. Aproximaciones a los escenarios punitivos y el sujeto feminino. **Revista Internacional de Teoría, Filosofía y Sociología del Derecho**, Año 1, n. 0. Universidade Autónoma del Estado de Hidalgo / CEDICSO XXI, México, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Para conhecer os direitos humanos. **Revista USP**, São Paulo, n.51, p. 210-217, set./nov. 2001. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i51p210-217>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/35114>. Acesso em: 15 set. 2021.

WACQUANT, Loic **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: volume primeiro – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.



# SEÇÃO VI

## VIOLÊNCIA CONTRA MULHER

## SUMÁRIO SEÇÃO VI

**INTRODUÇÃO**

VIOLÊNCIA CONTRA MULHER.....972

*RENATA MOTA MACIEL*

*SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES*

*PATRICIA PACHECO RODRIGUES*

*SAMIRA RODRIGUES P. ALVES*

**CAPÍTULO 1**

A LEGALIDADE DA MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA NA LEI MARIA DA PENHA POR DECISÃO JUSTIFICADA DO DELEGADO DE POLÍCIA .....973

*IVANA DAVID*

**CAPÍTULO 2**

FEMINICÍDIOS CON DENUNCIA, O CON NOTICIA PREVIA EN ESPAÑA 2017. RECURSOS Y RASEROS.....984

*MARÍA DEL MAR DAZA BONACHELA*

**CAPÍTULO 3**

FERIDAS INVISÍVEIS: O COMBATE À VIOLÊNCIA DE GÊNERO FRENTE À CONSTITUIÇÃO.....999

*MARIA LUÍSA DALLA BERNARDINA RIGOLIN*

**CAPÍTULO 4**

OS FILTROS INIBIDORES QUE ATUAM DA OCORRÊNCIA DA VIOLÊNCIA ATÉ A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA.....1010

*TATIANE MOREIRA LIMA*

**CAPÍTULO 5**

ENTRE O MUNDO REAL E O DIGITAL: UM ESTUDO SOBRE A INVASÃO DE PRIVACIDADE E A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA AO CYBERSTALKING .....1021

*CHRISTIANY PEGORARI CONTE*

*MARIA FERNANDA SOARES MACEDO*

**CAPÍTULO 6**

MULHERES TRANSGÊNERO, MARIA DA PENHA E AUTORIDADE POLICIAL .....1033

*FERNANDA LIMA MORETZSHONH DE MELLO*

*PATRICIA BURIN*

**CAPÍTULO 7**

CON MI CUERPO, NO! .....1042

*MARÍA LUJÁN PIATTI*

**CAPÍTULO 8**

A PROTEÇÃO E O HISTÓRICO DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.....1054

*REGINA CIRINO ALVES FERREIRA*

*PATRICIA BARBOSA E SILVA*

**CAPÍTULO 9**

VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MULHERES NO BRASIL, SOB A ÓTICA DA SEGURANÇA E SAÚDE PÚBLICAS .....1068  
*MARIANA DA SILVA FERREIRA*

**CAPÍTULO 10**

O ATENDIMENTO À MULHER, À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA SEXUAL: A IMPORTÂNCIA DA INTEGRAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS DA SAÚDE E DE SEGURANÇA PÚBLICA DENTRO DA REDE DE PROTEÇÃO .....1082  
*ELISABETE FERREIRA SATO*

**CAPÍTULO 11**

INTERPRETAÇÃO SEM RUÍDOS SOBRE GÊNERO NA ESCOLA: SINTONIA ENTRE NÃO DISCRIMINAÇÃO E VIDA SEM VIOLÊNCIA PARA MENINAS E MULHERES ..... 1094  
*INGRID VIANA LEÃO*  
*SANDRA LIA BAZZO BARWINSKI*

**CAPÍTULO 12**

VULNERABILIDADE E VIOLÊNCIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS ENCARCERADAS ..... 1112  
*NATÁLIA MACEDO SANZOVO*

**CAPÍTULO 13**

O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES E A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA .....1130  
*FRANCINI IMENE DIAS IBRAHIM*

**CAPÍTULO 14**

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA (IN)APLICABILIDADE NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER .....1137  
*CAMILLA SAFE MAIER HAGE*

**CAPÍTULO 15**

DISPOSIÇÕES LEGAIS EM UMA PERSPECTIVA ANTROPOLÓGICA: COMENTÁRIOS A PARTIR DO DEBATE SOBRE EXPLORAÇÃO SEXUAL E PROSTITUIÇÃO NO BRASIL .....1147  
*ADRIANA PISCITELLI*

**CAPÍTULO 16**

BANCO GENÉTICO – ANÁLISE CONSTITUCIONAL E CRIMINOLÓGICA .....1162  
*FABIANI MROSINSKI PEPPI*  
*ANTONIO BAPTISTA GONÇALVES*

# INTRODUÇÃO

## VIOLÊNCIA CONTRA MULHER

**Renata Mota Maciel**

**Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques**

**Patrícia Pacheco Rodrigues**

**Samira Rodrigues P. Alves**

O Brasil se destaca no cenário internacional, por ter uma das legislações mais avançadas no enfrentamento da violência doméstica. A [Lei Maria da Penha](#) é um marco na proteção das mulheres ao dispor sobre a violência doméstica e todas as suas formas: física, psicológica, sexual, patrimonial e política. Posteriormente, a sua edição, foi promulgada a [Lei n. 14.132/21](#) criminalizando a prática de importunação constante ou assediado pessoas, a [Lei n.º 14.188/21](#) dispõe sobre o crime de violência psicológica e, por fim, a [Lei n.º 14.192/21](#) que criminaliza a violência política.

Todavia, a despeito da legislação brasileira ser avançada no combate à violência psicológica, as mulheres e meninas ainda são vítimas constantes da violência e muitas perdem suas vidas, devido ao alto número de feminicídios que teve seu aumento agravado pela Pandemia da Covid-19 em 2020.

Em vários países pelo mundo, autoridades governamentais, ativistas dos direitos das mulheres e parceiras da sociedade civil denunciaram crescentes casos de violência doméstica durante a Pandemia e aumento da demanda para abrigo de emergência. Dados apurados pelo [Fórum Brasileiro de Segurança Pública \(FBSP\)](#) indicaram que durante a implementação das regras de distanciamento social, houve aumento de casos de feminicídios em vários Estados brasileiros, em comparação ao ano anterior.

Foram dispostas medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, assegurando o pleno funcionamento, durante a pandemia da Covid-19, de órgãos de atendimento a mulheres, crianças, adolescentes, pessoas idosas e cidadãos com deficiência, vítimas de violência doméstica ou familiar, considerado como serviço essencial que não foi interrompido durante o estado de calamidade pública de crise sanitária.

Contudo, a desigualdade entre homens e mulheres é fato e envolve questões como trabalho, renda, participação social e saúde. Há um extenso rol de direitos a serem garantidos e conquistados, no entanto a violência contra as mulheres é considerada um dos tipos de violação de direitos humanos mais comum, está presente em todas as culturas e classes sociais e exige um conjunto de ações que incluam sociedade civil e os órgãos governamentais.

Sob essa perspectiva, destaca-se a importância de se discutir as diversas manifestações de violência doméstica e os diferentes determinantes envolvidos dentro de uma perspectiva multidisciplinar, procurando refletir sobre possíveis alternativas, e não apenas da violência doméstica contra a mulher, mas também de sua relação íntima de afeto com o agressor (art. 5º, inc. III da Lei Maria da Penha).

# CAPÍTULO 1

## A LEGALIDADE DA MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA NA LEI MARIA DA PENHA POR DECISÃO JUSTIFICADA DO DELEGADO DE POLÍCIA<sup>1</sup>

Ivana David

### 1 INTRODUÇÃO

A [Lei nº 13.827/19](#) alterou a Lei Maria da Penha – Lei nº [11.346/2006](#) – para permitir a concessão de medida protetiva pela autoridade policial.

Assim, “praticada uma infração penal que se insira no conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 5º da [Lei 11.340/06](#)), é possível ao juiz conceder medidas protetivas que garantam à ofendida certa proteção contra a reiteração de atos de violência”<sup>2</sup>.

O artigo 12-C da [Lei nº 13.827/19](#) permite que outras autoridades além da judicial concedam a medida protetiva de afastamento do lar ou da convivência com a ofendida. Todavia, trata-se de atuação subsidiária e não simultânea.

Cumpra ainda deixar consignado que a [Lei nº 11.346/2006](#), mais conhecida como “Lei Maria da Penha”, nasceu com o intuito de prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, como, aliás, bem preceitua o seu artigo 1º.

Esta ação afirmativa tem seu amparo no compromisso assumido pelo Brasil em Tratados Internacionais de Direitos Humanos e ainda no dever constitucional desenhado no artigo 226, *caput* e parágrafo 8º da Constituição Federal, a dizer que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”<sup>3</sup>.

Sabe-se que no decorrer da tramitação na Câmara dos Deputados Federais, a presente matéria foi apensada a três outras proposições: o PL nº 689/2015, dispondo sobre a criação de Núcleos Investigativos de Femicídio nas áreas de atribuição das Delegacias Regionais da Polícia Civil de todo o país; o PL nº 4183/2015, a dispor

1 Versão de capítulo publicado anteriormente no livro *Combate à violência contra a mulher: medidas protetivas – Lei Maria da Penha* / Clayton da Silva Bezerra, Giovani Celso Agnoletto, organizadores. Rio de Janeiro: Editora Posteridade, 2018. Disponível em: [https://sindpfs.org.br/wp-content/uploads/2021/04/9-Combate\\_a\\_Viole%CC%82ncia\\_Contra\\_Mulher\\_.pdf](https://sindpfs.org.br/wp-content/uploads/2021/04/9-Combate_a_Viole%CC%82ncia_Contra_Mulher_.pdf).

2 CUNHA, Rogério Sanches. [Lei 13.827/19](#): altera a lei maria da penha para permitir a concessão de medida protetiva pela autoridade policial. Altera a Lei Maria da Penha para permitir a concessão de medida protetiva pela autoridade policial. 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/05/14/lei-13-82719-altera-lei-maria-da-penha-para-permitir-concessao-de-medida-protetiva-pela-autoridade-policia/>. Acesso em: 23 set. 2019.

3 BRASIL. [Constituição (1988)]. [Constituição da República Federativa do Brasil](#). [S. l.: s. n.], 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitucao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm). Acesso em: 15 set. 2021.

sobre as Delegacias Especializadas de Atendimento à mulher – DEAMs; e o PL nº 41325/2015, sobre o direito de a mulher que sofre violência doméstica ter atendimento policial especializado e ininterrupto. Foi, no entanto, o PL nº 07/2016 que deu origem ao presente diploma em análise.

O nosso trabalho tem como alvo a discussão do artigo 12-C, que estabelece uma inovação especialíssima.

O novel dispositivo confere à Autoridade Policial, em caso de vítima ou dependentes em situação de risco iminente e/ou atual, a atribuição (poder-dever), hoje jurisdicional, de conceder determinadas medidas protetivas de urgência.

Impõe-se a obrigatoriedade de comunicação da imposição das referidas medidas protetivas de urgência ao juiz competente, no prazo máximo de 24 horas, o qual poderá sobre elas deliberar no sentido de sua manutenção ou revogação, após oitiva do Ministério Público.

Desde logo, cumpre anotar que o artigo 12-C vem como uma proposta inovadora, ao prever uma espécie *sui generis* de medida cautelar preparatória que o legislador havia denominado de “medidas protetivas de urgência”, de natureza criminal, mas também, assinalando natureza cível e/ou até mesmo de natureza dúplici-ce, como bem foi explanado no parecer do senador Aloysio Nunes Ferreira<sup>4</sup>, relator designado para análise do projeto que deu origem à [Lei nº 13.827/2019](#).

Até então, a concessão de medidas protetivas era exclusividade do magistrado, como bem disciplinam os artigos 12, inciso III e 18, inciso I, da Lei Maria da Penha.

Todavia, esse mecanismo legal, segundo estudos e constatações feitas pelo relatório final das CPMI da Violência Doméstica, revela uma absurda morosidade na proteção da vítima em regiões onde o prazo para concessão das medidas protetivas é de 1 (um) a 6 (seis) meses.

Esta, aliás, a advertência de Henrique Hoffman e Pedro Rios Carneiro:

[...] o relatório final da CPMI da violência doméstica, baseado em relatórios de auditoria do TCU, revela que a insuportável morosidade na proteção da vítima não é exceção, mas a regra. A depender da região o prazo para a concessão das medidas é de 1 a 6 meses, tempo absolutamente incompatível com a natureza desse instrumento”, a impor “medidas cabíveis para a imediata reversão desse quadro.”<sup>5</sup>

A alteração legislativa em discussão, destarte, vem em boa hora modificar essa realidade e apresenta um avanço no tratamento estatal da violência doméstica, autorizando aplicação provisória de medidas protetivas específicas pela autoridade policial “preferencialmente da Delegacia de Proteção à mulher”.

4 BRASIL. Senado Federal. **Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Sobre o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 7, de 2016.** Relator: Senador Aloysio Nunes Ferreira. 2016.

5 CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro; CARNEIRO, Pedro Rios. **Concessão de medidas protetivas na delegacia é avanço necessário.** 20 jun. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-20/concessao-medidas-protetivas-delegacia-avanco-necessario>. Acesso em: 09 ago. 2017.

## 2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A Lei Maria da Penha recebeu esse nome em homenagem à cearense Maria da Penha Maia Fernandes, cuja história de vida determinou a mudança das leis de proteção às mulheres em todo o país. Sofreu ela reiteradas agressões por parte do seu ex-marido, e trabalhou por vários anos para que nosso ordenamento jurídico tivesse uma lei protetora das mulheres contra agressões domésticas. E, em 7 de agosto de 2006, o então Presidente Luís Inácio Lula da Silva acabou por sancionar a [Lei nº 11.340](#), criada com o objetivo de punir com mais rigor a agressores contra a mulher no âmbito doméstico e familiar.

A norma em questão elencou as formas de violência contra a mulher, definindo-as como “violência física”, “psicológica”, “sexual”, “patrimonial” e “moral” (v. artigo 7º), bem como, no que importa, estabeleceu um rol exemplificativo de providências a serem tomadas pela autoridade policial no atendimento à mulher em situação de violência (v. artigo 11).

Além disso, determinou alterações no Código Penal e no Código de Processo Penal, principalmente no que tange ao preceito sancionador secundário, ou seja, a pena que antes era de 1 (um) ano passou para 3 (três) anos, no caso de lesões corporais, por exemplo.

O regramento também está em consonância com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, promulgada pelo [Decreto nº 4.377/2002](#), que tem por escopo tema mais amplo que a violência doméstica e familiar, ou seja, trata da discriminação contra a mulher de forma mais abrangente, leia-se, no lar, no mercado de trabalho, na escola, nos lugares públicos e privados, entre outros.

Nesse ponto, como bem ensina Guilherme de Souza Nucci,

[...] em vários trechos da Convenção destaca-se, expressamente, que o objetivo não é privilegiar a mulher diante do homem, mas buscar a igualdade entre os sexos. Lembra que a discriminação contra a mulher viola os princípios de igualdade de direitos e a própria dignidade humana.<sup>6</sup>

A Lei Maria da Penha leva ainda em consideração a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – “Convenção de Belém do Pará” – datada de 1994, promulgada pelo [Decreto nº 1.973/96](#), tendo como cerne a violência em que vivem as mulheres da América. Aliás, cabe aqui deixar registrado, mais uma vez, que na lição de Guilherme Nucci, que tal Convenção “busca instigar os Estados a editar normas de proteção contra a violência generalizada contra a mulher, dentro ou fora do lar. Não é exclusivamente voltada à violência doméstica e familiar”.<sup>7</sup>

Registre-se, por oportuno, que muito se ventilou sobre a hipótese da inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha nos últimos anos.

6 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais comentadas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

7 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais comentadas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Nossa Corte Suprema, no entanto, já se pronunciou de forma unânime e confirmou a validade constitucional da [Lei nº 11.340/2006](#) em seu todo, levando em consideração o voto do e. ministro Marco Aurélio que, enquanto relator das ações que envolviam a análise de dispositivos da Lei Maria da Penha ([ADC 19](#) e [ADI 4424](#)), votou em 9 de fevereiro de 2012 pela procedência da ADC 19/DF, a fim de declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006, e explanou de forma clara e textual que a lei não ofende o princípio da isonomia ao criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. À oportunidade, frisou o ministro relator que a mulher é eminentemente vulnerável, quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado, não havendo dúvida sobre o histórico de discriminação por ela enfrentado na esfera afetiva.

Para o Ministro, a Lei Maria da Penha,

[...]retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representou um movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à justiça.<sup>8</sup>

Entendeu ainda que a norma mitiga a realidade de discriminação social e cultural “que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material sem restringir de maneira desarrazoada o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino”<sup>9</sup>, ressaltando que a Constituição Federal protege, especialmente, a família e todos os seus integrantes.

Todos os ministros do Supremo Tribunal Federal consideraram, em resumo, que os artigos 1º, 33 e 41 da lei, então recebendo interpretações divergentes na primeira e na segunda instância, estavam de acordo com o princípio fundamental de respeito à dignidade humana, tratando-se a Lei de um verdadeiro instrumento de mitigação de uma realidade insuperável de discriminação social e cultural.

Arrematando assim a questão, entende-se hoje que a Lei nº 11.340/2006 é constitucional, visto que o Brasil não há como se omitir em relação ao quadro de violência, seja doméstica ou familiar, contra a mulher e, como se não bastasse, tem o dever de promover políticas públicas eficazes para concretizar a igualdade entre homens e mulheres, único caminho para a construção de uma sociedade justa, ética, democrática e igualitária.

### 3 O NOVO TIPO PENAL

Conquanto a Lei nº 11.340/2006 tenha trazido, inegavelmente, um avanço no tratamento estatal da violência doméstica, passados quase 15 anos de sua edição se veem necessárias algumas adaptações com o fito de

8 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Nome da Corte ou Tribunal. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 19 DISTRITO FEDERAL. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 09 de fevereiro de 2012.

9 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Nome da Corte ou Tribunal. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 19 DISTRITO FEDERAL. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 09 de fevereiro de 2012.



não somente adequá-la à realidade em que vivemos, mas também, impor e promover mais efetividade à proteção da mulher.

A [Lei nº 13.827/19](#) traz em seu artigo 12-C mudança que, aos nossos olhos, importa na efetivação da tutela de proteção à mulher praticamente de forma imediata.

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I – pela autoridade judicial;

II – pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III – pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.

No dizer, novamente, de Henrique Hoffman de Castro e Pedro Rios Carneiro:

[...] verificada a existência de risco atual ou eminente à vida ou integridade física ou psicológica da vítima ou de seus dependentes **a autoridade policial** (preferencialmente da delegacia de proteção à mulher) aplique provisoriamente até deliberação judicial certas medidas protetivas de urgência intimando-se desde logo o agressor.<sup>10</sup>

O texto disciplina expressamente as providências da autoridade policial que consistem em: proibir o agressor de se aproximar da ofendida, de manter contato com ela ou de frequentar determinados lugares; encaminhar a ofendida e seus dependentes ao programa de proteção ou de atendimento, ou ainda determinar a recondução da ofendida e de seus dependentes ao respectivo domicílio após afastamento do agressor.

Desta feita, o legislador define, de forma cristalina, o papel da autoridade policial, aliás, devidamente estampado na Constituição Federal em seu artigo 144 e seguintes. E da mesma forma que no procedimento do Delegado de Polícia ao autuar em flagrante um cidadão acusado de conduta criminosa, o juiz deverá ser comunicado da medida no prazo de 24 (vinte e quatro) horas e poderá mantê-la ou revê-la, ouvido o Ministério Público no mesmo prazo.

Nem se olvidando o poder de requisição do Delegado de Polícia como um dos aspectos das atribuições que lhe competem, que já vinha disposto com inequívoca clareza na [Lei nº 12.830/2013](#).

Tampouco se poderia argumentar que as referidas medidas cautelares possam afetar a cláusula de reserva de jurisdição e de juiz natural e, portanto, que haveria inconstitucionalidade material da proposta.

<sup>10</sup> CASTRO; CARNEIRO. Concessão de medidas protetivas na delegacia é avanço necessário. 20 jun. 2016.

O referido princípio (reserva de jurisdição) se influi da proibição à edição de normas tendentes a abolir a separação dos Poderes (art. 60, § 4º da Constituição Federal) e de outras limitantes constitucionais à atuação do legislador infraconstitucional. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, já se posicionou em assentada jurisprudência, que só existe reserva de jurisdição quando da ostensiva atribuição de competência jurisdicional pelo Constituinte.

Desta feita, não existindo qualquer explicitação na Constituição Federal de reserva de jurisdição quanto à atribuição protetiva da vítima mulher em situação de violência doméstica e familiar, impossível se cogitar de inconstitucionalidade material da presente lei, até porque, repita-se, a decisão cautelar proferida pela autoridade policial, de forma justificada, deverá ser referendada, complementada ou até mesmo revogada pela autoridade judicial *a posteriori*, como já ocorre, exemplificadamente, na fixação de fiança quando da comunicação da prisão em flagrante.

Vale lembrar que não faltam exemplos no ordenamento jurídico nos quais o legislador legitimou tutela cautelar ao Delegado de Polícia.

No tocante à cautelaridade como característica de medida a ser decidida no âmbito do Poder Executivo, temos na doutrina pátria, na lição de João Gualberto Garcez Ramos,<sup>11</sup> vários exemplos, como: artigo 147 do [Código Penal](#) (Crime de ameaça), [Lei 8.906/94](#) (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil); artigo 45, da [Lei 9.784/99](#) (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal); artigo 84, da [Lei 12.529/2011](#) (que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência); artigo 10, § 2º, da [Lei 12.846/2013](#) (a dispor sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública), além do artigo 17-D da [Lei 9.613/98](#) (a dispor sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores), todas ditas como constitucionais e em vigor no ordenamento jurídico.

#### 4 DELEGADO DE POLÍCIA E SUAS ATRIBUIÇÕES NO ÂMBITO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

Dispõe o artigo 144, § 4º, da [Constituição Federal](#), e assim também os artigos 4º e 5º do Código de Processo Penal, que o Delegado de Polícia é investido, tanto no âmbito constitucional como no âmbito processual penal, da atribuição de investigar os ilícitos penais praticados, em consonância com as limitações materiais e formais de seu mister.

Não é por outro motivo que se constitui ele de Autoridade Policial e investida de poderes próprios, os quais estribam os atos praticados na execução da inquestionável função constitucional de investigar e apurar delitos, não residindo eles, logicamente, em mera discricionariedade da referida autoridade, mas sim indican-

<sup>11</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Dey Rey, 1998.

do finalidade pública específica, qual seja, a de apurar a autoria, a materialidade delitiva e as circunstâncias da prática do fato ilícito, viabilizando a “*persecutio criminis*”.

Como bem colocado por Mauricio Gomes, Delegado de Polícia do Estado do Rio de Janeiro, em sua abordagem sobre as atribuições do Delegado de Polícia:

Os atos relativos aos poderes de polícia judiciária, próprios do Delegado de Polícia, diferem-se dos atos inerentes ao poder de polícia em geral, estes concedidos às autoridades públicas que desempenham atividades de polícia administrativa. Distingue-se, essencialmente, no fato de que a atividade de polícia judiciária se rege em conformidade com a legislação processual penal, enquanto a atividade de polícia administrativa pelas normas administrativas, não deixando de assinalar que os atos de polícia judiciária também são dotados dos mesmos atributos coercitivos que aqueles (autoexecutoriedade, imperatividade, exigibilidade).<sup>12</sup>

Na esteira do Direito Administrativo, os poderes próprios e especiais da autoridade policial ou, no nosso sentir, “o poder-dever” dessa autoridade consiste nas seguintes atribuições: poder de requisição, poder de intimação e condução de pessoas, poder de apreender coisas e realizar buscas, poder de interdição de locais e poder de prender pessoas, entre outras tantas indicadas por lei.

Vale dizer, na expressão de Celso Bandeira de Mello, que

[...] tais poderes são instrumentais, servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissoluvelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função, tem, na realidade, deveres-poderes. Não ‘poderes’ simplesmente.<sup>13</sup>

E diante de tais considerações, não há qualquer dúvida sobre a constitucionalidade do poder-dever da autoridade policial na atuação imposta pelo artigo 12-C da [Lei nº 13.827/19](#), que modificou em parte a [Lei nº 11.340/2006](#).

Com efeito, pois o Delegado de Polícia é reconhecido tanto pela lei como pela doutrina como sendo o primeiro garantidor dos direitos do cidadão vítima de delitos penais, no caso em tela, da mulher vítima de violência doméstica e familiar, estando esta autoridade diuturnamente à disposição da sociedade, amparado não só pelos poderes-deveres supramencionados como ainda ostentando aptidão técnica e jurídica para analisar com imparcialidade a situação e adotar as medidas mais adequadas ao caso.

Ora, se um Delegado de Polícia pode determinar a prisão de um autor de delito, como se questionar a possibilidade de, verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade física e psicológica da vítima, determinar ele de forma fundamentada e provisória uma ou mais das quatro medidas protetivas previstas na própria lei, ou seja, as de proibir o agressor de se aproximar da ofendida, proibi-lo de manter contato com ela e de frequentar determinados locais; de encaminhar a ofendida e seus dependentes ao programa de

<sup>12</sup> GOMES, Mauricio. **Poderes do delegado de polícia civil**: Considerações sobre os deveres-poderes da Autoridade Policial. 04 mar. 2013. Disponível em: <http://mauriciogomessf.blogspot.com.br/2013/03/poderes-do-delegado-de-policia-civil.html>. Acesso em: 09 ago. 2017.

<sup>13</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

proteção ou atendimento ou, ainda, determinar a recondução da ofendida e seus parentes ao seu respectivo domicílio após o afastamento do agressor?

Poder-se-ia aqui deixar estampado que a autoridade policial, tendo poderes constitucionais processuais penais para determinar a prisão em flagrante do autor de um crime sob o controle diferido pelo Poder Judiciário, único e último que tem o poder de dizer a lei no caso concreto, logicamente possui o mesmo poder de determinar medidas protetivas de urgência, de forma provisória e, logicamente, sob controle, repito, diferido e inquestionável do Poder Judiciário. No nosso sentir, é quase dizer o óbvio dentro do aparato constitucional em vigor.

Assim, da mesma forma que temos o procedimento e o poder-dever do Delegado de Polícia quando atua em flagrante um cidadão acusado de conduta criminosa (artigos 306, § 2º e 310, do CPP), o juiz deverá ser comunicado da medida no prazo de 24 horas e poderá mantê-la ou revê-la, ouvido o Ministério Público no mesmo prazo (artigo 12-C, § 1º da [Lei nº 13.827/19](#)).

Ora, como também na hipótese de decretação da prisão em flagrante pelo Delegado de Polícia, que produz efeitos imediatos e repercute nos direitos fundamentais do investigado, tal medida não é definitiva, pois cabe nova análise e confirmação pela Autoridade Judicial.

Aqui, fica bem claro que um Delegado de Polícia tem o poder-dever de autuar em flagrante alguém acusado de crime e logicamente ostenta o mesmo poder para impor uma medida cautelar provisória, que nem de longe tem o mesmo impacto e consequência de uma prisão cautelar, tecnicamente falando.

De resto, se a Autoridade Policial, em crimes bem mais graves, tem o poder-dever de fixar fiança, como se sustentar que não teria o poder-dever de garantir o direito das vítimas de violência doméstica e familiar de forma cautelar, imediatamente submetida ao controle judicial?

Nunca se ventilou a hipótese de impor ao Magistrado que seja mero homologador de decisões de prisão em flagrante pelo Delegado ou chancelador de fixação de fiança por essa mesma autoridade; então se afigura manobra amadora colocar o Magistrado como mero chancelador de decretação de medida protetiva pela autoridade policial.

Em verdade, o Juiz de Direito mantém incólume seu convencimento para concordar ou não com a decisão fundamentada do Delegado, podendo até mesmo reverter tal deliberação, no prazo de 24 horas, mantendo assim o controle diferido da decisão do Delegado de Polícia como já ocorre, repita-se, quando da comunicação da prisão em flagrante.

A mudança, assim, aos nossos olhos, não compromete qualquer tipo de controle por parte do Poder Judiciário, nem ofende qualquer direito da defesa, até porque como bem explicitado pelo artigo 7º, inciso XXI do EOAB, o advogado pode acessar os autos de Inquérito Policial e peticionar a qualquer momento.

Como se não bastasse ainda, pela via do remédio heroico ou de Mandado de Segurança, sempre se garantirá o contraditório e a ampla defesa, aliás, repita-se: quando a mesma autoridade determina que um indi-

víduo seja autuado em flagrante, fixa fiança, realiza apreensão de bens e valores e outras tantas providências existentes no ordenamento jurídico, as quais logicamente são constitucionais, ninguém ventila qualquer alegação de impossibilidade jurídica.

Nem há que se falar em qualquer afronta à função do Ministério Público, que como bem expõe o artigo em questão, será ouvido obrigatoriamente sobre a decretação das medidas protetivas, aliás, como na maioria das medidas cautelares existentes no âmbito processual penal.

Vale trazer à colação o mencionado pelo Dr. Ruchester Marreiros Barbosa em seu texto ainda sobre o projeto pendente na época em que editado— PLC7 de 2016 efetiva direitos fundamentais na Lei Maria da Penha.

Esse projeto garante, com letras garrafais um dos princípios do quarteto principiológico estruturante do acesso à Justiça no Brasil mencionados por Paulo Cesar Pinheiro Carneiro<sup>14</sup>, em sua pesquisa sobre acesso à Justiça, denominado de Operosidade, na qual pressupõe ‘as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar de forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à Justiça’ (grifo nosso)<sup>15</sup>.

Continua a lição o nobre Delegado de Polícia do Rio de Janeiro, dizendo: “acesso à Justiça não é acesso ao Judiciário. É muito mais do que isso. É acesso a uma ordem judicial penal justa, a começar pelo Delegado de Polícia, cujo nome deveria ser alterado para Delegados de Garantias”<sup>16</sup>.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não existe qualquer dúvida em se afirmar que a [Lei nº 13.827/19](#) promoverá a necessária evolução e devida adequação no atual sistema de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Como já mencionado acima, os Delegados de Polícia são os primeiros garantidores dos direitos do cidadão vítima em todos os delitos penais, sendo certo que a sua atuação é pautada pelo comprometimento com a legalidade dos procedimentos e pelo embasamento jurídico. E no âmbito do combate à violência doméstica contra a mulher, essa atuação não poderia ser e não é diferente, agindo ele de forma rápida, estritamente excepcional e juridicamente motivada para assim garantir, principalmente, a integridade física da vítima ou seus dependentes na situação de risco iminente ou atual.

Aqui na lei específica seria ele então garantidor dos direitos e interesses da mulher vítima da violência doméstica e familiar, reiterando-se que a carreira de Delegado de Polícia é jurídica, tendo a Autoridade, aptidão técnica e formação específica e caracterizando-se o seu agir pelo comprometimento com a legalidade dos

14 CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. **Acesso à justiça**: Juizados especiais e ação civil pública. Uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 57.

15 BARBOSA, Ruchester Marreiros. **PLC 7 de 2016 efetiva direitos fundamentais na Lei Maria da Penha**. 21 jun. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-21/plc-2016-efetiva-direitos-fundamentais-lei-maria-penha>. Acesso em: 23 set. 2019.

16 BARBOSA, Ruchester Marreiros. **PLC 7 de 2016 efetiva direitos fundamentais na Lei Maria da Penha**. 21 jun. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-21/plc-2016-efetiva-direitos-fundamentais-lei-maria-penha>. Acesso em: 23 set. 2019.

procedimentos e pelo embasamento jurídico técnico, além do tino na apuração dos fatos e, como já dito, pela imparcialidade das investigações.

Não é demasiado repetir: o Delegado de Polícia age em nome do Estado, integra carreira jurídica e as suas decisões todas tem, obrigatoriamente, esteio na lei, porque amparadas em criteriosa análise técnico-jurídica. Destarte, não se justifica impor à vítima de violência doméstica percalços e demora na efetivação de sua proteção, quando a autoridade policial, legalmente investida, ostenta o poder-dever legal de determinar as imposições de medida protetiva, que será revista no exíguo prazo de 24 horas pela Autoridade Judicial Natural.

Importando sobremaneira acelerar a consecução dos compromissos constitucionais assumidos pelo Brasil, não só perante a sua população, mas também nos órgãos internacionais.

Enfim, acreditamos que a presente inovação legislativa atingirá seu escopo principal, ou seja, efetivará a proteção da vítima de violência doméstica ao dotar ao Delegado de Polícia a faculdade de impor medidas protetivas de urgência de forma justificada.

Logicamente, por questão de lucidez, a presente lei não resolverá por si somente todas as questões da violência doméstica em nosso país, visto que não basta para tanto a edição de lei, dependendo sempre da efetiva concretização de políticas públicas para superação das inúmeras dificuldades existentes.

A constitucionalidade da Lei nº 13.827/19 está sendo discutida na ADI 6138 no Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro de Moraes, ainda pendente de julgamento.

A luta para afirmação dos direitos das mulheres, não só no Brasil, como no mundo, não pode ser mitigada por interesses de instituições e/ou corporativismos. A Lei nº 13.827/19, já em vigor, contribuirá com certeza para a superação de muitos dos obstáculos que a vítima de violência doméstica ainda encontra na busca de preservação de seus direitos.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Acesso à Justiça ou acesso ao Judiciário?** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/226577326/acesso-a-justica-ou-acesso-ao-judiciario>. Acesso em: 15 set. 2021.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **PLC 7 de 2016 efetiva direitos fundamentais na Lei Maria da Penha.** 21 jun. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-21/plc-2016-efetiva-direitos-fundamentais-lei-maria-penha>. Acesso em: 20 set. 2020.

BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTO, Giovani Celso (org.). **Combate à violência contra a mulher: medidas protetivas – Lei Maria da Penha.** Rio de Janeiro: Posteridade, 2018. Disponível em: [https://sindpfsp.org.br/wp-content/uploads/2021/04/9-Combate\\_a\\_Viole%CC%82ncia\\_Contra\\_Mulher\\_.pdf](https://sindpfsp.org.br/wp-content/uploads/2021/04/9-Combate_a_Viole%CC%82ncia_Contra_Mulher_.pdf). Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** [S. l.: s. n.], 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Sobre o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 7, de 2016.** Relator: senador Aloysio Nunes Ferreira. 2016.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: Juizados especiais e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro; CARNEIRO, Pedro Rios. **Concessão de medidas protetivas na delegacia é avanço necessário**. 20 jun. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-20/concessao-medidas-protetivas-delegacia-avanco-necessario>. Acesso em: 22 set. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Vélez Lóor vs. Panamá. Excepciones Preliminares. **Fondo. Reparaciones y Costas**. Sentencia de 23 novembro de 2010 Série C n° 218, parágrafo 108.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 13.827/19**: altera a lei maria da penha para permitir a concessão de medida protetiva pela autoridade policial. Altera a Lei Maria da Penha para permitir a concessão de medida protetiva pela autoridade policial. 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/05/14/lei-13-82719-altera-lei-maria-da-penha-para-permitir-concessao-de-medida-protetiva-pela-autoridade-policial/>. Acesso em: 23 set 2020.

GOMES, Maurício. **Poderes do delegado de polícia civil**: Considerações sobre os deveres-poderes da Autoridade Policial. 04 mar. 2013. Disponível em: <http://mauriciogomessf.blogspot.com.br/2013/03/poderes-do-delegado-de-policia-civil.html>. Acesso em: 22 set. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Luciene. **PL permite que delegados apliquem medidas protetivas da Lei Maria da Penha**. 16 jun. 2016. Disponível em: <http://www.mt.gov.br/-/4337853-pl-permite-que-delegados-apliquem-medidas-protetivas-da-lei-maria-da-penha?inheritRedirect=true>. Acesso em: 22 set. 2020.

PINTO, Ronaldo Batista. **Da possibilidade de o delegado de polícia decretar medidas protetivas em favor da vítima de crimes perpetrados no âmbito doméstico**. 21 jun. 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241074,101048-Da+possibilidade+do+delegado+de+policia+decretar+medidas+protetivas>. Acesso em: 23 set. 2020.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal Brasileiro**. Belo Horizonte: Dey Rey, 1998.

SANNINI NETO, Francisco. **Lei Maria da Penha e o delegado de polícia**. 15 jun. 2016 Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/349584384/lei-maria-da-penha-e-o-delegado-de-policia>. Acesso em: 15 set. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Nome da Corte ou Tribunal. **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 19 DISTRITO FEDERAL**. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 09 de fevereiro de 2012.

YOUNG, Pedro. **A possibilidade de o Delegado conceder medidas protetivas e o Direito de Defesa**. 2016. Disponível em: <https://ppyoun.g.jusbrasil.com.br/artigos/358114778/a-possibilidade-do-delegado-conceder-medidas-protetivas-e-o-direito-de-defesa>. Acesso em: 22 set. 2020.

# CAPÍTULO 2

## FEMINICIDIOS CON DENUNCIA, O CON NOTICIA PREVIA EN ESPAÑA 2017. RECURSOS Y RASEROS<sup>1</sup>

María del Mar Daza Bonachela

### 1 INTRODUCCIÓN

En el “Análisis de datos estadísticos de 2015 sobre violencia de género del CGPJ” contenido en el *Informe sobre Femicidio en España 2015* y el *Avance de informe 2016* realizado con **Femicidio.net** estudiamos el tratamiento penal de la violencia de género, y presentamos con mapas y cuadros una panorámica detallada de la actuación judicial en cada territorio con las denuncias de las víctimas de violencia de género, sus demandas de protección, el resultado de los procesos penales (sentido de la sentencia, condenatoria o absolutoria), y los quebrantamientos de penas y medidas de protección. Presentamos los datos por Comunidades Autónomas, provincias y, en varios apartados del Informe 2015, por partidos judiciales.

Iniciamos estos análisis –útiles para detectar en cada territorio los aciertos pero también los principales fallos, que es necesario corregir, en el tratamiento de la violencia de género por parte de la Justicia– con una mirada a los casos más graves entre todos, los de femicidio.

Si miramos a la evolución del femicidio íntimo en España 2006-2017 (tabla 1) vemos que algunas mujeres asesinadas no se computan como víctimas oficiales y que las cifras de femicidio de los dos últimos años se reducen algo con respecto a la media de la última década. De media en la década 2006-2015 fueron asesinadas según los datos oficiales 62,8 mujeres al año. Más de 1,2 cada semana. En 2016 y 2017 se pierde, o casi, el decimal, que es un dato positivo. Pero las renunciaciones entre las mujeres asesinadas que habían denunciado aumentan, este dato empeora en 2016 y 2017 respecto a años anteriores.

<sup>1</sup> **Femicidio.net**. Artículo aceptado en el IX Congreso Internacional para el estudio de la violencia contra las mujeres #PASAalaACCIÓN, de la Junta de Andalucía (Sevilla, 2018)



Mujeres asesinadas en España por violencia de género - feminicidios íntimos 2006-2017												
	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Victimas mortales VG, Dato oficial (DO)	60	71	76	56	73	62	52	54	55	60	45	51
Casos en investigación MSSI						2	1		2		6	1
Victimas registradas por Feminicidio.net					79	73	62	57	59	64	57	53
Sin denuncia previa	68,1%	70,4%	76,3%	75%	69,9%	75,8%	80,8%	79,6%	69,1%	78,3%	62,2%	76,5%
Denuncia víctima (DO)	31,9%	29,6%	23,7%	25%	30,1%	24,2%	19,2%	20,4%	25,5%	15%	28,9%	21,6%
Denuncia otra/o (DO)									5,4%	6,7%	8,9%	2,0%
Victima no continuó el proceso (renuncia) (DO)	1,4%	4,2%	2,6%	1,8%	5,5%	1,6%	3,8%	1,9%	3,6%	0,0%	13,3%	7,8%

www.feminicidio.net

El año 2016 presenta la cifra más baja de casos sin denuncia previa desde que se computa el dato (año 2006). Pero en 2017 vuelve a aumentar el porcentaje de mujeres asesinadas sin denuncia previa, hasta el 76,5%, por encima de la media de los once años anteriores (que se sitúa en el 73,2%). Es decir, de media tres de cada cuatro de las mujeres asesinadas, las que terminan sufriendo la violencia más extrema por parte de sus parejas o exparejas, nunca habían formulado ninguna denuncia contra sus victimarios, y en 2017 más de esa proporción.

En 2016 vimos cómo aumentó hasta el 28,9% el porcentaje de casos en los que las mujeres se atrevieron a denunciar –casos en los que falló la protección: las víctimas no obtuvieron la protección efectiva que requerían–. En 2017 hubo a nivel estatal una media de 3.137 denuncias de violencia de género por cada feminicidio íntimo; solo el 21,6% de las víctimas mortales había denunciado, y también se reduce de forma importante respecto de los años anteriores el porcentaje de casos en los que había denuncia de otras personas o instituciones, disminuye la implicación del entorno. Un dato preocupante, relacionado con la extensión del discurso de las denuncias falsas por violencia de género y la reacción patriarcal.

## 2 NACIONALIDAD DE LAS MUJERES ASESINADAS (DATOS OFICIALES)

Las mujeres extranjeras fueron en 2017 según los datos oficiales el 35,3% de las víctimas mortales de violencia de género, un porcentaje 6,9 puntos inferior al del año anterior. El porcentaje de mujeres extranjeras entre las asesinadas en 2017 supera la media de los once años anteriores (2006-2016: 34,87%). La tabla 2 resume este dato de 2006 a 2017:

Nacionalidad de las mujeres asesinadas en España por violencia de género (datos oficiales)												
	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Españolas	71%	60,6%	56,6%	64,3%	63%	62,9%	78,8%	70,4%	67,3%	63,3%	57,8%	64,7%
Extranjeras	29%	39,4%	43,4%	35,7%	37%	37,1%	21,2%	29,6%	32,7%	36,7%	42,2%	35,3%

www.feminicidio.net

Según los datos oficiales del INE el porcentaje de mujeres extranjeras entre la población de mujeres en 2017 era del 9,55%; su sobrerrepresentación entre las víctimas mortales de violencia de género es del 25,75%; la sobrerrepresentación es menos elevada entre las mujeres víctimas de violencia de género que denunciaron (20,86%), pues fueron extranjeras el 30,41%.

Recordamos, como en años anteriores, que esta cuestión requiere un análisis interseccional. Tiene que ver con varias cuestiones. Con el conflicto que genera el choque cultural entre la mentalidad machista tradicional y la cultura de igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres (en España también existe este conflicto, pero el recorrido de la segunda es más amplio que en muchos de los países de origen de las personas inmigrantes en nuestro país). Y también se relaciona con el incremento de vulnerabilidad a la victimización que implica la condición de migrantes –mucho mayor cuando se las considera ilegales– con todo lo que ello conlleva de riesgo de expulsión y temor a la misma, dificultades de integración relacionadas con el racismo, la xenofobia, las barreras lingüísticas, el desempleo, la carencia de apoyo familiar y social, dificultades para acceder a los servicios de apoyo especializado, etcétera.

### 3 FEMINICIDIOS CON DENUNCIA PREVIA

Analizar los feminicidios con denuncia previa sirve para tratar de prevenir la repetición de errores. En **Femicidio.net** lo hacemos tomando como referencia la información publicada en prensa, y las [fichas de víctimas mortales del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad](#) del Estado español.

Recordemos cuáles fueron los principales resultados de los análisis anteriores:

En **2015** hubo 15 feminicidios con denuncia previa. La mayoría (13, 86,7%) fueron feminicidios íntimos (en el ámbito de la relación de pareja heterosexual, actual o pasada, matrimonial o de hecho) y dos familiares (perpetrados ambos por hijos, matricidios). La edad media de las mujeres que habían denunciado y fueron asesinadas fue de 45,8 años, y el rango de edad fue amplio: la mayor tenía 70 y la más joven 23 años. En todos los casos había indicios de violencia habitual. En cinco de los feminicidios íntimos víctima y victimario convivían (1/3, 33,3%). Solo en cinco había medida de alejamiento. Y solo en tres casos constaba que se hubiera condenado aquella violencia previa denunciada (1/5, 20%). Seis casos se habían archivado o acabaron en absolución (40%). En cuatro casos hubo denuncia cruzada (acusación del victimario a la víctima, 26,7%) y en ellos no se habían acordado medidas de protección. En ningún caso consta que se hubiera investigado y condenado la violencia habitual. Las provincias con más casos de feminicidio con denuncia previa en 2015 fueron Pontevedra (3 casos, todos sin alejamiento), Alicante y Madrid (dos casos cada una, también sin alejamiento), y Sevilla (dos casos, con medidas de protección en uno).

En el año **2016** hubo 19 feminicidios en los que se había formulado previamente al menos una denuncia contra el victimario. Un tercio del total de casos de 2016. 17 fueron feminicidios íntimos (89,5%), y dos fa-

miliares perpetrados por el mismo victimario sobre las personas de su madre y su hermana. La edad media de estas víctimas que habían denunciado era de 38,8 años; la más joven tenía 19 años; la mayor, madre del victimario, tenía 57 años. La víctima de feminicidio íntimo de mayor edad tenía 54 años. Víctima y victimario convivían en 10 casos (52,6%). Hubo tres con denuncias cruzadas (17,6% de los íntimos). Solo había constancia de condena en seis de aquellas denuncias previas (31,6%). En un caso la denuncia se había archivado y en otro el victimario resultó absuelto; la víctima había renunciado en dos casos, uno fue el que acabó en absolución. En los demás casos no constaba el resultado.

En 2016 hubo más casos en las provincias de Sevilla: dos familiares perpetrados por el mismo victimario, y un feminicidio íntimo en el que se consideró que no había riesgo y se denegó a la víctima la medida del alejamiento; y en las de Salamanca y Zaragoza, con dos feminicidios íntimos en cada una. En uno de los casos de Zaragoza, con medida de alejamiento vigente, se había considerado el riesgo mínimo.

La tabla 3 recoge algunos de los principales datos de las reseñas sobre los feminicidios con denuncia previa perpetrados en 2017:

Feminicidios con denuncia/s previa/s 2017										
ID	Victima	Edad	Relación victimario-víctima	Convivencia	Provincia	Denuncia cruzada/ Vª acusa a víctima	Orden/ medida Protec.	Valoración policial del riesgo (VPR) y su evolución (VPER)	Resultado Denuncia previa: Cond./ Abs./ Archivo/ Pto./ No consta	Indicios violencia habitual
1467	Matilde Teresa	40	Expareja	No	Madrid	NC	Vigente	Bajo	NC <small>(bajo riesgo)</small>	Si/NC
1487	Dolores	47	Expareja	No	Valencia	NC	Vigente	Alto	NC	Si
1488	L. Yuliana	34	Exmarido	No	Barcelona	NC	Vigente	No hay VPR	NC	Si
1514	Eliana	27	Exmarido	No	Madrid	NC	Caducada	No apreciado	NC <small>(probabl. condena)</small>	Si
1515	Ana Hilda	55	Pariente	No	Albacete	NC	No / ¿?	No hay VPR	NC <small>(blau/pres)</small>	Si
1520	Encarnación	39	Exmarido	No	Sevilla	NC	Vigente	VPR: No apreciado; VPER: Medio	NC	Si
1533	Maria Raquel	63	Marido	Si	Madrid	NC	No	Medio	NO (renunció)	Si
1541	Rosa Maria	20	Expareja	No	Murcia	NC	No	Medio	-	Si
1560	Jessyca	28	Expareja	No	Alicante	NC	Vigente	VPR: No apreciado; VPER: Medio	Condena / pendiente	Si
1568	Andrea	20	Expareja	No	Castellón	NC	Vigente	Medio	NC	Si
1570	Kenya	30	Pareja	Si	Barcelona	NC	No	No hay VPR	NO (renunció)	Si

[www.feminicidio.net](http://www.feminicidio.net)

Este último año en las reseñas registradas por Feminicidio.net tenemos noticia de 11 feminicidios en los que existió alguna denuncia previa de la violencia o amenazas del victimario sobre la misma víctima. Según los datos oficiales hubo un caso con denuncia de otra persona. En las reseñas de Feminicidio.net consta un caso (ID 1468) en que el victimario tenía orden de alejamiento del barrio donde perpetró el crimen por denuncia de malos tratos de una pareja anterior del hombre. Al no ser en relación con la misma víctima no lo incluimos en la tabla.

De los 11 casos con denuncia previa diez fueron de feminicidio íntimo: ocho perpetrados por hombre que era expareja/exmarido de la víctima y dos en los que la relación era actual, victimario y víctima conviví-

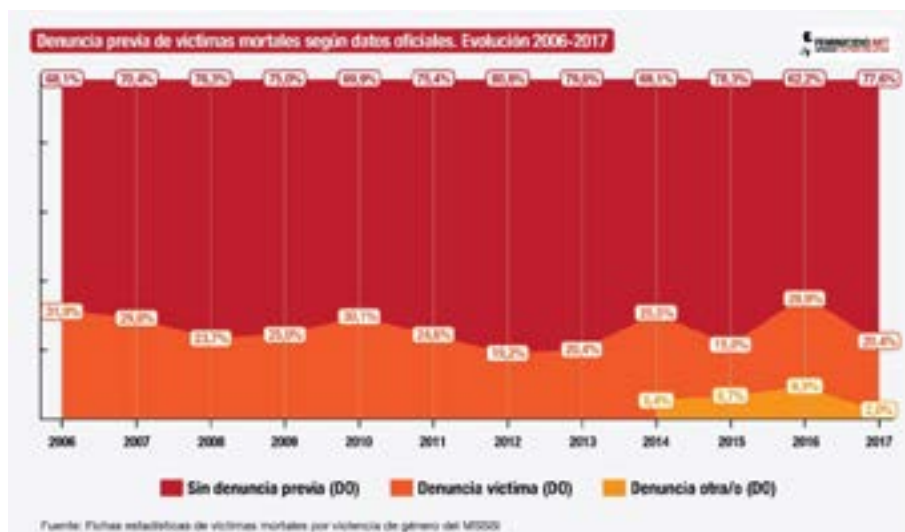
an. Además un feminicidio familiar fue perpetrado por un pariente de la víctima tras denunciarle esta por maltratar a su sobrina. La media de edad de las víctimas que habían denunciado fue de 36,6 años, con 63 años la mayor y 20 años las dos más jóvenes.

No consta en las reseñas de 2017 que hubiese denuncia cruzada en ninguno de estos casos. Sí hay noticia de que las medidas de protección solicitadas en aquella denuncia previa se habían denegado en tres casos (27,3%), en dos de ellos por renuncia de la víctima. Siete de estas denuncias dieron lugar a la adopción de medidas de protección, que en uno de los casos ya habían caducado. Consultadas fuentes oficiales nos confirman que la Valoración Policial del Riesgo (VPR) calificó este como alto solo en uno de los casos. En tres casos no se había hecho VPR. En otros cinco no se apreció que existiera riesgo, aunque en dos de estos casos se calificó luego como riesgo medio al valorar la evolución. Otro se había calificado como de bajo riesgo. Mucho que mejorar en esta materia. La valoración del riesgo no se puede basar solo en los resultados de unos test, se debe recabar toda la información de que se pueda disponer, y eso requiere más medios personales y buena coordinación, sistemática, con los servicios de atención. Solo tenemos noticia en las reseñas de prensa de una condena por aquellas denuncias previas, pero, al igual que en los años anteriores, prácticamente en todos los casos había indicios de violencia habitual.

Las provincias donde hubo más feminicidios con denuncia previa en 2017 fueron Madrid, con tres casos, y Barcelona con dos.

### 3.1 EVOLUCIÓN POR AÑOS DE LA DENUNCIA PREVIA Y CIFRA NEGRA

La evolución de los porcentajes de mujeres víctimas de feminicidio íntimo que habían denunciado o que no lo habían hecho conforme a los datos oficiales muestra que, de media, en los últimos 12 años (2006-2017), desde que la administración lo computa, en el 73,6% de los casos no hubo ninguna denuncia previa; la víctima había formulado alguna denuncia solo en un 24,5% de casos (ver tabla 4, a continuación). En el 5,75% de los casos, media de los últimos 4 años, había denuncia de otras personas.



Considerando que el feminicidio es siempre la culminación de un continuo de violencia, vemos que la cifra negra de criminalidad en este ámbito, aún estos casos más graves que acaban en violencia letal, y a pesar de que en 2016 parecía haberse reducido (fue 62,2%, 16,1 puntos por debajo del año anterior) se mantiene muy por encima del 70%.

El porcentaje de casos con denuncia de la víctima en 2017 fue solo de un 20,4%, y únicamente en un 2% de los casos (6,9 puntos menos que en 2016) habían denunciado otras personas: falta mucha implicación social.

Independientemente de la complejidad de cada caso está claro que a esas once mujeres que habían denunciado les falló el sistema.

### 3.2 FEMINICIDAS CON ANTECEDENTES DE VIOLENCIA CONTRA OTRAS MUJERES

Más allá de la existencia de denuncia previa, en 2017 llama poderosamente la atención otro dato que no señalé en los estudios de los años anteriores: 6 de los feminicidas tenían antecedentes por violencia contra otras mujeres. El ya referido con medida de alejamiento vigente que le prohibía visitar el barrio donde vivía su víctima cuyo nombre no ha trascendido. Al asesino de Antonia (ID 1469), le habían denunciado previamente por malos tratos nada menos que cuatro mujeres; tuvo órdenes de alejamiento y estaba en busca y captura. Otros cuatro asesinos, los de J.D.L.M., Gloria Amparo, Arantxa y Aramis –su hija, un año– (ID 1473, 1485, 1571 y 1475) tenían todos ellos denuncias por violencia contra una pareja anterior (de una consta que se había archivado), y el asesino de Josefa (ID 1478) tenía antecedentes por agresión sexual.

Seis de 54 hombres que acabaron matando habían sido denunciados antes por violencia contra otras mujeres. Está claro que el sistema no está actuando como debería, ni para prevenir la violencia contra las mujeres, ni reparar a las víctimas, ni para corregir y reeducar a los maltratadores. En *Escuchar a las víctimas* planteaba que ya va siendo hora de algo que puede parecer disparatado, pero a la luz de este dato quizás no tanto: un diálogo y acercamiento entre las asociaciones de hombres que se declaran damnificados por las leyes contra la violencia de género [los que nos llaman feminazis] y las de hombres igualitarios contra esta violencia, y que los primeros se planteen la conveniencia de organizar refugios para acoger temporalmente y proporcionar tratamiento reeducativo en valores igualitarios y democráticos a los hombres violentos que son expulsados del domicilio familiar a consecuencia de una orden de protección o auto de alejamiento de sus víctimas, y los segundos, que cuentan con personas capacitadas, lo proporcionen. Tomando el Estado algún tipo de cartas en el asunto, pero sin detraer lo más mínimo de los escasos recursos públicos empleados para atender a las víctimas.<sup>2,3,4,5</sup>

2 DAZA BONACHELA, María del Mar. *Escuchar a las Víctimas. Victimología, Derecho Victimal y Atención a las Víctimas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

3 DAZA BONACHELA, María del Mar. Paralelismos entre terrorismo y violencia machista. *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, IUEM-UAM, n. 1, 2015. Disponible en: <https://revistas.uam.es/revIUEM/article/view/413>. Acceso en: 15 sept. 2021.

4 DAZA BONACHELA, María del Mar. Análisis de datos estadísticos de 2015 sobre violencia de género del CGPJ, en Atencio, Graciela *et al.* *Femicides and Other Murders of Women in Spain. Annual Report 2015. Special UN Edición – ACUNS Vienna 2017*. Madrid – Viena. Disponible en: <https://bit.ly/2eVgN5N>. Acceso en: 15 sept. 2021.

5 DAZA BONACHELA, María del Mar (2017): “Análisis de los datos estadísticos del CGPJ sobre violencia de género. *Avance de Informe 2016*. <https://feminicidio.net/analisis-de-datos-estadisticos-del-cgpj-sobre-violencia-de-genero-2016/>.

No sé si será posible un acercamiento entre tendencias tan opuestas (pues los primeros no saben ni quieren saber de violencia de género y consideran a los segundos traidores), pero desde luego el dato invita a ponerse a pensar para encontrar soluciones, y aplicarlas.

#### 4 FEMINICIDIOS CON NOTICIA PREVIA

En otros casos no había ninguna denuncia contra el victimario, pero sí hubo alguna señal, alguna noticia de la situación de riesgo que, de haber sido debidamente atendida, quizás hubiera permitido evitar el resultado fatal:

- El asesino de Ana María, de 50 años (ID 1494), vecino suyo, intentó agredirla sexualmente y ante su resistencia la degolló. El mismo día había intentado agredir a otras dos mujeres que lograron zafarse. ¿Quizás que si hubieran denunciado de inmediato esas tentativas de agresión (aunque fueron nimias, no llegó a ocurrirles nada) la policía le hubiera podido identificar y detener?
- El asesino de María José, de 52 años (ID 1486), su exmarido, había dicho al otro hijo de la víctima que tenía pensado montar una explosión en la casa con ella dentro. No consta que aquella amenaza se denunciara... y nadie le impidió hacerlo.
- A la joven Andra, de 24 años (ID 1507), su asesino le decía que iba a matarla o a echarle ácido en la cara. Ella lo había puesto en conocimiento de su familia, pero nadie denunció. Él no aceptaba su decisión de no salir más con él. Cuando se la llevó, al intentar localizarla la familia, él cogió el teléfono y dijo a los padres que Andra no quería hablar con ellos. Un día después encontraron su cadáver, asesinada a golpes. Si hubieran denunciado y la Guardia Civil hubiera actuado rápido ¿quizás la hubieran podido salvar?
- María Rosario, de 39 años (ID 1509), había ido a servicios sociales del Ayuntamiento a pedir ayudas sociales e informarse sobre el procedimiento para separarse de su pareja y quedarse ella con la tutela de la menor. Es una demanda que indica la existencia de serios problemas. Es posible que una atención integral en un servicio especializado hubiera derivado en su adecuada protección.
- Catalina, de 48 años (ID 1537), acudió unas semanas antes de ser asesinada a la Guardia Civil porque se sentía acosada por su expareja, él insistía en retomar la relación. Ella no quiso denunciar pero, por una parte, los hechos son perseguibles de oficio (si se es capaz de verlos: violencia habitual, que el sistema suele obviar por completo) también en este caso una buena atención especializada hubiera podido cambiar las cosas.
- Katharina, 35 años (ID 1563) vino de Alemania aterrorizada, huyendo de su maltratador que, además, pertenecía a una banda vinculada a actividades delictivas. Su familia conocía que había sufrido mal-

trato. Un buen sistema de protección, una denuncia, una Orden Europea de Protección, quizás hubieran podido evitar que él llegase a Vinarós y la matara.

- Incluso en el caso de Virginia (55 años ID 1474), una atención rápida y adecuada –en otro mundo, de cuidados sin recortes ni retrasos en la tramitación de las ayudas a personas dependientes, con adecuada atención a la salud mental– también quizás hubiera podido evitar su muerte. Su marido tenía demencia; ella había solicitado la ayuda a domicilio y tenía abierto expediente para tramitar la dependencia. Él la mató 10 días después de un intento de suicidio que ella consiguió evitar.

## 5 LA VIOLENCIA HABITUAL

Los años que trabajé en el Servicio de Atención a las Víctimas, que escuchaba a diario a mujeres víctimas de violencia habitual, veía una y otra vez distintas representaciones de la imagen de una mujer cautiva, en un pozo en el que él la hundía, y la volvía a hundir.

Ponerse en su pellejo es sentir que intentas salir del pozo y cada vez que consigues asomar un poco la cabeza allí está tu victimario vigilando para pisártela y hundirte otra vez. Así es difícilísimo salir sola (aunque hay quienes lo hacen). Conseguir comunicar lo que sucede fuera del círculo vicioso de la relación violenta, dar noticia fuera de lo que allí se está viviendo, es asumir un riesgo importante, y lanzar un SOS con la esperanza de que alguien te auxilie, e impida al victimario pisarte de nuevo la cabeza cuando la levantas para intentar salir. Cuando una mujer víctima de violencia habitual denuncia es porque sola no puede acabar con la situación y necesita que alguien aparte a su maltratador de la boca del pozo para que no pueda continuar pisándole la cabeza cuando asoma.

Y cuando ella por fin lo ve claro y decide que tiene que salir, el riesgo, como afirma Concepción Torres (20/01/18) –como toda/o profesional con experiencia en la materia–, siempre es alto. El riesgo depende de él; de que acepte o no la decisión que ella ha tomado de retomar el control de su vida. Y él con frecuencia es lábil. Ella ha aprendido que él no es una persona en la que pueda confiar, y a temerle. Porque cuando amenaza con hacer daño, en eso sí suele cumplir.

### 5.1 LOS RECURSOS

Para ayudar hace falta entender la situación, moverse y poner a funcionar los recursos necesarios para: 1) impedir al victimario seguir controlando la situación, e impedirle acceder a la víctima; 2) proporcionar a la víctima un entorno seguro, protección de cualquier contacto con el victimario, atención integral para su completa recuperación y reparación y 3) atender también al victimario, reeducarlo, hacerle comprender que así no puede funcionar ninguna relación y él mismo también se perjudica, para desactivar su violencia y que deje de maltratar, para que no maltrate tampoco después a otras mujeres.

¿Tenemos los recursos necesarios? Llevamos años tratando de articularlos y tenemos todo un sistema de protección que, bien atendido, puede ser eficaz –de hecho en muchas ocasiones lo es–, aunque aún tenga agujeros, aspectos que no cubre.

¿Están suficientemente dotados esos recursos? Claramente no. Tenemos muchos servicios públicos externalizados (todos los servicios sociales especializados) de los que las administraciones no se quieren responsabilizar, los privatizan, y se mantienen con personal trabajando en precario en la mayor parte de los casos, sin el necesario respaldo institucional y con déficit de financiación. Sufrimos recortes en servicios sociales desde hace ya 10 años.

En septiembre de 2017 se acordó un Pacto de Estado contra la violencia de género con más de 200 medidas, pero pasados los meses el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado aún no incluía los fondos prometidos para ponerlas en funcionamiento –como finalmente sí sucedió tras la [manifestación feminista del 16 de mayo](#) (Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, Disposición final sexta)–.

Tenemos una [Ley del Estatuto de la víctima del delito](#) (LEVD), o una ampulosa [modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia](#), que son en gran medida declaraciones de derechos sin las necesarias garantías ni medios adecuados y suficientes para aplicarlas, y con algunas muy serias contradicciones: las más visibles: sus disposiciones adicionales de no incremento del gasto; la nula conciencia de la necesidad de formación con perspectiva de género feminista a todo el personal implicado en el tratamiento de la violencia contra las mujeres –temas en los que incide el Pacto de Estado–, o incluir una norma antivictimológica e innecesaria en la Ley del Estatuto de la víctima como es su artículo 35, que da pábulo al discurso de las denuncias falsas por violencia de género, trata a las destinatarias de la norma peor que la Ley General de Subvenciones a potenciales entidades defraudadoras, (según explico en el apartado 6.2) e infringe el principio *ne bis in idem*.

Así las cosas, tenemos recursos insuficientes, que con frecuencia funcionan gracias a la entrega, decisión, voluntad, esfuerzo y dedicación de quienes prestan los servicios. Su formación especializada en violencia de género, con perspectiva de género es vital para que para que escuchen a las víctimas cuando acuden a denunciar, y las atiendan con rigor y profesionalidad, y el esfuerzo que sea preciso en cada caso. También hace falta todo el apoyo y respaldo institucional para no agotar a estas/os profesionales.

Y cuando falta esa voluntad, pues hay quienes no quieren realizar esos esfuerzos, no creen a las víctimas, no las escuchan, minimizan el riesgo y no actúan con la debida diligencia, no tenemos medios eficaces para apartarles (como muestran los arriba citados análisis de los datos estadísticos del CGPJ sobre violencia de género).



## 5.2 SON FALLOS DEL SISTEMA

A resultas de los datos una cosa está clara: el sistema de protección y la sociedad han fallado a todas estas mujeres que denunciaron, incluso a las que, aún sin denuncia, al menos intentaron comunicar su situación, y fueron asesinadas. Esos feminicidios podían haberse evitado si tuviéramos más y mejor prevención –en todas las etapas de la educación, con formación en derechos humanos y educación afectiva sexual desde la infancia–, más conciencia social y mejores recursos –en lugar de servicios precarios e infradotados y disposiciones de no incremento del gasto, especialmente de personal, en toda nueva norma supuestamente protectora de las víctimas– que proporcionasen realmente una atención inmediata e integral a las víctimas de todas las situaciones de violencia y especialmente a las de violencia de género por el elevado riesgo de revictimización en que se encuentran. Estas víctimas requieren atención a sus necesidades específicas, pero también una mejor coordinación que no las excluya, por recibir atención social especializada de servicios para la mujer, como está sucediendo, de la atención que proporcionan los Servicios y Oficinas para víctimas en el ámbito judicial, pues son ámbitos distintos y servicios complementarios, todos necesarios para ellas.

## 5.3 ¿Y LA REPARACIÓN? VÍCTIMAS DE TERCERA, DESCONFIANZA, DESATENCIÓN Y AGRAVIO COMPARATIVO

Otro aspecto de la situación es el de la reparación a las víctimas. ¿Qué atención y qué reparación reciben las víctimas directas que sobreviven, y las víctimas indirectas? ¿Cómo reparamos a las víctimas, especialmente a hijas e hijos supervivientes –que con el feminicidio quedan huérfanos de madre y de padre, se suicide él o no–, una sociedad que no supo evitar su desgracia, y que sigue promoviendo otras similares cada semana del año en este país, cuando permite y fomenta la desigualdad (ver [Oxfam Intermon, 2018](#)), el machismo, la [hipersexualización de las niñas](#), que –tanto en el seno del propio feminismo como desde posiciones ajenas y alejadas– discute si la cosificación de las mujeres mediante su prostitución y su alquiler para gestar hijos de terceros debe ser legalmente legitimada o se debe trabajar decididamente por abolirla, y que permite que estos negocios proliferen en lugar de perseguirlos.

En nuestro país se divide a las víctimas por categorías. Nuestras leyes tratan con distintos raseros, muy distintos, a víctimas con el mismo daño según el delito que lo origina (ver [Daza y Jiménez, 2013](#)). Las víctimas de violencia de género siguen siendo víctimas de tercera, no sólo por la naturaleza y cuantía de las ayudas a las que se les reconoce derecho, sino también por los criterios de trato: mientras que a unas víctimas, las de terrorismo, se les da buen trato y respeto, a otras –las demás, pero especialmente las de violencia de género– se las trata de forma cicatera y desde la desconfianza.

Para muestra un botón: el mencionado artículo 35 de la LEVD. Este artículo (sin respaldo de ningún tipo en la Directiva de Víctimas<sup>6</sup>) obliga a reembolsar “*las subvenciones o ayudas recibidas por su condición de víctima*” y “*al abono de los gastos causados a la Administración por sus actuaciones de reconocimiento, información, protección y apoyo, así como por los servicios prestados*” a la que sea “*condenada por denuncia falsa o simulación de delito*”, con un incremento del interés legal del dinero aumentado en un 50%. Esos son delitos contra la Administración de Justicia por los que ha habido un proceso penal, y es en ese proceso donde el Estado debe pedir la devolución con los intereses que correspondan en concepto de indemnización. En la [Ley General de Subvenciones](#)<sup>7</sup> el interés de demora que se suma cuando hay obligación de reembolsar lo cobrado indebidamente (por ejemplo por haber falseado las condiciones requeridas para cobrarlo) es el interés legal del dinero aumentado en un 25% (artículos 37 y 38) –no un 50%– y, como manda el principio *non bis in ídem*, la pena impuesta por la autoridad judicial excluye la imposición de sanción administrativa (art. 55). ¿Por qué es peor, y contrario al citado principio, el tratamiento en el Estatuto de la víctima que en la Ley General de Subvenciones? ¿Por una no declarada misoginia, o por miedo a la reacción machista si se hicieran las cosas bien? La legislación que regula las indemnizaciones a víctimas del terrorismo<sup>8</sup>, lógicamente, no prevé nada parecido.

Como decía, las ayudas que corresponden a las víctimas de delitos violentos, incluyendo la violencia de género, son cualitativa y cuantitativamente muy inferiores a las previstas para las víctimas de terrorismo (cuando la hay, puede ser aproximadamente una quinta parte; se pueden ver unas y otras en esquema en el [póster sobre los distintos raseros en la compensación a víctimas de los delitos violentos en España](#), Daza y Jiménez, 2013).

En contraste también con lo previsto para las víctimas del terrorismo, es de temer que sea frecuente que los hijos e hijas de víctimas de feminicidio, normalmente por desconocimiento de quienes asumen su tutela, ni siquiera perciban la ayuda estatal que dispone la [Ley 35/1995, de ayudas y asistencia a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual](#) para el caso de fallecimiento de la víctima directa causado por esos delitos.

Esta *ayuda* hubiera debido ser *indemnización* (así la llama el Convenio 116 del Consejo de Europa del que trae causa) regulada y actualizada por el Estatuto de la víctima del delito, y no lo fue. El Estatuto, que dice en su preámbulo tener “*la vocación de ser el catálogo general de derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos*”, simplemente no lo es. Dejó fuera, a plena conciencia, la indemnización y la reparación a las víctimas. Las *ayudas* de la Ley 35/1995 prescribían, hasta julio de 2018 en que se ha modificado, en un año desde los hechos o desde la sentencia (el proceso penal interrumpe el plazo). Me han preguntado por más de un caso que ya habían prescrito sin que nadie hubiera informado a las familias la existencia de

6 Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y Corrección de errores de fecha 10 de diciembre de 2014.

7 Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones

8 La última vigente: Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo y su Reglamento aprobado por Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre.

las ayudas. En 2018 este plazo se amplía a tres años cuando la víctima es de violencia de género, y se permite en estos casos la concesión provisional de las ayudas cualquiera que sea la situación económica de la víctima o sus beneficiarios (apartado 4 del [art. 7 de la Ley 35/1995](#), añadido por [Ley 6/2018, de 3 de julio, de PGE para 2018, Disposición final quinta](#)). En 2017 leímos en prensa ([Bachiller, 05/10/17](#)) que la Seguridad Social se resistía a aceptar la sentencia judicial que ordenaba subir la pensión de tres niños huérfanos por feminicidio del 20% al 52% de la base reguladora de la madre (de 149 a 300 euros). La abuela declaraba haber percibido únicamente esos 149 euros desde el asesinato de su hija en 2009; nadie le informó de la ayuda de la Ley 35/1995, nadie le ayudó a gestionarla. En aquel caso la Seguridad Social rectificó y retiró el recurso contra la subida de la pensión. ¡Menos mal!

En marzo de 2017 el Grupo Parlamentario Socialista presentó una Proposición de Ley de mejora de la pensión de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género ([122/000079](#)). En mayo de 2017 la Cámara decidió por unanimidad tomarla en consideración; el 30 de octubre de 2018 el Congreso ha aprobado, sin unanimidad, la ponencia para que la Proposición de Ley continúe el trámite parlamentario ([RTVE, 30/10/2018](#)).

En cambio, la [pensión extraordinaria para los hijos de una víctima del terrorismo](#) es desde hace años, por ley, el 200% de la que correspondería en un supuesto, por ejemplo, de accidente laboral, aunque su madre no hubiera cotizado, con un importe mínimo mensual del triple del [IPREM](#) (1.613 €/mes en 2017), y 14 pagas, no sujeta al límite máximo establecido para el resto de las pensiones, y exenta de IRPF. Tienen, además, exención de tasas en todas las etapas del sistema educativo.

A un niño le matan a la madre. La diferencia de trato, todavía hoy, es bestial según lo haga un fundamentalista machista o uno con otra motivación fundamentalista política o religiosa, pese a los paralelismos existentes (Daza, 2015).

Con las hijas e hijos de las mujeres víctimas de feminicidio que no perciben [la ayuda a que tienen derecho](#) porque el derecho prescribe sin que lo lleguen a conocer siquiera ¿qué han hecho hasta ahora la Dirección General de Violencia de Género del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, y los Institutos de la Mujer de las Comunidades Autónomas<sup>9</sup>? ¿Realizan un trabajo de información directa a todas las víctimas, a sus representantes legales, para que la soliciten, y de apoyo y seguimiento en la tramitación? No tenemos noticia. Si acuden a un Servicio de *Asistencia* a Víctimas les informarán; en un Centro de la Mujer, donde los hay, también deben hacerlo, pero no todas las víctimas acceden a ellos. Muchas acuden a los Servicios Sociales Comunitarios. Quienes los atienden, en muchos casos con serias dificultades económicas, deberían conocer esta ayuda, y la Administración debería funcionar a estos efectos como ventanilla única, actuar de forma coordinada. La información debería llegar siempre, personalizada, a quienes tengan la tutela de los menores y el

<sup>9</sup> Existe, lógicamente, información en la página web del Gobierno, y de varios Ministerios. Y el Instituto Andaluz de la Mujer publicó una *Guía para la aplicación de la Ley 35/1995, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual* (Capó Picornell, et al, 2003), pero a quien no lo sabe ni se le informa le sirve de poco.

derecho-responsabilidad de solicitar las ayudas en su nombre. Si no se solicitó por quien tenga la tutela, porque no le informaron o por cualquier otra razón, el plazo de prescripción debería en todo caso contar desde la mayoría de edad de los hijos de la víctima, y habría que estudiar la posibilidad de retroactividad de la norma.

¿Ocurre igual en el **ámbito del terrorismo**? No. Las leyes que regulan las indemnizaciones a víctimas del terrorismo tienen carácter retroactivo; la **Ley 29/2011 de 22 de septiembre** se aplica retroactivamente a todos los actos acaecidos a partir de 1 de enero de 1960 y abre su aplicación retroactiva a quienes en aplicación de la legislación anterior hubieran recibido en concepto de ayudas o indemnizaciones cuantías inferiores a las que dicha Ley establece.

Las medidas 85 y 126 del Pacto de Estado disponen evaluar y revisar la **Ley 35/1995**. La revisión, para las situaciones de violencia de género se ha realizado por Ley 6/2018, de 3 de julio, y ha consistido básicamente en incrementar un 25% las ayudas, aumentar el plazo de prescripción de uno a tres años, y permitir la concesión de ayudas provisionales cualquiera que sea la situación económica de la víctima o sus beneficiarios cuando el daño deriva de violencia de género. Aun así, las criaturas de las víctimas de feminicidio, terriblemente dañadas, dependen de la caridad de una **beca solidaria** (gracias a la iniciativa –que muy bienvenida es– de la familia de Soledad Cazorla, gran Fiscal de Sala especializada en violencia de género y Fundación Mujeres), han tenido que **pelear ante la justicia por una mínima pensión de orfandad**, y aún hay partidos políticos que dudan sobre si aumentarla por no “crear huérfanos de primera y de segunda” (Europa Press y RTVE, 30/10/2018), como si no los hubiera ya.

Es preciso acercar más los criterios de trato a las víctimas, y atenderlas –mejor que *asistirlas*– en función del daño padecido. Es el camino que reclama nuestra sociedad y el Pacto de Estado contra la violencia de género. No cabe duda.

De no hacerlo deberíamos plantearnos si es que, sea de forma consciente o inconsciente, aún justificamos la violencia machista.

## REFERENCIAS

AGENCIAS. El Congreso da el primer paso para elevar por encima de 600 euros la pensión de orfandad en casos de violencia de género. **RTVE**, 30 oct. 2018. Disponible en: <https://bit.ly/2yLbrnk>. Acceso en: 15 sept. 2021.

ÁLVAREZ, Pilar. El Gobierno rectifica y asegura los 200 millones del Pacto contra la Violencia de Género en los Presupuestos. **El País**, 21 mayo 2018. Disponible en: <https://bit.ly/2kcOyBw>. Acceso en: 15 sept. 2021.

ASOCIACIÓN MUJERES PARA LA SALUD – MAS. **Hipersexualización de las niñas**. 2013. Disponible en: <https://www.mujeresparalasalud.org/hipersexualizacion-de-las-ninas/>. Acceso en: 15 sept. 2021.

BACHILLER, Carmen. La Seguridad Social rectifica y acepta subir la pensión a tres huérfanos por violencia machista. **eldiario.es**, 05 oct. 2017. Disponible en: <https://bit.ly/2PDNeye>. Acceso en: 15 sept. 2021.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. **Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual**. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-26714>. Acceso en: 16 sept. 2021.

- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. **Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones**. Disponible en: <https://bit.ly/1hQXUwJ>. Acceso en: 16 sept. 2021.
- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. **Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018**. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-9268#df-6>. Acceso en: 16 sept. 2021.
- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. **Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo**. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-9680>. Acceso en: 16 sept. 2021.
- CAPÓ PICORNELL, Margalida *et al.* **Guía para la aplicación de la Ley 35/1995, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual**. Instituto Andaluz de la Mujer. Junta de Andalucía, 2003. Disponible en: <https://bit.ly/2BQKIdc>. Acceso en: 15 sept. 2021.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. **Grupo Parlamentario Socialista**: Proposición de Ley de mejora de la pensión de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género (122/000079). Disponible en: <https://bit.ly/2qkGTUM>. Acceso en: 15 sept. 2021.
- DAZA BONACHELA, Maria del Mar (2016): “Análisis de los datos estadísticos del CGPJ sobre violencia de género. **Avance de Informe 2016**, 11 jun. 2018. <https://femicidio.net/analisis-de-datos-estadisticos-del-cgpj-sobre-violencia-de-genero-2016/>.
- DAZA BONACHELA, Maria del Mar *et al.* **Compensación a las víctimas de delitos violentos en España**: distintos raseros. Póster”, en IV Congreso Español de Victimología, Sociedad Española de Victimología. Barcelona, 2013. Disponible en: <https://bit.ly/2PEYH8P>. Acceso en: 15 sept. 2021.
- DAZA BONACHELA, Maria del Mar. **Escuchar a las Víctimas. Victimología, Derecho Victimal y Atención a las Víctimas**. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- DAZA BONACHELA, Maria del Mar. Paralelismos entre terrorismo y violencia machista. **Journal of Feminist, Gender and Women Studies**, IUEM-UAM, n. 1, 2015. Disponible en: <https://revistas.uam.es/revIUEM/article/view/413>. Acceso en: 15 sept. 2021.
- DAZA BONACHELA, Marial del Mar. Análisis de datos estadísticos de 2015 sobre violencia de género del CGPJ”, en Atencio, Graciela *et al.* **Femicides and Other Murders of Women in Spain. Annual Report 2015. Special UN Edicion – ACUNS Vienna 2017**. Madrid – Viena. Disponible en: <https://bit.ly/2eVgN5N>. Acceso en: 15 sept. 2021.
- DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA. **Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos**. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/2012/315/L00057-00073.pdf>. Acceso en: 16 sept. 2021.
- DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA. **Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo**. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-15039>. Acceso en: 16 sept. 2021.
- EUROPA PRESS. Acuerdo en el congreso para que la pensión de orfandad por violencia machista supere los 600 euros. **Público**, 30 oct. 2018. Disponible en: <https://bit.ly/2ESEsD4>. Acceso en: 15 sept. 2021.
- FUNDACIÓN MUJERES (act. 2018): Fondo de Becas Fiscal Soledad Cazorla Prieto. Ayudas. <http://www.fundacionmujeres.es/becassoledadcazorla/ayudas/>
- GOBIERNO DE ESPAÑA. **Ayudas a víctimas de delitos violentos**. Disponible en: <https://bit.ly/2MBVzN6>. Acceso en: 16 sept. 2021.
- GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. **Pensiones de viudedad, orfandad y en favor de familiares**. Disponible en: <https://bit.ly/2Lvnt7R>. Acceso en: 16 sept. 2021.
- GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de Hacienda y Función Pública, Dirección General de costes de personal y pensiones públicas. **Ayudas a víctimas de delitos**. Disponible en: <https://bit.ly/2qUy3gz>. Acceso en: 16 sept. 2021.
- GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio del Interior. **Ayudas a víctimas de actos terroristas**. Disponible en: <https://bit.ly/2LvkdE>. Acceso en: 16 sept. 2021.
- INDICADOR PÚBLICO DE RENTA DE EFECTOS MÚLTIPLES (IPREM). Disponible en: <http://www.iprem.com.es/>. Acceso en: 16 sept. 2021.
- MARTÍN CARRETERO, José Moisés. *¿Realidad o Ficción? La recuperación económica, en manos de una minoría*. Oxfam Intermon. 2018. Disponible en: <https://oxfamintermon.s3.amazonaws.com/sites/default/files/documentos/files/recuperacion-economica-una-minoria.pdf>. Acceso en: 10 nov. 2021.
- MINISTERIO DE SANIDAD. Servicios Sociales e Igualdad (2004-2018): Fichas de víctimas mortales. Mujeres. Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/home.htm>. Acceso en: 10 nov. 2021.

TORRES DÍAZ, Concepción. ¿Por qué es tan difícil la predicción del riesgo en violencia de género? **Agenda Pública**. Disponible en: <https://agendapublica.es/tan-dificil-la-prediccion-del-riesgo-violencia-genero/>. Acceso en: 16 sept. 2021.

VERDUGO, José. Los hijos de una mujer asesinada por su marido recibirán más pensión de orfandad tras 8 años de juicios. **EnCLM**, 24 jul. 2017. Disponible en: <https://bit.ly/2wfUQHa> . Acceso en: 16 sept. 2021.

## CAPÍTULO 3

# FERIDAS INVISÍVEIS: O COMBATE À VIOLÊNCIA DE GÊNERO FRENTE À CONSTITUIÇÃO

Maria Luísa Dalla Bernardina Rigolin

O presente capítulo visa abordar uma espécie das violências conjugais: violência psicológica, sob seus aspectos práticos, médico, social e jurídico.

Quando se fala da mulher, a sociedade ainda manifesta uma figura materna, frágil e na condição de esposa. Deixando por vezes esquecido o potencial de cada uma no meio social e pessoal. Assim, demonstrando que é de suma importância a criação de redes de proteção às mulheres, uma vez que a desigualdade de gênero é bastante expressiva no convívio social. O Brasil ainda é um país de cultura machista e patriarcal. Nossa história das Constituições sempre foi brindada com o reconhecimento das igualdades entre os cidadãos, todavia, o presente princípio sempre abarcou a igualdade formal. O Art. 226 da Constituição Federal trata da proteção à mulher em suas relações domésticas. Vejamos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”<sup>1</sup>

O referido artigo trata-se de verdadeiro Mandado de Criminalização, ou seja, o poder Constituinte impõe a criação de instrumentos tais que permitissem tal proteção. Contudo, muito embora patente tal premissa, não se havia efetividade na prática. O que existia na verdade era a aplicação de cestas básicas como subespécie de Pena Restritiva de Direitos, aplicada como punição aos casos de violência contra a mulher.

Não há que se olvidar que tivemos leis que traziam a questão da proteção à violência doméstica, a saber: Lei 10.455/2002, a qual, em seu artigo único, estabelece que: “Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima”. Já no ano de 2003, a Lei 10.778, indicou que: “Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados.” O § 1º do artigo 1º esclarece: “Para os efeitos desta Lei, deve-se entender por violência contra mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano, ou sofrimento físico, sexual ou **psicológico** à mulher, tanto no âmbito público como no privado”. Neste artigo é dado por mais uma vez o reconhecimento de dano

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 de set. 2020.

psicológico às mulheres, conforme já expressada pela “Convenção de Belém do Pará”. Passando para o ano seguinte, 2004, a violência foi penalmente tipificada pela [Lei n. 10.886/2004](#), inserindo no art. 129 do [Código Penal](#), os §§ 9º e 10.

A formulação dada ao §9º do art. 129 do CP indica que houve um retrocesso em termo de política criminal: o legislador não quer problematizar as relações patriarcais e subtrai do conceito de violência doméstica a referência do gênero e ao tipo patriarcal de relação.

Encontramos aqui uma norma que, referindo-se formalmente à violência doméstica, objetiva, na realidade, absolver o patriarcalismo.<sup>2</sup>

Por este caminho é que surge, alguns anos depois, a Lei Maria da Penha. A mulher que deu nome à lei, **MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES**, foi vítima de duas tentativas de homicídio. Maria foi agredida por seu marido com um **tiro** nas costas no ano de **1983** e, devido aos ferimentos, **ficou paraplégica**. Ainda assim, voltou a sofrer agressões do marido, esse tentou **eletrocutá-la** durante o banho. No ano de **1984**, Maria denunciou seu agressor, todavia, **o indivíduo foi preso somente no ano de 2002**.

Com a inércia judicial em coibir a violência, o caso de Maria da Penha Maia Fernandes foi levado à Organização dos Estados Americanos, que elaborou o seguinte relatório: Relatório n. 54/2001 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: “A ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso pelo Brasil de reagir adequadamente ante a violência doméstica”<sup>3</sup>. Neste relatório, é reconhecido que as violências físicas constituem apenas uma das possibilidades de violência doméstica e intrafamiliares contra as mulheres.

Uma integrante do **Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA)**, cuja ONG atuou no processo de elaboração da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), sobre o anteprojeto desta lei, reconheceu que:

Não foi “o processo”, foram vários processos. Quando as mulheres foram para os tribunais levantando bandeiras de que “quem ama não mata”, estavam deflagrando um processo. Quando na Constituinte foi escrito o § 8º do Art. 226 (O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações), estava deflagrado outro processo.”

Outro processo foi deflagrado na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1994).”

O acompanhamento do processo legislativo por grupos de mulheres, entre eles o CFEMEA, foi determinante para a ordenação das propostas sobre a regulamentação dos direitos das mulheres, inclusive a violência. Esta ordenação, as discussões em âmbito nacional, regional e internacional sobre a problemática da violência contra a mulher foi o processo que possibilitou o início da elaboração de um anteprojeto que culminou com a Lei 11.340/06.<sup>4</sup>

2 SABADELL, Ana Lúcia. Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal. *Revista dos Tribunais/Fascículo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 94, v. 840. 2005. p.448.

3 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, neste Relatório número 54/01 – CASO 12.051. MARIA DA PENHA MAIA FERNANDESBRASIL4 de abril de 2001. Deveres do Estado. Nº55. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso: 15 de set 2020.

4 MACHADO, Isadora Vier. *O que diz o TJPR sobre a categoria gênero?* Análise jurisprudencial no contexto da Lei Maria da Penha. 2013.



Neste lance, vale mencionar que quando da promulgação da Lei Maria da Penha houveram diversos questionamentos quanto a sua constitucionalidade. Fora interposta uma Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIN 19), dentre os pontos aventados, inclusive, à ofensa aos artigos 3º e 5º da Carta Magna, em outra palavras, seria necessária uma diferenciação entre homens e mulheres? Nesta esteira, o brilhante argumento da Ministra Rosa Weber:

A ineficiência seletiva do sistema judicial brasileiro, em relação à violência doméstica, foi tida como *evidência de tratamento discriminatório para com a violência de gênero*. Sinaliza mudança de compreensão em cultura e sociedade de violência que, de tão comum e aceita, se tornou invisível – “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”, pacto de silêncio para o qual a mulher contribui, seja pela vergonha, seja pelo medo.<sup>5</sup>

O que nota-se é que as instituições jurídicas, ainda, querem se manter neutras encobrendo os olhos das diversas desigualdades econômicas, sociais, políticas e culturais patentes entre os gêneros. A Lei Maria da Penha, a terceira melhor lei do mundo no enfrentamento à violência contra as mulheres, descortina a dita neutralidade e traz a lume a Teoria Feminista do Direito.

## 1 DAS FERIDAS INVISÍVEIS

A temática da violência psicológica surgiu em 2006 quando da edição da Lei 11.340/2006; antes não havia qualquer diploma legal que trouxesse conceitos tão específicos sobre o tema. O artigo 7º estabelece: “*São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras*”:

II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.<sup>6</sup>

Em 2004 a Organização Panamericana da Saúde<sup>7</sup>, atrelado à Organização Mundial da Saúde, lança uma documento internacional chamado de “*Modelo de Leyes y Políticas sobre violencia intrafamiliar contra las mujeres*”, tal documento traz conceito semelhante à Lei Maria da Penha, vejamos:

Se considera violencia psicológica toda conduta que ocasione daño emocional, disminuyala autoestima, perjudique o pertubeel sano desarrollo de lamujer u outro integrante de la familia, como ejemplo, conductasejercidas em deshonor, descrédito menosprecio al valor personal o dignidad, tratoshumillantes y vejatorios, vigilância constante, aislamiento, constantes insultos, el chantaje, degradación, ridicularizar,

5 WEBER, Rosa. Ministra do Supremo Tribunal Federal. Ação de Constitucionalidade n. 19, do Supremo Tribunal Federal, onde se reconheceu constitucional a Lei Maria da Penha. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 16 set. 2021.

6 BRASIL. Lei Federal nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em 20 set. 2020.

7 ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. Disponível em: <https://www.paho.org/es>

manipular, explotar, amenazarelalejamiento de los (as) hijos (as) o la privar de medios económicos indispensables, entre otras<sup>8</sup>

A violência psicológica deixa sim marcas, talvez mais profundas que se o fossem físicas. Nesta esteira temos que analisar o artigo 129, § 9º do Código Penal Brasileiro que fala em “se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”, assim quando menciona o termo lesão devemos reter-se ao artigo 129 “caput”, do mesmo diploma normativo que traz: “ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”. O referido tipo penal, segundo Luiz Regis prado tem como bem jurídico tutelado:

O *bem jurídico* tutelado é a incolumidade da pessoa humana. Protege-se, portanto, a integridade física e psíquica do ser humano. A tutela penal dispensada não se circunscreve à normalidade anatômica, mas abarca também a regularidade fisiológica e psíquica. Ao proteger a incolumidade pessoal, atende-se também ao interesse social na conservação de cidadãos aptos e eficientes, capazes de impulsionar o crescimento da sociedade e do Estado. Cumpre salientar que no artigo 129, parágrafo 9º, protege-se ainda o respeito devido à pessoa no âmbito familiar. Isso vale dizer: o bem estar pessoal de convivência, como decorrência do princípio da humanidade que veda o tratamento degradante.<sup>9</sup>

O crime de Lesão corporal passa por uma evolução protegendo a princípio a integridade anatômica, a fisiológica e, enfim a psíquica, segundo José Henrique Pierangeli, neste sentido o autor:

Fruto da evolução apontada, o dispositivo agasalha a lesão corporal e a ofensa à saúde; esta última expressão, bastante ampla, comporta a perturbação mental, ou seja, o funcionamento psíquico, a integridade fisiopsíquica. A violência lesiva da integridade anatômica é, indispensavelmente, física ou mecânica, normalmente representada por uma descontinuidade nos tecidos e um derramamento de sangue. No que respeita à perturbação da saúde, ela pode ser determinada por uma violência moral, como a provocação de um susto. O Código vigente excluiu da construção típica a dor que, sendo de índole subjetiva, tem dificultada a sua aferição que só pode ser feita por uma presunção inaceitável no direito penal moderno.<sup>10</sup>

É sabido que a lei traz exemplos do que seria violência psicológica “entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; conduto na prática como fazer a adequação típica”.

<sup>8</sup> ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD UNIDAD DE GÉNERO Y SALUD. **Modelo de Leyes y Políticas sobre Violencia Intrafamiliar contra las mujeres**. p. 12, abr. 2004, Washington. Disponível em: <http://cidbimena.desastres.hn/filemgmt/files/LeyModelo.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021.

<sup>9</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**: volume 2: parte especial, arts. 121 a 183. [15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017]. p. 142.

<sup>10</sup> PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 2: parte especial (arts. 121 a 361). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 72.

Neste lanço, visando ilustrar e tornar mais palpável o presente tema, trago um caso ocorrido neste ano de 2020 na Delegacia de Defesa da Mulher de Capivari<sup>11</sup>: A ofendida relata que como se não bastassem as ocorrências de violência físicas noticiadas pela parte, a ofendida diz ter desenvolvido doenças de cunho psicológico psicossomáticas, advindas do relacionamento entre o imputado e parte. A vítima diz que seu ofensor a mantém sobre seus desígnios a fim de satisfazer seus desejos, distanciando a ofendida dos demais familiares, os quais por sua vez, evitam manter aproximação com a parte, devido ao comportamento hostil do increpado. Ainda neste ínterim, a ofendida diz ter desenvolvido sintomas depressivos, vindo a fazer o uso de medicação controlada por meio de receita psiquiátrica. Não obstante a vítima diz confidenciar ao companheiro os fatos, o qual deprecia seu sofrimento dizendo não se passar de mera “frescura”. Cabe ainda ressaltar, que a violência doméstica não causa apenas danos físicos as vítimas, mas, danos psíquicos irreparáveis os quais as fazem acreditar serem culpadas pelo comportamento do companheiro, neste caso em comento, restou nitidamente elucidado o dano sofrido por meio de prova médica, em que, decorrente do relacionamento a parte desenvolveu objeção psíquica resultante de um relacionamento abusivo e impróprio.

Assim, trata-se de uma construção jurídica enquadrar a violência psicológica como crime de lesão corporal, por violação à saúde de outrem. Devendo-se o psicólogo ou psiquiatra perito verificarem se o dano psíquico resultou no caso como lesão de natureza leve, grave ou gravíssima. Sobre a temática já temos inúmeros julgados neste sentido. Vejamos:

No ano 2019, o juiz Marcelo Volpato, do Juizado de Violência Doméstica contra a Mulher da Capital de Santa Catarina, condenou um homem por lesão corporal por **dano psíquico**, dano qualificado e maus tratos contra a esposa, fatos ocorridos entre 2013 a 2018.<sup>12</sup> A pena proferida ao indivíduo foi de sete anos de detenção – regime semiaberto –. O magistrado ao ver os fatos apresentados no processo, inclusive o laudo psicológico da vítima de 80 anos, entendeu que esta passava por uma “tortura psicológica” diária, privação do sono e do convívio com a família, ofensas verbais, submissão a ambiente insalubre e privação de vestuário digno entre outros. Com isso, o juiz concluiu que: “Tenho que o nexo entre as condutas do acusado e o resultado lesão corporal por dano psíquico restou devidamente evidenciado no item referente à autoria e está estampado no laudo psicológico”.<sup>13</sup>

Além da lesão corporal por dano psíquico, o magistrado entendeu que ficou comprovada a materialidade e autoria dos crimes de maus-tratos e de dano.

“Parecia que eu tinha ficado paralisada, dopada, eu não ligava mais. Se eu não tivesse saído de lá, acho que já teria morrido” – Vítima.

11 Delegacia de Defesa da Mulher da cidade de Capivari/São Paulo. Deinter9, Seccional de Piracicaba/São Paulo.

12 Conteúdo: Assessoria de Imprensa/NCI. Responsável: MEDEIROS, Ângelo. Reg. Prof.: SC00445 (JP) Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-justica-condena-homem-por-dano-psiquico-dano-qualificado-e-maus-tratos>

13 MEDEIROS, Ângelo. Justiça condena homem por dano psíquico, dano qualificado e maus-tratos. **Poder Judiciário de Santa Catarina, Assessoria de Imprensa**, 30 set. 2019. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-justica-condena-homem-por-dano-psiquico-dano-qualificado-e-maus-tratos>. Acesso em: 16 set. 2021.

Em outro caso julgado, este em Campo Grande – Mato Grosso do Sul, o réu além da detenção, deve indenizar a vítima. Os fatos aconteceram no ano de 2016, no entanto a audiência aconteceu mais de três anos após o ocorrido. Os desembargadores da 2ª Câmara Criminal (Campo Grande –MS), em maioria, deram provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, condenando um homem a um mês e cinco dias de detenção – regime aberto –, além do pagamento de R\$ 1.000,00 para a vítima.

Segundo consta no processo, o réu havia telefonado para vítima, proferindo palavras como: “*toma cuidado, eu sei onde você mora, fica esperta*” e outros. A vítima ainda relatou que existiram outros episódios que configuraram violência doméstica. Devido às provas obtidas, os magistrados relataram que não existe qualquer dúvida quanto à ocorrência do dano moral, em razão do sofrimento decorrente da violência sofrida (agressão psicológica), que estigmatiza a mulher e traz inevitáveis prejuízos de ordem psíquica e moral, sendo o acolhimento da pretensão recursal medida de rigor.<sup>14</sup>

Atento aos critérios, além da dupla função da indenização, punitivo-compensatória, fixo o valor de R\$ 1.000,00, que se apresenta consentâneo com o caso concreto e a condição das partes. Diante do exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso, aplicando a reprimenda de um mês e cinco dias de detenção, em regime aberto, com suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos, cujas condições serão definidas pelo Juízo da Execução Penal, e condeno o réu ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 1.000,00”, concluiu o Desembargador Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Há inúmeras pesquisas sobre o tema nos campos da Psicologia, Serviço Social e Psiquiatria. Um dos nomes que emergem é o da pesquisadora e psiquiatra e psicanalista **Marie – France Hirigoyen**.<sup>15</sup> Ela desenha um roteiro de estratégias, a saber:

“*Controle*: Denota posse. Quer que a pessoa visada pare de estudar, quer saber o que ela está pensando, aonde ela vai, conter ligações em seu celular etc.”

“*Isolamento*: A violência só persiste se houver o afastamento da família, amigos, colegas, enfim, privação do convívio social.”

“*Ciúme patológico*: O sentimento de pessoa desencadeia este ciúme.”

“*Assédio*: A pessoa é firmemente importunada, recebendo inúmeras ligações no local trabalho, sendo vigiada, seguida.”

“*Aviltamento*: O agente busca minar a autoestima do outro, mostrando que tudo que ele/ela faz não faz a menor importância, o menor valor.”

“*Humilhações*: O rebaixamento e a ridicularização, na realidade, são estratégias de aviltamento.”

“*Atos de intimidação*: Consiste em quebrar objetos, bater portas, enfim, externar de toda forma seu mau humor, para provar o que sua força é capaz de fazer.”

“*Indiferença às demandas afetivas*: Reticência às tentativas de reaproximação. Recusa as necessidades e sentimentos do outro.”

“*Ameaças*: Ameaça de conseguir a guarda dos/as filhos/as, de não pagar pensão, de bater, de se suicidar, etc.”

14 Texto disponível em: <https://www.acritica.net/noticias/reu-e-condenado-por-violencia-domestica-e-deve-indenizar-vitima-4003/456289>Jornal [redacao.acritica@gmail.com](mailto:redacao.acritica@gmail.com). Acesso em: 25 set. 2020.

15 HIRIGOYEN, Marie-France. **A violência no casal**: da coação psicológica à agressão física. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 31-43.

Neste entendimento, a psicóloga Mary Susan Miller atesta a violência psicológica como uma “violência conjugal”, a tratando como um *abuso não físico*. Mary Susan conclui que:

A mente da mulher vítima de abuso psicológico é brutalmente manipulada. O vitimizador não se limita a ordenar que ela tenha pensamentos e sentimentos determinados; não, ele coloca-se dentro de seu cérebro e convence-a de que aqueles pensamentos e sentimentos sejam verdadeiramente dela.<sup>16</sup>

A assistente social Lyse Montminy<sup>17</sup> traz inúmeras práticas que configuram violência psicológica: “[...] controle; ato de denegrir a imagem do outro; depredação de seus bens; intimidação; abdicação da responsabilidade; ameaças; manipulação; culpabilização; indiferença; assédio; negação da realidade; comportar-se de modo insociável, reprimindo sua raiva, com mau-humor; infantilização. Montminy destaca ainda que as violências psicológicas não se dão apenas por ameaças – exemplo – mas também pela indiferença do agente para com ela – vítima –”.

Verificamos que, muitas das vezes, as ocorrências envolvendo violência, também, está ou estava presente a violência psicológica. Segundo estudos do Centro de Atendimento a Vítimas de Crime (CEVIC), foi possível constatar que em atendimentos de violência doméstica, apareciam indícios de violência psicológica associada à violência física, contudo e ainda não existe um entendimento pacífico sobre o assunto.<sup>18</sup> No entendimento de Isabelle Nazare-Aga<sup>19</sup>, “em um relacionamento conjugal, aqueles que sofrem violências físicas são por igual, expostas às violências psicológicas”.

“[...] a ferida sara, os ossos quebrados se recuperam, o sangue seca, mas a perda da autoestima, o sentimento de menos valia, a depressão, essas são feridas que não cicatrizam”<sup>20</sup>

## 2 VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA: COMO OCORRE

O criminólogo Antônio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, ao remeter à obra de Enrique Esbec Rodriguez e Gregório Gomes Jarabo, explicam que a vitimização psíquica é um problema grave, podendo as seguintes consequências.

[...] sentimentos de humilhação, ira, vergonha e impotência; preocupação constante pelo trauma; auto-culpabilização, com tendência a reviver e perceber o acontecimento como responsável principal pelo mesmo; perda progressiva de autoconfiança pelos sentimentos de impotência por ela experimentados; alteração do sistema de valores, em particular, quebra de sua confiança nos demais e na existência de uma ordem justa; falta de interesse e motivação para atividades e afeições prévias; incremento de sua vulnerabilidade com temor a viver em um mundo perigoso e perda de controle de sua própria vida; di-

16 MILLER, Mary Susan. **Feridas invisíveis**: abuso não físico contra mulheres. São Paulo: Summus, 1999. p.21.

17 MONTMINY, Lyse. Older women's experiences of psychological violence in their marital relationships. **Journal of Gerontological Social Work**, v. 46, n. 2, p. 3-22, 2005. DOI: [https://doi.org/10.1300/j083v46n02\\_02](https://doi.org/10.1300/j083v46n02_02). Disponível em: [https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1300/J083v46n02\\_02](https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1300/J083v46n02_02). Acesso em: 16 set. 2021.

18 Cf. SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Interface**, Botucatu, v. 11, n. 21, abr. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-32832007000100009>. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_ar\\_text&pid=S1414-32832007000100009](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_ar_text&pid=S1414-32832007000100009). Acesso em: 24 set. 2020.

19 NAZARE-AGA, Isabelle. **Lesmanipulateursetl'amour**. Montréal: Leséditons de l'homme, 2004. p. 103.

20 DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 20.

minuição da auto-estima; ansiedade, depressão, agressividade; alterações do ritmo e conteúdo do sono, disfunções sexuais;” dependência e isolamento; mudanças drásticas no estilo de vida, medo de frequentar os lugares de costume etc.<sup>21</sup>

Para a psicóloga da Delegacia de Defesa da Mulher de Capivari, Marli R. Lunezo G. Oliveira<sup>22</sup>, a Violência Psicológica “é caracterizada por qualquer comportamento ou atitude que provoque dano emocional, que prejudique a autoestima da mulher e que afete seu pleno desenvolvimento como pessoa.” Sua identificação é difícil porque muitas vezes ela é disfarçada como ciúmes, como controle e até como cuidado, pois muitas vezes visa controle de decisões, crenças e comportamentos, minando assim a autonomia da mulher para fazer escolhas coniventes com seus desejos.

No início desse processo a mulher não percebe que está sendo manipulada, tolera pequenas humilhações – muitas vezes em forma de brincadeiras; tem sua intimidade invadida; vai se tornando insegura quando tem que tomar decisões; submete-se ao controle do agressor pedindo permissão e não opinando para se decidir.

Aos poucos, e muitas vezes de forma imperceptível, a mulher vai desacreditando de sua capacidade de comandar sua própria vida e transforma-se naquilo que o outro decide para ela. Nos casos mais graves, o agressor passa a ter o comando da vida da mulher, podendo chegar a decidir até o que ela vai vestir, o que vai fazer em sua rotina diária, critica seus amigos levando-a afastar-se deles e ao isolamento.

O Instituto Maria da Penha lista algumas condutas que ocorrem na Violência psicológica: ameaças, constrangimento, humilhação, isolamento, vigilância constante, insultos, chantagem, exploração, ridicularização, distorcer ou omitir fatos para fazer a mulher duvidar de sua sanidade mental.

Quando essa forma de violência se torna cotidiana, mesmo percebendo a situação de refém em que se encontra, muitas vezes a mulher se submete aos controles para não piorar a situação, especialmente quando ela não tem fonte de renda pessoal.

As consequências da Violência Psicológica que gera um estresse crônico são os prejuízos à sua saúde física e emocional, entre as quais se destacam:

- Ansiedade;
- Dificuldades de sono e/ou alimentação;
- Cansaço crônico;
- Cefaleias;
- Tristeza;
- Apatia;

21 RODRIGUEZ, Enrique Esbec; JARABO, Gregório Gomes. **Psicología forense y tratamiento jurídico legal de ladiscap.** Apud: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia.** Tradução Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 86-87.

22 OLIVEIRA, Marli Rodrigues Lunezo Guimarães de. Psicóloga na Delegacia de Defesa da Mulher de Capivari/SP. Doutora em Saúde Mental Pela Unicamp.

- Depressão;
- Abuso de álcool e psicofármacos;
- Sentimentos de incompetência e inferioridade;
- Sentir culpa pelos conflitos na relação porque seu cônjuge a culpa pelos problemas enfrentados.

Diante destes informes ao ser atendida nas Delegacias de Defesa da Mulher, as vítimas irão trazer documentos de acompanhamentos médicos ou psicológicos. Deverá ser demonstrado o nexo causal entre o dano psíquico e os sintomas experimentados pela vítima.

Assim, a vítima irá passar por perícia médica. No Estado de São Paulo, o exame é realizado na Clínica: Núcleo de Clínica Médica/IML, na Capital. Desta forma, estará configurado o crime de lesão corporal por dano psíquico, demonstrado o dolo e a gravidade da lesão.

É de suma importância a presença de uma psicóloga nas Delegacias de Defesa da Mulher, somente desta forma poderemos dar um atendimento eficaz e completo. Este atendimento psicológico em delegacias se deu com a **Norma de Técnica de Padronização das DEAMs**<sup>23</sup>, esta criada no mesmo ano da Lei Maria da Penha.

A referida norma originou-se após a junção da Secretaria Nacional de Segurança Pública, Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, o Ministério da Justiça, Secretarias de Segurança Pública e dos profissionais em questões da violência de gênero, para a elaboração de uma Técnica de Padronização das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher. Em parte de seu texto especificamente, a norma cita a criação de redes de atendimentos composta por todos os serviços que prestam atendimento as mulheres, nestes, incluindo a assistência psicológica.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente capítulo buscou analisar a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º, inciso I e o artigo 226, parágrafo 8º e sua aplicabilidade alinhada aos movimentos feministas e posteriormente com a chegada da Lei Maria da Penha – 11.340/2006. Procurou demonstrar o dano psíquico e por consequência configuração da lesão corporal por ofensa à saúde, podendo ser classificada como leve, grave ou gravíssima a depender do caso. Tratando ser crime que deixa vestígios se faz necessária perícia (artigo 158 do Código de Processo Penal) que será realizada por psicólogo ou psiquiatra perito. E a devida configuração do nexo de causalidade entre o evento estressor e o dano psíquico.

Verifica-se que embora se avançou nos aspectos de garantias das mulheres, ainda estamos diante de um cenário jurídico tímido quanto a salvaguarda da tão buscada e idealizada igualdade formal de gêneros.

<sup>23</sup> Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher

Há de ter-se um olhar sensível por parte dos operadores do direito, policiais militares, policiais civis, juízes e promotores ao analisar casos envolvendo violência doméstica e familiar, e sobretudo quanto aos casos que envolvam violência psicológica, pois embora, como o nome do artigo refere-se, são “feridas invisíveis”, contudo deixam marcas por vezes incuráveis e mais profundas que as físicas. Como no conto “*o papel de parede amarelo*”<sup>24</sup> de **Charlotte Perkins Gilman**,<sup>25</sup> indaga “*Mas o que pode uma pessoa fazer?*”. Por vezes as mulheres sentem-se acorrentadas a uma relação que as imobiliza, que as fazem questionar se realmente são capazes, se estão sãs, cria-se uma imagem distorcida de si próprias e na maioria das vezes indagam que são elas as culpadas pelas agressões físicas e psicológicas sofridas, como a protagonista no conto. E digo, **precisamos fazer** é nos libertar do “*papel de parede amarelo*” enquanto mulheres e sociedade. E sonhar por um dia em que como a protagonista “*(...) há tantas dessas mulheres a rastejarem por todo o lado, e rastejam tão depressa*”. “*(...) Imagino se saíram desse papel de parede, tal como eu*”, seremos libertas das amarras de uma sociedade patriarcal.

## REFERÊNCIAS

- A CRÍTICA. Réu é condenado por violência doméstica e deve indenizar vítima. Campo Grande, 2 jun. 2020. Disponível em: <https://www.acritica.net/noticias/reu-e-condenado-por-violencia-domestica-e-deve-%20indenizar-vitima-4003/456289>. Acesso em: 25 set. 2020.
- BIANCHINI, Alice. BAZZO, Mariana. CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra mulheres. Lei Maria da Penha. Crimes sexuais. Femicídio**. [Salvador, BA]: Editora Juspodivm, 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 de set. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004**. Acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado “Violência Doméstica”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm). Acesso em: 20 set. 2020.
- BRASIL. **Lei Federal nº 10.778, de 24 de novembro de 2003**. Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.778.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.778.htm). Acesso em: 15 set. 2021.
- BRASIL. Lei Federal nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em 20 set. 2020.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 24 set. 2020.
- CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA (CFEMEA). Disponível em: <https://www.cfemea.org.br>. Acesso em: 25 set. 2020.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório número 54/01 – Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes Brasil**, 4 de abril de 2001. Deveres do Estado. Nº55. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso: 15 de set 2020.
- DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia**. Tradução Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GILMAN, Charlotte Perkins. **O papel de parede amarelo**. Trad. Diogo Henrique. Rio de Janeiro: José Olympio, 2016.

24 GILMAN, Charlotte Perkins. **O papel de parede amarelo**. Trad. Diogo Henrique. Rio de Janeiro: José Olympio, 2016.

25 Romancista Americana, Charlotte Perkins Gilman. Estados Unidos. 03 de Julho de 1860– 17 de Agosto de 1935. Utopista Feminina Radical.



- HIRIGOYEN, Marie-France. **A violência no casal: da coação psicológica à agressão física**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- MACHADO, Isadora Vier. **O que diz o TJPR sobre a categoria gênero?** Análise jurisprudencial no contexto da Lei Maria da Penha. 2013.
- MEDEIROS, Ângelo. Justiça condena homem por dano psíquico, dano qualificado e maus-tratos. **Poder Judiciário de Santa Catarina, Assessoria de Imprensa**, 30 set. 2019. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/justica-condena-homem-por-dano-psiquico-da-no-qualificado-e-maus-tratos>. Acesso em: 16 set. 2021.
- MILLER, Mary Susan. **Feridas invisíveis: abuso não físico contra mulheres**. São Paulo: Summus, 1999.
- MONTMINY, Lyse. Older women's experiences of psychological violence in their marital relationships. **Journal of Gerontological Social Work**, v. 46, n. 2, p. 3-22, 2005. DOI: [https://doi.org/10.1300/j083v46n02\\_02](https://doi.org/10.1300/j083v46n02_02). Disponível em: [https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1300/J083v46n02\\_02](https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1300/J083v46n02_02). Acesso em: 16 set. 2021.
- NAZARE-AGA, Isabelle. **Lesmanipulateursetl'amour**. Montréal: Leséditons de l'homme, 2004.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD UNIDAD DE GÉNERO Y SALUD. **Modelo de Leyes y Políticas sobre Violencia Intrafamiliar contra las mujeres**. p. 12, abr. 2004, Washington. Disponível em: <http://cidbimena.desastres.hn/filemgmt/files/LeyModelo.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021.
- PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 2: parte especial (arts. 121 a 361)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro: vol. 2: parte especial, arts. 121 a 183**. [15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017].
- RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **Violência psicológica contra a mulher: o dano psíquico como crime de lesão corporal**. 2. ed. [S. l.]: Editora e Livraria Jurídica EMais, 2019.
- SABADELL, Ana Lúcia. Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal. **Revista dos Tribunais/Fascículo Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 94, v. 840. 2005.
- SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Interface**, Botucatu, v. 11, n. 21, abr. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-32832007000100009>. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-32832007000100009](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832007000100009). Acesso em: 24 set. 2020.
- TIBURI, Márcia. Apresentação. In: GILMAN, Charlotte Perkins. **O papel de parede amarelo**. Trad. Diogo Henrique. Rio de Janeiro: José Olympio, 2016.
- WEBER, Rosa. **Ação de Constitucionalidade n. 19, do Supremo Tribunal Federal, onde se reconheceu constitucional a Lei Maria da Penha**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 16 set. 2021.

## CAPÍTULO 4

# OS FILTROS INIBIDORES QUE ATUAM DA OCORRÊNCIA DA VIOLÊNCIA ATÉ A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA<sup>1</sup>

Tatiane Moreira Lima

### FILTROS INIBIDORES ENTRE O ATO DE VIOLÊNCIA E O PROCESSO PENAL:

A violência doméstica é um fenômeno muito particular, pois decorre entre partes que possuem ou já possuíram um vínculo afetivo e se desenvolve ao logo de anos a fio.

Scarance bem afirma que:

Muitos anos se passam – ou muitos episódios de violência ocorrem – até que a vítima de violência doméstica rompa o silêncio do lar sagrado. E somente o faz quando a situação chega a um limiar de insuportabilidade, quando há risco de morte ou quando não consegue romper a relação afetiva sozinha.<sup>2</sup>

De fato, em geral, por estar a vítima inserida em uma relação afetiva, muitas vezes ela demora a perceber ou mesmo deseja não enxergar que vive em uma relação abusiva e que a violência está inserida neste contexto.

Lourdes Maria Bandeira muito bem descreve ao dizer que:

A violência contra a mulher constitui-se em fenômeno social persistente, multiforme e articulado por facetas psicológica, moral e física. Suas manifestações são maneiras de estabelecer uma relação de submissão ou de poder, implicando sempre em situações de medo, isolamento, dependência e intimidação para a mulher. É considerada como uma ação que envolve o uso da força real ou simbólica por parte de alguém, com a finalidade de submeter o corpo e a mente à vontade e liberdade de outrem.<sup>3</sup>

Mesmo nas situações em que a violência é explícita e a vítima enxerga o contexto no qual está inserida, em geral, por haver medo, isolamento, dependência e também vergonha, ela não vê alternativas ou maneiras de deixar essa relação. Importante dizer que, como as partes possuem uma relação afetiva, nem sempre somente a violência impera. Na verdade, há basicamente três fases que se alternam em um ciclo perverso.

<sup>1</sup> Capítulo teve versão publicada como artigo de Jornal em 2017 – **Jornal Notícias do Congresso Nacional – IDELB**, p. 51, ano VII, n. 26, out./nov./dez. 2017 – Disponível em: [https://www.idelb.org.br/pdf/jornal\\_noticias\\_do\\_congresso\\_nacional/JNCN\\_26.pdf](https://www.idelb.org.br/pdf/jornal_noticias_do_congresso_nacional/JNCN_26.pdf).

<sup>2</sup> FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Feminicídio)/ Valéria Diez Scarance Fernandes – São Paulo: Atlas, 2015. p.119.

<sup>3</sup> BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. Soc. estado. v. 29, n. 2, ago. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-69922014000200008>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69922014000200008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000200008). Acesso em: 16 set. 2021.

Este fenômeno amplamente observado tornou-se objeto de estudo da psicóloga Leonore Walker, que criou a teoria do ciclo da violência.

A teoria do ciclo da violência doméstica, desenvolvida pela psicóloga norte-americana Leonore Walker em 1979 aponta que nem todos os momentos do relacionamento são marcados pela agressão à mulher [...]. Esse ciclo caracteriza-se por três momentos marcantes: a fase de tensão, caracterizada por insultos, humilhação e provocações mútuas; o episódio agudo de violência, marcado pelos diferentes tipos de agressões; e a fase da lua-de-mel, em que o casal realiza promessas mútuas, ocorre uma idealização do parceiro e negação da vivência da violência.<sup>4</sup>

A fase da tensão se caracteriza por um clima de animosidade, ira e irritabilidade por parte do parceiro, que passa a ficar agressivo e intimidador.

Neste estágio, a mulher se retrai, faz as vontades do homem, procura não contrariá-lo nem irritá-lo, acreditando que assim controlará seu impulso violento. Algumas vezes, busca explicações para o descontrole em fatores externos como dificuldades econômicas, problemas familiares e uso de álcool. Tem-se a inversão da culpa. O homem acusa a mulher de ser responsável por seu comportamento, e, fragilizada, ela aceita. O comportamento omissivo da vítima, contudo, incrementa a agressividade do homem.<sup>5</sup>

A segunda fase do ciclo é a explosão, onde há a violência propriamente dita, ocorrendo o crime em si.

Nesta fase, tomada pelo medo, a vítima é incapaz de esboçar oposição e suportar a violência. Percebe que não tem controle sobre o homem, sente medo, impotência, fragilidade para manifestar qualquer reação ainda que verbal.<sup>6</sup>

Por fim, a última fase desse perverso ciclo se dá com a lua-de-mel, onde há o arrependimento por parte do agressor e promessas de mudança de comportamento. Ambos acreditam nessa mudança de comportamento, mas ela não se consolida, posto que o homem envolvido em situação de violência doméstica não sabe solucionar os conflitos por outra forma senão pelo uso da força como uma válvula de escape de sua agressividade.

Percebe-se que a intensidade das agressões e o intervalo entre os ciclos se estreita com o passar do tempo. Significa dizer que a violência aumenta de intensidade e passa a ser cada vez mais frequente, colocando em risco a vida e a saúde da mulher.

É muito comum que esse ciclo se repita, cada vez com maior violência e menor intervalo entre as fases, desencadeando problemas para a saúde da mulher, de diversas dimensões e complexidade, que vai desde lesões físicas, com hematomas, até aquelas relacionadas com aspectos psicoemocionais, tal como a depressão e o suicídio. Nesse sentido, os profissionais que atuam na atenção primária à saúde têm locus

4 WALKER, Leonore. **The battered woman**. New York: Harper and How, 1979.

5 FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Femicídio). São Paulo: Atlas, 2015. p. 126.

6 FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Femicídio). São Paulo: Atlas, 2015.

privilegiado de atuação, visto que estão em grande proximidade com a comunidade, o que favorece a identificação de agravos como a violência doméstica.<sup>7</sup>

A vítima sente vergonha, temor de novos atos violentos, impotência. Além disso, o medo de reviver o trauma, a inversão da culpa, dependência econômica e emocional, a violência institucional e a crença na mudança do parceiro, são grandes fatores que desencorajam a tomar a decisão de deixar a relação abusiva.

Assim, podemos dizer que há uma enorme barreira a ser vencida pela mulher que decide sair de uma relação abusiva e violenta.

Reconhecer a relação abusiva e romper o ciclo de violência, que dura em média dez anos, segundo relatório da Organização Mundial da Saúde<sup>8</sup>, não é fácil e, por isso, muitos estudos quantitativos sobre violência doméstica não refletem a realidade do fenômeno, eis que apenas uma pequena parcela chega ao conhecimento das autoridades.

Mesmo essa pequena parcela que chega ao conhecimento das autoridades em hipótese alguma significa a totalidade da violência sofrida pela mulher que busca ajuda, posto que aquele episódio é apenas um de muitos que ela sofreu durante o relacionamento abusivo.

Em suma, até aqui, a vítima precisa criar mecanismos para reconhecer que está sofrendo violência doméstica. Num segundo momento precisa ter coragem para romper o ciclo de violência.

Após esta importante tomada de decisão, há ainda outra questão crucial que a ofendida precisa decidir: se comunica o caso às autoridades, registrando um boletim de ocorrência e dando início a um inquérito penal para que o agressor possa vir a ser processado e punido criminalmente ou se fica em silêncio, ou ainda, se apenas busca tão somente ajuda da rede intersetorial colocada à disposição às vítimas de violência, apoio familiar, amigos etc.

Importante pesquisa realizada por Kiss<sup>9</sup> entre os anos de 2000 e 2001, com amostra de mulheres no município de São Paulo e Zona da Mata de Pernambuco, constatou que a maioria das mulheres vítimas de violência contou a experiência para um membro da família (47.8% em São Paulo), amigos ou vizinhos (33.8% em SP), família do parceiro (17.3% em SP), sendo que apenas 10.6% das mulheres da cidade de São Paulo contaram os fatos para a polícia, profissionais da saúde e agentes religiosos.

Caso a vítima opte pelo silêncio, há o prazo de 06 meses da data do crime até a ocorrência da perda do direito de manifestar o desejo de ver o agressor ser processado (decadência), no caso de ameaça. Em sendo o

7 PAIXÃO, Gilvânia Patrícia do Nascimento; GOMES, Nadirleone Pereira; DINIZ, Normélia Maria Freire; COUTO, Telmara Menezes; VIANNA, Lucila Amaral Carneiro; SANTOS, Sheila Milena Pessoa dos. Situações que precipitam conflitos na relação conjugal: o discurso de mulheres. *Texto & Contexto – Enfermagem*, Florianópolis, v. 23, n. 4, out./dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/0104-07072014003290013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tce/a/4QGmxR598j7yzqSVZYmshXP/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 16 set. 2021.

8 DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: efetividade da Lei n. 11.340/2006 de combate à violência doméstica*. 4.ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 30.

9 KISS, Ligia; d'OLIVEIRA Ana Flavia Lucas; ZIMMERMAN, Cathy; HEISE, Lori; SCHRAIBER, Lilia Blima; WATTS, Charlotte. Brazilian policy responses to violence against women: government strategy and the help-seeking behaviors of women who experience violence. *Health and Human Rights*, v. 14, n. 1, jun. 2012. Disponível em: <https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2469/2013/06/Kiss-FINAL2.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021.

crime de lesão corporal o prazo é de até 08 anos da data do fato até a comunicação às autoridades para que o Estado possa exercer o direito de punir contra o agressor. Contudo, o grande problema que surge com o decorso do tempo é a perda da prova da materialidade do crime, ou seja, das marcas da lesão, em especial se ela for leve, que ocorre na grande maioria dos casos que tramitam nas varas de violência doméstica.

O silêncio, seja ele motivado pela culpa ou medo, funciona com um grande obstáculo que faz com que a violência doméstica seja subnotificada, embora os números sejam assustadoramente crescentes ano após ano.

Pelas informações do Mapa da Violência de 2014, o número de denúncias registradas pelo Disque 180 ultrapassou 52.000. Um ano depois, em 2015, esse mesmo serviço registrou mais de 76.000, um aumento de 44% nas denúncias.

Após a decisão de denunciar o caso às autoridades, um novo percurso se abre para a vítima. Significa dizer ir pessoalmente a uma delegacia de polícia comum ou à delegacia da mulher mais próxima para registrar a ocorrência. Há, ainda, a opção de ligar 190 e acionar a polícia militar, no caso de o crime estar acontecendo ou ter acabado de ocorrer (flagrante delito), mas ainda assim, após o atendimento da ocorrência, a polícia militar irá encaminhar a vítima a uma delegacia para registro da ocorrência.

Aqui, ao procurar os serviços disponíveis a vítima pode estar sujeita a sofrer nova agressão: a violência institucional.

Conceitua-se como violência institucional como:

aquela praticada, por ação e/ou omissão, nas instituições prestadoras de serviços públicos [...] É perpetrada por agentes que deveriam garantir uma atenção humanizada, preventiva e reparadora de danos. A violência institucional compreende desde a dimensão mais ampla, como a falta de acesso aos serviços e má qualidade dos serviços prestados, até expressões mais sutis, mas não menos violentas, tais como os abusos cometidos em virtude das relações desiguais de poder entre profissional e o usuário.<sup>10</sup>

O depoimento prestado pela vítima muitas vezes não é levado a sério, seja quanto à gravidade ou periodicidade. Preconceitos vêm à tona e a cultura machista desqualifica o relato da vítima, a qual tem sua credibilidade colocada em cheque pelo sistema que deveria acolher e protegê-la.

Muitas vezes os serviços especializados – delegacias da mulher – não funcionam 24h por dia e as delegacias comuns recusam-se a atender os casos de violência doméstica, orientando a vítima a procurar o serviço especializado no horário comercial de segunda à sexta-feira. Tal conduta, além ferir os direitos e garantias assegurados à mulher em situação de violência, podem ceifar a vida da vítima que, em muitos casos, precisa voltar para casa onde está o agressor.

<sup>10</sup> TAQUETTE, Stela R. (org.). *Mulher adolescente/jovem em situação de violência*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007.

Não raros são os relatos de serviços, sejam delegacias especializadas ou comuns, cheios, com longas filas de espera e sem qualquer atendimento humanizado e sensível para as demandas da mulher em situação de violência doméstica.

O medo de vivenciar a violência institucional faz com que muitas mulheres deixem de procurar os serviços especializados para relatarem as violências sofridas, ou ainda que relatem a violência nos serviços especializados, não procuram as delegacias para registrar o boletim de ocorrência.

Podemos dizer que a violência institucional desestimula e desencoraja a vítima a denunciar o agressor, pois não basta ser violentada dentro de seu lar (qualquer que seja o tipo de violência), a ofendida terá, ainda, o ônus de demonstrar que sua palavra merece credibilidade.

A falta de capacitação e sensibilidade dos agentes que atuam nos serviços de atendimento à mulher vítima de violência é gritante.

O artigo 12 da Lei Maria da Penha estabelece como será o procedimento quando um caso de violência doméstica chega a conhecimento da autoridade policial:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

- I – ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;
- II – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;
- III – remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;
- IV – determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;
- V – ouvir o agressor e as testemunhas;
- VI – ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;
- VII – remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

§ 1º O pedido da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter:

- I – qualificação da ofendida e do agressor;
- II – nome e idade dos dependentes;
- III – descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida.

§ 2º A autoridade policial deverá anexar ao documento referido no § 1º o boletim de ocorrência e cópia de todos os documentos disponíveis em posse da ofendida.

§ 3º Serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde.<sup>11</sup>

Além disso, a Lei Maria da Penha elenca no artigo 11 as medidas que a autoridade policial tomará em favor da vítima:

<sup>11</sup> BRASIL. Lei Federal nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em 16 set. 2021.

Art. 11. No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências:

I – garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;

II – encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;

III – fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;

IV – se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;

V – informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis.<sup>12</sup>

Neste momento, novos filtros deixam para trás diversas vítimas pelo caminho. A experiência prática demonstra que muitas não comparecem ao Instituto Médico Legal por falta de dinheiro para a passagem, por não ter com quem deixar os filhos ou mesmo por não compreender a importância de tal exame para a caracterização do crime de lesão corporal.

Durante a fase policial, como acima visto, após a oitiva da vítima, das testemunhas (se houver), do averiguado (apontado como autor da infração) e da realização de exames periciais (laudo do IML, laudo sexológico para os crimes sexuais, vistoria no local dos fatos para incêndio ou dano), o delegado de polícia faz um relatório e encaminha o inquérito policial para o juiz e ao Ministério Público.

Aqui, novamente, uma parcela significativa de crimes não é levada adiante, eis que pode ser promovido o arquivamento do inquérito policial.

Mesmo após a comunicação do fato à autoridade policial, oitiva da vítima, oitivas de testemunhas e exames periciais, pode ser que o Ministério Público, autor da ação penal na maioria dos crimes de violência, entenda que não há elementos de prova suficientes, razão pela qual pedirá ao juiz o arquivamento do inquérito policial.

Depois de arquivado os autos de inquérito policial pelo juiz, por falta de base suficiente para a denúncia, somente poderá haver o desarquivamento do inquérito caso surjam novas provas.

É o que preceitua o artigo 18 do Código de Processo Penal:

Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.<sup>13</sup>

Temos aqui um novo filtro funcionando, pois, apesar de ter sofrido a violência, decidido romper o ciclo e o silêncio e feito o registro do boletim de ocorrência e tenha sido instaurado o inquérito policial, pode ser que tal fato não venha a dar origem a um processo penal por falta de provas na fase policial.

12 BRASIL. Lei Federal nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em 16 set. 2021.

13 BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 16 set. 2021.

Assim, há casos em que mesmo que a violência tenha ocorrido, não foram produzidas provas suficientes que levem o Ministério Público a dar início ao processo penal.

A regra existente em direito é: havendo o crime e levado ao conhecimento da autoridade policial, o delegado de polícia registra o boletim de ocorrência e inicia o inquérito policial.

No inquérito policial será ouvida a vítima, testemunhas, feitas as perícias necessárias (nos casos de crimes onde há vestígios) e ouvido o indiciado. Ao final de todo esse procedimento, o delegado fará um relatório de tudo o que foi realizado e encaminha os autos ao juiz, que, por sua vez, os envia ao Ministério Público que poderá adotar as seguintes posturas: pedir o arquivamento, no caso de ter insuficientes provas de autoria (quem praticou a infração penal) ou materialidade (a própria ocorrência da infração em si) ou oferecer a denúncia, cujo recebimento pelo juiz dá início ao processo penal, propriamente dito.

Nos crimes de ação penal privada (tais como injúria, calúnia e difamação) é necessário que a ofendida contrate um advogado particular para a propositura da queixa-crime ou procure a Defensoria Pública, no caso de não possuir recursos. O processo penal somente se iniciará se houver iniciativa de advogado ou Defensor Público da vítima.

Já nos casos de ação penal pública condicionada à representação da vítima -manifestação inequívoca de vontade da ofendida em ver seu algoz processado (ameaça e dano) é necessário, portanto, que a vítima diga expressamente que deseja ver o autor do crime processado e que o delito seja investigado, sendo o prazo para que ela o faça de até seis meses após o conhecimento da autoria dos fatos

A grande maioria dos crimes praticados no contexto de violência doméstica é processada mediante ação penal pública incondicionada. Significa dizer que é o Ministério Público que decide se há ou não elementos para a propositura da ação penal e oferece a denúncia nos casos em que entenda que há provas suficientes, inclua-se aqui a lesão corporal de natureza leve.

Assim, caso o Ministério Público entenda que há elementos suficientes da ocorrência do crime e de quem o praticou, nos casos de ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação, tendo essa sido efetivada pela vítima, oferece a denúncia. No caso de ação penal privada a vítima, por meio de advogado ou defensor público, deve apresentar a queixa-crime.

Começa-se aqui o processo penal propriamente dito, como o recebimento pelo juiz da denúncia ou queixa.

Os atos processuais, a partir deste momento, seguem uma sequência determinada pelo Código de Processo Penal, em que se busca a verdade real dos fatos, garantindo-se o direito constitucional de defesa ao acusado.

Cita-se o réu, dando conhecimento dos fatos que lhe são imputados, a fim de que ele possa se defender. O acusado constitui um advogado ou lhe será nomeado um advogado do Estado, caso ele não tenha recursos, o qual apresentará uma defesa preliminar.



O juiz analisará a defesa preliminar apresentada e, se entender não ser possível a absolvição sumária do réu, ratifica o recebimento da denúncia e designa audiência de instrução e julgamento.

Em tal oportunidade será ouvida a vítima, as testemunhas de acusação, as testemunhas de defesa e, ao final, o acusado será interrogado, oportunidade em que poderá apresentar a sua versão dos fatos.

Ato contínuo, passam-se aos debates orais ou escritos, em que se manifesta o Ministério Público e depois a Defesa. O Ministério Público, representado pelo Promotor de Justiça, após a produção de provas em juízo, pode pedir a condenação, a desclassificação da infração para outro tipo de infração ou mesmo pedir a absolvição, caso esteja convencido de que a infração penal não ocorreu ou tendo ocorrido, não foi praticada pelo acusado. Por seu turno, a Defesa tem o dever de pedir sempre a absolvição, ainda que possa pedir, subsidiariamente, a aplicação da pena no mínimo legal, a diminuição da pena ou mesmo um regime de pena mais favorável ao réu.

Ao final de todo esse procedimento, é proferida a sentença penal condenando ou absolvendo o réu, da qual cabe recurso aos tribunais superiores.

Verifica-se a existência, portanto, de uma série de filtros inibidores, eis que uma longa jornada é percorrida desde a ocorrência do fato até que se tenha início o processo criminal. E maior ainda é o caminho até a prolação de uma sentença.

Em suma: grande parte da violência não é comunicada. Isso porque a vítima pode ainda estar no ciclo da violência e acreditar na mudança do parceiro (fase da lua de mel), ou mesmo, ainda quando ela rompe o ciclo, pode optar por ficar em silêncio e não comunicar os fatos à polícia por medo, vergonha, culpa ou outros fatores subjetivos.

Contudo, até aqui, mesmo que a vítima rompa o ciclo e comunique os fatos à delegacia de polícia, tenha sido registrada a ocorrência e tenha dado origem a um inquérito policial, pode não ter se tornado uma ação penal por falta/deficiência de provas no curso do inquérito policial ou falta de representação da vítima, nos casos de crimes que a lei exige.

Mostra algo muito importante: os casos em que a mulher conseguiu vencer todos os filtros inibidores ou barreiras impostas pela sociedade e pelas instituições e seu episódio de violência foram aptos a tornarem-se processos criminais.

## O ACESSO À JUSTIÇA

O princípio constitucional do acesso à justiça é um direito fundamental que todo cidadão tem de ter seus direitos resguardados pelo Poder Judiciário, que deve ser de fácil acesso a todos, bem como o direito de ser ver proferir decisões justas, rápidas e eficazes.

Tal princípio está previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal que aduz:

“XXXV– a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>14</sup>

Infere-se que o Poder Judiciário funciona como guardião dos direitos e garantias de todo cidadão. Assim, toda vez que houver alguma lesão ou ameaça de lesão a um direito ou garantia, de qualquer natureza, pode o cidadão interpelar o Poder Judiciário, por meio do direito de ação (penal ou cível) para que seu direito ou garantia seja recomposto.

Nos termos da Lei Maria da Penha, tal princípio deve ser especialmente analisado.

Scarance Fernandes bem observa que:

Tem essa violência contornos específicos, que dificultam a apuração do fato. Trata-se de agressão contínua, oculta (que se mantém por um longo período), praticada por pessoas próximas, que afeta a autoestima, a saúde e a possibilidade de resistência da vítima, que necessita da ajuda de terceiros. Essas peculiaridades impõem um cuidado especial durante a persecução penal: em razão da fragilidade da vítima – psíquica, física ou em razão da idade – e do preconceito ainda existente, as autoridades que atuam na repressão à violência doméstica devem ser capacitadas para compreender a violência de gênero, evitando-se a vitimização secundária.<sup>15</sup>

Assim, nos casos de violência, não basta que as vítimas tenham a possibilidade de denunciar a violência sofrida, levando o caso a conhecimento das autoridades.

É preciso ir além, é preciso que as autoridades e todos os agentes de instituições que trabalham com violência tenham capacitação para entender o fenômeno da violência doméstica e todas as suas fases para que possam prestar serviço adequado, humanizado e não revitimizante.

A primeira porta que a vítima bate quando pensa em sistema de justiça é a Delegacia, seja ela comum ou especializada no atendimento da mulher em situação de violência doméstica.

Segundo a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, as Delegacias das Mulheres são unidades especializadas da Polícia Civil para atendimento às mulheres em situação de violência doméstica [...] devendo realizar ações de prevenção, apuração, investigação e enquadramento legal, as quais devem ser pautadas no respeito dos direitos humanos e nos princípios do Estado Democrático de Direito.<sup>16</sup>

Aqui encontramos algumas barreiras ao acesso à justiça.

Muitos distritos policiais não registram a ocorrência de violência doméstica e remetem a vítima às delegacias da mulher, cujo funcionamento se dá apenas em horário comercial, de segunda à sexta-feira.

14 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 set. 2021.

15 FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar* (inclui Lei de Feminicídio). São Paulo: Atlas, 2015. p. 207.

16 SECRETARIA NACIONAL DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES. *Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres – Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 16 set. 2021.

Scarance, em citação à obra de Antonio Scarance Fernandes, refere que a chegada da vítima na Delegacia é um momento crucial para ela:

a vítima, quando é atendida por um órgão policial na rua após a prática do delito, ou quando se dirige a um estabelecimento policial para noticiar o crime, alimenta grande expectativa em relação ao que lhe será fornecido. Mas a experiência normalmente é frustrante. Há uma grande diferença entre o anseio da vítima, vinculada a um só caso, para ela especial, significativo, raro e o interesse da autoridade ou do agente policial que tem naquele fato um a mais de sua rotina diária, marcada muitas vezes por outros de bem maior gravidade.<sup>17</sup>

De fato, esse é o momento de muita importância que pode levar a vítima a deixar de noticiar às autoridades o fato ocorrido e impedirá, assim, a devida punição do agressor. O agressor, por sua vez, que não tem qualquer repressão dos órgãos estatais, se sente legitimado a continuar a praticar a violência.

Imperioso se mostra a capacitação de policiais civis e delegados de polícia, pois são os primeiros autores do sistema de justiça que lidam com a vítima e a escutam no momento de maior vulnerabilidade, ou seja, logo após os fatos, quando as lesões estão aparentes, roupas estão rasgadas, a mulher está, não raras as vezes apenas com a roupa do corpo, sem dinheiro sequer para ir realizar o exame de corpo de delito e sem ter com quem deixar os filhos.

Contudo, para que seja assegurado o acesso à justiça não basta capacitar e equipar as polícias (civil e militar) e as delegacias, sejam elas de que natureza forem. Mas também é preciso sensibilizar e capacitar promotores públicos, defensores públicos, advogados, serventuários da justiça e também juízes.

Além disso, é preciso que haja estrutura adequada em cada um dos órgãos: Polícia Militar, Delegacias de Polícia, Delegacias de Defesa da Mulher, Ministério Público, Defensoria Pública e Varas com competência para julgar os crimes de violência doméstica.

Somente assim haverá o respeito ao princípio constitucional de acesso à Justiça, na medida em que a vítima se sente respeitada, ouvida e acolhida pelos órgãos públicos responsáveis pela prática de atos de responsabilização do agressor.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. *Soc. estado*, v. 29, n. 2, ago. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-69922014000200008>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69922014000200008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000200008). Acesso em: 16 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 set. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 16 set. 2021.

17 FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Feminicídio). São Paulo: Atlas, 2015. p. 207.

BRASIL. Lei Federal nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em 16 set. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**: efetividade da Lei n. 11.340/2006 de combate à violência doméstica. 4.ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Feminicídio). São Paulo: Atlas, 2015.

KISS, Ligia; d'OLIVEIRA Ana Flavia Lucas; ZIMMERMAN, Cathy; HEISE, Lori; SCHRAIBER, Lilia Blima; WATTS, Charlotte. Brazilian policy responses to violence against women: government strategy and the help-seeking behaviors of women who experience violence. **Health and Human Rights**, v. 14, n. 1, jun. 2012. Disponível em: <https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2469/2013/06/Kiss-FINAL2.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021.

LIMA, Tatiane Moreira. Os filtros inibidores que atuam da ocorrência da violência até a propositura da ação penal e o acesso à justiça: filtros inibidores entre o ato de violência e o processo penal. **Jornal Notícias do Congresso Nacional – IDELB**, ano VII, n. 26, p. 51, out./nov./dez. 2017 – Disponível em: [https://www.idelb.org.br/pdf/jornal\\_noticias\\_do\\_congresso\\_nacional/JNCN\\_26.pdf](https://www.idelb.org.br/pdf/jornal_noticias_do_congresso_nacional/JNCN_26.pdf). Acesso em: 11 nov. 2021.

PAIXÃO, Gilvânia Patrícia do Nascimento; GOMES, Nadirlene Pereira; DINIZ, Normélia Maria Freire; COUTO, Telmara Menezes; VIANNA, Lucila Amaral Carneiro; SANTOS, Sheila Milena Pessoa dos. Situações que precipitam conflitos na relação conjugal: o discurso de mulheres. **Texto & Contexto – Enfermagem**, Florianópolis, v. 23, n.4, out./dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/0104-07072014003290013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tce/a/4QGmxR598j7yzqSVZYmshXP/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 16 set. 2021.

SECRETARIA NACIONAL DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES. **Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres**. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres – Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 16 set. 2021.

TAQUETTE, Stela R. (org.). **Mulher adolescente/jovem em situação de violência**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007.

WALKER, Leonore. **The battered woman**. New York: Harper and How, 1979.

# CAPÍTULO 5

## ENTRE O MUNDO REAL E O DIGITAL: UM ESTUDO SOBRE A INVASÃO DE PRIVACIDADE E A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA AO CYBERSTALKING

Christiany Pegorari Conte

Maria Fernanda Soares Macedo

### 1 INTRODUÇÃO

Uma das finalidades do ordenamento jurídico – tanto em plano internacional quanto em âmbito nacional – é organizar, limitar e reger as relações interpessoais. Tomando por base o ordenamento brasileiro, é mister destacar que a Constituição Federal de 1988 é a Lei Maior vigente em território nacional, cabendo-lhe trazer os princípios basilares e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Cabe ressaltar que as normas constitucionais são as regras norteadoras do ordenamento brasileiro, desta forma, todos os ramos do Direito devem estar em harmonia com elas. A dignidade da pessoa humana – prevista no art. 1º, inciso III da Constituição Federal Brasileira vigente (CF/88) – deve sempre ser o principal vetor normativo dos direitos e das garantias fundamentais. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana constitui uma:

qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunha degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida<sup>1</sup>.

É necessário observar que as modificações das relações pessoais são muito mais velozes e dinâmicas do que a atualização das normas jurídicas. Estas transformações geram inúmeros desafios e, desta forma, a tutela da dignidade humana e os instrumentos normativos e processuais destinados a esta proteção devem estar em constante análise, debate e modernização.

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.73.

É preciso estar atento às transformações jurídicas, políticas, econômicas e sociais para que se possa atender adequadamente as situações concretas. É o caso da relação entre a dignidade humana, as interações sociais e a revolução tecnológica. A tecnologia traz inúmeros benefícios para a humanidade, proporciona a instantaneidade da comunicação e das informações, reduz as distâncias geográficas, aproxima as pessoas, viabiliza a diversidade cultural e a troca de conhecimento, entretanto, o uso inadequado dos recursos tecnológicos pode incidir em condutas ilícitas, violar a privacidade, a intimidade e a segurança da informação, bem como pode causar inúmeros danos e prejuízos. Uma das formas de violação da dignidade da pessoa humana é a prática dos crimes cibernéticos e, dentre o rol de crimes desta senda, está o objeto de nosso estudo: o *stalking* virtual ou *cyberstalking*.

## 2 DIREITO NA SOCIEDADE DIGITAL

As sociedades estão em constantes transformações e este panorama proporciona novos desafios, perspectivas, litígios, leituras dos ramos jurídicos já existentes e o surgimento de outros ramos jurídicos.

É neste cenário que se enquadra o Direito Digital. Trata-se de ramificação jurídica que lida com as inovações e tecnologias disruptivas inerentes à sociedade da informação moderna; com a responsabilização civil, administrativa e penal decorrente dos atos praticados nos meios digitais e no universo cibernético; e que enseja o equilíbrio da ação humana entre as seguintes extremidades: de um lado, o direito de acesso à informação e de acesso à internet, o direito à liberdade e, do outro lado, a proteção da intimidade, privacidade, singularidade e segurança das pessoas. Insta salientar que o art. 5º, inciso X da CF/88 estabelece que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Ao mesmo tempo em que a tecnologia permite a aproximação das pessoas, a instantaneidade da troca de informações e reduz as distâncias geográficas, ela também pode ser utilizada para o cometimento de condutas inadequadas e ilícitas, que causam grandes prejuízos para as vítimas e para a sociedade. O Código Penal Brasileiro (CP) prevê diversos crimes cibernéticos, tais quais: invasão de dispositivo informático (art. 154-A, CP); **inserção de dados falsos em sistema de informações (313-A, CP) e modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações (313-B, CP), denominados crimes informáticos próprios, que atentam contra o sistema informático e a segurança da informação. Mas, também, disciplina os crimes informáticos impróprios ou impuros, ou seja, aqueles que ganharam apenas mais um modo de execução, tal como os crimes contra a honra, estelionato, furto mediante fraude e outras situações. De todo modo, ainda que já tipificados, esses delitos, quando praticados por meio da internet, podem trazer maiores con-**

seqüências para as vítimas, tendo em vista as características de replicabilidade, alcance e permanência da informação na rede<sup>2</sup>.

É interessante observar que – com o advento da revolução tecnológica e a evolução dos meios de comunicação (telefone, celular, internet móvel, smartphones, redes sociais, e-mails, câmeras digitais, velocidade informativa, etc.) – muitos crimes que no passado eram cometidos apenas presencialmente (como o furto e o roubo) transpassam as fronteiras geográficas e são perpetrados em âmbito virtual. Trata-se do ciberespaço que é assim descrito por Rogério Haesbaert:

O ciberespaço é central tanto na compreensão da fluidez financeira e da fragilização das fronteiras quanto da aceleração dos processos de ‘hibridização’ cultural. Tendo o cuidado de não cair num determinismo tecnológico, é indispensável reconhecer o papel crescente das tecnologias informacionais nos processos de desterritorialização<sup>3</sup>.

O ciberespaço ou espaço cibernético desterritorializa as relações humanas, enseja o redimensionamento das concepções de tempo e de espaço bem como demanda que as investigações e a coleta de provas sejam atualizadas, mais complexas e inseridas no contexto digital. Para o desenvolvimento do presente artigo científico, é necessário que conjugemos os seguintes temas: a proteção da dignidade humana; os contrapontos entre a proteção e a invasão de privacidade; o stalking; os avanços tecnológicos e a desterritorialização da prática dos crimes cometidos contra as mulheres; o stalking virtual e as normas constitucionais, penais, civis e processuais pertencentes a esta temática.

### 3 LEI MARIA DA PENHA – LEI N. 11.340/06

A violência doméstica exercida contra as mulheres é um grave e complexo problema social. As condutas violentas podem atingir a integridade física, psicológica, moral, sexual e patrimonial das vítimas e, por vezes, as consequências destas agressões são lesões e marcas irrecuperáveis.

O percurso para a proteção das vítimas desta modalidade de violência e para a criação da Lei nº. 11.340/2006 – a Lei Maria da Penha – foi muito árduo no Brasil. Esta Lei recebeu este nome em homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, que sofreu diversas violências psicológicas e físicas e lutou por vinte anos para que seu agressor fosse preso. Trata-se de caso emblemático no Brasil, senão vejamos:

Maria da Penha é biofarmacêutica cearense, e foi casada com o professor universitário Marco Antonio Herredia Viveros. Em 1983 ela sofreu a primeira tentativa de assassinato, quando levou um tiro nas costas enquanto dormia. Viveros foi encontrado na cozinha, gritando por socorro, alegando que tinham sido atacados por assaltantes. Desta primeira tentativa, Maria da Penha saiu paraplégica. A segunda tentativa de homicídio aconteceu meses depois, quando Viveros empurrou Maria da Penha da cadeira de rodas e tentou eletrocutá-la no chuveiro. Apesar da investigação ter começado em junho do mesmo ano, a denúncia só

2 CONTE, Christiany Pegorari; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Crimes no meio ambiente digital e a Sociedade da Informação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 183.

3 HAESBAERT, Rogério. **O mito da desterritorialização: do fim dos “territórios” à multiterritorialidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 205.

foi apresentada ao Ministério Público Estadual em setembro do ano seguinte e o primeiro julgamento só aconteceu 8 anos após os crimes. Em 1991, os advogados de Viveros conseguiram anular o julgamento. Já em 1996, Viveros foi julgado culpado e condenado há dez anos de reclusão mas conseguiu recorrer. Mesmo após 15 anos de luta e pressões internacionais, a justiça brasileira ainda não havia dado decisão ao caso, nem justificativa para a demora. Com a ajuda de ONGs, Maria da Penha conseguiu enviar o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), que, pela primeira vez, acatou uma denúncia de violência doméstica. Viveiro só foi preso em 2002, para cumprir apenas dois anos de prisão. O processo da OEA também condenou o Brasil por negligência e omissão em relação à violência doméstica. Uma das punições foi a recomendações para que fosse criada uma legislação adequada a esse tipo de violência. E esta foi a sementinha para a criação da lei. Um conjunto de entidades então reuniu-se para definir um anteprojeto de lei definindo formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres e estabelecendo mecanismos para prevenir e reduzir este tipo de violência, como também prestar assistência às vítimas. Em setembro de 2006 a lei 11.340/06 finalmente entra em vigor, fazendo com que a violência contra a mulher deixe de ser tratada com um crime de menor potencial ofensivo. A lei também acaba com as penas pagas em cestas básicas ou multas, além de englobar, além da violência física e sexual, também a violência psicológica, a violência patrimonial e o assédio moral<sup>4</sup>.

A Lei Maria da Penha prevê medidas de prevenção, proteção e assistência à vítima (mulher) de violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, bem como medidas de punição ao seu agressor. Insta salientar que as agressões supra narradas podem ocorrer de maneira reiterada e simultânea (a vítima pode, por exemplo, ser vítima de violência física e psicológica concomitantemente).

Nesta senda de agressões contra as mulheres, é necessário frisar que tanto o *stalking* (perseguição presencial) quanto o *stalking* virtual (perseguição digital) são condutas que violam a dignidade humana, a privacidade, a singularidade e a integridade psicológica e física das vítimas.

Vale lembrar que os espaços virtuais reproduzem discriminações construídas socialmente e que ocorrem, também, fora desse ambiente, constituindo uma reverberação da violência de gênero arraigada na nossa sociedade.

Importante salientar, igualmente, a alteração trazida pela a Lei nº 13.772, de 2018 ao art. 7 da Lei Maria da Penha, ampliando o conceito de violência psicológica:

Art. 7º II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, **perseguição contumaz**, insulto, chantagem, **violação de sua intimidade**, ridicularização, exploração e **limitação do direito de ir e vir** ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação (grifo nosso).

Referida alteração aborda a questão da perseguição contumaz, característica da perseguição online, desafiando, portanto, a aplicação, inclusive, das medidas protetivas da Lei Maria da Penha<sup>5</sup>.

4 OBSERVE. OBSERVATÓRIO LEI MARIA DA PENHA. **Lei Maria da Penha**. Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2009. Disponível em: [http://www.observe.ufba.br/lei\\_mariadapenha](http://www.observe.ufba.br/lei_mariadapenha). Acesso em: 05 mar. 2020.

5 Uma juíza de São Paulo deferiu liminar que para que se adotem medidas protetivas a uma mulher vítima de *stalking* — expressão que pode ser traduzida como “perseguição persistente”. A decisão foi provocada por pedido da Defensoria Pública de São Paulo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-02/justica-aplica-lei-maria-penha>



O único ponto de discussão a ser observado é o fato de que a Lei Maria da Penha exige, para a sua aplicação, o preenchimento dos seus três requisitos: 1) vítima mulher (art. 1); 2) uma das espécies de violência (art.7) e que ocorra num contexto de violência doméstica e familiar (art.5). Contudo, a Justiça paulista reconheceu que a prática de perseguição contumaz se submete ao juizado de violência doméstica por causa da subjetividade do agressor, mesmo não existindo relação doméstica e familiar anterior<sup>6</sup>.

Por fim, vale lembrar a alteração legislativa, realizada pela [Lei nº 14.022/2020](#), durante o período de pandemia, para maior proteção das mulheres vítimas de violência em situação de isolamento social. Referida alteração à Lei Maria da Penha prevê: 1. o registro da ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher e de crimes cometidos contra criança, adolescente, pessoa idosa ou pessoa com deficiência poderá ser realizado por meio eletrônico ou por meio de número de telefone de emergência designado para tal fim pelos órgãos de segurança pública; 2. Os órgãos de segurança pública deverão disponibilizar canais de comunicação que garantam interação simultânea, inclusive com possibilidade de compartilhamento de documentos, desde que gratuitos e passíveis de utilização em dispositivos eletrônicos, como celulares e computadores, para atendimento virtual de situações que envolvam violência contra a mulher, o idoso, a criança ou o adolescente, facultado aos órgãos integrantes do Sistema de Justiça – Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, e aos demais órgãos do Poder Executivo, a adoção dessa medida; 3. Na hipótese em que as circunstâncias do fato justifiquem a medida prevista neste artigo, a autoridade competente poderá conceder qualquer uma das medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 12-B, 12-C, 22, 23 e 24 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), de forma eletrônica, e poderá considerar provas coletadas eletronicamente ou por audiovisual, em momento anterior à lavratura do boletim de ocorrência e a colheita de provas que exija a presença física da ofendida, facultado ao Poder Judiciário intimar a ofendida e o ofensor da decisão judicial por meio eletrônico.

### 3 CRIMES DIGITAIS, STALKING E STALKING VIRTUAL

O vocábulo “stalking” tem origem na língua inglesa (com o termo “to stalk” significa “caçada”, “perseguição” ou “espreita”). Uma das grandes dificuldades para que se lide com este tema; se puna os infratores; se fixe as indenizações cíveis para a vítima<sup>7</sup> e se proteja e ampare pessoas stalkeadas é a falta de dados e pesquisas referentes a este comportamento. Trata-se de assunto que está sendo recentemente discutido, especialmente em âmbito nacional, conforme Spencer Toth Sydow e Ana Lara Camargo de Castro<sup>8</sup>: “No Brasil,

-stalking#:~:text=Uma%20ju%C3%ADza%20de%20S%C3%A3o%20Paulo,Defensoria%20P%C3%ABlica%20de%20S%C3%A3o%20Paulo. Acesso em: 16 set. 2021.

6 Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/noticias/caso-de-jovem-stalker-vira-o-1o-do-pais-investigado-pela-lei-maria-da-penha#:~:text=%22A%20Justi%C3%A7a%20reconheceu%20que%20a,rela%C3%A7%C3%A3o%22%2C%20explica%20Ana%20Carolina..> Acesso em: 16 set. 2021.

7 A 3ª Vara Cível de Foz do Iguaçu, condenou um homem a pagar indenização à vítima mulher, pela prática de atos persecutórios, entendendo que tal conduta ultrapassa o mero dissabor (Processo nº 45.2015.8.16.0030 , 22.05.18).

8 CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth **Stalking e cyberstalking**: obsessão, internet, amedrontamento. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. (Coleção Cybercrimes). p. 14.

entretanto, nem stalking nem cyberstalking foram adequadamente estudados. Talvez seja possível ir além e dizer que, no âmbito do Direito Penal brasileiro, tais condutas sequer são conhecidas pela quase totalidade dos acadêmicos”.

O estudo jurídico deste comportamento perturbador e obsessivo deve estar amparado também pela psicologia para que se possa compreender as motivações pelas quais o agressor age desta forma (as razões mais comuns são as seguintes reações, sempre sentidas de forma exacerbada: amor; ódio; frustração; vingança; inconformismo; sentimento de rejeição; incapacidade de lidar com a resistência da vítima a esta aproximação); verificar as formas mais adequadas para que esta conduta cesse e para que se possa auxiliar, amparar e proteger a vítima. A análise do stalking e do cyberstalking deve ser transdisciplinar, complexa e abranger diversas vertentes, inclusive no que tange à contenção das ações do agressor; à criminalização, aos trâmites processuais e punição desta conduta, bem como na dosimetria das penas.

De acordo com Marlene Matos, Helena Grangeia, Célia Ferreira e Vanessa Azevedo, o stalking:

Pode ser definido como um padrão de comportamentos de assédio persistente, que se traduz em formas diversas de comunicação, contato, vigilância e monitorização de uma pessoa-alvo. Estes comportamentos podem consistir em ações rotineiras e aparentemente inofensivas (ex. oferecer presentes, telefonar frequentemente, deixar mensagens escritas) ou em ações inequivocamente intimidatórias (ex. perseguição, mensagens ameaçadoras). O conjunto destes comportamentos, pela sua persistência e contexto de ocorrência, constitui-se como uma verdadeira campanha de assédio que muitas vezes afeta significativamente o bem estar da vítima. Para além disso, ao prolongarem-se no tempo, estes comportamentos tendem a escalar em frequência e severidade, podendo mesmo associar-se a outras formas de violência, tais como ameaças e agressões psicológicas, físicas e/ou sexuais<sup>9</sup>.

O *modus operandi* do stalking é composto por diversas condutas e os motivos e objetivos do agressor podem variar, bem como o perfil de vítimas, possibilitando inúmeras dinâmicas e cenários diversos. O sujeito ativo invade reiterada e repetidamente a privacidade da vítima, empregando diversas táticas de perseguição (o stalkeador não mede esforços para que a aproximação indesejada pela vítima ocorra e o assédio pode ser realizado de diversas maneiras, como: por telefone; com o envio de bilhetes, presentes e objetos estranhos; via celular; por e-mail; via redes sociais e/ou presencialmente (também tem sido comum o uso de *stalkerwares* ou aplicativos de controle<sup>10</sup>). O stalkeador pode também espalhar notícias falsas presencialmente ou pelo meio cibernético e utilizar as redes sociais para ameaçar, prejudicar, difamar e constranger a pessoa stalkeada). Estas ações violam a saúde mental da pessoa perseguida, vez que afetam diretamente a tranquilida-

9 MATOS, Marlene. GRANGEIA, Helena. FERREIRA, Célia. AZEVEDO, Vanessa. **Stalking**: boas práticas no apoio à vítima. Manual para profissionais. Violência de Gênero. Porto Portugal. 2011. p. 17. (Tradução nossa). Disponível em: <https://www.cig.gov.pt/siic/wp-content/uploads/2015/01/Stalking.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2020.

10 A Avast descobriu que houve um aumento de 51% no uso de aplicativos de espionagem e perseguição online (stalkerwares) desde os bloqueios ocorridos entre março até junho em comparação a janeiro e fevereiro de 2020. Os “stalkerwares” são softwares antiéticos que permitem o rastreamento da localização de uma pessoa, acessam suas fotos e vídeos pessoais, interceptam e-mails, textos e comunicações de apps como WhatsApp e Facebook, bem como interceptam chamadas telefônicas e gravam ocultamente conversas pela internet, sem o conhecimento da vítima. Disponível em: <https://press.avast.com/pt-br/uso-de-aplicativos-de-espionagem-e-perseguiacao-stalking-online-cresce-51-durante-a-quarentena>. Acesso em: 10 nov. 2021.

de, a estabilidade emocional, a privacidade, a sensação de segurança e a liberdade da vítima. A Organização Mundial da Saúde define violência psicológica nos seguintes termos:

Qualquer conduta que lhe cause danos emocionais e diminuição da autoestima ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica<sup>11</sup>. (Tradução nossa).

O stalking – que atinge a saúde mental e emocional da vítima – pode gerar um quadro de intimidação, ansiedade, pânico e depressão e, em casos extremos, atingir também a sua integridade física. A ansiedade generalizada está inserida na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), código F41.1<sup>12</sup> e seus sintomas mais comuns são divididos em psicológicos (em especial: constante tensão ou nervosismo; problemas de concentração; medo constante; preocupação constante e exacerbada; dificuldade para dormir e irritabilidade) e físicos (principalmente: dor ou aperto no peito, sensação de taquicardia; falta de ar; aumento de suor; sensação de fraqueza ou de cansaço extremo e tensão muscular). Quanto ao cyberstalking (ou stalking virtual), trata-se de modalidade de perseguição que é exercida com o uso da tecnologia (por exemplo, via e-mail, smartphone, celular, redes sociais, etc.) De acordo com Marcelo Crespo:

*O cyberstalking* é, portanto, o uso da tecnologia para perseguir alguém e se diferencia da perseguição “offline” (ou mero *stalking*) justamente no que tange o *modus operandi*, que engloba o uso de equipamentos tecnológicos e o ambiente digital. Além disso, o *stalking* e o *cyberstalking* podem se mesclar, havendo as duas formas concomitantemente. O stalker – indivíduo que pratica a perseguição – mostra-se onipresente na vida da sua vítima, dando demonstrações de que exerce controle sobre ela, muitas vezes não se limitando a persegui-la, mas também proferindo ameaças e buscando ofendê-la ou humilhá-la perante outras pessoas. Curiosamente o *cyberstalking* é cometido, muitas vezes, não por absolutos desconhecidos, mas por pessoas conhecidas, não raro por ex-parceiros como namorados, ex-cônjuge, etc<sup>13</sup>.

É mister observar que a tecnologia proporciona a proximidade virtual e a falsa sensação de que a vítima permite que o perseguidor invada a sua vida e aja desta maneira. O universo virtual diminui as frustrações cotidianas e permite que as pessoas configurem suas vidas exatamente da forma que elas querem que as outras vejam.

Nos dizeres de Zygmunt Bauman:

Para um jovem, o principal atrativo do mundo virtual é a ausência de contradições e objetivos que rondam a vida off-line. O mundo on-line, por outro lado, cria uma multiplicação infinita de possibilidades

11 WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Fortalecimento dos sistemas de saúde para responder às mulheres submetidas à violência praticada pelo parceiro íntimo ou violência sexual**: um manual para gestores de saúde. 2017. Disponível em: <https://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/vaw-health-systems-manual/en/>. Acesso em: 15 fev. 2020.

12 CLASSIFICAÇÃO ESTATÍSTICA INTERNACIONAL DE DOENÇAS E PROBLEMAS RELACIONADOS COM A SAÚDE. Disponível em: [https://cid10.com.br/%5Ebuscadescr\\$?query=F41.1](https://cid10.com.br/%5Ebuscadescr$?query=F41.1). Acesso em: 05 fev. 2020.

13 CRESPO, Marcelo. **Algumas reflexões sobre o cyberstalking**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/226885184/algumas-reflexoes-sobre-o-cyberstalking>. Acesso em: 16 set. 2021.

de contatos plausíveis e factíveis. Ele faz isso reduzindo a duração desses contatos e, por conseguinte, enfraquecendo os laços, muitas vezes impondo o tempo – em flagrante oposição à sua contrapartida off-line, que, como é sabido, se apoia no esforço continuado de fortalecer os vínculos, limitando severamente o número de contato à medida que eles se ampliam e se aprofundam<sup>14</sup>.

As redes sociais também trazem a falsa sensação de que as pessoas fazem parte intimamente da vida umas das outras, bem como acarretam a impressão de que se está sempre feliz e rodeado de amigos. Estas sensações podem ser o gatilho emocional para a execução das condutas persecutórias que atingem a estabilidade emocional e a integridade psicológica da vítima. De acordo com Raquel Recuero:

A grande diferença entre sites de redes sociais e outras formas de comunicação mediada pelo computador é o modo como permitem a visibilidade e a articulação das redes sociais, a manutenção dos laços sociais estabelecidos no espaço off-line<sup>15</sup>

Ademais, Jacqueline de Oliveira Moreira, Nádia Laguárdia de Lima, Márcia Stengel, Hugo Leonardo Goes Bento, Lucas Ferreira Pedro dos Santos e Gabriela Bouzada Costa explicam que:

Em um mundo onde o acesso à realidade parece alargado com o uso das redes virtuais/sociais, o “stalkeador” ganha mais instrumentos para operar sua vigilância. As redes virtuais ampliam a realidade, oferecendo, pois, maior acessibilidade ao objeto “amado”. Nas páginas do Facebook, o sujeito rejeitado tem acesso irrestrito ao cotidiano do objeto amado, podendo acompanhar viagens, festas, novos relacionamentos. Esse acesso ilimitado é, entretanto, limitado pelo sujeito “stalkeado”, que pode optar por postar apenas as alegrias, os bons momentos de sua vida, trazendo a sensação ilusória de uma vida perfeita, possivelmente provocando mais a ira e o aprisionamento do “stalkeador” ao objeto amado<sup>16</sup>.

A exposição que ocorre no ambiente virtual atinge a individualidade e a singularidade humana e enseja uma conjugação de esforços para que seja garantida a proteção da vítima do stalking virtual.

#### 4 A BUSCA PELA PROTEÇÃO DA VÍTIMA DE STALKING VIRTUAL

O stalking virtual causa grande sofrimento psicológico e moral à pessoa perseguida. Diversas são as ações que devem ser tomadas para que se possa proteger, acolher e amparar a vítima de stalking virtual. O primeiro passo é o reconhecimento desta conduta perturbadora e a compreensão dos prejuízos destas ações para a vida da vítima. A seguir, deve-se analisar de maneira multifacetada este comportamento invasivo do sujeito ativo, treinar e preparar os profissionais que lidarão com estas demandas.

Ademais, deve-se conscientizar as vítimas da importância da documentação da perseguição obsessiva para que as providências punitivas possam ser tomadas. Quando os crimes são realizados no meio virtual,

14 BAUMAN, Zygmunt. **44 Cartas do Mundo Líquido Moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 23.

15 RECUERO, Raquel. **Redes Sociais na Internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009. p. 102.

16 MOREIRA, Jacqueline de Oliveira; LIMA, Nádia Laguárdia de; STENGEL, Márcia; BENTO, Hugo Leonardo Goes; SANTOS, Lucas Ferreira Pedro dos; COSTA, Gabriela Bouzada. O amor e o stalkeador: novos recursos para a vigilância nas redes sociais. **Psicologia em Revista**, Belo Horizonte, v. 23, n. 1, p. 106-122, jan./abr. 2017 p. 116-117. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/per/v23n1/v23n1a07.pdf> / [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1677-11682017000100007&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-11682017000100007&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020.

é fundamental que a vítima registre e documente as informações, os fatos, os conteúdos das conversas e das mensagens enviadas. É recomendável que o registro seja feito em atas notariais. A ata notarial é o instrumento público no qual o tabelião ou outra pessoa autorizada no cartório, por solicitação da pessoa interessada, registra fielmente os fatos apresentados. Nos dizeres de Luiz Guilherme Loureiro:

Ata notarial é o documento que se destina à constatação de fatos ou a percepção que dos mesmos tenha o notário sempre que por sua índole não possam ser qualificados de contratos, assim como seus juízos e qualificações. Em outras palavras, é o instrumento público que tem por finalidade conferir fé pública a fatos constatados pelo notário, por meio de qualquer de seus sentidos, destinando-se à produção de prova pré-constituída<sup>17</sup>.

Cumprido ressaltar que a ata notarial pode ser utilizada tanto para o embasamento dos processos criminais, quanto para processos cíveis e dos processos de indenização.

Além da ata notarial, que serve para dar fé pública a existência de informações na rede, mas que acaba sendo dispendiosa para as vítimas, os tribunais<sup>18</sup> tem, cada vez mais, aceito o uso de plataformas, como a Verifact<sup>19</sup>, dentre outras, para a mesma finalidade e com maior segurança acerca da validade da prova.

Outro ponto é a rede de apoio que a vítima deve receber das pessoas de seu convívio (familiares e amigos). Não se pode esquecer também da necessidade de proteção das redes sociais, mantendo os perfis fechados, a autenticação de dois fatores; ademais, os recursos de geolocalização presentes em algumas redes sociais mostram a localização exata da pessoa e, por este motivo, devem ser desativados.

No que tange à Lei Maria da Penha, de acordo com o artigo 22 da Lei 11.340/06, após a análise do caso em concreto, o magistrado poderá aplicar, imediatamente, ao agressor, de forma conjunta ou separada, as seguintes medidas protetivas de urgência:

I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III – proibição de determinadas condutas, entre as quais: **a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;** IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios. (grifo nosso)

<sup>17</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos**: teoria e prática. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 1214.

<sup>18</sup> O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao apreciar um recurso (Agravo de Instrumento nº 2237253-77.2018.8.26.0000) apresentado pelo autor, consignou que: “Outrossim, não se justifica a pretensão de abstenção de comunicação de terceiros a respeito dos requerimentos do agravante e dos termos da demanda, inclusive porque o próprio recorrente afirmou que “a partir do conhecimento dos fatos, o Autor providenciou a preservação de todo o conteúdo via Blockchain, junto à plataforma OriginalMY, hábil a comprovar a veracidade e existência dos conteúdos. Disponível em: <http://www.impacta.adv.br/prova-registrada-em-blockchain-e-citada-em-decisao-do-tjsp/>. Acesso em: 16 set. 2021.

<sup>19</sup> O registro realizado pela Verifact é um meio de prova lícito e válido para ser usado em processos judiciais segundo do Código de Processo Civil (artigo 369 do CPC/2015). Além disso, o serviço implementa práticas forenses e um sistema anti fraude que gera uma prova com alta confiança em sua origem e contexto. Disponível em: <https://www.verifact.com.br/fundamentacao/>. Acesso em: 16 set. 2021.

As supras providências não impedem o emprego de outras medidas estabelecidas na legislação brasileira vigente, sempre que a segurança da vítima ou o contexto fático o reclamarem, devendo a ação tomada ser informada ao Ministério Público. São plenamente possíveis a incidência do afastamento virtual do agressor, proibição de acesso às redes sociais da vítima e de contato com seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação, incluindo o informático.

Sempre foi objeto de debate a necessidade de uma tipificação específica para as situações de perseguição que, quase sempre, eram enquadradas na contravenção penal da perturbação da tranquilidade (art. 65 da [Lei de Contravenções Penais](#)), constituindo infração de menor potencial ofensivo.

A [Lei n. 14.132/2](#), no entanto, acrescentou o art. 147-A ao [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#) (Código Penal), para prever o crime de perseguição (e Cyberperseguição); e revogou o art. 65 do [Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941](#) (Lei das Contravenções Penais). O referido dispositivo, prevê como uma de suas causas de aumento, quando a vítima for mulher (parágrafo primeiro – aumento de metade da pena). O surgimento do crime específico, que exige reiteração de atos (crime habitual), diferentemente da contravenção de perturbação da tranquilidade, teve seu ensejo, principalmente, em virtude da violência psicológica ser, quase sempre, uma das violências concomitantes ou antecedentes à outras situações de violências, tais como a violência física. Nesse sentido, a [Associação dos Magistrados Brasileiros \(AMB\)](#), já havia sugerido, por meio do pacote de enfrentamento à violência contra a mulher, como proposta legislativa, que a conduta de perseguição fosse erigida à categoria de crime, inclusive se pautando em pesquisa do Data Senado, que apontou crescimento expressivo em relação à violência psicológica de 30% em 2009 para 52% em 2019, demandando maior atenção sobre o tema por parte do Estado<sup>20</sup>.

## CONCLUSÃO

A dignidade humana deve sempre ser a principal vertente das normas brasileiras e das normas internacionais. Tendo em vista que as relações interpessoais se modificam com muito mais velocidade do que as leis, é necessário sempre atentar-se aos novos rumos que a sociedade toma para que se possa debater sobre as novas demandas e para que estas possam ser tuteladas da maneira mais adequada.

A tecnologia impacta diretamente nas relações interpessoais e nas relações jurídicas. Ao mesmo tempo em que os recursos tecnológicos proporcionam a aproximação das pessoas e a redução das distâncias geográficas, eles também podem ser utilizados para o cometimento de condutas ilícitas e prejudiciais para as pessoas e para a sociedade.

<sup>20</sup> ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). **Basta de violência contra a mulher**: pacote de enfrentamento à violência contra a mulher. [202-?]. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2021/03/documento-de-apresentac%CC%A7a%CC%83o-pacote-basta.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021. p. 14.

Dentre as diversas formas de proteção da dignidade humana, destacamos para o presente estudo a necessidade da tutela da dignidade humana da mulher e ressaltamos que a violência contra ela uma grave violação dos direitos humanos. Uma das formas de lesionar a integridade física e mental, a tranquilidade e a estabilidade emocional da pessoa decorre das seguintes condutas invasivas, obsessivas e perturbadoras: stalking (perseguição) e cyberstalking (perseguição virtual).

A análise referente a estes comportamentos invasivos é complexa e multidisciplinar e deve conjugar as Ciências Jurídicas e as Ciências Psicológicas para que se possa penalizar o agressor e proteger a vítima.

Cumpramos ressaltar que a legislação brasileira (inclusive a Lei Maria da Penha) possui mecanismos de prevenção, contenção e repressão das ações do stalker, entretanto, é necessário que os debates referentes a esta temática continuem, pois, desta forma, será possível o aprimoramento dos mecanismos de contenção e punição desta conduta, bem como será possível o aprimoramento das medidas protetivas para a integridade física e mental da vítima.

## REFERÊNCIAS

- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). **Basta de violência contra a mulher**: pacote de enfrentamento à violência contra a mulher. [202-?]. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2021/03/documento-de-apresentac%CC%A7a%CC%83o-pacote-basta.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.
- BAUMAN, Zygmunt. **44 Cartas do Mundo Líquido Moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos** 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 21 fev. 2020.
- CASO DE JOVEM STALKER VIRA O 1º DO PAÍS INVESTIGADO PELA LEI MARIA DA PENHA. *Journal Jurid.*, 16 jan. 2020. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/noticias/caso-de-jovem-stalker-vira-o-1o-do-pais-investigado-pela-lei-maria-da-penha>. Acesso em: 16 set. 2021.
- CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth **Stalking e cyberstalking**: obsessão, internet, amedrontamento. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. (Coleção Cybercrimes).
- CLASSIFICAÇÃO ESTATÍSTICA INTERNACIONAL DE DOENÇAS E PROBLEMAS RELACIONADOS COM A SAÚDE. Disponível em: <https://cid10.com.br/%5Ebuscadescri?query=F41.1>. Acesso em: 05 fev. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. **Crimes digitais**: o que são, como denunciar e quais leis tipificam como crime? 22 jun. de 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/crimes-digitais-o-que-sao-como-denunciar-e-quais-leis-tipificam-como-crime/>. Acesso em: 16 fev. 2020.
- CONTE, Christiany Pegorari; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Crimes no meio ambiente digital e a Sociedade da Informação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 183.
- CRESPO, Marcelo. **Algumas reflexões sobre o cyberstalking**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/226885184/algumas-reflexoes-sobre-o-cyberstalking>. Acesso em: 16 set. 2021.
- HAESBAERT, Rogério. **O mito da desterritorialização**: do fim dos “territórios” à multiterritorialidade. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- JUSTIÇA APLICA LEI MARIA DA PENHA EM CASO DE STALKING. Consultor jurídico, 02 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-02/justica-aplica-lei-maria-penha-stalking>. Acesso em: 16 set. 2021.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos**: teoria e prática. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MATOS, Marlene. GRANGEIA, Helena. FERREIRA, Célia. AZEVEDO, Vanessa. **Stalking: boas práticas no apoio à vítima. Manual para profissionais. Violência de Gênero.** Porto Portugal. 2011. (Tradução nossa). Disponível em: <https://www.cig.gov.pt/siic/wp-content/uploads/2015/01/Stalking.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2020.

MOREIRA, Jacqueline de Oliveira; LIMA, Nádia Laguárdia de; STENGEL, Márcia; BENTO, Hugo Leonardo Goes; SANTOS, Lucas Ferreira Pedro dos; COSTA, Gabriela Bouzada. O amor e o stalker: novos recursos para a vigilância nas redes sociais. **Psicologia em Revista**, Belo Horizonte, v. 23, n. 1, p. 106-122, jan./abr. 2017 p. 116-117. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/per/v23n1/v23n1a07.pdf> / [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1677-11682017000100007&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-11682017000100007&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020.

OBSERVE. OBSERVATÓRIO LEI MARIA DA PENHA. **Lei Maria da Penha.** Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2009. Disponível em: [http://www.observe.ufba.br/lei\\_mariadapenha](http://www.observe.ufba.br/lei_mariadapenha). Acesso em: 05 mar. 2020.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SÃO PAULO. OAB/SP. **Recomendações e boas práticas para o uso seguro da internet para toda a família.** 2010. Disponível em: [http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/gestoes-antiores/direito-eletronico-crimes-alta-tecnologia/cartilhas/cartilha\\_internet.pdf](http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/gestoes-antiores/direito-eletronico-crimes-alta-tecnologia/cartilhas/cartilha_internet.pdf). Acesso em: 21 fev. 2020.

PROVA REGISTRADA EM BLOCKCHAIN É CITADA EM DECISÃO DO TJSP. **Impacta Lawtech**, 20 ago. 2019. Disponível em: <http://www.impacta.adv.br/prova-registrada-em-blockchain-e-citada-em-decisao-do-tjsp/>. Acesso em: 16 set. 2021.

RECUERO, Raquel. **Redes Sociais na Internet.** Porto Alegre: Sulina, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SENADO FEDERAL. Procuradoria Geral da Mulher. **CCJ agrava pena para casos de “stalking”, a perseguição obsessiva.** 15 ago. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/ccj-agrava-pena-para-casos-de-2018stalking2019-a-persegui-cao-obsessiva>. Acesso em: 15 fev. 2020.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº. 1.414/2019.** 16 out. 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135668>. Acesso em: 21 fev. 2020.

THOMPSON FLORES, Carlos Pereira. **A tutela penal do stalking.** Porto Alegre: Elegancia Juris, 2014.

VERICTACT. **Fundamentação.** Disponível em: <https://www.verifact.com.br/fundamentacao>. Acesso em: 16 set. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Fortalecimento dos sistemas de saúde para responder às mulheres submetidas à violência praticada pelo parceiro íntimo ou violência sexual: um manual para gestores de saúde.** 2017. Disponível em: <https://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/vaw-health-systems-manual/en/>. Acesso em: 15 fev. 2020.



# CAPÍTULO 6

## MULHERES TRANSGÊNERO, MARIA DA PENHA E AUTORIDADE POLICIAL<sup>1</sup>

Fernanda Lima Moretzshonh de Mello

Patricia Burin

### 1 INTRODUÇÃO

A [Constituição da República Federativa do Brasil](#), a par de registrar a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos (art. 1º), estabelece o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, ‘caput’), em posição de evidente combate às discriminações. Nessa ordem de ideias, o texto constitucional fez registrar que as mulheres constituem um dos grupos sociais que mereceriam especial atenção do Estado, razão pela qual, por exemplo, estabeleceu proteção a elas no que tange ao mercado de trabalho (art. 5º, XX), ao regime de aposentadoria (art. 40, § 1º, III e 201, § 7º, I) e afastou a antiga prevalência masculina no âmbito doméstico e familiar, registrando que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, § 5º).

Vale aqui pontuar que também sob o enfoque da família há preocupação constitucional com a proteção às mulheres. Assim é que o texto veicula, em seu art. 226, § 8º, a garantia de que “o Estado assegurará à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” violência esta que, sabe-se, atinge dramaticamente as mulheres.

No âmbito infraconstitucional, essa ação afirmativa em favor das mulheres foi veiculada pela [Lei nº 11.340/2006](#), que visa a coibir toda forma de violência doméstica e familiar contra as mulheres. A Lei Maria da Penha, que tem a finalidade de tutelar a busca por equilíbrio nas relações domésticas e considera a violência contra as mulheres uma violação de direitos humanos, se coaduna não apenas com os dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil, mas também com normas de Direito Internacional, como a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (1979) e Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (1994), estabelecendo a responsabilidade do Estado não só de punir os agressores como de criar mecanismos de prevenção da violência de gênero.

<sup>1</sup> Capítulo teve versão publicada como artigo de opinião no [Conjur](#) em 03 ago. 2020.

O intuito deste artigo é questionar a (in)aplicabilidade da norma mencionada às mulheres transgênero, abordando a (des)necessidade de cirurgia de adequação genital. Por fim, pretende-se questionar o papel da Autoridade Policial no enfrentamento à vitimização da mulher transgênero.

## 2 O MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO ÀS MULHERES

Uma primeira premissa se impõe. Embora a [Lei nº 11.340/2006](#), popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, mencione a violência contra a mulher, é certo que ela inaugura entre nós um microssistema de proteção às mulheres. Sim, às mulheres, no plural. A ideia de microssistema refere-se ao fato de que a norma em exame trata dos interesses das mulheres não apenas como indivíduos, mas como coletivos de pessoas submetidas a uma condição social e estrutural de vulnerabilidade.

Força reconhecer que não somos todas iguais. Cada um dos grupos de mulheres que ocupam espaços em nossa sociedade guarda peculiaridades que não podem ser desprezadas quando se pensa em um sistema de proteção. Por certo que o traço da vulnerabilidade nos é comum e o machismo estrutural atinge a todas, mas não o faz em igual modo e intensidade. A realidade da mulher negra e periférica difere sobremaneira daquela da mulher branca com nível superior de escolaridade. A seu turno, os desafios enfrentados pelas mulheres heterossexuais e pelas gays também lhes são próprios. E isso já foi há muito percebido pelos diversos movimentos feministas, que de certa forma se especializaram na busca do reconhecimento de direitos das mulheres.<sup>2</sup>

Nos termos do art. 2º da Lei Maria da Penha, “toda mulher, **independentemente** de classe, raça, etnia, **orientação sexual**, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social” (grifo nosso). O microssistema volta-se à proteção, então, das mulheres, de todas as mulheres. Isto parece inquestionável.

A dúvida que paira, dúvida infundada, acreditamos, relaciona-se à aplicabilidade da Lei Maria da Penha às mulheres transgênero. E afirmamos, desde já, a impropriedade de qualquer interpretação que as retire do manto protetor da norma porque, em nossa concepção, é evidente que o sistema protege o gênero feminino, na medida em que a Lei Maria da Penha utiliza um conceito de mulher que vai além do caráter biológico, abarca também o caráter sociológico de gênero.

Como bem lecionam as professoras Alice Bianchini, Mariana Bazzo e Silvia Chakian em sua obra “Crimes contra mulheres”, a Lei nº 11.340/06 tem como ‘mens legis’ proteger a mulher vítima de violência doméstica e familiar baseada na condição de seu pertencimento ao gênero feminino, a proteção estende-se igualmente a vítimas mulheres que estejam em relacionamentos bissexuais ou lésbicos, assim como as transsexuais<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Nesse sentido, Judith Butler *in* Problemas de Gênero, Feminismo e subversão da identidade, 2017, p. 18 e 21.

<sup>3</sup> Bianchini, Alice. Crimes contra mulheres / Alice Bianchini, Mariana Bazzo, Sílvia Chakian. 2.ed. rev. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 62.

### 3 IDENTIDADE DE GÊNERO, ORIENTAÇÃO SEXUAL E SEXO BIOLÓGICO

Para um melhor entendimento, necessário se faz pontuarmos alguns conceitos básicos, quais sejam, identidade de gênero, orientação sexual e sexo biológico que têm definições diferentes e são rotineiramente confundidos.

O conceito de sexo se liga à biologia, refere-se ao conceito biológico e fisiológico masculino ou feminino, temos a divisão entre macho e fêmea. Temos um conceito dentro das ciências biológicas que leva em conta determinadas características que determinam a possibilidade de reprodução.

A orientação sexual relaciona-se à atração sexual ou afetiva. Cuida-se de um processo de autodefinição e identificação em relação a outras pessoas, em relação ao desejo (não apenas sexual), à afetividade e práticas sexuais. E aí temos uma gama de classificações, sendo as mais conhecidas a heterossexualidade, homossexualidade e bissexualidade. Há outras orientações além dessas três, mas, para o objetivo do estudo, estas nos bastam.

O gênero é uma construção social, é ligado aos papéis sociais culturalmente atribuídos a homens e mulheres. Nesses papéis podemos incluir o comportamento, a educação, a profissão que a sociedade impõe e espera que sejam cumpridos por homens e mulheres. Podemos afirmar que as diferenças de gênero estão fundamentadas nas expectativas que a sociedade cria sobre nosso comportamento, em razão das nossas características corporais. São convenções sociais. Gênero se adquire pela cultura.

Vale aqui transcrever as lições de Judith Butler:

Concebida originalmente para questionar a formulação de que a biologia é o destino, a distinção entre sexo e gênero atende à tese de que, por mais que o sexo pareça intratável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído: conseqüentemente, não é nem o resultado causal do sexo nem tampouco tão aparentemente fixo quanto o sexo.<sup>4</sup>

No mesmo sentido é a lição de Soraia da Rosa Mendes:

Desde os anos setenta [...] o feminismo conhece do conceito de gênero para fazer referência à construção cultural do feminino e do masculino através de processos de socialização que formam o sujeito desde a mais tenra idade. O conceito foi libertador porque permitiu às mulheres demonstrar que a opressão tinha como raiz uma causa social, não biológica ou natural.<sup>5</sup>

Perceba-se, pois, que gênero não se confunde com sexo biológico. Assim, por identidade de gênero podemos entender como sendo a maneira como a pessoa se enxerga, o gênero com o qual ela se identifica. Em outras palavras, a identidade de gênero é o processo de se identificar como homem, mulher ou nenhum deles. Não ampliaremos a discussão para falar sobre outras maneiras de se definir, mas salientamos que a dicotomia homem e mulher não é a única classificação, ou seja, temos um conceito não binário para definir gênero.

4 BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 25/26.

5 MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista**: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 86.

## 4 PESSOA TRANSGÊNERO

Quando há uma concordância entre o sexo biológico e a identidade de gênero, temos o indivíduo cisgênero. Assim, se o sujeito nasce com órgão sexual masculino, se reconhece como homem e se expressa conforme os papéis socialmente impostos aos homens, dizemos que é um homem cisgênero.

Dizemos que uma pessoa é transgênero quando seu sexo biológico não expressa sua identidade de gênero. Quando a pessoa não se identifica com as características pertinentes ao gênero que lhe foi atribuído, diz-se que ela passou por uma transição de gênero. Importante salientar que a transição de gênero nada tem a ver com modificação corporal.

Exemplificando: uma pessoa nasceu com sexo biológico masculino (aparelho reprodutor masculino, pênis), mas ela se sente uma mulher, ela se comporta conforme a sociedade entende que uma mulher deva se comportar. Temos aí a mulher transgênero.

Essa concepção consta expressamente de norma do Conselho Federal de Medicina. Confira-se:

Resolução CFM nº 2.265/2019<sup>6</sup>

Art. 1º Compreende-se por transgênero ou incongruência de gênero a não paridade entre a identidade de gênero e o sexo ao nascimento, incluindo-se neste grupo transexuais, travestis e outras expressões identitárias relacionadas à diversidade de gênero.

§ 1º Considera-se identidade de gênero o reconhecimento de cada pessoa sobre seu próprio gênero.

§ 2º Consideram-se homens transexuais aqueles nascidos com o sexo feminino que se identificam como homem.

§ 3º Consideram-se mulheres transexuais aquelas nascidas com o sexo masculino que se identificam como mulher.

§ 4º Considera-se travesti a pessoa que nasceu com um sexo, identifica-se e apresenta-se fenotipicamente no outro gênero, mas aceita sua genitália.

§ 5º Considera-se afirmação de gênero o procedimento terapêutico multidisciplinar para a pessoa que necessita adequar seu corpo à sua identidade de gênero por meio de hormonioterapia e/ou cirurgias.

### 4.1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À PESSOA TRANSGÊNERO

A Constituição Cidadã, em seu art. 3º, inciso IV, traz, como um dos objetivos fundamentais da República, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Para que tais objetivos sejam atingidos, necessário se faz que direitos, princípios e garantias fundamentais sejam respeitados.

Dentre os princípios constitucionais mais caros, temos o princípio da dignidade da pessoa humana, sobre o qual aqui não nos estenderemos. Para que tal princípio seja plenamente respeitado, devem antes ser respeitados o direito à liberdade, aí incluído o direito à liberdade sexual e o direito à identidade.

<sup>6</sup> BRASIL. Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-2.265-de-20-de-setembro-de-2019-237203294>. Acesso em: 25 jul. 2020.

## 5 A APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.340/2006 À MULHER TRANSGÊNERO

A Lei nº 11.340/06, como já dito, visa coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres, independentemente de orientação sexual. Andou muito bem a lei ao fazer essa afirmação. No entanto, cremos que a real intenção do legislador era fazer referência ao gênero e não à orientação sexual. Nesse sentido, o art. 5º da lei em apreço, ao conceituar violência, utiliza a expressão “qualquer ação ou omissão **baseada no gênero**”.

A violência de gênero é aquela que decorre de um poder de dominação do homem e da submissão da mulher. Envolve a determinação social dos papéis masculino e feminino e do caráter discriminatório dela decorrente. A violência de gênero reflete o ódio, o desprezo e o fato de que a sociedade vê o feminino como inferior ao masculino. Amã Lopes Albano de Albuquerque e Pedro de Jesus Cerino pontuam que a violência sofrida pelas mulheres decorre do caráter patriarcal de nossa sociedade, e esclarecem:

A subordinação econômica e social da mulher em relação ao pai, marido e posteriormente até mesmo quanto aos filhos culminou com a edificação de um estereótipo de inferioridade do papel feminino.<sup>7</sup>

Na nossa sociedade, cultural e historicamente, sempre se atribuiu maior importância aos papéis desempenhados pelos homens. Há uma construção hierárquica na sociedade em que o feminino ocupa uma posição inferior, de menor validade. Este quadro de naturalização da hierarquia faz com que o homem se sinta legitimado a usar da violência para subjugar a mulher. Corpos feminilizados são mais vulneráveis às violências.

E essa violência não atinge apenas as mulheres cisgênero que vivem em uma relação heteroafetiva. A violência doméstica e familiar contra as mulheres é democrática, na medida em que atinge todas, indistintamente. Como bem diz a Lei Maria da Penha, deve-se proteção à mulher independente de orientação sexual quando a violência for baseada no gênero.

Se essa violência atinge o gênero mulher, porque proteger apenas parcela dessas mulheres, deixando de lado outra? Qual a razão para a lei proteger uma mulher cisgênero e não proteger uma mulher transgênero?

Nenhuma razão. A Lei Maria da Penha não veicula nenhuma limitação no que tange às mulheres por ela abarcadas (tendo, muito pelo contrário, intuito de abranger a todas, como já mencionado). Se a lei não limita, não cabe ao intérprete fazê-lo, máxima básica de hermenêutica que não pode ser afastada no caso, com vistas a excluir qualquer mulher (cis, trans, hetero, homo, bi) do manto protetor da norma.

A mulher transgênero, ainda que carregue em sua estrutura genética cromossomos masculinos, é também submetida a violências de gênero. Mulheres cis e mulheres trans possuem papel social semelhante.

Não se sustentam eventuais argumentos desavisados no sentido de que não haveria, entre ela e o seu agressor, diferença de compleição física a justificar a especial proteção. A violência baseada no gênero não decorre

<sup>7</sup> ALBUQUERQUE, Amã Lopes Albano e CERINO, Pedro de Jesus. A perspectiva doutrinária e jurisprudencial da aplicação da lei maria da penha aos transexuais. Disponível em: <http://periodicos.estacio.br/index.php/pkroraima/article/view/Article/3825>. Acesso em: 21 out. 2020.

da superioridade de força física do homem. Ela decorre da posição de superioridade que o homem ocupa em nossa estrutura social. Gênero traduz hierarquia, insista-se.

Corroborando nosso entendimento no sentido de que a Lei Maria da Penha deve receber interpretação extensiva quando fala, no art. 2º, que se destina às mulheres independentemente de sua orientação sexual, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprovou, em maio de 2019 e em caráter terminativo, o [Projeto de Lei nº 191/2017](#), que altera a redação desse dispositivo, para incluir expressamente, entre os valores protegidos pela Lei Maria da Penha, também a identidade de gênero, como forma de atender aos indivíduos transgêneros identificados com o sexo feminino. O projeto, agora, aguarda inclusão em pauta para apreciação do Plenário da Casa.<sup>8</sup>

No Poder Judiciário, a tese também vem ganhando força em decisões recentes. A título de exemplo, citamos a primeira medida protetiva de urgência deferida em favor de uma mulher trans, no Estado do Paraná, em abril de 2019<sup>9</sup> e o reconhecimento, em segunda instância, de tal possibilidade pela Justiça do Distrito Federal no ano anterior.<sup>10</sup>

Outro não poderia ser o entendimento, na medida em que a própria Lei Maria da Penha determina, em seu art. 4º, que em sua interpretação “serão considerados os fins sociais a que ela se destina”, ou seja, a proteção à condição feminina.

Surge, então, mais uma subdivisão: aquela mulher transgênero que já passou por uma cirurgia de adequação genital e teve seus registros civis alterados é considerada mulher para fins legais e está amparada pela Lei Maria da Penha.

Aqui vale uma observação, adotamos a expressão cirurgia de “adequação genital” em substituição à expressão cirurgia de “alteração de sexo” por entendermos que o órgão genital é que se adaptará à personalidade do indivíduo e não o oposto.

Qual posicionamento se deve adotar quanto à mulher transgênero que ainda não passou pela cirurgia de adequação genital? Será que dever-se-ia cobrar que ela se submetesse a uma cirurgia para ver seus direitos garantidos? Este não é o entendimento que deve prevalecer. Cremos que a retificação dos registros civis deva ser feita independentemente de realização de cirurgia de transgenitalização.

Nesse ponto vemos avanços quando falamos do nome social, cujo uso é garantido em estabelecimentos de ensino, nas relações de trabalho e repartições públicas de acordo com o [Decreto nº 8.727/2016](#), que dispôs sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas “trans” no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

8 Projeto de Lei do Senado nº 191, de 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129598>

9 NOVAES, Willian. **Juiza determina, pela primeira vez, medida protetiva para transexual no PR**. 26 abr. 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/04/26/juiza-determina-pela-primeira-vez-medida-protetiva-para-transexual-no-pr.htm>. Acesso em: 10 nov. 2021.

10 MARQUES, Marília. **Lei Maria da Penha também vale para vítima transexual, determina Justiça do DF**. 08 maio 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/lei-maria-da-penha-tambem-vale-para-vitima-transexual-determina-justica-do-df.ghtml>. Acesso em: 10 nov. 2021.

Nesse Decreto, se estabelecem alguns importantes conceitos, no seu art. 1º, I e II, de nome social e de identidade de gênero, quais sejam: “I – nome social – designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida; e II – identidade de gênero – dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento.

Agora reflitamos: seria razoável a lei proteger uma mulher cisgênero e não proteger aquela que para externalizar sua identidade, necessite de uma intervenção cirúrgica? E mais. Seria razoável a lei exigir que para receber tal proteção, a pessoa necessite passar por um arriscado procedimento cirúrgico para adequar sua formação biológica à sua identidade?

Cremos que tal exigência fere não apenas a razoabilidade, mas também, e principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade, na sua acepção de liberdade sexual.

Vale salientar dois enunciados a respeito do tema. Confira-se:

**ENUNCIADO 46:** A lei Maria da Penha se aplica às mulheres trans, independentemente de alteração registral do nome e de cirurgia de redesignação sexual, sempre que configuradas as hipóteses do artigo 5o, da Lei 11.340/2006. (APROVADO no IX FONAVID – Natal).

**Enunciado nº 30 (001/2016):** A Lei Maria da Penha pode ser aplicada a mulheres transexuais e/ou travestis, independentemente de cirurgia de transgenitalização, alteração do nome ou sexo no documento civil. (Aprovado na I Reunião Ordinária do GNDH em 05/05/2016 e pelo Colegiado do CNPG em 15/06/2016).

O Ministro do STF Ricardo Lewandowski em seu voto quando do julgamento da ADI 4275/DF<sup>11</sup> aduz que “Essencial ressaltar que não são os procedimentos médicos que conferem ao indivíduo direito ao reconhecimento de sua condição pessoal. Trata-se de direito indissociável de cláusula geral da dignidade da pessoa humana, que tutela de forma integral e unitária a existência humana “.

Na mesma linha, vale trazeremos à baila os Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero”, conhecidos como “Princípios de Yogyakarta”.<sup>12</sup>

O princípio 3 traz o “Direito ao Reconhecimento Perante a Lei” – Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamen-

11 BRASIL. STF, Pleno, ADI 4275, Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, julgado em 01/03/2018, processo eletrônico Dje-045; divulg 06-03-2019; publi 07-03-2019, acesso em 25/07/2020

12 Princípios de Yogyakarta. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 25/07/2020

to ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Parece-nos, pois, claro que a Lei Maria da Penha foi omissa ao não prever sua aplicação às mulheres transgênero, mas não podemos deixar que tal omissão fira princípios e garantias fundamentais de tão alto grau de importância como é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Dessa forma temos que a Lei nº 11.340/06, ao utilizar as expressões “independentemente de orientação sexual” e “qualquer ação ou omissão baseada no gênero”, faz menção à concepção sociológica de gênero. Assim, estariam protegidas pela lei não apenas as mulheres cisgênero, mas também as mulheres transgênero, independentemente de alteração em registro civil ou de realização de cirurgia de adequação sexual.

## **6 O PAPEL DA AUTORIDADE POLICIAL NO ENFRENTAMENTO À VITIMIZAÇÃO DA MULHER TRANSGÊNERO**

Por fim, sendo as duas autoras Delegadas, inafastável o questionamento acerca do papel da Autoridade Policial no enfrentamento à vitimização da mulher transgênero. Na realidade do nosso sistema de persecução penal, grupos minoritários só têm acesso à Justiça, na condição de vítimas, passando por uma Delegacia de Polícia.

Assim é que a Lei Maria da Penha, a par de dedicar especificamente um de seus Capítulos ao atendimento das mulheres em sede policial, estabelece que as medidas protetivas de urgência serão deferidas judicialmente a requerimento do Ministério Público ou pedido da ofendida (art. 19). Este pedido da ofendida veicula-se por intermédio da Autoridade Policial. Na prática, as mulheres procuram a Delegacia de Polícia narrando as violências a que estão submetidas e a Autoridade Policial determina o encaminhamento de seu pleito de medida protetiva ao Poder Judiciário, devendo fazê-lo em até 48 horas (art. 12, III).

A Lei Maria da Penha ainda prevê, excepcionalmente, que a Autoridade Policial, verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, determine o imediato afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida (art. 12-C, II).

Caso a mulher transgênero se depare com uma Autoridade Policial pouco consciente da abrangência da Lei Maria da Penha, é plausível que ela será alijada da proteção que a norma lhe garante não só em termos de medidas protetivas de urgência, mas também no que tange ao atendimento especializado voltado à não revitimização.

## **7 CONCLUSÃO**

Dessarte, conclui-se que a Lei Maria da Penha abrange o gênero feminino, aí incluindo-se as mulheres transgê-



nero independentemente da realização de cirurgia de adequação de gênero ou de alteração do nome nos registros civis, conhecimento que deve ser acessível a todas as Autoridades Policiais do nosso país (quicá por orientações das Corregedorias locais ou sumulado), com vistas a evitar que os direitos fundamentais das mulheres sejam violados agora não pelos seus agressores, mas pelo próprio Estado, que deveria garantir seu cumprimento.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Amã Lopes Albano; CERINO, Pedro de Jesus. A perspectiva doutrinária e jurisprudencial da aplicação da lei maria da penha aos transexuais. **Revista Multidisciplinar Pey Këyo Científico**, v. 2, n. 2, 2017. Disponível em: <http://periodicos.estacio.br/index.php/pkcroraima/article/viewArticle/3825>. Acesso em 21 out. 2020.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Sílvia. **Crimes contra mulheres**. 2.ed., rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BRASIL. **Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019**. Disponível em: <HTTP://WWW.IN.GOV.BR/WEB/DOU/-/RESOLUCAO-N-2.265-DE-20-DE-SETEMBRO-DE-2019-237203294>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

MARQUES, Marília. **Lei Maria da Penha também vale para vítima transexual, determina Justiça do DF**. 08 maio 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/lei-maria-da-penha-tambem-vale-para-vitima-transexual-determina-justica-do-df.ghtml>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Fernanda Lima Moretzshonh de; BURIN, Patrícia. Mulheres transgênero, Lei Maria da Penha e autoridade policial. **ConJur: consultor jurídico**, 03 ago. 2020. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-03/lima-burin-mulheres-transgenero-maria-penha-policia>. Acesso em: 11 nov. 2021.

NOVAES, Willian. **Juíza determina, pela primeira vez, medida protetiva para transexual no PR**. 26 abr. 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/04/26/juiza-determina-pela-primeira-vez-medida-protetiva-para-transexual-no-pr.htm>. Acesso em: 10 nov. 2021.

# CAPÍTULO 7

## CON MI CUERPO, NO!

María Luján Piatti

Sobre las formas de violencia por razón de género mediante cosificación y la mercantilización del cuerpo de las mujeres y derechos fundamentales afectados

Toda vez que se ejerce violencia de cualquier tipo contra las mujeres, se violan sus derechos humanos se les impide gozar de sus derechos y libertades fundamentales, como lo son el derecho a la libertad, habida cuenta del valor cardinal que la libertad personal tiene en un Estado de derecho, el derecho a la vida y la seguridad personal. Cuando los derechos humanos de las mujeres son vulnerados se les impide alcanzar el más alto nivel posible de salud física y mental, así como también tener acceso a la educación, al trabajo, a la vivienda y a la participación de la vida pública. A consecuencia de la violencia contra las mujeres, éstas ven resentidas su salud y su bienestar, situación que acarrea un costo humano y económico.

Si bien es cierto que el derecho a la salud es un derecho humano fundamental, no es menos cierto que una inmensa mayoría de mujeres en el mundo ven vulnerado este derecho a causa de la violencia ejercida sobre ellas, simplemente por el hecho de ser mujeres. En efecto, la mención de la integridad corporal y la salud como un bien jurídico protegido en los delitos de lesiones ha merecido una amplia acogida tanto doctrinal como jurisprudencial. La salud es definida por la OMS como integridad y salud personales tanto física como mental del ser humano, Cuando las mujeres tanto en tiempos de guerra, como de paz ven cercenados sus derechos por conocidos o desconocidos las consecuencias de los mismos producen en la salud de las mujeres serias repercusiones que van más allá del dolor físico ya que se resienten el bienestar psíquico y su salud sexual y reproductiva y esta consecuencia las afectará no sólo personalmente sino que recaerá sobre su entorno y la comunidad. Debería existir un compromiso ético y político respecto de la salud de las mujeres y sin embargo no siempre se cumple en la realidad cotidiana. El primer problema al abordar la salud de las mujeres es su empoderamiento, es decir si pueden o no ser protagonistas de sus vidas, lugar que ha sido ocupado por quienes han impartido o han decidido cómo era la salud. No debemos olvidar que cuando se estudian las diferencias de las enfermedades y su sintomatología en mujeres y varones se realizan bajo la óptica de una cultura profundamente androcéntrica. En esta misma cultura, desde un espacio de poder, se medicaliza de forma sistemática el cuerpo de las mujeres en procesos naturales como el embarazo, el parto y la menopausia. Cualquier mujer que ha sido madre podría aseverar el trato, a veces, poco respetuoso que ha recibido su cuerpo en estas circunstancias.

A lo largo de la historia se ha invisibilizado a las mujeres y sus necesidades, y esto también ha ocurrido en el sistema sanitario. Si se ha tomado como paradigma el cuerpo de los hombres y descrito las sintomatolo-

gías presentadas en distintas enfermedades desde la óptica de la fisiología masculina, poco se ha hecho para investigar las diferencias que presentan la anatomía y fisiología femeninas, corriendo el riesgo de que cuando se tienen en cuenta se califique a las mujeres como seres inferiores. Se deben reconocer las diferencias, sin sostener desigualdades.

Hay que tener en cuenta los constantes cambios hormonales que experimenta la mujer en los distintos momentos de la vida, desde la pubertad y la menarquía hasta la menopausia, así como también la crónica pérdida de hierro a través de toda su vida reproductiva. El embarazo, parto, puerperio, más el gasto de energía que supone la crianza de los hijos, el cuidado de personas dependientes y tratar de conciliar la vida familiar con la laboral, generan para las mujeres situaciones de estrés y desgaste, infinidad de veces un esfuerzo imposible de alcanzar.

Sin duda alguna también la ciencia de la salud y la industria farmacéutica con su interés en obtener beneficios, imponiendo y vendiendo productos aunque no sean necesarios, dispensa un trato desigual a varones y mujeres. Piénsese en la revolución causada por la aparición de los anticonceptivos en los años sesenta. Es cierto que su uso permite a las mujeres planificar su maternidad. No obstante, cabría hacer la siguiente reflexión: quizás detrás de la aparente libertad de la que gozan las mujeres, haciéndolas responsables del control de la natalidad, se esconde el hecho de que el varón queda así exento de cualquier compromiso o responsabilidad por un embarazo fortuito y no deseado, ya que de producirse, la culpa y responsabilidad recae en la mujer por no haber tomado las debidas precauciones. Además el uso de anticonceptivos ha sido indicado para corregir irregularidades del ciclo menstrual. Pero se ha omitido en la mayoría de los casos informar de las consecuencias del uso prolongado de un tratamiento hormonal, entre otros, aumento de peso, retención de líquidos y deficiencias circulatorias. De ser inocuo cabría preguntarnos: ¿por qué no se ha propiciado, hasta la fecha, la elaboración y comercialización de anticonceptivos masculinos? ¿Por miedo quizás a que, por la administración de los anticonceptivos se produzca la disminución de la libido, como ha pasado con la mujer por la inhibición de la ovulación? De ser así, estaríamos frente a la manipulación en manos del poder para seguir ejerciendo coacción sobre el cuerpo y la libertad de las mujeres de decidir qué quieren hacer de él y qué calidad de vida eligen vivir.

La planificación familiar fue una liberación porque se pudo decidir cuándo querías los hijos y cuántos, pero esto que fue una primera liberación ha quedado enmascarado por esta segunda etapa en que se vuelve a querer manipular el cuerpo de la mujer, es decir que la menopausia tiene un lado positivo, se puede volver a decidir, pero un negativo, la medicalización.<sup>1</sup> Sin embargo tanto la maternidad como la menopausia son periodos enriquecedores, porque las mujeres viven la verdadera libertad. Con la maternidad, porque se establecen los vínculos con la/el hija/o, que se iniciaron con la gestación y se refuerzan con la lactancia. Durante la

<sup>1</sup> CARME.Valls-Llobet. **Mujeres, salud y poder**. Catedra, ed, 11-2009.

menopausia, las mujeres atraviesan por un periodo de verdadera libertad y creatividad y el empoderamiento de su sexualidad.

Las mujeres y sus cuerpos han sufrido numerosos procesos a través de los tiempos. Han sido y son aún motivo de control y victimización. Se ha considerado, y se sigue considerando, aunque bajo formas renovadas (piénsese en las Técnicas de Reproducción Asistida), tanto a las mujeres como a sus cuerpos meros instrumentos reproductivos para asegurar la descendencia y se les ha inculcado desde la cuna que la misión de la mujer es ser madre, instaurando la maternidad como un derecho y esto no es así. Existe la libertad de la pareja para decidir si desean o no tener descendencia, pero socio culturalmente aún hoy se presiona a la mujer para tener hijos, se recurre en muchos casos a la ovodonación para la fertilización in Vitro que no cura la infertilidad.<sup>2</sup>

Desde el mundo sanitario empresarial, la relación donante-receptora llega alcanzar un carácter mercantil. Se comercializa con el cuerpo de las mujeres. Las donantes de óvulos son medicalizadas con hormonas para la estimulación ovárica. “La mayoría de las mujeres donantes de óvulos, luego de la extracción mediante sedación regresan a sus hogares haciéndose individualmente responsables de los efectos secundarios –psicológicos u otros–, a pesar de las innumerables voces que anuncian los riesgos graves para la salud de estas mujeres, resultado de la estimulación ovárica, o del rechazo que pudiera sufrir por no tener óvulos de buena calidad.”<sup>3</sup>

En aras de un derecho a la maternidad, que no es tal, se corre el riesgo de vulnerar el derecho a la salud de la mujer donante. Socialmente para las mujeres aún por su género se la vincula a la maternidad, decida o no ser madre, prima aun más la función que la opción. Así las mujeres quedan atrapadas en un túnel sin salida y esto lo posibilita la construcción simbólica de vincular la naturaleza a la reproducción, situación que no ha sufrido transformaciones.

Se considera el cuerpo de las mujeres como cuerpo sexuado, objeto de deseo destinado al placer de otras personas, y como cuerpo productivo destinado al cuidado de la casa y las personas. Sin dejar de mencionar el uso de la imagen del cuerpo de las mujeres en las distintas publicidades para estimular el consumo de diversos productos, sean cosméticos, ropa, coches, etc. etc. Hay que destacar asimismo la imposición o la moda de la cirugía estética en mujeres y adolescentes que aún no han terminado su desarrollo. “En el cuerpo de las mujeres como campo de batalla se concentran muchas otras agresiones, como los abortos selectivos o feticidios, la mutilación genital de setenta millones de mujeres, los asesinatos de mujeres como los de Ciudad Juárez, el tráfico internacional de mujeres y niñas, la prostitución obligada, los malos tratos físicos y psíquicos, las violaciones, las cirugía estética, los cuerpos borrados por la burka y los cuerpos enfermos por la anorexia, la bulimia y la depresión.”<sup>4</sup>

2 TUBERT, Silvia. **Mujeres sin sombra. Maternidad y tecnología.** Madrid siglo XXI, 1991.

3 SALEME, Elsa. Derecho a la salud. Reflexiones desde las tecnologías de reproducción asistida, 2010, vol XI. Disponible em: <https://psiquiatria.com/bibliopsiquis/volumen.php?url=derecho-a-la-salud-reflexiones-desde-las-tecnologias-de-reproduccion-asistida>. Acceso em: 10 nov. 2021.

4 VALLS-LLOBET, Carme. **Mujeres, salud y poder.** Cátedra-Madrid, 2009.

Llegados a este punto, es evidente que la campaña propuesta por la OMS de “Salud para todos en el año 2000”, a nivel mundial no alcanzó sus objetivos. “Las desigualdades de salud globales han ido aumentando, y el incumplimiento de los acuerdos de Kyoto, con el incremento de enfermedades como el cáncer y las enfermedades autoinmunes derivadas de la polución laboral y medioambiental, han superado todas las buenas intenciones que la OMS se proponía a finales del siglo XX. Es importante entonces alcanzar un nivel aceptable de salud en los años venideros y para ello habrán de introducirse en las políticas de salud los conceptos de justicia distributiva, y equidad que conlleva la igualdad de oportunidades y “el compartir de forma justa, tratando de forma diferente a los diferentes y las diferentes para que pueda existir una verdadera igualdad, tanto en lo que se refiere a la salud de la población como en lo que se refiere a la salud de las personas individuales.”<sup>5</sup>

Se cosifica y mercantiliza el cuerpo de las mujeres mediante la explotación de la prostitución ajena y el tráfico de personas con fines de explotación sexual que constituye violaciones a los derechos fundamentales que se ocultan o son socialmente aceptadas. Tal es el caso de las esclavas del siglo XXI, las niñas y mujeres en manos de las redes de trata o las mafias que las explotan y viven de la prostitución, las niñas y adolescentes víctimas de las sevicias del turismo sexual.<sup>6</sup> A través de los años ha cambiado la fisonomía de la trata de personas y la prostitución, se distancia de los clásicos burdeles para vincularse a la industria del ocio, de la relajación, y las diversiones. Adoptan diversos circuitos de ofertas (salones de masajes, saunas, hoteles, servicios de acompañantes, etc., etc.). Existen marcados estereotipos racistas-sexistas respecto a la demanda de servicios sexuales, se prefieren mujeres extranjeras más baratas, y preferiblemente exóticas (asiáticas, africanas, sudamericanas).<sup>7</sup> (Maqueda Abreu, Luisa)

Que la trata y la explotación de las mujeres es un jugoso negocio no se puede negar. Los periódicos de grandes tiradas embolsan ganancia a través de la difusión de anuncios ofreciendo servicios para adultos, entonces es un doble discurso hipócrita, por un lado se denuncia el maltrato de la mujer y por el otro se anuncia un servicio que ofrece la explotación de la misma. La pregunta sería: ¿A quién debemos penalizar? ¿A quien ejerce la prostitución porque es obligada a ello por distintas circunstancias? ¿O a los honorables caballeros que por pocos euros degradan la dignidad ajena? Quizás si se aplicaran a los clientes sanciones como: multas, no tener acceso a ningún beneficio fiscal o a ninguna subvención, la cosa cambiaría.

Datos del mercado en España: Los españoles se gastan 50 millones de euros todos los días en prostitución. En nuestro país hay 15 millones de varones potenciales clientes de 400.000 prostitutas o una por cada 38 hombres. Según la asociación de propietarios de clubs de alterne, el negocio de la prostitución mueve en España: 18.000 millones de euros (unos 3 billones de pesetas) al año. Para los «empresarios» del sector los ingresos por prostituta y año suponen de 45.000 euros. La media de gasto de los 15 millones de varones entre 16

5 VALLS-LLOBET, Carme. **Mujeres, salud y poder**. Cátedra-Madrid, 2009.

6 JIMENEZ BARCA, Antonio. En España se subastan esclavas. **El País**, 29 out. 2005.

7 MAQUEDA ABREU, Luisa. **El tráfico sexual de personas**. Tirant Lo Blanch, Valencia, [2005?].

y 64 años, sería de 1.200 euros al año ó 100 euros al mes. El 6% de la población española es consumidora habitual de prostitución. Los medios de comunicación también obtienen beneficios del negocio de la prostitución. La prensa de nuestro país obtiene importantes ingresos de la publicidad de prostitución.<sup>8</sup>

Desde una perspectiva de género debemos deconstruir imágenes de lo femenino basadas en la naturalización de la mercantilización del cuerpo femenino, la supuesta “naturaleza” de las mujeres para prostituirse para satisfacer deseos ajenos. Como “tampoco los hombres tienen una inclinación natural a pagar dinero a las mujeres para que éstas se plieguen a sus deseos sexuales.”<sup>9</sup> Por el contrario estas ideas persisten porque hay una existencia previa de un mercado prostitucional, construido socialmente e institucionalmente aceptado, lo que explica que algunas mujeres recurran a la venta de su propio cuerpo.<sup>10</sup> La libertad sexual de las mujeres no tiene nada que ver con la prostitución. Teniendo en cuenta la definición de Justiniano en su Digesto del año 533, establece que dicha actividad es aquella ejercida “por mujeres que se entregan a hombres por dinero y no por placer”. “Es obvio que las prostitutas se prestan a realizar los servicios demandados por sus clientes exclusivamente por dinero y que ninguno de los servicios realizados con esos hombres y en esas condiciones, constituye para ellas una práctica sexual deseada. Para las prostitutas esta actividad es sólo un medio (desagradable) de obtención de dinero y no tiene nada que ver con su propia sexualidad”. Si se quiere combatir el sistema prostitucional, se debe tener en cuenta el discurso del liberalismo sexual, soporte ideológico de dicho sistema que justifica la objetualización de las mujeres y su uso como producto comercial en nombre de nociones engañosas como “consentimiento” y “libertad de elección”. Ambas nociones que sólo sirven para encubrir las relaciones sociales de desigualdad (entre hombres y mujeres, entre habitantes de países ricos y pobres, entre adultos y menores) sobre las que descansa actualmente el comercio. Existe un gran desconocimiento por parte de la sociedad española de la situación de vulneración de derechos humanos que viven la gran mayoría de mujeres que ejercen la prostitución, sin embargo la figura del comprador de “servicios sexuales” permanece invisible. “La prostitución es asimilada con las prostitutas. Por este mecanismo se oculta (políticamente) que los hombres son el otro elemento constituyente de la prostitución y se afirma a la vez que quienes la encarnan son las prostitutas. Mediante este procedimiento intelectual se libera al hombre del mal de la prostitución, se le exonera y se le beneficia políticamente.”<sup>11</sup>

Existe además, en la sociedad una idea de liberalismo sexual que hace que se toleren prácticas denigrantes, ya que el ejercicio de la prostitución sea libre o forzada atenta contra la dignidad de las personas que la ejercen. La libertad sexual es una actividad humana que requiere de una relación de igualdad y voluntariedad, una expresión de libertad compartida, por tanto no puede haber una relación comercial que constituye en

8 COMISIÓN DE DERECHOS DE LA MUJER Y DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Informe de la Ponencia sobre prostitución. **Boletín oficial de las Cortes Generales VIII legislatura**, Serie A: 13 de abril de 2007, núm. 367, Actividades parlamentarias.

9 REY MARTINEZ, Fernando; MATA MARTÍN, Ricardo; SERRANO ARGUELLO, Noemí. **Prostitución y Derecho**. Aranzadi: Thomson Reuters, 2004.

10 VIGIL, Carmen; VICENTE, María Luisa. **Prostitución, liberalismo sexual y patriarcado**. 2006.

11 LAGARDE, Marcela. **El cautiverio de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y locas**. Universidad Autónoma de México, 1990.

sí misma una relación de abuso, de poder. Es necesario cambiar el paradigma vigente, si no hay demanda, la oferta no tiene razón de ser. Sin duda la prostitución tiene estrecha relación con los efectos negativos de la globalización y desigualdad económica. Y con el sistema patriarcal aún vigente que propicia la manifestación del amplio abanico de la violencia de género, entre las que se encuentran los distintos tipos de explotación sexual. Y forma parte del comercio ilícito internacional cuando hablamos de trata y tráfico de personas con fines de explotación, en el caso de la prostitución forzada. El 14 de febrero de 2006, el pleno del Congreso, aprobó por unanimidad, una moción para “iniciar un proceso de estudio, de debate y comparecencia” sobre la situación de la prostitución en España. “Hay acuerdo general en la complejidad del problema, en la dificultad de encontrar soluciones eficaces y viables la insuficiencia del tratamiento actual.”<sup>12</sup>

El ejercicio habitual de la prostitución atenta a la dignidad humana, entendiendo como tal que la persona debe ser considerada como fin y no como un medio. Quien se prostituye sea mujer o varón se cosifica, porque se convierte en el medio para satisfacer las fantasías sexuales del cliente, y no pocas veces, son objeto de vejaciones y violencia. Y es en el ejercicio de la prostitución donde la persona prostituida dispone menos de su cuerpo, contrariamente a los que sostienen que quien decide libremente ejercer la prostitución tiene derecho a disponer de su propio cuerpo. “Quizás más grave todavía, por su perversidad, es la invocación del derecho a disponer del cuerpo. La utilización de una de las más grandes conquistas de las mujeres para justificar la prostitución es particularmente insultante: ¿dónde disponen menos de su cuerpo las mujeres que en la prostitución?”.<sup>13</sup> Los cuerpos de las personas no se alquilan ni se vende, no son objetos comerciables, están por encima de todo precio. “En el reino de los fines, todo tiene un precio o una dignidad. Cuando una cosa tiene un precio, puede ofrecerse en vez de ella otra como equivalente; más cuando una cosa está por encima de todo precio, y por tanto no permite equivalente, entonces tiene dignidad.” (Kant, Emmanuele)

El debate que se debería plantear, tendría que estar orientado a cambiar el paradigma existente, es decir educar en igualdad y responsabilidad. Esto incluye también la sexualidad responsable, es decir el empoderamiento que se tiene que ejercer como persona libre de decidir, cómo y con quien ejercer la sexualidad. Pero, aún hoy, se sigue sosteniendo la ideología patriarcal que asigna los lugares que deben ocupar las mujeres y la calificación como “buenas mujeres” y “malas mujeres, las putas”, a las primeras se las debe respetar y las segundas deben estar disponibles para acceder a sus cuerpos, porque las necesidades fisiológicas masculinas lo justifican. En una sociedad donde se pretende alcanzar la igualdad real, es irracional este tipo de razonamiento. El acceso a una educación sexual responsable evitaría embarazos adolescentes no deseados, inculcaría el respeto por el propio cuerpo y por el del otro. Se desmontaría la creencia de la necesidad de demandar servicios sexuales porque para “eso” están “las putas”. “Es necesario trabajar haciendo un especial hincapié en

12 REY MARTINEZ, Fernando. **La prostitución ante el derecho: problemas y perspectivas**. Nuevas políticas. Anuario multidisciplinar para la modernización de la Administración Pública. Junta de Andalucía, 2006.

13 JAREÑO LEAL, Angeles. La política criminal en relación con la prostitución. ¿Abolicionismo o legalización. En: SERRA CRISTOBAL, Rosario, (coord.) **Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos**. Valencia: Ed Tirant Lo Blanch, 2007.

la educación sexual y afectiva desde el punto de vista de las relaciones de igualdad entre hombres y mujeres. Promover, desde el sistema educativo, la coeducación y sus valores para una sociedad de hombres y mujeres con igualdad de derechos y oportunidades “La prostitución es una práctica de carácter social, no natural (por tanto, modificable y no inevitable).”<sup>14</sup> Por tanto si se quiere alcanzar la efectiva igualdad entre mujeres y varones se debe propulsar una educación igualitaria para ambos sexos, que cada persona sea respetada como tal. Esto se conseguirá con educación, desde la cuna

Hay toda una variedad de situaciones ancladas en tradiciones culturales regresivas en las que el ser humano mujer es objeto de trato diferencial, discriminatorio y en determinados casos agresivo para su propio cuerpo que constituyen claras manifestaciones de la violencia contra las mujeres: como ejemplos, el aborto y el infanticidio selectivo de niñas, la inserción de anillos en el cuello en las llamadas mujeres jirafas, el padecimiento endémico de fístulas obstétricas originadas por los embarazos prematuros y en condiciones precarias, y sobre todo las prácticas antes citadas de ablación de clítoris e infibulación.<sup>15</sup> Se estima que más de 130 millones de niñas y mujeres que viven actualmente han sido sometidas a la ablación o mutilación genital femenina, sobre todo en África y algunos países del Oriente Medio. La práctica también está muy difundida en las comunidades de inmigrantes en Europa, América del Norte y Australia. (UNICEF, 2005). Los informes elaborados por las Naciones Unidas, o por organizaciones como Amnistía Internacional, ponen de manifiesto que las mujeres son objeto constante de agresiones específicas, precisamente por su pertenencia a uno de los sexos, ataques que constituyen un universo especial de violaciones de los derechos humanos. Pese a ser la mitad de la humanidad, multitud de hechos muestran que sigue sin estar asumida su condición de ser humano en condiciones de igualdad con los varones. “La discriminación en función del sexo todavía es una medida común en el mundo. Por ella, mueren más mujeres y niñas que por ningún otro tipo de abuso contra los Derechos Humanos.”<sup>16</sup> Desde la perspectiva de éstos últimos no se deben fomentar situaciones de subordinación de las mujeres respecto a los varones porque se viola el principio de igualdad. Ahora bien, como pone de relieve Elósegui, para evitar que la costumbre de la mutilación genital femenina, que es discriminatoria contra la mujer, se continúe practicando, la vía idónea no es imponer sino educar para que cada mujer sepa defender sus derechos y actúe en nombre propio para ello.<sup>17</sup> Según pone en relieve Nahid Toubia, médico sudanés, “se trata de una práctica cultural, sin ninguna aprobación religiosa y es un error extendido pensar que es una costumbre islámica. Lo más común es que se lleve a cabo antes de la pubertad, a niñas entre 4 y 8 años, causando un grave daño irreversible quirúrgicamente”

14 VIGIL, Carmen; VICENTE, María Luisa. **Prostitución, liberalismo sexual y patriarcado**. 2006.

15 MAGALLON PORTOLES, Carmen, Mujeres en las guerras, mujeres por la paz. En: ELOSEGUI, M, GONZALEZ, M.T.GAUDÓ (ed.). *El rostro de la violencia. Más allá del dolor de las mujeres*. Icaria, Barcelona, 2002.

16 MAGALLON PORTOLES, Carmen, Mujeres en las guerras, mujeres por la paz. En: ELOSEGUI, M, GONZALEZ, M.T.GAUDÓ (ed.). **El rostro de la violencia. Más allá del dolor de las mujeres**. Icaria, Barcelona, 2002.

17 ELOSEGUI ITAXASO, María. **El derecho a la igualdad y a la diferencia. El republicanismo intercultural desde la filosofía del derecho**. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer, Madrid, 1998.



“La norma ética universal de respetar y conservar la integridad física de las personas entra en conflicto, en algunas culturas, con ciertas normas morales (de grupo) ligadas a los ritos. Teniendo esto en cuenta, nuestra condena de la Mutilación Genital Femenina está en parte fundamentada sobre una verdad biomédica que no puede ponerse en duda: el carácter dañino y totalmente prescindible de esas pautas culturales. “Así pues, en este caso el juicio ético es posible, entre otras cosas, porque esta verdad biomédica no es válida solamente en la cultura occidental sino que es válida universalmente” (Alvargonzález, David).<sup>18</sup>

Otro modo de cosificar y mercantilizar los cuerpos de las mujeres es la extendida práctica de la gestación por sustitución o vientres de alquiler. Los vientres de alquiler son un método que suele entenderse como la búsqueda de una mujer fértil que inicie, geste y traiga al mundo un niño, a cambio de una compensación económica, de tal modo que la subrogada se encuentra embarazada a propósito, con la intención de dar el bebé a otros y con la claridad de que éste no formará parte de su familia. En esta definición considero necesario agregar que se renuncia al derecho fundamental de la filiación y con ello se vulnera el derecho fundamental del/la menor a su propia identidad que es un derecho humano y se encuentre en el marco de la Convención Internacional por los Derechos de la Niñez. Respecto a los vientres de alquiler, es necesario desmontar algunos mitos, relacionados con la práctica en sí y con el resultado biológico y social derivado de elegir descendencia a la carta. El primero, el hecho de que la “gestación subrogada” No es una técnica de reproducción asistida, no se trata de un proceso técnico-científico como la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Se sirve de dichas técnicas, pero no es una de ellas. La gestación es un proceso fisiológico, al menos mientras se desarrolle en el útero de una mujer y no en un útero artificial. Los vientres de alquiler son una práctica inhumana que vulnera derechos fundamentales tanto de la mujer gestante, como la del recién nacido/a, y de ningún modo es una técnica de reproducción asistida, como quieren hacer creer, usando un neolenguaje, las agencias que ofrecen este servicio. Esta práctica vulnera muchos derechos y bienes jurídicos, como así se ha constatado en el caso que el/la niño/a no resulte del sexo deseado, cuando se ha producido un parto gemelar, cuando el número de fetos ha excedido al deseado por los padres contratantes o el abandono del recién nacido cuando ha sido portador de una malformación o del síndrome de Down que los contratantes dejan abandonados y de los cuales las madres de alquiler se acaban haciendo cargo o por el mero hecho de que no resulte ser del sexo deseado. Hay sentencias que así lo demuestran. Sin contar que se realizan prácticas que afectan a la dignidad y a la dignidad física y moral de las mujeres gestantes, es frecuente que las agencias ofrezcan un “book” con las fotos de las posibles madres gestantes, como si de objetos se trataran, para mostrar a los futuros padres las características físicas de la gestante.

El segundo mito es la falsa analogía con la donación de órganos. Una donación consiste en hacer entrega de una parte separable del cuerpo, que dependiendo del órgano afectado sólo es aceptable en aquellos ca-

<sup>18</sup> ALVARGONZALEZ, David. Del relativismo cultural a otros relativismos. *Revista el Catoblepas*, n. 8, oct. 2002. Disponible em: <https://www.nodulo.org/ec/2002/n008p13.htm>. Acceso em: 10 nov. 2021.

En los que está comprometida la vida del receptor, donar un riñón, una parte del hígado. Es innegable que la mujer que acepta la transferencia embrionaria no se desgaja de su útero, sino que el proceso de embarazo y parto ocurre en el seno de su cuerpo; de hecho, lo único separable de su cuerpo es la criatura que nace, pero nadie con un mínimo de sentido ético o jurídico defendería que los seres humanos se pueden donar o ceder, a no ser que tuviera en alta consideración la esclavitud humana.

El tercer mito es la parodia de la libertad. Apoyar la práctica de los vientres de alquiler es contribuir a mantener las ganancias de los intermediarios que ofrecen sus servicios a cambio de vulnerar los derechos de las mujeres que se ofrecen como vientres de alquiler, donde hay vulnerabilidad no hay libertad. Si la mujer que ha alquilado su útero tuviera el mismo dinero, las mismas oportunidades, la misma educación y viviese en una sociedad que la tratase igual que un varón ¿Habría alquilado su cuerpo? Si la respuesta es no, no existe tal libertad. ¿Podemos asegurar que el contrato se ha efectuado libremente y en igualdad de condiciones y que al celebrar dicho contrato no ha habido dolo, error o violencia? El principio de libertad debe conjugarse siempre con principios del mismo rango como “igualdad”, “dignidad” o “integridad física y moral», además el ejercicio lícito de la libertad no puede poner en riesgo la integridad física o moral de terceras personas y la libertad no es un genérico derecho a hacer lo que nos viene en ganas como así tampoco en nombre de la libertad renunciar a derechos fundamentales como se hace con la mujer gestante que, se la obliga a renunciar a la filiación.

Por último, cabe también desmentir la relación entre la comunidad LGBT y los vientres de alquiler. Es una falacia pensar que ambos están relacionados. Es lamentable que, muchas veces se utiliza al colectivo como bandera para pedir la legalización de esta práctica como necesidad imperiosa para este colectivo. Si de verdad se desea fervorosamente ser madre/padre el medio idóneo sería la adopción del/la hijo/a deseado/as y dar así una segunda oportunidad a estos/ tas niños/as que por distintas circunstancias no están con sus familias de origen y no se contribuiría a engrosar las ganancias de los intermediarios que ofrecen sus servicios a cambio de vulnerar los derechos de las mujeres que ofrecen como vientres de alquiler. Pienso que se debería hacer una reforma seria y con criterio de la Ley de Adopción vigente. Dar seguridad y celeridad jurídica al proceso de adopción para que los posibles padres/madres adoptivos/as cumplan los deseos de tener un/a hijo/a y los/ las adoptados/as finalmente una familia.

La falsa libre elección y el último eslabón: la mujer gestante es el último eslabón de una cadena de un negocio mundial que mueve millones de euros al año, principalmente para los agentes intermediarios, esto supone la comercialización del cuerpo de las mujeres en clara situación de indubitable necesidad económica y social. Tanto el Tribunal Supremo español, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos TEDH, han llegado a la conclusión de que la maternidad subrogada vulnera la dignidad humana y la integridad física y moral de la madre gestante, así como también los derechos fundamentales del/ la hijo/a nacido mediante esta práctica porque se vulnera su derecho a conocer su origen biológico, en el certificado de nacimiento no figura el nombre de la madre gestante.

La mentalidad neoliberal se nos ha ido de las manos, parece que todo puede justificarse por dinero, aceptar perjudicar a alguien siempre y cuando se basara en una transacción económica en ¿Qué clase de sociedad nos convertiríamos? No se puede hablar de libre elección generalmente, la mujer gestante, está sujeta a contratos leoninos cuyas cláusulas no puede rechazar. En el caso de la India, están hacinadas en granjas, como si fuesen animales cuya única función es comer y reproducirse, aisladas de sus familias y si tienen hijos no tienen contactos con ellos, en el caso de tener un aborto espontáneo están obligadas a indemnizar a los padres de intención. Se puede cambiar de localización geográfica, pero los métodos utilizados por el entramado de agencias y clínicas que promueven esta práctica son los mismos. Las mujeres se prestan su útero en alquiler, en el caso de Ucrania, sufren las mismas condiciones de vida, están recluidas en pisos y sólo se les permite salir una hora al día y siempre acompañadas del personal de vigilancia. ¿Esta es la libertad que defendemos? Creo que todas y a todos nos convendría reflexionar un poco antes de enarbolar la bandera de la libertad sobre todo a quienes se beneficia con esta práctica, que, sin duda, serán las empresas implicadas y quienes serán las perjudicadas, también sin duda, las mujeres. Lo que viene siendo la compraventa de personas y el tráfico de cuerpos se pretende legalizar bajo el epígrafe de “libertad a decidir sobre el propio cuerpo” y “derecho a ejercer la maternidad/paternidad”. Me pregunto desde cuando todo aquello que deseamos adquirió la categoría de derecho y a la falta de recursos y oportunidades, decidimos llamarla libertad. Considero que la maternidad no es una vocación universal, porque la maternidad/paternidad, no es un derecho, es una elección. No se puede defender la existencia de un derecho a la maternidad entendido como un derecho fundamental. En los ordenamientos jurídicos no aparece una formulación jurídica que reconozca formalmente el derecho a ser madre o padre. Sí se protegen ciertos aspectos de la maternidad: la baja maternal de la mujer trabajadora, las regulaciones sobre reproducción asistida, por ejemplo.

Es de señalar que, que tener hijos propios responde a un hecho cultural, a través de la historia ha cambiado la cantidad de hijos y de modelos de familia. El mandato impuesto a la mujer es que su destino y obligación es ser madre, en contraposición habría que reflexionar por qué a los varones no se les impone que la virilidad se descubre a sí misma a través de la paternidad, socio culturalmente no se les exige como mandato que, para ser completos como tales, deben ser padres. Ser madre no debe ser una imposición sino una elección libre, y un deseo jamás puede vulnerar los derechos de terceras personas. Para satisfacer el deseo, que no derecho, de algunas personas de ser padres o madres y que no pueden conseguirlo de manera natural, existe ya una fórmula llamada adopción, que no implica remuneración económica a los padres biológicos y que evita así el mercado de personas y ayuda a niños y niñas que no tienen recursos ni familia a tener una vida digna (esto sí debería ser un derecho humano).

El capitalismo como eje de discriminación. Es de destacar que la gestación por sustitución funciona en forma casi idéntica a como lo hace el capitalismo: genera la necesidad, para después ofrecer la solución. Esto es inadmisibles porque las personas son sujetos de derecho y por tanto fuera de toda transacción comercial.

Evidentemente con esta práctica se cosifica y mercantiliza el cuerpo de la mujer en clara situación de necesidad económica y social y se mercantiliza y cosifica también al/ la recién nacido/a al convertirlo/a en objeto obtenido mediante transacción contractual y mercantil. Sería de vital importancia poner en relieve porqué la insistencia de legalizar esta práctica que la conecta con el capitalismo y el patriarcado aún vigente, que sin duda confirma la ideología machista dominante y sustenta y fomenta la desigualdad de género.

Esto también nos lleva a desmentir la existencia de la gestación subrogada altruista. El altruismo no existe porque esta práctica exige la firma de un contrato, establece compensaciones económicas y lo inadmisibles es que se renuncie a derechos fundamentales. La “maternidad altruista” es un mito porque le legitima y encubre el auténtico negocio para las agencias intermediarias. Cuando se firma el contrato, la gestante pierde toda capacidad de interrumpir el embarazo, cambiar de opinión y cambiar el consentimiento. En España habría que considerar la posibilidad de sancionar a las agencias que se dedican a promover la gestación subrogada, habida cuenta de que es una práctica ilegal en todo el territorio nacional. Por tanto, no creo oportuno legislar a favor de la gestación por sustitución, porque si aceptamos la subrogación altruista será un peldaño hacia la gestación comercial.

Creo firmemente que las mujeres debemos huir del victimismo para ser definitivamente sujetos de derechos. De ser invisibles a ser protagonistas de nuestras propias historias, y esto también es aplicable a todo lo referente al derecho a la salud y a la calidad de vida. Defender la propia identidad, entre otras cosas, es defender la libertad de asumir la responsabilidad de nuestra propia salud y exigir que nuestro cuerpo sea respetado y no permitir que ningún estereotipo nos condicione.

## BIBLIOGRAFIA

- ALVARGONZALEZ, David. Del relativismo cultural a otros relativismos. **Revista el Catoblepas**, n. 8, oct. 2002. Disponible em: <https://www.nodulo.org/cc/2002/n008p13.htm>. Acceso em: 10 nov. 2021.
- CARME.Valls-Llobet. **Mujeres, salud y poder**. Catedra, ed, 11-2009.
- COMISIÓN DE DERECHOS DE LA MUJER Y DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Informe de la Ponencia sobre prostitución. **Boletín oficial de las Cortes Generales VIII legislatura**, Serie A: 13 de abril de 2007, núm. 367, Actividades parlamentarias.
- ELOSEGUI ITAXASO, María. **El derecho a la igualdad y a la diferencia. El republicarismo intercultural desde la filosofía del derecho**. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer, Madrid, 1998.
- GONZÁLEZ, Nuria. *Vientres de Alquiler*. Ed. Lo que no existe. Madrid: Enero 2019.
- JAREÑO LEAL, Angeles. La política criminal en relación con la prostitución. ¿Abolicionismo o legalización. En: SERRA CRISTOBAL, Rosario, (coord.) **Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos**. Valencia: Ed Tirant Lo Blanch, 2007.
- LAGARDE, Marcela. **El cautiverio de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y locas**. Universidad Autónoma de México, 1990.
- MAGALLON PORTOLES, Carmen, Mujeres en las guerras, mujeres por la paz. En: ELOSEGUI,M, GONZALEZ, M.T.GAUDÓ (ed.). **El rostro de la violencia. Más allá del dolor de las mujeres**. Icaria, Barcelona, 2002.
- PIATTI, María de Luján **Violencia contra las mujeres y alguien más...** Tesis Doctoral, Universidad de Valencia– España– 2013.
- SALEME, Elsa. Derecho a la salud. Reflexiones desde las tecnologías de reproducción asistida, 2010, vol XI. Disponible em: <https://psiquiatria.com/bibliopsiquis/volumen.php?wurl=derecho-a-la-salud-reflexiones-desde-las-tecnologias-de-reproduccion-asistida>. Acceso em: 10 nov. 2021.

TUBERT, Silvia. **Mujeres sin sombra. Maternidad y tecnología.** Madrid siglo XXI, 1991.

VALLS-LLOBET, Carme. **Mujeres, salud y poder.** Cátedra-Madrid, 2009.

VIGIL, Carmen; VICENTE, Maria Luisa. **Prostitución, liberalismo sexual y patriarcado.** 2006.

# CAPÍTULO 8

## A PROTEÇÃO E O HISTÓRICO DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Regina Cirino Alves Ferreira

Patrícia Barbosa e Silva

### 1 O FALO SOCIAL E A VIOLÊNCIA

O trabalho de civilização tornou-se cada vez mais um assunto masculino, confrontando os homens com tarefas cada vez mais difíceis e compelindo-os a executarem sublimações instintivas de que as mulheres são pouco capazes. (Sigmund Freud).

Guerra, barbárie, poder, força, lesão, morte, dano, são sinônimos de uma palavra que deveria ter ficado nos filmes ou livros de história, mas fortemente existentes em plena sociedade no século XXI. O desejo por uma sociedade justa, equalizada, solidária, orgânica ainda está somente nos pensamentos utópicos de quem almeja um dia não ser consumido pelo medo de ser assassinado por um ente querido, por seu esposo, amigo ou por um desconhecido na rua, por vivermos numa sociedade pautada pela força, mas nos referimos, inicialmente, à força falocêntrica. O modelo de tudo que é adotado socialmente ainda é o da sexualidade masculina. Tudo que se distancia deste perfil é negado ou negativizado. O falo é a representatividade social da representatividade masculina.

O falocentrismo ratifica a lógica patriarcal de que homens e mulheres estão em polos opostos da sociedade e devido a representatividade do falo, tudo que se afasta deste é considerado inferior e socialmente negado.

Diversos autores da filosofia como Butler, Bourdieu, Laqueur, Schneider, Birman e Freud consideram o modelo masculino como o modelo autoevidente do humano, ou seja, a sexualidade masculina tornou-se uma regra. Especificamente, Freud, considera o modelo patriarcal tradicional como base de seus estudos, considerando, assim, o masculino como o sistema universal e o feminino como o particular, definindo a mulher, inclusive, como “o continente negro da psicanálise”, ou seja, de entendimento não tão facilmente inteligível quanto ao homem”. Sua psicanálise se diferencia muito das perspectivas contemporâneas, haja vista que adotou modelo histórico ocidental em que coloca o homem numa posição hierárquica superior ao da mulher, considerando esta, absurdamente, o desvio errático da sociedade.

O falocentrismo até a década de 60 era visto como algo extremamente natural, inerente a uma cultura segregadora de gênero, posicionando o gênero masculino num pedestal inatingível, sendo perpetuado pela igreja, escola, família e Estado. Entretanto, nas últimas 3 décadas vivenciamos mudanças sociais, no que tange prin-

cipalmente ao cerne familiar nos dando a sensação de estarmos vivendo numa sociedade mais igualitária, pois a transição, ainda que a passos curtos, de um formato familiar patriarcal, em que o pai possuía uma “legitimidade cultural” de castigo a seus filhos e até a suas esposas, nos dão a falsa sensação de que o modelo patriarcal está se desfazendo, mas que na verdade, os passos precisam se alargar para que um estrutura historicamente tão enraizada seja considerada fadada ao insucesso.

Neste modelo de dominação, cheio por violência, o ser dominado, no caso, a mulher, jamais poderá questionar o dominante, homem, por não ter prerrogativas e respaldo para tal. Mas, que prerrogativa seria esta? A violência simbólica representada pela capacidade exclusiva do gênero masculino em suprir as necessidades familiares, e deixando as mulheres em total condição de vulnerabilidade financeira, vivendo numa prisão inescapável dela mesma e de seu aprisionador.

A “aspiração contemporânea à feminilidade” seria, segundo Miller seria o fator preponderante para a queda do falocentrismo, pois opõe-se a “aspiração da virilidade” denominada por Freud.

Nos dias atuais, apesar de ainda extremamente enraizado e marcado por violência, a sociedade Ocidental possui em suas entranhas uma história de dominação do ser masculino sobre o feminino e que espelhada no século XXI, entretanto, nota-se claramente uma mudança no sentido da feminização do mundo e o enfraquecimento do viril. As imposições advindas historicamente por uma superioridade de gênero devem ser a cada dia mais justificadas pela voz de seres, que até 70 anos atrás, eram compulsoriamente caladas pelo falo social.

## 1.1 A VIOLÊNCIA E SUA MULTIPLICIDADE

A palavra violência origina-se do latim *violentia*, que remete a *vis*, e significa caráter violento ou bravo, força, vigor, potência, emprego de força física. Significa também quantidade, abundância, essência e força em ação. Para Michaud (1989), a etimologia do termo evidencia a ideia de uma força não qualificada que se torna violência apenas quando passa da medida, quando perturba uma ordem, quando rompe acordos e regras que ordenam relações.

Na contemporaneidade, não pode ser mais utilizada como uma palavra isolada, no singular, pois, “[...] não existe violência, mas violências, múltiplas, plurais, em diferentes graus de visibilidade, de abstração e de definição de suas alteridades” (MISSE, 1999, p. 38).

Inúmeras são as situações que definem as violências contemporâneas, como as coletivas (guerras), estatal (uso de força por instituições legitimadas para tal), estrutural (práticas advindas de desigualdade social), cultural (práticas discriminatórias) e a individual (violências interpessoais), esta que trataremos com mais afinco.

A violência individual ou direta se caracteriza por todo e qualquer ato que tenha como objetivo causar dano físico a alguém ou alguma coisa e por isso, ela se manifesta através do comportamento humano, logo, sempre há um responsável pela ação, diferentemente da violência indireta ou estrutural, em que não há um úni-

co responsável concreto que possa ser responsabilizado pelas consequências, este tipo de violência se dá através da desestruturação de um modelo sócio econômico.

A violência individual se desdobra em mais modalidades, eis que se desenvolve em consonância com a complexidade da própria sociedade, sendo definida pela Organização Mundial da Saúde em vários tipos quanto a sua natureza, como: a) abuso físico; b) abuso psicológico; c) abuso sexual; d) abandono; e) Negligencia; f) privação de cuidados.

## 1.2 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E CRIME DE ÓDIO

Ao tratar de violência contra a mulher, importante ressaltar que não se trata de fixação de polos dominadores definidos por gêneros, mas de enfatizar relações que são fruto de um sistema dispare patriarcal, proveniente de uma sociedade historicamente falocêntrica, que gera desproporcionalidade no convívio social. Valores contemporâneos sociais pautados num discurso extremamente segregador, injusto e colonizador. Noutra giro, diferentemente do gênero, o sexo é o definidor de características biológicas entre os gêneros e que estão relacionados diretamente a anatomia e a fisiologia.

Segundo Agenor Goncalves, a violência contra a mulher é todo ato que resulte em morte ou lesão física, sexual ou psicológica de mulheres, tanto na esfera pública quanto na privada e baseada em gênero, ou seja, os crimes são cometidos contra mulheres pelo simples fato de serem mulheres.

A violência contra mulher pode ser considerada, em alguns momentos, como Crime de Ódio, este tipo de crime visa um grupo específico, sendo o gênero da vítima o motivador principal para o seu cometimento. São crimes motivados pelo preconceito, sendo a vítima intencionalmente escolhida pelo criminoso. Preconceitos em razão de raça, religião, orientação sexual, nacionalidade, deficiência física e outros.

Consoante observa Meyer-Pflug<sup>1</sup>, “Nas manifestações de ódio, os destinatários são feridos por pertencerem a um determinado grupo que é discriminado. É dizer, o indivíduo é violado exatamente naquilo que o identifica como pertencente daquele determinado setor da sociedade.”<sup>2</sup>

No Brasil, a Carta Magna, define como “objetivo fundamental da República” (art. 3º, IV) o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, ou quaisquer outras formas de discriminação”. A expressão “quaisquer outras formas” refere-se a todas as formas de discriminação não mencionadas explicitamente no artigo, tais como a orientação sexual ou a discriminação em razão da profissão, entre outras.

A história de violência contra a mulher está diretamente relacionada a ideia de posse e coisificação do gênero feminino, sendo, desde o império romano, uma cultura de maridos castigarem fisicamente suas esposas e ratificada pela sociedade com o passar dos anos.

1 MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

2 MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 102.



Estas relações de dominação e submissão são definidoras da violência contra a mulher e tratá-la meramente como física, sua integridade estaria sendo deixada de lado, como a psíquica, moral e sexual.<sup>3</sup>

A violência de gênero, não só enquanto ato físico no que tange a violência simbólica, de desvalorização e subjugação social da mulher, é um fenômeno tão antigo quanto a própria humanidade e que segundo, Patman<sup>4</sup> pode ser considerado um sistema de poder parecido com o escravismo, haja vista que no modelo patriarcal atual, a vida privada, doméstica, não são normatizadas pela esfera pública, o que torna a relação dentro de casa nas mãos de quem possui o poder. E que poder seria este? O econômico, logo, a mulher fica nas mãos do homem pelo modelo histórico patriarcal. O chefe de família torna-se completamente detentor do poder dentro daquele universo. Formato este que nos deparamos desde a colonização do Brasil em que os donos de terras chefiavam famílias gigantescas em que as mulheres eram privadas do básico como educação e reprimidas, inclusive, quanto a sua sexualidade. Direitos políticos estavam longe de ser pauta no universo feminino. Entretanto, com a evolução das cidades, alguns direitos foram ajustados quanto a mulher, como o voto que se tornou um direito da mulher somente em 1932.

Os direitos da mulher foram ampliados somente com a Constituição de 1988, ou seja, somente há pouco mais de 30 anos, sendo que, na década de 80, o olhar para a violência doméstica fez surgir conselhos, secretarias e centros de proteção à mulher, sendo a primeira delegacia criada em 1985, sendo a conhecida “Lei Maria da Penha”, lei de proteção a mulher, criada em 2006.

Diversas são as formas de violência contra a mulher, dentre elas destacam-se:

### 1.2.1. ESTUPRO E ESTUPRO CONJUGAL

Segundo o Código Penal Brasileiro<sup>5</sup>, em seu artigo 213, o crime de estupro consiste em “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.”

A pena é de reclusão, podendo chegar a 10 anos. Se o estupro resultar de lesão corporal de natureza grave ou se a vítima for menor, agrava-se a pena para até 12 anos e se resultar em morte, a pena poderá chegar a 30 anos.

Embora não seja de conhecimento de todos, uma mulher, mesmo casada, pode ser vítima de estupro no relacionamento. Completamente ignorado pela lei, o Estupro Conjugal hoje está sendo extremamente discutido e amparado por tratados internacionais e que é o sexo não consensual perpetrado pelo cônjuge da vítima, mas ainda considerado legal em alguns países do Oriente.

3 SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004. p. 17.

4 PATEMAN, Carole. **The disorder of women: democracy, feminism and political theory**. Stanford, Stanford University Press. 1989. s/p.

5 BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 17 set. 2021.

Há divergência doutrinária acerca do Estupro Conjugal, em que os doutrinadores mais antigos, como Nelson Hungria, que não considerava estupro a recusa da esposa, eis que a mesma estava descumprindo uma das obrigações matrimoniais, sendo que poderia ser exigido pelo cônjuge, sendo assim, o marido que forçasse a esposa ao ato sexual sem consentimento, estaria em seu exercício regular do direito.

Neste sentido, relembra Souza, que este é um dos capítulos de iniquidades judiciais para com as mulheres, ou seja, a compreensão sobre a impossibilidade de mulher casada ser estuprada pelo marido, salvo situações excepcionais como doença venérea. Ainda, cita como exemplo a discussão relativa à violência em desfavor de que “mulheres desonestas” (v.g., prostitutas), as quais não deveriam ser equiparadas às honestas no tipo penal de estupro.<sup>6</sup>

A ausência de relação sexual no casamento pode ser causa de separação judicial, mas não de violência, tal também se aplica para a mulher, afinal, pela Constituição de 88, homens e mulheres são iguais perante a lei, resguardando-se dos mesmos direitos.

### 1.2.2. CASAMENTO FORÇADO

Ausência de relação sexual, eis que o casamento acontece à contra gosto, resultado na falha de inteiração entre o casal. Não se confunde com o casamento arranjado, em que as partes aceitam que seus pais ou terceiros escolham seu cônjuge. Considerado uma violação aos direitos humanos da pessoa, eis que cerceia a liberdade da mesma.

### 1.2.3 COERÇÃO REPRODUTIVA

A coerção reprodutiva é o ato de controlar a saúde reprodutiva de alguém com quem esteja em um relacionamento íntimo ou de namoro contra a sua vontade. Envolve um comportamento que interfere nas escolhas contraceptivas e isso inclui sabotagem do controle de natalidade, pressão da gravidez e coerção da gravidez. Todos estão associados a sérias consequências reprodutivas, incluindo gravidez indesejada, aborto, infecções sexualmente transmissíveis, resultados ruins de gravidez e trauma psicológico.<sup>7</sup>

### 1.2.4 RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

No Brasil, consiste em desrespeito aos direitos e garantias fundamentais, assegurados pelo art.5, inciso XV da Constituição Federal.

A título de ilustração, em comunidades muçulmanas e hindus, a mulher só pode se locomover somente com a presença de uma pessoa do masculino. Uma espécie de via ou guardião. Ainda existem países em que

6 SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal**: parte especial: arts. 155 a 234-B do CP. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 463.

7 PARK, Jeanna; Nordstrom, Sherry, K; Weber Kathleen M; Irvin, Tracy. Reproductive coercion: unclinking and imbalance of social power. **Obstetrics & Gynecology**, v. 214, n.1, p. 74-78. 2016.

as mulheres se veem obrigadas a viver reclusas, isoladas socialmente em seus períodos menstruais para não contaminarem outras pessoas, principalmente alimentos, sendo inúmeras, vítimas de maus tratos.

### 1.2.5 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A LEI MARIA DA PENHA

Maria da Penha Maia Fernandes, uma brasileira natural do Ceará, sofreu duas tentativas de assassinato em 1983, por parte de seu marido. Como resultado, ela ficou paraplégica, necessitando de uma cadeira de rodas para se locomover.

Como o Judiciário brasileiro tardou em tomar providências para responsabilizar o autor da violência, quinze anos depois, em 1998, com a ajuda do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), ela conseguiu que seu caso fosse analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Em 2006, o Estado brasileiro fez a reparação simbólica, nominando a Lei 11.340/06, que cria dispositivos para “coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres”, como “Lei Maria da Penha”, e em 2008, fez a reparação material pagando o valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) para Maria da Penha Maia Fernandes. Na época, Maria da Penha afirmou: “dinheiro nenhum pode pagar a dor e a humilhação das últimas duas décadas de luta por justiça”.

A Lei 11.340/06, que recebeu o nome de “Lei Maria da Penha”, foi fruto da organização do movimento feminista no Brasil que desde os anos 1970 denunciava as violências cometidas contra as mulheres (violência contra prisioneiras políticas, violência contra mulheres negras, violência doméstica, etc.).

A lei tipifica e define a violência doméstica e familiar contra a mulher. Estabelece as formas da violência doméstica contra a mulher como física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Determina que a violência doméstica contra a mulher independe de sua orientação sexual.

A Lei Maria da Penha estabelece que todo o caso de violência doméstica e familiar é crime. A Lei tem como objetivo Prevenir, Punir, e Erradicar a Violência contra a Mulher. Para que a lei seja aplicada é necessário que a vítima seja mulher. Isso, naturalmente, abrange mulheres travestis e transexuais, uma vez que ser mulher é uma identidade e independe do sexo atribuído no momento do nascimento. Logo, é destinada a mulheres em situação de vulnerabilidade em relação ao agressor no âmbito familiar.

De acordo com o artigo 5º da Lei Maria da Penha, violência doméstica e familiar contra mulher é qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.”<sup>8</sup>

8 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 17 set. 2021.

O Projeto de Lei 4286/20<sup>9</sup>, de autoria da Deputada Margarete Coelho, altera a Lei Maria da Penha para expandir o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher.

De acordo com a legislação configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, e dano moral ou patrimonial no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto<sup>10</sup>.

Pela proposta em análise na Câmara dos Deputados, o conceito também abrangerá a violência sofrida na comunidade, no local de trabalho, em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local, sendo perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes.

Segundo a Deputada, “a lei merece ajustes para contemplar situações de violência contra a mulher que foge do espectro doméstico, familiar, e de uma relação de afeto, mas se inserem no contexto de uma relação laboral, nos serviços de saúde, na comunidade em geral”.

Desde que se iniciou o período da Pandemia no Brasil em Marco de 2020, casos de Femicídio aumentaram em 2,22% em 12 estados do país, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP.

O feminicídio é o termo empregado para designar o assassinato de uma mulher pelo simples fato de esta ser mulher. Dessa forma, é uma violência em razão do gênero. O agente criminoso sente enorme repulsa e desprezo pela vítima, por sua identidade de gênero. A misoginia e menosprezo pela condição feminina ou discriminação de gênero, são fatores (e que também podem envolver a violência sexual) ao cometimento do crime. Não podemos deixar de lado a violência doméstica também sendo um dos motivos que ensejam tal crime de homicídio.

Os fatores que explicam essa situação, segundo a Agência Brasil, são a convivência mais próxima dos agressores, que, no novo contexto, podem mais facilmente impedi-las de se dirigir a uma delegacia ou a outros locais que prestam socorro às vítimas, como centros de referência especializados, ou, inclusive, de acessar canais alternativos de denúncia, como telefone ou aplicativos. Por essa razão, especialistas consideram que a estatística se distancia da realidade vivenciada pela população feminina quando o assunto é violência doméstica, que, em condições normais, já é marcada pela subnotificação.

Ainda, segundo a Agência Brasil, um indicativo que mostra que as mulheres continuam sofrendo agressões, embora não procurem com tanta frequência as delegacias, é uma informação trazida pela primeira compilação do relatório, publicada no fim de abril e que revelava, entre outros pontos, que os chamados atendidos pela Polícia Militar no estado de São Paulo aumentaram 44,9% em março deste ano, em contraste com 2019.

9 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 4286/2020**. Altera os artigos 5º e 6º da Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), a fim de aprimorar o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher; Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2260703>. Acesso em: 17 set. 2021.

10 Apesar de a violência doméstica ter várias faces e especificidades, a psicóloga norte-americana Lenore Walker identificou que as agressões cometidas em um contexto conjugal ocorrem dentro de um ciclo que é constantemente repetido, quais sejam: aumento da tensão, atos de violência e arrependimento e comportamento carinhoso.

O Instituto Maria da Penha aponta alguns mitos relativos à violência contra Mulher e que merecem ser desmistificados, “verbis”:

a) “As mulheres apanham porque gostam ou porque provocam.”

Quem é vítima de violência doméstica passa muito tempo tentando evitá-la para assegurar sua própria proteção e a de seus filhos. As mulheres, por vezes, ficam ao lado dos agressores por medo, vergonha ou falta de recursos financeiros, sempre esperando que a violência acabe, e nunca para manter a violência.

b) “A violência doméstica só acontece em famílias de baixa renda e pouca instrução.”

A violência doméstica é um fenômeno que não distingue classe social, raça, etnia, religião, orientação sexual, idade e grau de escolaridade. Todos os dias, somos impactados por notícias de mulheres que foram assassinadas por seus companheiros ou ex-parceiros. Na maioria desses casos, elas já vinham sofrendo diversos **tipos de violência** há algum tempo, mas a situação só chega ao conhecimento de outras pessoas quando as agressões crescem a ponto de culminar no feminicídio.

c) “É fácil identificar o tipo de mulher que apanha.”

Não existe um perfil específico de quem sofre violência doméstica. Qualquer mulher, em algum período de sua vida, pode ser vítima desse tipo de violência.

d) “A violência doméstica não ocorre com frequência.”

Segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2013 o Brasil já ocupava o 5º lugar, num ranking de 83 países onde mais se matam mulheres. São 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, em que quase 30% dos crimes ocorrem nos domicílios. Além disso, uma pesquisa do Data Senado (2013) revelou que 1 em cada 5 brasileiras assumiu que já foi vítima de violência doméstica e familiar provocada por um homem. Os resultados da Fundação Perseu Abramo, com base em estudo realizado em 2010, também reforçam esses dados – para se ter uma ideia, a cada 2 minutos 5 mulheres são violentamente agredidas. Outra confirmação da frequência da violência de gênero é o **ciclo** que se estabelece e é constantemente repetido: aumento da tensão, ato de violência e lua de mel. Nessas três fases, a mulher sofre vários **tipos de violência** (física, moral, psicológica, sexual e patrimonial), que podem ser praticadas de maneira isolada ou não.

e) “Para acabar com a violência, basta proteger as vítimas e punir os agressores.”

Tanto a proteção das vítimas quanto a punição dos agressores são importantes no combate à violência. Mas isso não é suficiente, principalmente porque a violência doméstica e familiar contra as mulheres é um problema estrutural, ou seja, ocorre com frequência em todos os estratos sociais, obedecendo a uma lógica de agressões que já são mapeadas pelo **ciclo da violência**. Daí surge a necessidade também de ações sequenciadas para o enfrentamento da violência de gênero, tais como inserir essa discussão nos currículos escolares de maneira multidisciplinar; criar políticas públicas com medidas integradas de prevenção; promover pesquisas para gerar estatísticas e possibilitar uma sistematização de dados em âmbito nacional; realizar campanhas educativas

para a sociedade em geral (empresas, instituições públicas, órgãos governamentais, ONGs etc.); e difundir a Lei Maria da Penha e outros instrumentos de proteção dos direitos humanos das mulheres.

f)“A mulher não pode denunciar a violência doméstica em qualquer delegacia.”

A violência doméstica pode, sim, ser denunciada em qualquer delegacia, sem perder de vista, entretanto, que a Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher (DEAM) é o órgão mais capacitado para realizar ações de prevenção, proteção e investigação dos crimes de violência de gênero. O acesso à justiça é garantido às mulheres no art. 3º da [Lei Maria da Penha](#).

g)“Se a situação fosse tão grave, as vítimas abandonariam logo os agressores.”

Grande parte dos feminicídios ocorre na fase em que as mulheres estão tentando se separar dos agressores. Algumas vítimas, após passarem por inúmeros [tipos de violência](#), desenvolvem uma sensação de isolamento e ficam paralisadas, sentindo-se impotentes para reagir, quebrar o [ciclo da violência](#) e sair dessa situação.

h)“É melhor continuar na relação, mesmo sofrendo agressões, do que se separar e criar o filho sem o pai.”

Muitas mulheres acreditam que suportar as agressões e continuar no relacionamento é uma forma de proteger os filhos. No entanto, eles vivenciam e sofrem a violência com a mãe. Isso pode ter consequências na saúde e no desenvolvimento das crianças, pois elas correm o risco não só de se tornarem vítimas da violência, mas também de reproduzirem os atos violentos dos agressores.

i)“Em briga de marido e mulher não se mete a colher./Roupa suja se lava em casa.”

A violência sofrida pela mulher é um problema social e público na medida em que impacta a economia do País e absorve recursos e esforços substanciais tanto do Estado quanto do setor privado: aposentadorias precoces, pensões por morte, auxílios-doença, afastamentos do trabalho, consultas médicas, internações etc. De acordo com o § 2º do art. 3º da [Lei Maria da Penha](#), é de responsabilidade da família, da sociedade e do poder público assegurar às mulheres o exercício dos “direitos à vida, à segurança, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”. Além disso, desde 2012, por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), a [Lei Maria da Penha](#) é passível de ser aplicada mesmo sem queixa da vítima, o que significa que qualquer pessoa pode fazer a denúncia contra o agressor, inclusive de forma anônima. Achar que o companheiro da vítima “sabe o que está fazendo” é ser condescendente e legitimar a violência num contexto cultural machista e patriarcal. Quando a violência existe em uma relação, ninguém pode se calar.

j)“Os agressores não sabem controlar suas emoções.”

Se isso fosse verdade, eles também agrediriam chefes, colegas de trabalho e outros familiares, e não somente a esposa, as filhas e os filhos. A violência doméstica não é apenas uma questão de “administrar” a raiva. Os agressores sabem como se controlar, tanto que não batem no patrão, e sim na mulher ou nos filhos. Além disso, eles agem dessa maneira porque acreditam que não haverá consequências pelos seus atos.

k)“A violência doméstica vem de problemas com o álcool, drogas ou doenças mentais.”

Muitos homens agridem as suas mulheres sem que apresentem qualquer um desses fatores.

l)“A Lei Maria da Penha é inconstitucional.”

É comum ver argumentos de que a Lei Maria da Penha fere a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso I, segundo o qual “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta constituição”. Assim, o problema estaria no fato de que a lei teria tratado a violência doméstica e familiar pelo viés de gênero, o que, para muitos, seria uma “discriminação” do sexo masculino, pois marcaria uma diferenciação entre homens e mulheres e infringiria o princípio da isonomia. No entanto, esse princípio não significa uma igualdade literal, mas prescreve que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Ora, as mulheres enfrentam desvantagens históricas dentro do contexto machista e patriarcal em que vivemos, as quais vão desde o trabalho, passando pela participação política e o acesso à educação, até as relações familiares, entre outras. Dessa forma, a Lei Maria da Penha, longe de privilegiar as mulheres em detrimento dos homens, tem uma atuação imprescindível para equilibrar as relações e proteger as mulheres em situação de risco e violência, visando uma igualdade real, e não apenas teórica. Por fim, vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal (STF) também já se posicionou quanto a essa questão, decidindo pela constitucionalidade da lei.

m)“A Lei Maria da Penha pode ser aplicada tanto para o homem quanto para a mulher.”

A Lei Maria da Penha será aplicada para proteger todas as pessoas que se identificam com o gênero feminino e que sofram violência em razão desse fato – conforme o parágrafo único do art. 5º da lei, a violência doméstica e familiar contra a mulher pode se configurar independentemente de orientação sexual. Inclusive, alguns tribunais de justiça já aplicam a legislação para mulheres transexuais. Quanto ao homem, ele será colocado diante da [Lei n. 11.340/2006](#) sempre que for considerado um agressor. Se ele for vítima, serão aplicados os dispositivos previstos no Código Penal, e não aqueles presentes na Lei Maria da Penha.

n)“A Lei Maria da Penha só foi feita para as mulheres se vingarem dos homens.”

A Lei Maria da Penha cria mecanismos para enfrentar e combater a violência doméstica e familiar contra a mulher, ou seja, trata-se de uma lei elaborada para proteger as mulheres, trazendo inclusive definições claras e precisas sobre a violência de gênero. Todo homem que se tornar um agressor infringe a lei e viola os direitos humanos das mulheres. Portanto, é preciso fazer o registro de ocorrência para que a autoridade policial realize os procedimentos necessários tanto para a proteção da vítima quanto para a investigação dos fatos. Diante disso, em vez de falar em “vingança”, deve-se falar em “justiça”.

### 1.2.6. FEMINICÍDIO

Entende por feminicídio o crime de homicídio em que o agente criminoso age com a motivação pelo ódio à mulher, não importando o contexto da violência.

A atribuição de um vocábulo ao fenômeno do feminicídio possui maior difusão e possibilita o conhecimento de todos. Relembre-se, v.g., o impacto da mencionada “Lei Maria da Penha”, a qual possivelmente não seria tão lembrada se apenas fosse denominada “Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. O valor simbólico da expressão em termos preventivos parece inegável.

Os crimes motivados pelo ódio discriminatório revelam a torpeza da ação e poderia se dizer que não seria necessário a criação de uma agravção específica, eis que, possivelmente, já contemplada pela motivação torpe. No entanto, verifica-se que, não obstante a qualificadora do feminicídio possua a mesma sanção prevista para as demais qualificadoras do homicídio, qual seja, 12 (doze) a 30 (trinta) anos, ao criar uma nomenclatura própria, aquela conduta é destacada dos elementos gerais e, conseqüentemente, cria-se uma singularidade ou identidade para aquele estado de coisas, oportunizando maior grau de expressividade não obtido quando diluído ao lado das demais motivações torpes.

Há algum tempo atrás e nem tanto tempo assim, assassinatos cometidos contra pessoas do gênero feminino eram considerados crimes de cunho passional ou, absurdamente, como um direito inerente ao homem na proteção de sua honra. Posteriormente, com as mudanças sociais, sobretudo por influência dos movimentos feministas, tais condutas deixaram de ser assim entendidas e passaram a ser classificadas, ademais de homicidas, torpes ou fúteis. Nos dias atuais, com a criação do feminicídio, a sociedade, uma vez mais, por meio de seus parlamentares, insurge-se contra a misoginia ainda operante neste Estado.<sup>11</sup>

## 2 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER COM DEFICIÊNCIA FÍSICA

“Somos abandonadas! A mulher com deficiência é esquecida pelas leis. Escuto todos os dias que não merecemos viver! As mulheres com deficiência são ignoradas pelos órgãos. Somos seres invisíveis para a sociedade!” (Cris Oliveira<sup>12</sup>).

Verifica-se ainda bastante particular e preocupante a questão da violência contra a mulher com deficiência. Isto pois, a história mostra que por muito tempo a pessoa com deficiência foi excluída do convívio social, inicialmente, em razão da sociedade entender que esta se tratava de um “atraso”, alguém que poderia ser dispensado por não se encaixar no conceito de “útil” da época, e mais tarde, foi isolada em instituições, para ser protegida das discriminações da vida social.

Dentre as inúmeras sociedades mundiais, e os momentos históricos aos quais estas fizeram parte, identificamos diferentes conceitos e tratamentos para as pessoas com deficiência.

11 SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de. **Crimes de ódio: racismo, feminicídio e homofobia**. São Paulo: D’Plácido, 2018. p. 155.

12 Conselheira da Secretaria Municipal da Pessoa com Deficiência da Prefeitura de SP.



A Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006 considera Pessoas com Deficiência todas aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Foi em 2011, no Governo de Dilma Rousseff, que casos de violência contra Pessoas com deficiência Física – PCD passaram a ter uma maior atenção haja vista que os casos denunciados no DISQUE 100 passaram a ser compartilhados pela Secretaria de Direitos Humanos a outras entidades públicas.

A escassez de dados com relação a violência aos PCDs pode transmitir a falsa sensação de que está tudo sob controle, ou que pessoas sem deficiência possuem uma consciência e empatia tamanhas a ponto de não cometerem crimes a estas pessoas que se encontram num grau de vulnerabilidade tamanha por ausência de preparo social e estatal. Fato é, que estes crimes são mais comuns do que possamos mensurar, entretanto, invisíveis aos nossos olhos por uma série de fatores.

Segundo a Organização das Nações Unidas, a população PCD tem chances agravadas em até dez vezes de ser vítima de abuso sexual ou vivenciado maus tratos quando criança e ainda, a intervenção da polícia quando há necessidade ou qualquer outro tipo de proteção a estas pessoas tornam-se muito mais complexas, demonstrando, assim um total despreparo no recebimento e acolhimento deste grupo quando violentados.

No caso de mulheres PCDS, a desintegração ou vulnerabilidade social encontra-se agravada ou duplicada, como também é o caso de crianças, adolescentes e idosos que se encontram numa exposição a riscos de violência completamente agravados. Importante ressaltar que a condição de vulnerabilidade ou a ideia social de que estas pessoas são mais fracas ou incapazes deve cair por terra. A falta de empatia que a sociedade lança a este grupo os tornam alvos mais acessíveis ao agente violento. São pessoas incompreendidas socialmente, para não falar invisíveis.

Em meio à pandemia, cresce novamente o número de denúncias de violência contra não somente mulheres, mas de pessoas com deficiência. O Centro de Apoio Técnico (CAT) da 1ª Delegacia de Polícia da Pessoa com Deficiência, em São Paulo, releva que o número de atendimentos, que havia caído de 136 em janeiro para 30 em abril, voltou a subir, assim como o montante de Boletins de Ocorrência.

Para o Supervisor do CAT, Clayton Borges, o início da quarentena houve uma queda considerável no número de atendimentos por conta do isolamento social, que impediu que as pessoas com deficiência pudessem vir até a delegacia ou entrar em contato para denunciar casos de violência. Agora, com a flexibilização da quarentena, mais pessoas estão recorrendo ao Centro de Apoio, tanto em atendimentos remotos como presenciais.

Segundo a Secretaria de Direitos da Pessoa com Deficiência de SP, o número de denúncias de violência contra pessoas com deficiência aumentou, assim como de forma geral contra as mulheres, e isso também se refletiu bastante nas mulheres com deficiência.

Por meio do Projeto Integrativo, “Relab Criativo”, de curadoria de Luiza Tamashiro, foram ouvidas algumas mulheres com deficiência e que possuem experiências próximas com os PCDs:

Cris Oliveira, é conselheira no atendimento a Pessoas com Deficiência de São Paulo, possui nanismo e conta as principais denúncias que chegam diariamente em suas mãos, dentre elas: Filhos com deficiência agredidos por pais; abuso sexual de autistas e cadeirantes; abusos psicológicos. “Geralmente os PCDS não possuem voz, sempre necessitam de alguém para intermediar, mas quando o intermediador é seu agressor?” Cris relata que já teve que implorar para funcionários de um bar para se esconder por ter homens a seguindo a chamando de termos pejorativos, como “cabritinha”. E acredita que a comunicação não é levada a sério pela sociedade e pelo Estado, gerando um enorme despreparo por parte das Instituições no acolhimento a PCDS vítimas de violência.

Katia Coltrim Patrocínio, ativista, teve sua filha, atualmente com 24 anos, diagnosticada com autismo leve, segundo ela “se os PCDs não estiverem amparados por seus progenitores ficarão totalmente a mercê da violência”.

Cris Mayworm possui um filho autista e relata que ele tentou suicídio, por ter sido vítima de abuso do avô e de primos, tanto físico quanto psicológico, além do “bullying” social.

Em função do estigma há a necessidade de o Estado coibir a violência e prevenir com mais afinco os casos de violência contra pessoas com deficiência física, no que tange as lesões que podem chegar a questões educacionais e a saúde física e psicológica da vítima.

## CONCLUSÃO

A igualdade formal (igualdade perante a lei) e igualdade material (distribuição igualitária de bens em toda a sociedade), insculpidos na Constituição Federal de 1988, necessário se faz o reconhecimento de identidades, ou seja, igualdade pautada nos critérios como de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia.

Em face dos novos movimentos sociais, conferiu-se maior visibilidade política às experiências e situações de desrespeito social e cultural e, assim, foi possível compreender que o reconhecimento da dignidade de pessoas e grupos constitui elemento essencial do conceito de justiça.

Neste aspecto e diante do todo exposto no articulado, verifica-se a importância dos princípios e direitos fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna, bem como de legislações como a Lei Maria da Penha e tipificações como a do feminicídio como instrumentos para garantir e cercear violações de bens jurídicos fundamentais como a igualdade e a dignidade humana. Por outro lado, vê-se que estes são historicamente insuficientes se não vierem acompanhadas de outras iniciativas e ações públicas pela integração social e desconstrução de preconceitos negativos.

## REFERÊNCIAS

- BOND, Letycia. Casos de feminicídios crescem 22% em 12 estados durante a pandemia. números da violência contra a mulher caíram em apenas três estados. **Agência Brasil**, 01 jun. 2020. Direitos Humanos. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/casos-de-femicidio-crescem-22-em-12-estados-durante-pandemia>. Acesso em: 17 set. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 4286/2020**. Altera os artigos 5º e 6º da Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), a fim de aprimorar o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher; Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2260703>. Acesso em: 17 set. 2021.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 17 set. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal [...]. **Disponível em:** [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm). **Acesso em: 17 set. 2021.**
- FREUD E O MASCULINO, A VIGÊNCIA DO PARADIGMA FALOCÊNTRICO. PUC-RIO – Certificação Digital n. 0610596/CA. Disponível em: [http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0610596\\_10\\_cap\\_02.pdf](http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0610596_10_cap_02.pdf). Acesso em: 17 set. 2021.
- FREUD, Sigmund. Inibições, sintomas e angústia. *In: Obras psicológicas completas:* edição Standard brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- GONÇALVES, Agenor *et al.* **Violência contra a mulher**. Universidade de Mogi das Cruzes: Mogi das Cruzes, SP, maio 2015.
- HAJE, Lara. Projeto expande o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher. **Agência Câmara de Notícias**, 31 ago. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/687992-projeto-expande-o-conceito-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>. Acesso em: 17 set. 2021.
- INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Ciclo da violência**. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html>. Acesso em: 17 set. 2021.
- INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Mitos da violência doméstica**. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/o-que-e-violencia-domestica.html>. Acesso em: 11 nov. 2021.
- LUCIDO, Valéria Aliprandi. **Manifestações de violência no cotidiano de mulheres cadeirantes:** um olhar inovador para a Enfermagem. Dissertação de mestrado. Faculdade de Enfermagem da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MICHAUD, Y. **A violência**. Trad. L. Garcia. São Paulo: Editora Ática, 1989.
- MISSE, M. **Malandros, marginais e vagabundos & a acumulação social da violência no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 1999. Tese (Doutorado em Sociologia) Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (Iuperj), Rio de Janeiro, 1999.
- PARK, Jeanna; Nordstrom, Sherry, K; Weber Kathleen M; Irvin, Tracy. Reproductive coercion: unclinking and imbalance of social power. **Obstetrics & Gynecology**, v. 214, n.1, p. 74-78. 2016.
- PATEMAN, Carole. **The disorder of women: democracy, feminism and political theory**. Standford, Standford University Press. 1989. s/p.
- REZENDE, Milka de Oliveira. Violência contra a mulher. **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/violencia-contra-a-mulher.htm>. Acesso em: 17 set. 2021.
- RIZZO, ERIKA. Entenda quais são os tipos possíveis de violência na sociedade. **Guia do Estudante**, 08 maio 2018. Estudo. Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/entenda-quais-sao-os-possiveis-tipos-de-violencia/>. Acesso em: 17 set. 2021.
- SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.
- SÃO PAULO (ESTADO). Ministério Público do Estado de São Paulo – MPSP. **Lei 11.340/06:** a Lei Maria da Penha. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Violencia\\_Domestica/Lei\\_Maria\\_da\\_Penha](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Violencia_Domestica/Lei_Maria_da_Penha). Acesso em: 17 set. 2021.
- SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal:** parte especial: arts. 155 a 234-B do CP. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de. **Crimes de ódio:** racismo, feminicídio e homofobia. São Paulo: D'Plácido, 2018.
- TAVARES, Wolmer Ricardo. Cultura falocêntrica. **Revista Gestão Universitaria**, 01 jun. 2016. Colunistas. Disponível em: <http://www.gesta-universitaria.com.br/artigos/cultura-falocentrica>. Acesso em: 17 set. 2021.

# CAPÍTULO 9

## VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MULHERES NO BRASIL, SOB A ÓTICA DA SEGURANÇA E SAÚDE PÚBLICAS

### SEXUAL VIOLENCE AGAINST WOMEN IN BRASIL, FROM THE PERSPECTIVE OF PUBLIC SAFETY AND HEALTH

Mariana da Silva Ferreira

#### INTRODUÇÃO

A violência sexual contra a mulher é um grave problema que se manifesta em todo o mundo, atingindo milhares de mulheres todos anos, podendo acometer pessoas de qualquer faixa etária, raça, etnia, religião, cultura e condição socioeconômica, sendo praticada tanto por agressores desconhecidos, como conhecidos, inclusive por parentes e parceiros íntimos, sendo reconhecida como uma violência relacionada às questões de gênero, indissociável aos aspectos históricos, sociais e culturais, bem como de fatores de vulnerabilidade, além de ser uma violação de direitos humanos, a qual pode causar não só danos no âmbito físico, sexual, biológico, reprodutivo, bem como mental, psíquico e social, com repercussões das mais variáveis possíveis, não só no aspecto individual, como também no coletivo, pois essa modalidade de violência atinge a sociedade como um todo, direta ou indiretamente.<sup>1,2,3</sup>

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define a violência sexual como “qualquer ato sexual, tentativas de obter um ato sexual, comentários ou insinuações sexuais não desejadas, atos de tráfico ou dirigidos contra a sexualidade de uma pessoa usando coerção, por qualquer pessoa, independentemente de sua relação com a vítima, em qualquer contexto, porém não limitado à penetração da vulva ou ânus com o pênis, outra parte do corpo ou objeto – contudo, a definição de estupro pode variar em vários países.”<sup>4</sup>

Devido sua etiologia ser de origem multifatorial, com predominância das questões relacionadas ao gênero feminino e fatores vulnerantes, existe uma associação automática quando se trata do assunto, com o crime de estupro, porém essa modalidade de violência pode se apresentar de diferentes maneiras, existindo vários

1 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Prevenção da violência sexual e da violência pelo parceiro íntimo contra a mulher: ação e produção de evidência.** Genebra: Organização Mundial da Saúde; 2012. Disponível em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/3661>. Acesso em: 17 set. 2021.

2 PRESSER, Adriana Dewes; MENEGHEL, Stela Nazareth; HENNINGTON, Élide Azevedo.

**Mulheres enfrentando as violências:** a voz dos operadores sociais. Saude soc. v.17, n.3, p.126-137, set. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-12902008000300013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/Kfz4cjd7GM4QVNXQLyXGnDp/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 17 set. 2021.

3 SCHRAIBER, Lília Blima; D'OLIVEIRA, Ana Flávia P. L.; FRANÇA JUNIOR, Ivan. Intimate partner sexual violence among men and women in urban Brazil, 2005. **Rev Saúde Pública**, v. 42, Suppl 1, p. 127-137, 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-89102008000800015>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rsp/article/view/32442>. Acesso em: 17 set. 2021.

4 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Prevenção da violência sexual e da violência pelo parceiro íntimo contra a mulher: ação e produção de evidência.** Genebra: Organização Mundial da Saúde; 2012. Disponível em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/3661>. Acesso em: 17 set. 2021.

crimes contra a Dignidade Sexual previstos em nossa legislação, como os de estupro de vulnerável, assédio sexual, violação sexual mediante fraude, corrupção de menores, satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, importunação sexual, dentre outros, inclusive modalidades em que não há ao menos o contato físico entre agressor e vítima, como nos casos de registro não autorizado da intimidade sexual e crimes sexuais por meio digital.<sup>5</sup>

De acordo com o Código Penal Brasileiro, o crime de estupro previsto no artigo 213, é definido como “*constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique, outro ato libidinoso*” e foi legalmente considerado como crime hediondo em nosso país, no ano de 1994, com a nova redação ao art. 1º da [Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990](#).<sup>6</sup>

Define-se conjunção carnal como a introdução do pênis na vagina, podendo ser completa ou não, com ejaculação ou não, e ato libidinoso diverso como qualquer ato ou conduta de conotação sexual, que tem por finalidade a excitação sexual ou estímulo da libido, podendo sua prática ocorrer através de diversas possibilidades, como coito oral, coito anal, masturbações, toques corporais e genitais, lambeduras, sucções, mordeduras, fricção ou introdução de objetos em genitália, dentre outros, de acordo com critérios médico legais.<sup>7,8</sup>

Importante que se conheça adequadamente tais termos e suas diferenças, pois ainda se confunde o crime estupro apenas em casos de penetração vaginal ou anal, ignorando-se em alguns casos, as demais práticas sexuais, e esse equívoco frequente pode ser explicado devido a alteração da legislação que aconteceu no ano de 2009, quando existiam dois artigos relacionados à violência sexual, os quais foram unificados, trazendo valiosa mudança no contexto dos crimes sexuais, o artigo 213 e o 214, este denominado Atentado Violento ao Pudor, sendo revogado no Código pela [Lei nº 12.015](#).<sup>9</sup>

Com essa importante alteração, o termo *mulher* foi substituído por *alguém*, tornando assim, passível do crime de estupro tanto a mulher quanto o homem, ou seja, sem especificar o gênero passível da violência, além da revogação de um artigo que correspondia apenas aos atos libidinosos diversos, sem contemplá-los com a gravidade que merecem.

Além dessas mudanças, houve alteração do Título, que passou a ser denominado como “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, substituindo a ultrapassada nomenclatura “Crimes Contra os Costumes”, reconhecendo a liberdade e dignidade sexuais humana como direito a ser assegurado.<sup>10)</sup>

5 SANTOS, Sílvia Chakian de Toledo. Novos crimes sexuais, a Lei 13.718/18 e a questão de gênero na aplicação do Direito. *Consultor Jurídico*, 4 out. 2018. Oipnião. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-out-04/silvia-chakian-novos-crimes-sexuais-lei-137182018>. Acesso em 30 out. 2020.

6 BRASIL. [Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990](#). Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 17 set. 2021.

7 GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 10. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1966.

8 VANRELL, Jorge Paulete. *Sexologia forense*. 2. ed. São Paulo: Mizuno, 2008.

9 BRASIL. [Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009](#). Altera o Título VI da Parte Especial do [Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#) – Código Penal, e o art. 1º do [Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990](#), que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 ago. 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm). Acesso em: 17 set. 2021.

10 GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Nos casos de violência sexual contra crianças e adolescentes, de acordo com critério etário de menores de 14 anos de idade, caracterizando vulnerabilidade, o crime correspondente é o estupro de vulnerável, artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, inexistindo o que de forma popular é denominado Crime de Pedofilia, termo utilizado frequentemente e de forma equivocada, como sinônimo de violência sexual contra crianças e adolescentes, portando, quando há prática sexual com menores de 14 anos de idade, o crime é de estupro de vulnerável.<sup>11</sup>

Incorre na mesma pena situações em que a vítima esteja em condição de vulnerabilidade permanente ou temporária, como pessoas com deficiência mental ou física que comprometa sua capacidade de entendimento sobre o ato e suas repercussões, bem como por qualquer outro motivo, não tenha a capacidade de oferecer resistência, como em casos de embriaguez completa, estados de sedação, de coma ou anestesia, e também em intoxicações exógenas por drogas lícitas ou ilícitas.<sup>12,13)</sup>

Tem como característica intrínseca a agressão sexual no Brasil, a alta subnotificação média para a vitimização anual, aonde a maioria das vítimas não chega a realizar a denúncia em delegacias ou nem mesmo buscar atendimento médico-hospitalar em decorrência de lesões sofridas ou para receber medicações profiláticas para infecções sexuais transmissíveis e gestação decorrente do estupro, sendo as principais justificativas para a não notificação, a vergonha, medo, sentimento de culpa, falta de apoio, julgamento social, indiferença familiar, ameaça do agressor, desconhecimento de seus direitos, desqualificação do relato, violência institucional e certeza da impunidade, representam algumas delas, o que reflete diretamente nos dados e estatísticas de serviços de segurança e saúde públicos.<sup>14,15)</sup>

Nas últimas décadas temos acompanhado importantes mudanças sociais, culturais e legais relacionadas aos crimes contra a dignidade sexual, tendo como consequência a criação de novas normas, com características contemporâneas e com a finalidade de proteger e garantir os direitos das vítimas, como no caso da [Lei nº 13.431 de 2017](#) e [Decreto nº 9.603 de 2018](#), que tratam do depoimento especial e escuta especializada de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, com objetivo de redução de danos; a [Lei 12.845 de 2013](#) ou Lei do Minuto seguinte, a qual prioriza o atendimento pelo SUS às vítimas de estupro; [Lei 13.718 de 2018](#) a qual tipifica o crime de Importunação Sexual, divulgação de cena de estupro, estupro coletivo e corretivo, entre outras disposições relacionadas aos delitos sexuais.<sup>16, BRASIL, 2018<sup>17)</sup></sup>

11 FERREIRA, Mariana da Silva. Crime de estupro de vulnerável e pedofilia. *Rev. Direito e Medicina*, v.4, out./dez. 2019.

12 COHEN, Cláudio; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de (ed.). *Bioética, Direito e Medicina*. São Paulo: Manole, 2019.

13 FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

14 SENASP, Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Pesquisa Nacional de Vitimização e Ministério da Justiça*. 2013.

15 SCARPATI, Arielle Sagrillo; GUERRA, Valeschka Martins; DUARTE, Camila Nogueira Bonfim. Adaptação da Escala de Aceitação dos Mitos de Estupro: evidências de validade. *Aval. psicol.*, Itatiba, v. 13, n. 1, p. 57-65, abr. 2014. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1677-04712014000100008](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-04712014000100008). Acesso em: 17 set. 2021.

16 MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; EVANGELISTA JUNIOR, Osvaldo. *Lei 13.718/18 e o pretensão recrudescimento dos crimes sexuais*. São Paulo: 2018. Disponível em: <https://bityli.com/w84K4P>. Acesso em: 17 set. 2021.

17 BRASIL. *Decreto-lei nº 9.603, de 10 de dezembro de 2018*. Regulamenta a Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 dez. 2018, p. 24, col. 1. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/d9603.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9603.htm). Acesso em: 17 set. 2021.

## 1 DADOS DA SAÚDE E SEGURANÇA PÚBLICOS

Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), apenas 10% dos (as) brasileiros (as) realizam a denúncia e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) informou em texto intitulado “*A invisibilidade da violência sexual no Brasil*”, ser muito comum que não se registre boletim de ocorrência nos casos de violência sexual, não só no Brasil, que já chegou a registrar 92,5% de subnotificação e 7,5% de denúncias, mas também em outros países, com uma variação de 16% a 32% de denúncias nos mais desenvolvidos, como nos Estados Unidos, que em estudo realizado em 2018 pelo Departamento de Justiça Americano, correspondeu a 23% de registros.<sup>18,19</sup>

De acordo com números do Disque 100 ou Disque Direitos Humanos, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, no período de 2011 a 2016, em relação ao perfil da vítima, 88% eram mulheres, 78% menores de 14 anos de idade, 88% das ocorrências foram em domicílio, 82% dos agressores eram conhecidos e 93% do sexo masculino.<sup>20</sup>

Segundo o Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan), instrumento importante de obtenção dos dados sobre violência sexual no âmbito na saúde, as queixas de estupro no ano de 2018, corresponderam a 30.992 casos no Brasil de notificação compulsória, destes 4.519 na região norte, 5.500 na região nordeste, 11.847 na região sudeste, 6.111 na região sul e 3.015 na região centro-oeste, sendo o maior número de registros nos estados de São Paulo, com 5.708 casos, seguido por Minas Gerais com 2.800 e Paraná com 2.765. (SINANWEB, 2020<sup>21</sup>)

No estado de São Paulo, os registros de estupro no ano de 2018 de acordo com o Sinan, alcançaram o número de 5.708, com registros denominados como ignorados em 502 casos (8,79%) e brancos 421 casos (7,37%), sexo mais acometido foi o feminino (85,96%), raça branca (49,35%), pretas e pardas (41,11%), faixa etária de 0 a 14 anos de idade (53,1%) e escolaridade de 5ª a 8ª série incompleta do ensino fundamental (17%).

Os locais de ocorrência mais frequentes em relação ao estupro, foram a residência em todas as faixas etárias, com 55,4%, via pública com 15,66% e outros com 10,9%, sendo que na faixa de 0 a 14 anos atingiu a prevalência de 66% das ocorrências.

Em relação a autoria da agressão, as pessoas classificadas como parentes, conhecidos ou amigos, corresponderam a 58,03% dos casos de estupro, sendo que os desconhecidos 26,3%.

18 CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; COELHO, Danilo Santa Cruz. **Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde** (versão preliminar). Nota Técnica n. 11 (Diest). IPEA: Brasília, [2014]. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5780>. Acesso em: 10 out. 2020.

19 FSPB (2019). Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Anuário brasileiro de segurança pública 2019*. Disponível em [www.forumseguranca.org.br](http://www.forumseguranca.org.br). Acesso em: 10 out. 2020.

20 BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Disque Diretos Humanos** – relatório 2019. Brasília, 2019. Disponível em: [https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/disque-100/relatorio-2019\\_disque-100.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/disque-100/relatorio-2019_disque-100.pdf). Acesso em: 17 set. 2021.

21 SINANWEB, SISTEMA DE INFORMAÇÃO DE AGRAVOS DE NOTIFICAÇÃO. *Dados epidemiológicos Sinan– Doenças e Agravos de Notificação* – de 2007 em diante. Disponível em: <http://portalsinan.saude.gov.br/dados-epidemiologicos-sinan/todas-doencas-2007>. Acesso em: 11 out. 2020.

Quanto ao vínculo de conhecimento com o (a) agressor (a), as faixas etárias mais relacionadas à violência por conhecidos foram as de 60 anos ou mais com 33,3%, de 15 a 19 anos com 26,74% e de 0 a 14 anos de idade com 26,70%, sendo que nesta faixa etária chama a atenção o fato de que os agressores denominados como conhecidos, amigos e familiares corresponderam a 71,5% dos casos, demonstrando uma relação possível com questões de vulnerabilidade inerente à idade nestes casos.

Dentre os familiares agressores, os pais são os mais frequentes com 15%, seguidos de padrastos com 13,36 % e irmãos (3,38%).<sup>22</sup>

No Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020, referente aos dados do ano de 2019, o crime de estupro no Brasil atingiu o número de 66.123 registros, o que representou a alarmante estimativa de 1 estupro a cada 8 minutos, com predominância do sexo feminino (85,7%) e faixa etária de até 13 anos (57,9%). Em relação ao ano de 2018, houve uma atualização do número de casos na publicação de 2020, onde constava 66.041 casos passou para 66.907, o que representou uma pequena variação negativa de 1,9 entre os anos.<sup>23</sup> (FBSP, 2020).

Observou-se nos últimos anuários, um aumento das taxas de registros de ocorrências, com variação de 2011 a 2019 de 43.869 a 61.123 casos por ano, no entanto, esse aumento das notificações não significa necessariamente um aumento da violência, como alguns especialistas afirmam, pois o crime de estupro apesar de ser um crime hediondo, acontece geralmente em ambiente íntimo e sem testemunhas, o que torna extremamente difícil comprovar o delito, pois na maioria das vezes restam apenas o relato da vítima e a negativa do agressor como provas, bem como as justificativas da não denúncia, como medo, vergonha, certeza de impunidade, dentre outros, conforme mencionado anteriormente.

## 2 PANDEMIA COVID 2019 E VIOLÊNCIA SEXUAL

Com o advento da Pandemia pelo Covid-19, que atingiu a população mundial e alterou todos os aspectos da rotina mundial no ano de 2020, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública publicou notas técnicas denominadas Violência Doméstica Durante Pandemia de Covid-19, três edições, referentes a fase de Pandemia e a relação com as formas de violência, considerando as questões de isolamento e distanciamento social.

Nas publicações constatou-se uma nítida redução no número de registros de ocorrência pela Segurança Pública dos crimes de estupro e estupro de vulnerável nos estados brasileiros, aonde no período acumulado de março a maio de 2020, houve uma redução média de 50,5% nos registros de estupro com vítimas mulheres em comparação ao mesmo período de 2019. Dentre as maiores variações estão os estados do Espírito Santo com 79,8%, Ceará com 64,1% e Rio de Janeiro com 61,2%, sendo que São Paulo apresentou uma redução de 50,6%.

22 SINANWEB, SISTEMA DE INFORMAÇÃO DE AGRAVOS DE NOTIFICAÇÃO. *Dados epidemiológicos Sinan– Doenças e Agravos de Notificação* – de 2007 em diante. Disponível em: <http://portalsinan.saude.gov.br/dados-epidemiologicos-sinan/todas-doencas-2007>. Acesso em: 11 out. 2020.

23 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Atualizado 15 jul. 2021. <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 10 nov. 2021.



De acordo com o FBSP, essa redução de registros estaria relacionada às questões inerentes ao isolamento social, como maior permanência do agressor em ambiente residencial, controle do mesmo sobre os atos das vítimas, como limitação para haja pedido de ajuda de forma telefônica ou presencial nas delegacias, destaca também o Anuário, que além dos medos e receios pessoais como limitadores da realização da denúncia, houve uma falta de medidas de enfrentamento governamentais, como forma de auxílio às vítimas em um contexto de crise sanitária.<sup>24</sup>

### 3 LEI DO MINUTO SEGUINTE

O atendimento médico das vítimas de estupro é essencial para que se assegure a saúde física e mental dessas pessoas, não só em relação às lesões físicas decorrentes da agressão sexual, que em muitos casos podem estar associadas a física, mas também a alterações psíquicas ocasionadas pelo trauma do evento, em que quadros preexistentes de doenças mentais podem se exacerbar ou agudizar, ou alterações psíquicas podem surgir no momento da violência ou logo após a ela.

É comum a recepção dessas pessoas em “estado de choque”, extremamente fragilizadas, necessitando de suporte e apoio emocionais nesse momento, porém nem sempre esse aspecto é valorizado, sendo a preocupação com danos físicos mais evidente em serviços de saúde no setor de pronto-atendimento.<sup>25</sup>

Além da identificação e tratamento de possíveis alterações físicas e psíquicas, também há a necessidade nas primeiras horas, que se realize o procedimento de protocolo ou profilaxia de infecções sexualmente transmissíveis, como Sífilis/Gonorréia, Hepatite por vírus B, HIV-1 (vírus da imunodeficiência humana), Chlamydia, Mycoplasma e Ureaplasma, e anticoncepção de emergência para evitar gestação decorrente do estupro.<sup>26</sup>

A Lei 12.845/2013, popularmente chamada de Lei do Minuto seguinte, foi criada para normatizar o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual e a define como qualquer forma de atividade sexual não consentida e especifica que os hospitais devem oferecer às vítimas atendimento emergencial, integral e multidisciplinar, visando o controle e tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes da agressão sofrida e encaminhamento, se for o caso, aos serviços de assistência social, segundo seus artigos 1º e 2º.<sup>27</sup>

Enfatiza a necessidade de atendimento imediato pela saúde, estabelecendo as modalidades de serviços, facilitação de registro de ocorrência com encaminhamento aos setores da segurança pública, inclusive de re-

24 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Violência doméstica durante Pandemia de Covid-19**. Edição 03, 24 jul. 2020. Nota técnica. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/publicacoes\\_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19-edicao-03/](https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19-edicao-03/). Acesso em: 17 set. 2020.

25 DESLANDES, S.F. GOMES, Romeu; SILVA, Cosme Marcelo Furtado Passos da. Caracterização dos casos de violência doméstica contra a mulher atendidos em dois hospitais públicos do Rio de Janeiro. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v.16, n. 1, p. 121-137, jan./mar. 2000. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X200000100013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/c9mBfX8bKfCcnK5cmjvwbyF/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 17 set. 2021.

26 UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). Departamento de Ginecologia e Obstetrícia. DGO-FMRP-USP. **Protocolo de Atendimento às Vítimas de Agressão Sexual**. 15 mar. 2016. Disponível em [http://rgo.fmrp.usp.br/wp-content/uploads/sites/87/2017/07/XXII\\_Vitimizacao\\_sexual\\_15\\_3\\_16.pdf](http://rgo.fmrp.usp.br/wp-content/uploads/sites/87/2017/07/XXII_Vitimizacao_sexual_15_3_16.pdf). Acesso em: 17 set. 2021.

27 BRASIL. **Lei nº 12.845, de 01 de agosto de 2013**. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 ag. 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12845.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12845.htm). Acesso em: 17 set. 2021.

comendação ao serviço médico hospitalar a preservação de materiais que possam ser coletados no exame médico legal.

Trata-se de legislação de extrema importância para a garantia da segurança física e psíquica às pessoas vítimas de violência sexual, que devem ter seu estado físico e mental avaliados, antes de qualquer procedimento policial ou investigativo.

Para que a vítima seja encaminhada às delegacias, devem estar, em primeiro lugar, com sua saúde preservada, pois tratam-se de pessoas em estado de extrema vulnerabilidade, algumas com lesões físicas limitantes e até incapacitantes, com risco de complicações e até óbito a depender da gravidade do dano sofrido, além das alterações psíquicas agudas relacionadas ou exacerbadas pela violência.

Cabe o bom senso quanto à interpretação, pois casos com longo intervalo entre ocorrência e revelação da violência, não necessitam de atendimento médico hospitalar de urgência, podendo nessas condições, iniciar a rota de denúncia e investigação antes da avaliação da saúde.

## MÉTODO

Trata-se de estudo descritivo transversal analítico de casos de estupro no Brasil no ano de 2018 e 2019, o qual foi elaborado através de uma revisão bibliográfica com base na consulta de artigos científicos, documentos técnicos e códigos legais, bem como análise de dados extraídos dos registros de violência sexual contra a mulher no Sistema de Informação de Agravos de Notificação e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

As variáveis foram selecionadas no site do portal Sinan Saúde, através dos dados epidemiológicos de Doenças e Agravos de Notificação a partir do ano de 2007, TabNet Win 32 3.0: Violência Doméstica, Sexual e/ou outras Violências.

Foram selecionados os casos de estupro no estado de São Paulo, no ano de 2018, último período disponível na base de dados na data de coleta de informações.

As variáveis selecionadas para análise de frequência e de qualidade da base de dados foram faixa etária, sexo, raça, escolaridade, local da ocorrência e autores do estupro (pai, mãe, padrasto, madrasta, irmão, amigos/conhecidos e desconhecidos), também foi realizado o cruzamento de variáveis como faixa etária e autoria do estupro, bem como faixa etária e local do estupro.

No Anuário da Segurança Pública, foram selecionados e analisados os dados referentes ao Anuário 2020, com registros do ano de 2019, através do site do Fórum Brasileiro de Segurança Pública no campo últimas publicações.

## RESULTADOS

Após a coleta e análise de dados secundários, disponibilizados pela página do SINANWEB, no campo *Doenças e Agravos de Notificação de 2007 em diante*, foram identificados os seguintes resultados em relação às notificações compulsórias de estupro no Brasil. No ano de 2018 foram registrados 30.992 casos, com correspondência na região Norte de 4.519, Sudeste 11.847, Centro Oeste 3.015 e Sul 6.111 casos.

Os estados brasileiros com maiores frequências em números absolutos foram São Paulo com 5.708 casos, Minas Gerais 2.800 casos e Paraná 2.765 casos.

A faixa etária mais acometida foi a de menores de 14 anos de idade, correspondendo a 58% das notificações, sendo o sexo feminino o mais prevalente com 88,61% dos casos e a com predominância de vítimas pretas e pardas com 56,47%.

No Estado de São Paulo, dos 8.713 casos de notificação de estupro, foram classificados como positivos 5.708, ignorados 8,79% e em branco 7,37%.

Em relação a faixa etária, menores de 1 ano corresponderam 1%, 1 a 4 anos 12,5%, 5 a 9 anos 16,7%, 10 a 14 anos 22,9%, 15 a 19 anos 15%, 20 a 29 anos 15,9%, 30 a 39 8,4%, 40 a 49 anos 4,6%, 50 a 59 anos 2% dos casos e acima de 60 anos 0,8%.

Quanto ao sexo das vítimas de estupro, o sexo feminino correspondeu a 85,96%, sendo registrados como ignorados 0,05% e em branco 0,017%.

Do total de notificações, em relação aos casos positivos, raça branca 49,35%, preta 9%, amarela 0,38%, parda 32,11% e raça indígena 0,82%.

O local de ocorrência foi classificado em residência em 55,4% dos casos, habitação coletiva 1,38%, escola 2,9%, local de prática esportiva 0,49%, bar ou similar 1,73%, via pública 15,66%, comércio e serviços 1,12%, indústria/construção 0,31%, outros 10,9%.

Em relação à escolaridade foram identificados os seguintes números, analfabeto 0,49%, 1ª a 4ª série incompleta do EF 7,49%, 4ª série completa do EF 4,74%, 5ª a 8ª série incompleta do EF 17%, ensino fundamental completo 4,53%, ensino médio incompleto 9,35%, ensino médio completo 10,59%, educação superior incompleta 3,05%, educação superior completa 2,52%, não se aplica 20,72%.

Quando se trata de autoria da agressão, foram selecionadas as seguintes categoria de acordo com dados do Sinan Net: do grupo de familiares estão o pai 9,51%, mãe 1,38%, padrasto 8,39%, madrasta 0,19%, cônjuge 3,64%, ex-cônjuge 1,97%, namorado 2,25%, ex-namorado 1,45%, filho (a) 0,10%, irmão (a) 2,68%, amigos/conhecidos 24%, desconhecido (a) 26,3%, cuidador (a) 0,78%, patrão/chefe 0,26%, pessoa com relação institucional 1,43%, policial/agente da lei 0,22% e outros vínculos 14,78% .

Com o cruzamento das variáveis faixa etária e vínculo com agressor, foram encontrados os seguintes resultados: em vítimas de 0 a 14 anos de idade, os agressores classificados como conhecidos ou amigos, corresponderam a 26,70%, sendo que nas adolescentes de 15 a 19 anos foram identificados 26,74% e nas adultas de 20 a 59 anos casos 18,3% e idosas 33,33%.

No caso de familiares, na faixa etária de 0 a 14 anos de idade, o agressor denominado como pai correspondeu 15%, padrasto 13,36%, irmão 3,38%, desconhecidos 9,58%, cuidadores 1,28 %, mãe 1,84% e madrasta 0,36%, correspondendo assim, como principais agressores sexuais desta faixa etária, os conhecidos, amigos e familiares com 71,5% dos casos.

Em relação ao local da violência e faixa etária, os resultados foram os seguintes, vítimas de 0 a 14 anos de idade em residência 66%, habitação coletiva 1,15%, escola 4,60%, local de prática esportiva 0,55%, bar ou similar 0,46%, via pública 5,53%, comércio e serviços 0,62%, indústria/construção 0,23%, outros 9,97%, ignorado 10,73% e em branco 0,032%.

Para a faixa etária de 15 a 19 anos, estupro de acordo com local de ocorrência correspondeu a residência (377 ou 43,78% ), habitação coletiva (10 ou 1,16%), escola (19 ou 2,20%), local de prática esportiva (4 ou 0,46%), bar ou similar (19 ou 2,20%), via pública (208 ou 24,15%), comércio e serviços (13 ou 1,50%), indústria/construção (6 ou 0,69%), outros (123 ou 14,28%), ignorado (82 ou 9,52%) e em branco (0).

Para adultas (os) de 20 a 59 anos idade, residência (749 ou 42,46% ), habitação coletiva (33 ou 1,87% ), escola (10 ou 0,56%), local de prática esportiva (7 ou 0,39%), bar ou similar (66 ou 3,74%), via pública (511 ou 28,96%), comércio e serviços (31 ou 1,75), indústria/construção (5 ou 0,28%), outros (192 ou 10,88%), ignorado (160 ou 9,07%) e em branco (0).

Na faixa etária a partir de 60 anos, residência (31 ou 67,3% ), habitação coletiva (1 ou 2,17%), escola (0), local de prática esportiva (0), bar ou similar (0), via pública (7 ou 15,21%), comércio e serviços (1 ou 2,17%), indústria/construção (0), outros (5 ou 10,86%), ignorado (1 ou 2,17%) e em branco (0).

Dos dados coletados através do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, foram analisados os que se encontravam disponíveis em publicação do Anuário de 2020 nos campos *Estatísticas Criminais por Unidade da Federação (2018-2019); Violência Doméstica e Sexual; Estupro/Estupro de Vulnerável e Tentativa de Estupro/Estupro de Vulnerável*.

O Brasil registrou no ano 2018 a frequência em números absolutos de 66.907 e taxa por 100 mil habitantes de 32,1 de casos de estupro e estupro de vulnerável e em 2019 até a data da publicação do Anuário, 66.123 casos e taxa de 31,5, com uma variação negativa de 1,9.

Os estados brasileiros no ano de 2019 com maiores prevalências de registros de ocorrências em números absolutos, São Paulo com 12.374 casos, Paraná 6.375 e Rio de Janeiro com 5.450, sendo que as menores

taxas por 100 mil habitantes foram nos estados de Paraíba (6,1), Rio Grande do Norte (9,1) e Alagoas (13,7), respectivamente.

Dos 66.123 boletins de ocorrência de estupro e estupro de vulnerável registrados em delegacias de polícia no ano de 2019, 70,5% deles corresponderam a estupro de vulnerável, com envolvimento de vítimas menores de 14 anos de idade, sendo 18,7% delas entre 5 a 9 anos e 11,2% de 0 a 4 anos.

O sexo feminino foi o mais atingido (85,7%), a autoria era conhecida na maioria dos casos, por familiares ou amigos da família (84,1%) e em relação ao perfil racial das vítimas, pretas e pardas corresponderam a 44,6% dos casos.

Quando se trata do período do dia ou dia da semana em que a violência ocorre, constatou-se que em relação ao estupro de vulnerável trata-se dos períodos da manhã e tarde (64%) e nos dias de segundas e terças-feiras (32%), já em casos de vítimas adultas, noite ou madrugada (56%) e dias de sábado e domingo (33%).

## DISCUSSÃO

Da análise realizada dos dados coletados no site do portal Sinan Saúde, através dos dados epidemiológicos de Doenças e Agravos de Notificação, verificou-se que o estupro no país no ano de 2018 alcançou o número 30.992 casos, com predominância das notificações nas regiões Sudeste (11.847) e Sul (6.111).

A faixa etária mais acometida foi a de menores de 14 anos de idade, correspondendo a 58% das notificações, sendo o sexo feminino o mais prevalente com 88,61% dos casos e a com predominância de vítimas pretas e pardas com 56,47%.

Os estados brasileiros com maiores frequências em números absolutos foram São Paulo com 5.708 casos, Minas Gerais 2.800 casos e Paraná 2.765 casos.

No estado de São Paulo, a faixa etária de 0 a 14 anos de idade correspondeu a 53,1% dos casos notificados, sendo o sexo predominante o feminino com 85,96% dos casos.

A raça branca representou 49,35 % dos casos, seguida das classificadas como preta e parda com 42,11% dos casos, sendo os locais de ocorrência mais frequentes em relação ao estupro, a residência com 55,4%, via pública com 15,66% e outros com 10,9%, demonstrando a gravidade do problema, já que o agressor na maioria dos casos está na casa da vítima ou tem fácil acesso a ela.

O nível de escolaridade mais identificado foi o de 5ª a 8ª série incompleta do EF com 17%, seguido de 1ª a 4ª série incompleta do EF com 7,49%, sendo que a quantidade de não se aplica (20,72%) pode fazer referência a crianças com idade inferior ao início do ensino fundamental.

Quando se trata de autoria da agressão, as pessoas classificadas como parentes, conhecidos ou amigos, corresponderam a 58,03% dos casos de estupro, sendo que os desconhecidos 26,3%, sendo que em relação

ao vínculo de conhecimento com o (a) agressor (a), as faixas etárias mais vitimizadas por pessoas conhecidas, não incluindo parentes, foram as de 60 anos ou mais com 33,3%, de 15 a 19 anos com 26,74% e de 0 a 14 anos de idade com 26,70%, demonstrando uma relação possível com questões de vulnerabilidade inerente à idade nestes casos.

Nos casos de categorias relacionadas à parceiros íntimos, foram identificados em 9.31% dos casos, representadas pelos termos cônjuge, ex-cônjuge, namorado e ex-namorado, sendo que essa baixa notificação pode estar relacionada a dificuldade de identificação dessa modalidade de violência dentro de um relacionamento amoroso ou íntimo, ou até mesmo, do não registro no momento da elaboração do boletim de ocorrência, priorizando a modalidade agressão física e não sexual. SCARPATI, GUERRA E DUARTE, 2014<sup>28</sup>)

Em relação aos dados da Secretaria da Segurança Pública, as notificações do ano de 2018 no país foram de 66.907 e no ano de 2019 de 66.123 casos de estupro e estupro de vulnerável, com uma pequena variação negativa (-1,9), de acordo com atualização disponível no Anuário de 2020.

Os estados brasileiros no ano de 2019 com maiores prevalências de registros de ocorrências em números absolutos, São Paulo com 12.374 casos, Paraná 6.375 e Rio de Janeiro com 5.450, sendo que as menores taxas por 100 mil habitantes foram nos estados de Paraíba (6,1), Rio Grande do Norte (9,1) e Alagoas (13,7), respectivamente.

No ano de 2019, a faixa etária mais acometida foi de menores de 14 anos de idade com 70,5% dos casos, sendo o sexo feminino o mais atingido (85,7%), quanto ao perfil racial pretas e pardas corresponderam a 44,6% dos casos e a autoria era conhecida na maioria dos casos, perpetrada por familiares ou amigos da família (84,1%).

Verifica-se uma diferença importante entre o número total de registros entre os dois serviços no ano de 2018, de saúde (30.992) e segurança (66.907) públicos, o que já foi identificado anteriormente pelo FBSP e IPEA, diferente do que se deduz, que as vítimas buscariam na maioria dos casos os serviços de saúde, para tratamento de lesões, recebimento de profilaxia para IST e anticoncepção de emergência, os números demonstram o contrário, porém outra hipótese, seria a não notificação efetiva de todos os casos pelo serviço de saúde, principalmente nos casos de vítimas adultas, por ausência de informação ou por tempo de ocorrência, sendo assim necessário que estudos mais aprofundados sejam realizados, para melhor entendimento dessa questão.<sup>29</sup>

28 SCARPATI, Arielle Sagrillo; GUERRA, Valeschka Martins; DUARTE, Camila Nogueira Bonfim. Adaptação da escala de aceitação dos mitos de estupro: evidências de validade. *Avaliação psicol.*, Itatiba, v. 13, n. 1, p. 57-65, abr. 2014. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1677-04712014000100008](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-04712014000100008). Acesso em: 17 set. 2021.

29 CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; COELHO, Danilo Santa Cruz. **Estupro no Brasil**: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar). Nota Técnica n. 11 (Diest). IPEA: Brasília, [2014]. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5780>. Acesso em: 10 out. 2020.

## CONCLUSÃO

A violência sexual contra a mulher é uma realidade universal e grave problema social, que pode atingir qualquer pessoa, independentemente da sua idade, raça, cultura, religião ou condição socioeconômica, que vitimiza milhares de mulheres ao ano e traz consigo o reflexo de determinações históricas interligadas à predominância masculina em diferentes contextos, aonde as questões inerentes ao gênero e seu papel pré-estabelecido perante uma sociedade em evolução, ainda mantêm a violência como instrumento de reafirmação de uma masculinidade hegemônica e controle da sexualidade feminina, apresentando caráter punitivo, de controle, superioridade e dominância em seu contexto primordial.(CONNEL E MESSERSCHMIDT, 2013)<sup>30</sup>

Observamos nas últimas décadas um aumento nos registros de violência sexual, principalmente representada pelos crimes de estupro e estupro de vulnerável, sendo este assustadoramente o mais prevalente, acometendo milhares de crianças e indivíduos no início da adolescência todos os anos.<sup>31</sup>

Diferente do que se possa pensar, esse aumento de notificações, não representa necessariamente um aumento da agressão sexual contra as mulheres, as quais são vitimizadas há milênios, mas sim uma sequência de mudanças socioculturais ao longo do tempo, na qual o papel da mulher foi se transformando, ganhando destaque e representatividade em diversos aspectos profissionais e sociais, não ficando mais restrito à reprodução, cuidados domésticos e estritamente familiares, trazendo à luz de uma civilização contemporânea a necessidade de se coibir tal violência.<sup>32,33</sup>

Positivamente já podemos perceber aos poucos essas mudanças e melhorias, representadas pelo aumento do suporte para que as vítimas se sintam seguras e amparadas para que realizem a denúncia, criação de estratégias de enfrentamento à violência contra a mulher em todas as esferas governamentais, fortalecimento e ampliação da rede de proteção, capacitação de profissionais, investimento em pesquisas e educação, bem como criação de novas legislações que garantam os seus direitos.

Ainda há muito a ser feito para mudar esse grave problema, que por sua própria natureza possui altos índices de subnotificação e traz danos severos aos aspectos amplos da saúde individual e coletiva, é necessário que a educação seja foco de atenção primordial de transformação dessa triste realidade que assola nosso país, com envolvimento efetivo das instituições que recebem e acompanham essas vítimas, seja no âmbito da saúde, justiça e segurança, bem como na formação de profissionais, não de forma esporádica e sazonal, mas sim estrutural, estimulando pesquisas e criação de políticas públicas que foquem não só no combate à violência, mas também em sua prevenção e proteção às vítimas.

30 CONNELL, Robert W.; MESSERSCHMIDT, James W. Masculinidade hegemônica: repensando o conceito. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 241-282, abr. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2013000100014>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/cPBKdXV63LVw75GrVvH39NC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 17 set. 2021.

31 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FSPB). Atlas da Violência 2018. 6.3: estupro no Brasil, segundo os registros administrativos. p. 56. Rio de Janeiro: IPEA, jun. 2018. Disponível em [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/180604\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2018.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf). Acesso em: 25 out. 2020.

32 DEL PRIORE, Mary (org.). *História das mulheres no Brasil*. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2015.

33 VIGARELLO, Georges. *História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Decreto-lei nº 9.603, de 10 de dezembro de 2018**. Regulamenta a Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 dez. 2018, p. 24, col. 1. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/d9603.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9603.htm). Acesso em: 17 set. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 ago. 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm). Acesso em: 17 set. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 17 set. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 12.845, de 01 de agosto de 2013**. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 ag. 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm). Acesso em: 17 set. 2021.
- BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Disque Diretos Humanos** – relatório 2019. Brasília, 2019. Disponível em: [https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/disque-100/relatorio-2019\\_disque-100.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/disque-100/relatorio-2019_disque-100.pdf). Acesso em: 17 set. 2021.
- CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; COELHO, Danilo Santa Cruz. **Estupro no Brasil**: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar). Nota Técnica n. 11 (Diest). IPEA: Brasília, [2014]. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5780>. Acesso em: 10 out. 2020.
- COHEN, Cláudio; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de (ed.). **Bioética, Direito e Medicina**. São Paulo: Manole, 2019.
- CONNELL, Robert W.; MESSERSCHMIDT, James W. Masculinidade hegemônica: repensando o conceito. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 241-282, abr. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2013000100014>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/cPBKdXV63LVw75GrVvH39NC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 17 set. 2021.
- DEL PRIORE, Mary (org.). **História das mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2015.
- DESLANDES, S.F, GOMES, Romeu; SILVA, Cosme Marcelo Furtado Passos da. Caracterização dos casos de violência doméstica contra a mulher atendidos em dois hospitais públicos do Rio de Janeiro. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v.16, n. 1, p. 121-137, jan./mar. 2000. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2000000100013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/c9mBfX8bKfCcnK5cmjvwbyF/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 17 set. 2021.
- FERREIRA, Mariana da Silva. Crime de estupro de vulnerável e pedofilia. **Rev. Direito e Medicina**, v.4, out./dez. 2019.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FSPB). **Anuário brasileiro de segurança pública 2019**. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 10 out. 2020.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FSPB). Atlas da Violência 2018. 6.3: estupro no Brasil, segundo os registros administrativos. p. 56. Rio de Janeiro: IPEA, jun. 2018. Disponível em [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/180604\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2018.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf). Acesso em: 25 out. 2020.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FSPB). **Violência doméstica durante Pandemia de Covid-19**. Edição 03, 24 jul. 2020. Nota técnica. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/publicacoes\\_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-Covid-19-edicao-03/](https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-Covid-19-edicao-03/). Acesso em: 17 set. 2020.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.
- GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 10. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1966.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; EVANGELISTA JUNIOR, Osvaldo. **Lei 13.718/18 e o pretenseo recrudescimento dos crimes sexuais**. São Paulo: 2018. Disponível em: <https://bityli.com/w84K4P>. Acesso em: 17 set. 2021.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Prevenção da violência sexual e da violência pelo parceiro íntimo contra a mulher**: ação e produção de evidência. Genebra: Organização Mundial da Saúde; 2012. Disponível em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/3661>. Acesso em: 17 set. 2021.



PRESSER, Adriana Dewes; MENEGHEL, Stela Nazareth; HENNINGTON, Élide Azevedo. **Mulheres enfrentando as violências**: a voz dos operadores sociais. Saude soc. v.17, n.3, p.126-137, set. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-12902008000300013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/Kfz4cjd7GM4QVNxQLyXGnDp/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 17 set. 2021.

SANTOS, Silvia Chakian de Toledo. Novos crimes sexuais, a Lei 13.718/18 e a questão de gênero na aplicação do Direito. **Consultor Jurídico**, 4 out. 2018. Oipnião. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-out-04/silvia-chakian-novos-crimes-sexuais-lei-137182018>. Acesso em 30 out. 2020.

SCARPATI, Arielle Sagrillo; GUERRA, Valeschka Martins; DUARTE, Camila Nogueira Bonfim. Adaptação da Escala de Aceitação dos Mitos de Estupro: evidências de validade. **Aval. psicol.**, Itatiba, v. 13, n. 1, p. 57-65, abr. 2014. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1677-04712014000100008](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-04712014000100008). Acesso em: 17 set. 2021.

SCARPATI, Arielle Sagrillo; GUERRA, Valeschka Martins; DUARTE, Camila Nogueira Bonfim. Adaptação da escala de aceitação dos mitos de estupro: evidências de validade. **Avaliação psicol.**, Itatiba, v. 13, n. 1, p. 57-65, abr. 2014. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1677-04712014000100008](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-04712014000100008). Acesso em: 17 set. 2021.

SCHRAIBER, Lilia Blima; D'OLIVEIRA, Ana Flávia P. L.; FRANÇA JUNIOR, Ivan. Intimate partner sexual violence among men and women in urban Brazil, 2005. **Rev Saúde Pública**, v. 42, Suppl 1, p. 127-137, 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-89102008000800015>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rsp/article/view/32442>. Acesso em: 17 set. 2021.

SENASP, Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Pesquisa Nacional de Vitimização e Ministério da Justiça**. 2013.

SINANWEB, SISTEMA DE INFORMAÇÃO DE AGRAVOS DE NOTIFICAÇÃO. *Dados epidemiológicos Sinan– Doenças e Agravos de Notificação – de 2007 em diante*. Disponível em: <http://portalsinan.saude.gov.br/dados-epidemiologicos-sinan/todas-doencas-2007>. Acesso em: 11 out. 2020.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). Departamento de Ginecologia e Obstetrícia. DGO-FMRP-USP. **Protocolo de Atendimento às Vítimas de Agressão Sexual**. 15 mar. 2016. Disponível em [http://rgo.fmrp.usp.br/wp-content/uploads/sites/87/2017/07/XXII\\_Vitimizacao\\_sexual\\_15\\_3\\_16.pdf](http://rgo.fmrp.usp.br/wp-content/uploads/sites/87/2017/07/XXII_Vitimizacao_sexual_15_3_16.pdf). Acesso em: 17 set. 2021.

VANRELL, Jorge Paulete. **Sexologia forense**. 2. ed. São Paulo: Mizuno, 2008.

VIGARELLO, Georges. **História do estupro**: violência sexual nos séculos XVI-XX. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.

# CAPÍTULO 10

## O ATENDIMENTO À MULHER, À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA SEXUAL: A IMPORTÂNCIA DA INTEGRAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS DA SAÚDE E DE SEGURANÇA PÚBLICA DENTRO DA REDE DE PROTEÇÃO

Elisabete Ferreira Sato

### INTRODUÇÃO

A preocupação com o tema violência sexual contra criança e adolescente alcança longa data, desde que passamos a integrar os quadros da Polícia Civil e tomamos conhecimento, mais de perto, da realidade dos abusos sexuais contra a criança e o adolescente. Na direção de equipes junto ao Departamento de Polícia Judiciária da Capital (DECAP) e ao Departamento Estadual de Homicídios e de Proteção à Pessoa (DHPP), em São Paulo, o tema passou a fazer parte do nosso cotidiano profissional e algumas perguntas nunca se calaram: por que acontecem abusos sexuais, principalmente no âmbito das relações familiares? A proteção legal existente no Brasil é suficiente para prevenir estes acontecimentos? Como o Estado deve estar presente no enfrentamento dos casos de abuso sexual?

A vítima do abuso sexual provavelmente terá marcas para toda a vida, que jamais serão apagadas, sobretudo quando a violência foi praticada na fase da infância ou adolescência<sup>1</sup>.

A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente foi consagrada na Constituição Federal de 1988, reafirmada em atos normativos internos, como a [Lei nº 8.069/1990](#) (Estatuto da Criança e do Adolescente), a [Lei nº 13.257/2016](#) (Estatuto da Primeira Infância), a [Lei nº 13.431/2017](#) (sistema de garantia de direitos da criança e adolescente vítima ou testemunha de violência), bem como em documentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. O desafio atual consiste na implementação desta doutrina, buscando atender o melhor interesse da criança e do adolescente, respeitada sua condição de pessoa em desenvolvimento e reconhecendo a responsabilidade solidária da família, da comunidade e do Estado na garantia do cuidado e proteção da criança e do adolescente. Logo, para a construção do seu caráter e manutenção do seu equilíbrio e felicidade, o amor das pessoas que as cercam é essencial durante o crescimento.

Algumas indagações incômodas têm despertado o comprometimento e atitude da população e do Estado ante a problemática: até quando a sociedade brasileira permanecerá passiva diante do abuso e da exploração

<sup>1</sup> BORGES, Jeane Lessinger; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. Relações entre abuso sexual na infância, transtorno de estresse pós-traumático (TEPT) e prejuízos cognitivos. *Psicol. estud.*, Maringá, v. 13, n. 2, p. 371-379, abr./jun. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/pe/v13n2/a20v13n2.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

sexual? Quanto tempo mais será necessário para que as pessoas se unam e exijam uma postura adequada e firme do Estado na criação de políticas que busquem acabar com os abusos sexuais contra crianças e adolescentes ou pelo menos consigam minimizar tais violências? Quais os mecanismos efetivos de proteção disponíveis?

No âmbito do Estado de São Paulo, os dados estatísticos<sup>2</sup> dos quadros abaixo demonstram a gravidade do problema:

Números absolutos/Indicador	2018	2019
Estupro	3.285	3.157
Estupro de vulnerável <sup>3</sup>	8.664	9.217
Estupro (total)	11.949	12.374
Números absolutos/Indicador	2019 (jan./ago.)	2020 (jan./ago.)
Estupro	2.002	1.711
Estupro de vulnerável	5.859	5.234
Estupro (total)	7.861	6.945

Não obstante pesquisas<sup>4</sup> apontarem o alto índice de subnotificação dos casos, diversos indicadores podem ser considerados para análise dos aludidos dados, por exemplo, autoria (eventual vínculo com a vítima), características do autor e da vítima (idade, gênero, pessoa com deficiência, raça, cor, religião), tipo de local onde ocorreram os fatos, dia e horário/período em que a violência foi praticada, lapso entre os fatos e o registro da ocorrência, identificação da pessoa que recebeu a revelação espontânea (circunstâncias), se houve omissão por alguém que tinha ciência do crime, se da violência resultou gravidez, tipo de violência sofrida, medidas imediatas adotadas para proteção da pessoa em situação de violência sexual.

Casos repugnantes como o desaparecimento da menina Aracelli, ocorrido em 1973<sup>5</sup>, o caso da adolescente de 13 anos que foi estuprada desde os 9 anos de idade pelo próprio pai, na casa em que vivia com a família (o pai agressor, a mãe e as irmãs) e, após a prisão do agressor, a vítima sofreu nova violência sexual praticada por um pastor que havia solicitado sua guarda provisória; ainda, o caso do estupro de uma menina que resul-

2 Fonte: Res SSP/SP nº 160/01

3 “Manter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos ou com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”, conforme o art. 217-A, CP

4 OLIVEIRA, Guilherme L. de. Dados oficiais de estupro no Brasil: a questão da subnotificação. 06 maio 2018. Disponível em: [https://stats4good.github.io/gesem/blog/2018/05/dados\\_oficiais\\_e\\_subnotificacao/](https://stats4good.github.io/gesem/blog/2018/05/dados_oficiais_e_subnotificacao/). Acesso em: 28 out. 2020.

5 No dia 18 de maio de 1973, desapareceu a menina Aracelli Cabrera Crespo, de oito anos de idade, que vivia em uma casa modesta com seus pais – Gabriel Sanches Crespo e Lola, uma boliviana radicada no País – com um irmão, um pouco mais velho – Carlinhos – e com o cachorro vira-lata de nome “Radar”. Aracelli estudava numa escola próxima de sua casa, na Praia do Suá, em Vitória, Espírito Santo. Tinha uma rotina diária: toda a tarde era vista num ponto de ônibus, quase na porta de um bar. Naquele 18 de maio, uma sexta-feira, Aracelli não retornou para casa no horário de costume. Seu pai a procurou, sem êxito, na vizinhança e em casa de amigos. No dia seguinte, Gabriel foi até a escola e soube que ela havia saído mais cedo, conforme pedido da mãe, atestado em um bilhete. No dia do desaparecimento de Aracelli, Lola – a mãe – mostrou uma reação aparentemente normal ao constatar sua demora, mas, no dia seguinte, teve uma crise nervosa e acabou sendo internada no Pronto Socorro da Santa Casa de Misericórdia. Logo no início das investigações, pesaram sobre Lola suspeitas de envolvimento no desaparecimento da filha. Constatou-se ser viciada em cocaína e traficante. Lola fornecia a droga para pessoas influentes da sociedade local. Apurou-se ainda na investigação que os irmãos de Lola eram traficantes em Santa Cruz de La Sierra, lugar para onde Lola teria se mudado, quando o caso ganhou repercussão. A polícia apurou que Lola mandou a filha levar um envelope a um Edifício em construção, na região central de Vitória, que possuía uns três ou quatro apartamentos prontos, no 8º andar. Aracelli, que desconhecia o conteúdo do envelope, entrou no edifício e nunca mais foi vista. Decorridos sete dias do desaparecimento da menina, um garoto caçava passarinhos atrás de um Hospital em uma praia de Vitória – Praia Comprida – quando encontrou um corpo desfigurado e despido. Segundo o laudo necroscópico, o corpo, queimado e mutilado, foi reconhecido pelo pai de Aracelli, no Instituto Médico Legal, e identificado como sendo o de sua filha, que fora espancada, estuprada, drogada e morta. Segundo o escritor José Louzeiro (1976), que transformou a história no livro Aracelli, meu amor, sua vagina, peito e barriga tinham marcas de dentes, seu queixo foi deslocado com um golpe e seu corpo, principalmente o rosto, desfigurado com ácido. A investigação policial, segundo LOUZEIRO, fora cercada de mistérios, inclusive com interferência política. Em 1977, foi determinada a prisão de dois jovens de classe média alta pelo homicídio de Aracelli, mas, estranhamente, três meses depois os suspeitos foram soltos e o Juiz encarregado do caso promovido a desembargador. No ano de 1980, os dois jovens foram julgados e condenados, porém a sentença foi anulada. Em novo julgamento, onze anos depois, os indiciados foram absolvidos. Esta menina Aracelli, por sua triste história, virou símbolo da violência contra a criança. Por isso, foi escolhida a data de 18 de maio como o Dia Nacional de Combate ao Abuso e Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes

tou em gravidez, noticiados em 2020<sup>6</sup>, geram inconformismo e demonstram a necessidade de ações conjuntas para efetiva proteção de crianças e adolescentes.

## 1 A PROTEÇÃO PELO ESTADO

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 20 de novembro de 1989, em seu preâmbulo reforça a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial já enunciada na Declaração de Genebra dos Direitos da Criança, de 1924, na Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral em 20/11/1959, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança<sup>7</sup>.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90) incorporou a Doutrina da Proteção Integral, destacando a necessidade de um olhar à criança e ao adolescente como sujeitos de direitos, respeitando sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, colocando-os como prioridade absoluta e propondo um novo modelo de estruturação e gerenciamento das políticas públicas a eles destinadas<sup>8</sup>.

Entretanto, após trinta anos de sua publicação e do engajamento dos movimentos sociais e políticos em favor da infância e adolescência no Brasil evidencia-se avanços, mas ainda há um caminho extenso a ser percorrido.

A partir da Constituição Federal de 1988 se observa importante marco resultante da participação ativa da sociedade, em especial quanto à punição do abuso, da violência e da exploração sexual da criança e do adolescente, conforme estabelece o § 4º do art. 227 da CF<sup>9</sup>. Nesse sentido, o legislador reconheceu a gravidade das infrações penais contra a dignidade sexual de criança e adolescente, o que se observa, por exemplo, por meio da [Lei nº 8.072/1990](#) (dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da [Constituição Federal](#), e determina outras providências), da [Lei nº 9.455/97](#) (define os crimes de tortura e dá outras providências), da [Lei 11.106/2005](#) (altera os arts. 148, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#) – Código Penal e dá outras providências), da [Lei nº 12.015/2009](#) (altera o Título VI da Parte Especial do [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#)-Código Penal, e o art. 1º da [Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990](#), que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do

6 Fontes: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-15/estuprada-desde-os-6-gravida-aos-10-anos-e-num-limbo-inexplicavel-a-espera-por-um-aborto-legal.html>, acesso em 17/10/2020 e <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/10/13/estupro-de-vulneravel.htm>, acesso em 20/10/2020

7 BRASIL. **Decreto no 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso em: 17 set. 2021.

8 Art. 4º, Lei 8.069/90. Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

9 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 4º – A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

art. 5º da Constituição Federal e revoga a [Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954](#), que trata de corrupção de menores), da [Lei nº 12.650/2012](#) (altera o Código Penal, com a finalidade de modificar as regras relativas à prescrição dos crimes praticados contra crianças e adolescentes), da [Lei nº 12.978/2014](#) (altera o nome jurídico do art. 218-B do Código Penal; acrescenta inciso ao art. 1º, da [Lei 8.072, de 25 de julho de 1990](#), para classificar como hediondo o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável), da [Lei 13.718/2018](#) (altera o Código Penal para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, torna pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do [Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941](#) – Lei das Contravenções Penais), dentre outras.

O [Estatuto da Criança e do Adolescente](#) explicita que, sempre que os direitos da criança e do adolescente forem ameaçados ou violados, as medidas de proteção serão aplicadas<sup>10</sup>. E mais, garante que a criança e o adolescente não serão de nenhuma forma objeto de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido qualquer atentado por ação ou omissão<sup>11</sup>.

De acordo com o art. 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>12</sup>, “os casos de castigos físicos, tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos, confirmados ou não, serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar [...], sem prejuízo de outras providências legais”. Vale ressaltar a atribuição constitucional da Polícia Civil para investigar infrações penais e praticar atos de polícia judiciária<sup>13</sup>; assim, é fundamental que a comunicação também seja realizada para a Polícia Civil, a fim de serem adotadas as medidas pertinentes para assegurar o direito à segurança pública da criança e adolescente em situação de violência sexual, observadas as garantias fundamentais, em especial, relacionadas à intimidade, privacidade e saúde, de forma a não revitimizá-la e a colaborar com a superação do trauma sofrido.

O artigo 226 da Constituição Federal reconhece que a família é a base da sociedade e goza de especial proteção, a cada pessoa que a integra, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Nesse sentido, a [Lei nº 10.886/2004](#) acrescentou os parágrafos 9º e 10 ao artigo 129, do [Código Penal](#)<sup>14</sup>, denominado “violência doméstica”, com redação alterada pela [Lei nº 11.340/2006](#). É importante destacar que, por vezes, o abuso sexual caracteriza também uma das formas de violência doméstica contra crianças e adolescentes e inú-

10 Art. 98, Lei 8.069/90 – Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III – em razão de sua conduta.

11 Art. 5º, Lei 8.069/90. Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais

12 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 17 set. 2021.

13 Art. 144, CF. Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...]IV – polícias civis; [...]§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

14 Art. 129, CP. Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:[...] 9o Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos. § 10. Nos casos previstos nos §§ 1o a 3o deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9o deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço).

meros são os desafios relacionados à subnotificação, considerando que, por vezes, o autor é alguém do convívio familiar<sup>15</sup>. Nesse aspecto, observa-se a fundamental atuação da rede multidisciplinar e o envolvimento de todos os atores na concretização da proteção integral da criança e do adolescente, com destaque para a rede de educação, saúde, segurança pública e assistência social.

Pesquisando os conceitos e dados estatísticos, evidencia-se a necessidade de abordar o tema violência doméstica. A violência doméstica alcança toda ação ou omissão que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e que tenha sido praticado no ambiente doméstico ou familiar, em detrimento à proteção, cuidado e respeito da criança e do adolescente.

Os inúmeros casos veiculados pela mídia ante a hediondez desses crimes causa revolta à sociedade brasileira, principalmente pelo fato de não se entender como um adulto pode utilizar uma criança para sua satisfação sexual.

## 2 O ACOLHIMENTO HUMANIZADO POR AGENTES DA SAÚDE PÚBLICA

Em São Paulo, foi celebrado convênio entre a Secretaria da Segurança Pública e o Hospital Pérola Byington, que resultou na criação do Programa Bem-Me-Quer, responsável por concentrar no mesmo espaço o atendimento médico assistencial e médico-legal à mulher, criança e adolescente do sexo feminino, ou masculino, este até os 14 anos de idade em situação de violência sexual, com a finalidade de se evitar uma gravidez indesejada ou a prevenção de doenças sexualmente transmissíveis<sup>16</sup>.

O atendimento imediato dispensado é importante para que as medidas necessárias a evitar uma série de consequências prejudiciais à saúde da mulher, da criança e do adolescente em situação de violência sexual sejam adotadas, sendo fundamental a realização de exames, a profilaxia de gravidez indesejada ou de Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST), bem como o amparo médico, psicológico e assistencial.

No mesmo sentido, as primeiras horas após a violência sofrida são fundamentais para eventual identificação e coleta de vestígios que possam constituir laudos periciais, que irão instruir o curso de uma investigação criminal.

Assim, reconhecendo-se a relevância do atendimento médico assistencial e do atendimento médico-legal, observa-se a importância da coleta de vestígios de violência sexual pelo profissional de saúde que realiza o atendimento assistencial, considerando o direito à segurança pública do paciente<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Em 2016, a Secretaria de Segurança Pública de São Paulo realizou pesquisa a fim de elaborar um diagnóstico dos casos de estupro registrados no Estado. Quanto aos aspectos “tipo de vínculo entre autor e vítima” e “contexto em que o estupro foi praticado” foram obtidos os seguintes resultados: em 68% o autor era do círculo familiar ou cotidiano da vítima e 9% do convívio eventual. Quanto ao tipo de vínculo, observou-se que 19% possuía alguma relação de afinidade com a vítima (ex. tios, padrinhos, primos), 16% cometido pelo padrasto e 13% pelo próprio pai (fonte: CAP/SSP), as primeiras 24 horas até um mês do fato, em 14% dos casos, o registro foi elaborado entre um mês e um ano da prática do estupro e 6% dos registros referiam-se a casos em que o estupro ocorreu há mais de um ano (fonte: CAP/SSP).

<sup>16</sup> Decreto nº 46.369/2001 – Dispõe sobre o atendimento do Programa Bem-Me-Quer.

<sup>17</sup> A pesquisa realizada pela Secretaria de Segurança Pública de São Paulo (2016) para elaborar um diagnóstico dos casos de estupro registrados no Estado, quanto ao aspecto “tempo de registro”, indicou que, em média, 46% dos estupro são registrados em até 24 horas depois do crime; em 34% dos casos a vítima realizou o registro após as primeiras 24 horas até um mês do fato, em 14% dos casos, o registro foi elaborado entre um mês e um ano da prática do estupro e 6% dos registros referiam-se a casos em que o estupro ocorreu há mais de um ano (fonte: CAP/SSP).

Como se sabe, a violência sexual oculta-se no silêncio, no segredo, no medo, na confiança, no temor, no controle do agressor e na ausência de testemunhas, o que desafia a investigação policial. Por isso, é importante a realização de diligências imediatas objetivando a identificação de indícios de autoria e materialidade do crime, como o levantamento de gravações audiovisuais eventualmente existentes e relacionadas com os fatos, de testemunhas diretas ou indiretas, a requisição de exame pericial para o local, medidas que possam auxiliar a elucidação dos fatos. E mais, a coleta imediata de material genético junto à vítima e relacionado com a agressão sofrida, assegurada a cadeia de custódia para preservação e conservação da substância coletada apresenta-se como uma medida valiosa na persecução penal, pois evita possível revitimização da vítima, evita eventuais erros judiciais, dúvidas decorrentes de instrução probatória exclusiva em testemunhos ou até condenações equivocadas.

Assim, cabe ao Poder Público e às instituições que prestam serviços na área de saúde incentivar e encorajar a pessoa em situação de violência sexual a procurar o atendimento assistencial primário, ou seja, buscar pelos serviços de saúde pública ou particular. E mais, cabe ao profissional da área de saúde compreender que sua atuação deve respeitar os direitos e as garantias fundamentais da pessoa a ser atendida.

### 3 A SEGURANÇA PÚBLICA E A SAÚDE PÚBLICA: DOIS AGENTES RELEVANTES

Enquanto paciente em uma unidade de saúde, a pessoa tem sempre o direito de ver reconhecidos os seus direitos, seja na condição de vítima, testemunha, periciando, bem como de suspeito ou indiciado em alguma investigação policial. A proteção do paciente no âmbito dos cuidados de saúde abrange o direito à vida, à saúde, à informação, à intimidade e ao sigilo e também o direito de ver o autor da violência responsabilizado pela conduta criminosa, ou seja, o paciente deve ter respeitado o seu direito à segurança pública e ao devido processo legal.

Diante de ocorrência envolvendo pessoa em situação de violência sexual, a atuação da Polícia Civil será mais exitosa se houver a ação conjunta da rede de apoio multidisciplinar, compreendendo também a participação do órgão de saúde pública.

A ação conjunta interinstitucional e multidisciplinar tem sido cada vez mais reconhecida nos recentes atos normativos, como exemplo, a [Lei nº 11.340/2006](#)<sup>18</sup>, a [Lei nº 13.257/2016](#)<sup>19</sup> e a [Lei 13.431/2017](#)<sup>20</sup>, de modo que, os benefícios do trabalho em rede, envolvendo a qualificação específica de diversos profissionais, garantem uma melhoria na prestação do serviço e principalmente no atendimento dispensado à comunidade.

18 Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226, da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

19 Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 – Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o [Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941](#) (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo [Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943](#), a [Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008](#) e a [Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012](#).

20 [Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017](#) – Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto de Criança e do Adolescente)

O constante diálogo entre os profissionais envolvidos no atendimento da pessoa em situação de violência sexual é o início para criação de uma rede capaz de assegurar a aplicabilidade de garantias fundamentais e de delimitar a adequada prestação do serviço dos atores responsáveis, que irá auxiliar na superação de um trauma.

A pessoa que procura por atendimento médico assistencial decorrente de trauma sofrido tem o direito de ter reconhecido seu estado de vulnerabilidade momentânea, o que afasta sua plena capacidade de discernimento. Por outro lado, há que se reconhecer uma situação em que a coleta de possível vestígio se apresenta não repetível, sendo fundamental sua realização o mais rápido possível. Toda e qualquer medida adotada deve ser pautada no acolhimento da pessoa em situação de violência sexual, o que significa que a atuação deve estar fundada na ética, confidencialidade e respeito à privacidade, sem olvidar o direito fundamental à segurança pública.

A campanha de ampla divulgação incentivando a procura por órgão de saúde em caso de situação de violência sexual é medida que torna, por vezes, a unidade de saúde a porta de entrada para o acolhimento inicial. Entretanto, é importante destacar que, inevitavelmente, o órgão de segurança pública atuará na investigação do fato ocorrido, sobretudo para evitar que a violência se repita em relação a mesma ou outras vítimas, assegurar eventual responsabilização criminal, em cumprimento ao dever do Estado de preservar a ordem pública e incolumidade das pessoas. Assim, a criação de um fluxo de atendimento adequado e que preserve a atuação das instituições envolvidas exige a definição de um complexo de medidas iniciais a serem adotadas e capazes de efetivamente ofertar um acolhimento humanizado para a pessoa atendida.

A violência sexual acarreta grande impacto na saúde física e mental da vítima e pode alcançar as relações familiares, causando traumas, vulnerabilidades e insegurança. É comum identificar em pessoas que sofreram violência sexual um quadro de medo, pânico, culpa, perda da autonomia, fragilidades físicas e emocionais. Dessa forma, é determinante que os serviços de apoio e atenção à pessoa em situação de violência sexual estejam organizados e articulados entre equipes multidisciplinares na área de saúde, assistência social, psicologia e segurança pública, capazes de efetivamente garantir o adequado acolhimento.

A recepção de uma pessoa em situação de violência sexual pelo órgão de saúde exige um protocolo específico de atuação que compreenda o respeito à informação e suas escolhas, garantindo-se o sigilo e a privacidade.

O direito à informação, considerando a condição momentânea de vulnerabilidade e o comprometimento da capacidade plena de compreensão da vítima, para ser inteiramente exercido, deve observar a liberdade individual de consentimento como um processo, permitindo-se um desdobramento para ampliar a proteção dos direitos fundamentais envolvidos, notadamente, o respeito à sua dignidade e o direito à segurança pública.

Vale dizer, exigir da pessoa em situação de violência sexual a plena capacidade para assimilar todas as consequências decorrentes da violência sofrida naquele único e irrepetível atendimento inicial é uma verdadeira ofensa à sua integridade física e psicológica, podendo caracterizar violação a outras garantias tais como o devido processo legal, o direito de manifestação livre e inequívoca de sua vontade, de ser ouvida e respei-



tada em seu momento, direito de ver o agressor ser responsabilizado pela violência praticada. Ademais, essa exigência de assimilação imediata da violência sofrida e suas consequências pode incentivar a ação clandestina de clínicas irregulares e até mesmo o acesso tardio aos serviços adequados de saúde (por exemplo, após um atendimento irregular e que tenha evoluído para um quadro de infecção) ou até mesmo pode afastar a confiança nos órgãos públicos envolvidos.

Quando a porta de entrada for um órgão de saúde, as medidas preliminarmente adotadas devem ser claras, objetivas, simplificadas ao máximo, de modo a assegurar à pessoa em situação de violência sexual todos os seus direitos fundamentais, considerando o momento único envolvendo o primeiro atendimento assistencial.

Assim, exigir o preenchimento de complexo e extenso “termo de relato circunstanciado” e “termo de consentimento informado” é uma manifesta violação à sua condição momentânea de vulnerabilidade, capaz de potencializar os traumas já sofridos e prejudicar o exercício do direito à segurança pública, e mais, pode ser uma forma de negar o próprio serviço público, desestimulando as vítimas a o procurarem.

É certo que o momento exige a adequada informação acerca dos procedimentos médicos a serem adotados, o que inclui as medidas relacionadas à profilaxia e intervenções médicas. E mais, a informação deve respeitar a intimidade da pessoa em situação de violência sexual e jamais afastar posteriores direitos que eventualmente poderão ser legitimamente exercidos por ela. O direito ao consentimento livre e informado do paciente é uma forma de valorizar e respeitar sua condição de sujeito de direito.

A busca da simplificação das exigências iniciais permite assegurar a defesa de seus direitos e garantias, minimizando os traumas da violência sofrida.

O desafio é garantir o direito à segurança pública da pessoa em situação de violência sexual, sem o envolvimento inicial de qualquer profissional da área de segurança pública, quando houver essa escolha pela própria paciente/vítima, respeitando a sua vontade e autodeterminação; ou seja, reconhecer o exercício do direito à segurança pública em momento posterior ao atendimento inicial, que contou com todas as medidas necessárias já mencionadas (e algumas irrepetíveis) importantes para possibilitar tal exercício, sem preconceitos ou prejulgamentos quanto às suas escolhas.

É necessário conscientizar e capacitar o profissional de saúde para o atendimento humanizado da pessoa em situação de violência sexual, sobretudo quanto à coleta, guarda e transporte de vestígios obtidos por meio de exame clínico. Primeiramente, o paciente/vítima tem o direito de ser informado sobre os procedimentos médicos e coletas de vestígios a serem realizados, considerando a irrepetibilidade do momento, oferecendo-lhe o direito de, em um segundo momento, decidir pelo encaminhamento ou não do material coletado para o profissional de segurança pública. Muitas questões ainda surgem, tais como, a possibilidade de recusa da vítima quanto ao procedimento médico e a coleta de vestígios ou, uma vez coletado o material pelo profissional da saúde, seria possível a requisição pela autoridade policial ou judiciária, ou ainda, em caso de impossibilita-

de permanente da vítima como seria obtida a autorização posterior, porém, tratar de cada uma delas excederia os limites do presente artigo.

Esse desdobramento do consentimento é uma proposta humanizada de acolher a pessoa em situação de violência sexual, assegurando o direito à informação, à privacidade, à confidencialidade, à saúde e à segurança pública. Corresponde à garantia de que, no momento em que depositou sua confiança no atendimento médico assistencial, foram adotadas todas as medidas com vistas à proteção de sua saúde e assegurada a oportunidade única de coleta de vestígios, preservando-se a liberdade individual de consentimento acerca da destinação dada ao material eventualmente coletado, considerando o momento vulnerável em que se encontra. Não é adequada a exigência de preenchimento de complexo termo de consentimento informado. Dessa forma, estaria resguardado o momento de validação da coleta de material.

A alteração decorrente da [Lei nº 13.718/2018](#)<sup>21</sup>, tornou pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, ou seja, cientificada a autoridade policial, independentemente da vontade da vítima, será instaurado um procedimento investigatório para apuração dos fatos. Entre a liberdade individual do cidadão e o interesse público, prevaleceu o interesse público em apurar e punir o autor da agressão, impedindo que eventuais outras pessoas possam sofrer a mesma violência.

O profissional de saúde que realizou o atendimento tem o dever de notificar (notificação compulsória) a autoridade de saúde sobre suspeita ou confirmação de atendimento de pessoa em situação de violência sexual, conforme previsto na [Portaria MS nº 1.271/2014](#)<sup>22</sup> e [Portaria de Consolidação nº 4/2017](#)<sup>23</sup>, do Ministério da Saúde. O ato é obrigatório a todos os profissionais de saúde que prestam assistência ao paciente. A comunicação será realizada imediatamente à Secretaria Municipal de Saúde (SMS) e seguirá o fluxo de compartilhamento entre as esferas de gestão do SUS estabelecido pela Secretaria de Vigilância em Saúde, do Ministério da Saúde (SVS/MS). Considerar a violência como uma questão de saúde pública é fundamental para o enfrentamento pelo poder estatal. Por outro lado, a [Lei nº 13.931/2019](#)<sup>24</sup> alterou a [Lei nº 10.778/2003](#) para determinar que os casos em que houver indícios ou confirmação de violência (física, sexual ou psicológica) contra a mulher atendida em serviços de saúde públicos e privados serão obrigatoriamente comunicados à autoridade policial no prazo de 24 horas, para as providências cabíveis e para fins estatísticos (§ 4º, art. 1º, Lei 10.778/2003). Assim, o profissional da saúde possui responsabilidade não apenas com o cuidado da pessoa em situação de violência sexual, mas também com a produção de informações importantes para o enfrentamento de tal violência.

21 [Lei 13.718, de 224 de setembro de 2018](#) – Altera o [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#) (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causa de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do [Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941](#) (Lei das Contravenções Penais)

22 [Portaria nº 1.271, de 6 de junho de 2014](#), do Ministério da Saúde – Define a Lista Nacional de Notificação Compulsória de doenças, agravos e eventos de saúde pública nos serviços de saúde públicos e privados em todo o território nacional, nos termos do anexo, e dá outras providências.

23 [Portaria de Consolidação nº 4, de 28 de setembro de 2017](#), do Ministério da Saúde – Consolidação das normas sobre os sistemas e os subsistemas do Sistema Único de Saúde.

24 [Lei, nº 13.931, de 10 de dezembro de 2019](#) – Altera a [Lei nº 10.778/2003](#), para dispor sobre a notificação compulsória dos casos de suspeita de violência contra a mulher

Ademais, a [Lei Estadual nº 10.241/1999](#)<sup>25</sup>, o [Decreto nº 7.958/2013](#)<sup>26</sup>, a [Lei nº 12.845/2013](#)<sup>27</sup>, a Norma Técnica – Atenção humanizada às pessoas em situação de violência sexual com registro de informações e coleta de vestígio, da Secretaria de Políticas para as Mulheres e dos Ministérios da Justiça e da Saúde<sup>28</sup> estabelecem diretrizes e procedimentos para a coleta de vestígios de violência sexual pelo profissional da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde, preservando-se a cadeia de custódia, bem como a necessária capacitação de tais profissionais para o atendimento da vítima de forma humanizada, garantindo a idoneidade e o rastreamento dos vestígios coletados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, indaga-se se os direitos fundamentais da pessoa em situação de violência sexual estão sendo exercidos de modo restrito e limitado, notadamente o seu direito à integridade, à intimidade, à informação e à segurança pública, na medida em que ainda observa-se a carência de fluxo de atendimento que compreenda a efetiva coleta de vestígios de violência sexual pelo profissional da saúde e seu posterior compartilhamento com a autoridade policial ou judiciária. É imprescindível assegurar uma investigação policial célere, eficaz e que respeite sua liberdade individual, sua privacidade e o direito de ter o autor responsabilizado pela conduta criminosa, o que pode auxiliar no processo de superação e restauração de sua saúde física e mental. A persecução penal pode acarretar imenso desgaste e exposição da intimidade da pessoa em situação de violência sexual, razão pela qual deve-se adotar todas as medidas possíveis para auxiliar na adequada elucidação dos fatos, com menor dano possível à vítima, evitando-se eventuais erros ou dúvidas decorrentes de instrução probatória exclusiva em testemunhos.

Entretanto, não obstante o reconhecimento do legislador quanto à possibilidade de coleta de vestígio pelo profissional da saúde e as diversas tentativas de estabelecimento de fluxo de atendimento à pessoa em situação de violência sexual, observam-se a ausência de mecanismos eficazes quanto:

- à comunicação imediata pelo profissional de saúde à autoridade policial;
- ao respeito à condição momentânea de vulnerabilidade da pessoa em situação de violência sexual, que acarreta o afastamento de sua capacidade plena de discernimento, exigindo-se decisões que podem ser capazes de prejudicar o seu direito fundamental à segurança pública;
- à importância da adequada informação e obtenção do consentimento informado sobre todos os procedimentos que serão adotados pelo profissional da saúde no primeiro atendimento assistencial, inclusive

<sup>25</sup> Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999 – Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado de São Paulo.

<sup>26</sup> [Decreto nº 7.958, de 13 de março de 2013](#) – Estabelece diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde.

<sup>27</sup> [Lei nº 12.845, de 18 de agosto de 2013](#) – Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual

<sup>28</sup> NORMA TÉCNICA – Atenção humanizada às pessoas em situação de violência sexual com registro de informações e coleta de vestígio, da Secretaria de Políticas para as Mulheres, Ministério da Saúde e Ministério da Justiça, 1ª edição, Brasília/DF, 2015

eventual coleta de vestígio de violência sexual, assegurando-se a oportunidade posterior da vítima manifestar o consentimento pela validação e encaminhamento, por determinação da autoridade policial, da coleta de material realizado na ocasião do primeiro atendimento para o órgão de perícia técnica.

O diálogo entre os profissionais da saúde e da segurança pública, notadamente da Polícia Civil com o apoio do órgão de perícia técnico-científica (Instituto Médico Legal) é essencial para identificar um padrão de atendimento que reconheça os direitos e garantias fundamentais da pessoa em situação de violência sexual que esteja na condição de paciente, vítima ou pericianda. O atendimento humanizado deve respeitar o momento adequado e não repetível para a coleta de vestígios, garantida a cadeia de custódia e o momento oportuno para o pleno exercício de seu direito à segurança pública, viabilizado por meio da investigação policial.

Além da criação de programas consistentes e da capacitação específica de profissionais envolvidos com o tema, há que serem fomentadas a constante ampliação da rede de proteção coordenada em nível municipal, estadual e federal. Os investimentos na saúde, na educação, no lazer, na segurança pública são imprescindíveis, mas, sobretudo, o investimento nas relações humanas, ou seja, acompanhamento constante no desenvolvimento de suas capacidades físicas, psíquicas e emocionais, construindo uma pessoa plena por ter sido respeitada, amada e protegida na fase da infância e da adolescência.

A construção de um País onde toda criança poderá ter o direito de ser criança e o adolescente possa olhar para o futuro sem medo, porque está preparado para ele, sem dúvida alguma nos leva à reflexão da importância do respeito e da dignidade de que estes cidadãos são merecedores. Investir e cuidar da infância e da adolescência significa cultivar adultos saudáveis e acreditar em uma sociedade mais acolhedora, consciente e segura.

## REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. Efetivação do direito à saúde em seus múltiplos caminhos. *In*: BUCCI, M .P.D; DUARTE, C.S. (org.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 114-138.

ALBUQUERQUE, Aline. A segurança do paciente à luz do referencial dos direitos humanos. **Revista de Direito Sanitário**, Brasil, v. 17, n. 2, p. 117-137, jul./out. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/122309/119046>. Acesso em: 2019.

AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. **Crianças vitimizadas: a síndrome do pequeno poder**. 2. ed. São Paulo: Iglu, 2007.

AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. **Pele de Asno Não é Só história: um estudo sobre vitimização de crianças e adolescentes em família**. São Paulo: Roca, 1988.

BORGES, Jeane Lessinger; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. Relações entre abuso sexual na infância, transtorno de estresse pós-traumático (TEPT) e prejuízos cognitivos. **Psicol. estud.**, Maringá, v. 13, n. 2, p. 371-379, abr./jun. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/pe/v13n2/a20v13n2.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. **Combate à exploração sexual de crianças e adolescentes**. 20 ago. 220. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/agosto/combate-a-exploracao-sexual-de-criancas-e-adolescentes-entra-na-pauta-de-forum-sobre-tecnologia>. Acesso em: 17 out 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.958, de 13 de março de 2013**. Estabelece diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7958.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7958.htm). Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso em: 17 set. 2021.

- BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 19 set. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm). Acesso em: 19 set. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016.** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069 [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm). Acesso em: 19 set. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017.** Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm). Acesso em: 19 set. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13718.htm). Acesso em: 19 set. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 13.931, de 10 de dezembro de 2019.** Altera a Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003, para dispor sobre a notificação compulsória dos casos de suspeita de violência contra a mulher. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13931.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13931.htm). Acesso em: 19 set. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 17 set. 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Norma técnica: atenção humanizada às pessoas em situação de violência sexual com registro de informações e coleta de vestígios.** 43 p. 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/1130>. Acesso em: 19 set. 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.271, de 6 de junho de 2014.** Disponível em: [https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt1271\\_06\\_06\\_2014.html](https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt1271_06_06_2014.html). Acesso em: 19 set. 2021.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, S. Paulo, v. 22, n. 1, fev. 1988. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-89101988000100008>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n1/08.pdf>. Acesso em: 27 maio 2019.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista de saúde pública**, v. 22, n. 4, p. 327-334, ago. 1988. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-89101988000400008>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n4/08.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2019.
- FALEIROS, Vicente de Paula. A violência sexual contra crianças e adolescentes e a construção de indicadores: a crítica do poder, da desigualdade e do imaginário. **SER Social**, Brasília, n. 2, mar. 2010. Disponível em <https://repositorio.unb.br/handle/10482/9091>. Acesso em: 2 out. 2020.
- GUIMARÃES, Ivone Cataneo; GUIMARÃES, Laerte. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado para Atividades de Polícia.** 2. ed. Porto Alegre: Polost, 2000.
- LOUZEIRO, J. **Aracelli meu amor: um anjo espera a justiça dos homens.** 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1979.
- OLIVEIRA, Guilherme L. de. **Dados oficiais de estupro no Brasil: a questão da subnotificação.** 06 maio 2018. Disponível em: [https://stats4good.github.io/gesem/blog/2018/05/dados\\_oficias\\_e\\_subnotificacao/](https://stats4good.github.io/gesem/blog/2018/05/dados_oficias_e_subnotificacao/). Acesso em: 28 out. 2020.
- PAIM, Jairnilson Silva; SILVA, Ligia Maria Vieira da. **Universalidade, integralidade, equidade e SUS.** 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/5975>. Acesso em: 27 maio 2019.
- RAMOS, Martha Lúcia Cabreba Ortiz; SILVA, Ana Lúcia da. Estudo sobre a violência doméstica contra a criança em Unidades Básicas de Saúde do município de São Paulo – Brasil. **Saúde Soc.** São Paulo, v. 20, n.1, p. 136-146, mar. 2011. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-12902011000100016>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/nYZkmKccHpWMjCkNHWr7JB/?lang=pt>. Acesso em: 17 out. 2020.
- SANDERSON, Christiane. **Abuso sexual em crianças.** Trad. Frank de Oliveira São Paulo: M. Books do Brasil, 2005.
- SÃO PAULO (ESTADO). Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP). **Decreto nº 46.369, de 14 de dezembro de 2001.** Dispõe sobre o atendimento do Programa BEM-ME-QUER. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2001/decreto-46369-14.12.2001.html>. Acesso em: 19 set. 2021.
- SÃO PAULO (ESTADO). Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP). **Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999.** Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado. (Atualizada até a manutenção de artigos vetados, em 10 de setembro de 2001). Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei-10241-17.03.1999.html>. Acesso em: 19 set. 2021.
- VASCONCELOS, Ana Maria Pinheiro. **Navegar com segurança: protegendo seus filhos da pedofilia e da pornografia infanto-juvenil na Internet.** São Paulo: Cenpec, 2006.

# CAPÍTULO 11

## INTERPRETAÇÃO SEM RUÍDOS SOBRE GÊNERO NA ESCOLA: SINTONIA ENTRE NÃO DISCRIMINAÇÃO E VIDA SEM VIOLÊNCIA PARA MENINAS E MULHERES

Ingrid Viana Leão

Sandra Lia Bazzo Barwinski

### 1 PONTO DE PARTIDA: CONTROVÉRSIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

#### 1.1 JUSTIFICATIVA DA PROPOSTA

Nos últimos anos no Brasil, especialmente após a aprovação do Plano Nacional de Educação (2014), ganhou força a noção equivocada de que as discussões sobre gênero ou a defesa da igualdade de gênero significariam doutrinação ideológica, erotização precoce, exposição de crianças ou destruição das famílias. Diversas representações instauraram um pânico moral sob a nomenclatura “ideologia de gênero” e afetam também os direitos à orientação sexual, identidade de gênero e educação sexual. Esse volume de crenças chegou a ser convertido em proposições legislativas, municipais ou estaduais, com a aprovação de leis ou recuos nos planos de educação em todo o país.<sup>1,2,3</sup>

Este capítulo aborda aspectos da argumentação feminista sobre privações ou ameaças a direitos, associados à experiência da violência por meninas e mulheres no Brasil, que ocorreram a partir dessa movimentação antigênero e redundaram em ações de controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF). No total, são 16 ações de controle de constitucionalidade<sup>4</sup>, nas quais o CLADEM Brasil<sup>5</sup> ingressou com habilita-

1 LEÃO, Ingrid; BARWINSKI, Sandra L B. Direitos humanos e igualdade de gênero no Brasil: tensões no direito à educação na ONU e OEA. **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**: Igualdade de gênero na educação e liberdade de expressão. São Paulo, v. 3, n. 8, p. 56-70, 2018.

2 LEÃO, Ingrid; CASTANHO, William G T. Identidade de gênero e orientação sexual no currículo: fundamentos e ameaças de direitos LGBTI. In: OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de; CUNHA, Josafá Moreira da; Kirchoff Rafael dos Santos (coord.). **Educação e Interseccionalidades**. Curitiba: NEAB; UFPR, 2018, p. 87-102.

3 LEÃO, Ingrid. Igualdade de gênero no currículo escolar: os significados na Lei Maria da Penha até a judicialização da política educacional. In: PASINATO, Wânia; MACHADO, Bruno Amaral; ÁVILA, Thiago Pierobom de (coord.). **Políticas públicas de prevenção à violência contra mulher**. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2019, p. 47-71.

4 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n.º 5.537, 5.580 e 6.038 (Lei Escola Livre do Estado de Alagoas); ADI n.º 5.668 (Plano Nacional de Educação – Lei n.º 13.005/2014); Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) n.º 457 (Lei 1.516/2016 – Novo Gama/DF), n.º 460 (Lei 6.496/2015 – Plano de Educação de Cascavel/PR), n.º 461 (Lei 3.468/2015 – Plano de Educação de Paranaguá/PR), n.º 462 (Lei Complementar 994/2015 – Plano de Educação de Blumenau/SC), n.º 465 (Lei 2.243/2016 de Palmas/TO), n.º 466 (Lei 4.268/2015 – Plano de Educação de Tubarão), n.º 467 (Lei 3491/2015 – Plano de Educação de Ipatinga/MG), n.º 522 (Leis 2.985/2017 de Petrolina e 4.432/2017 de Garanhuns/PE), n.º 526 (Emenda à Lei Orgânica 47/2018 de Foz do Iguaçu/PR), n.º 578 (Lei Complementar 9/2014 de Santa Cruz de Monte Castelo/PR), n.º 600 (Emenda à Lei Orgânica Municipal n.º 55/2018 de Londrina/PR) e n.º 624 (Controvérsia constitucional relevante sobre normas e iniciativas que buscam limitar o conteúdo da manifestação docente no ambiente escolar).

5 <https://cladem.org/etiqueta/brasil/>

ção como *amici curiae*<sup>6</sup> em 13 ações, sendo que em duas delas ainda aguarda o deferimento de sua intervenção. A controvérsia central dessas ações é a proibição de gênero no currículo escolar por legislações locais, que extrapola a competência quanto à matéria e, ainda, contraria diversos dispositivos constitucionais sobre o direito à educação e sobre a liberdade de expressão, previstos na Constituição Federal no artigo 5º, incisos IV e IX, artigo 23, V e X, e artigos 205 e 227.

A participação da sociedade civil organizada na interpretação de direitos é ampla e sob diferentes nomenclaturas<sup>7,8,9</sup>, em que pese o rol restrito de legitimados com acesso ao controle concentrado de constitucionalidade.<sup>10</sup> A intervenção, como *amicus curiae*, nas ações constitucionais em estudo foi construída coletivamente com as seguintes organizações: THEMIS – Gênero, Justiça e Direitos Humanos; Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (CEPIA), Instituto Maria da Penha (IMP)<sup>11</sup>, Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA), Associação Tamo Juntas – Assessoria Jurídica Gratuita para Mulheres Vítimas de Violência (TAMO JUNTAS). Todas são organizações envolvidas com políticas para as mulheres. Tais organizações estão diretamente vinculadas à temática da violência contra as mulheres, seja por integrarem o *Consórcio da Lei Maria da Penha pelo Enfrentamento a todas as Formas de Violência de Gênero contra as Mulheres*, seja por atuarem no caso de litígio internacional de Maria da Penha Maia Fernandes contra o Estado brasileiro na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

A proposta central do grupo, enquanto *amicus curiae*, foi “trazer ao debate constitucional a análise das relações da violência de gênero com a proposta de uma educação não sexista, com impacto na segurança, em diferentes espaços de convivência da vida social, de meninas e mulheres com base na perspectiva de vida sem violência e não discriminação como paradigma de direitos humanos, que se coaduna com a proposta de Estado Democrático de Direito, à qual a Constituição vigente adota e se fundamenta.” Dentre todas as questões abordadas nas intervenções como *amicus curiae*, bem como considerando a complexidade dos desafios e das dificuldades no processo de emancipação e conquista da igualdade material entre mulheres e homens e entre as próprias mulheres, este artigo dará ênfase ao direito à educação sob o aspecto do conteúdo sobre gênero e sexualidade para meninas e mulheres associado ao direito à igualdade e à vida sem violência.

6 A Lei nº 9.868/99 estabeleceu, no § 2º do art. 7º, dois requisitos para a admissão do *amicus curiae* no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade: (i) que a matéria seja relevante; e (ii) que o postulante demonstre ter representatividade. O Código de Processo Civil, em seu art. 138, veio a estabelecer como condições para admissão do *amicus curiae*: (1) a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia; e que a (2) pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, tenha representatividade adequada.

7 CARDOSO, Evorah L C. *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. (Coleção Fórum Direitos Humanos, 4).

8 CAMPILONGO, Celso F. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

9 SANTOS, Cecília MacDownell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Sur, Rev. int. direitos human.*, São Paulo, v. 4, n. 7, p. 26-57, 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452007000200003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/53tc4SDrrHtL85tJhzipvkDB/?lang=pt>. Acesso em: 19 set. 2021.

10 CABALLERO, Cecília; CASTELLANO, Carolina L. Feminismo estatal, injustiças metapolíticas e a formação do rol de legitimados do controle concentrado de constitucionalidade. In: SILVA, C. O. P.; BARBOZA, E. de Q.; FACHIN, M. G.; NOWAK, B. (org.). *Constitucionalismo Feminista*. Salvador: JusPodivm, 2018, v. 1, p. 122-139.

11 O Instituto Maria da Penha (IMP) deixou de integrar o coletivo em outubro de 2020. Sendo assim, não interveio em todas as ações.

Esta proposta de artigo chega em 2020, justamente no ano em que o STF concentrou sua atenção no julgamento das ações sobre o direito à educação, tendo decidido 11<sup>12</sup> delas, restando pendentes outras cinco<sup>13</sup>, retiradas de pauta em novembro de 2020<sup>14</sup>. E, especialmente, quando o Brasil foi impactado com a triste história de uma criança de 10 anos, grávida após violência sexual recorrente, que enfrentou barreiras escandalosas para a realização do abortamento previsto em lei, como bem noticiaram e documentaram os diversos meios de comunicação e mídias.<sup>15</sup> O tema é atual e a questão é inadiável.

## 1.2 A INTERPRETAÇÃO FEMINISTA, FEMININA OU DAS MULHERES

O que significa se apresentar como feministas preocupadas com o problema da violência contra as mulheres ou violência de gênero contra as mulheres? A resposta a este questionamento marca uma posição que se relaciona com o conteúdo das leis impugnadas no STF. Conteúdo que, por sua vez, pretende a proibição da “ideologia de gênero”. A noção que se disseminou sobre “ideologia de gênero” é confusa e pejorativa, subvertendo os estudos e teorias de gênero. Em outro norte, surgiu o movimento Escola sem Partido, em 2004, afirmando seu fundador, Miguel Nagib, se tratar de uma iniciativa “pais e estudantes preocupados com o grau de contaminação político-ideológico nas escolas brasileiras.”<sup>16</sup> São tais movimentos que inspiraram uma ofensiva contra a educação que teve seu ápice na votação dos Planos de Educação, nacional (2014<sup>17</sup>), estaduais e municipais (2015).

A expressão “ideologia de gênero” surgiu em documentos da Igreja Católica, como a Carta aos Bispos da Igreja Católica sobre a Colaboração do Homem e da Mulher na Igreja e na Sociedade (2004) e o Documento de Aparecida (2007), refutando a adoção do conceito de gênero para indicar a desigualdade entre homens e mulheres pela Organização das Nações Unidas (ONU), a partir da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD) e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher respectivamente, no Cairo (1994) e em Pequim (1995).<sup>18,19,20</sup>

12 ADIs n.º 5.537, 5.580 e 6038, ADPFs n.º 457, 460, 461, 465, 467, 526, 600 e 624.

13 ADI n.º 5.668, ADPFs n.º 462, 466, 522 e 578.

14 Constatou-se, apenas no dia 04/11, que os processos foram excluídos do calendário de julgamento pelo Presidente da sessão de 11/11/2020. Na rede social Twitter, a deputada Chris Tonietto (PSL/RJ) – uma das mais reacionárias do Congresso Nacional e uma das sete que votaram contra a constitucionalização do Fundeb – registrou que atuou através da FPM pela Juventude, em articulação com as frentes Católica e Evangélica, pela retirada de pauta no STF da ADI 5.668, ajuizada pelo PSOL. Veja mais em <https://educacao.uol.com.br/noticias/2021/01/08/entidades-cientificas-pedem-que-mec-adie-enem-e-cobram-planejamento.htm>.

15 GUZZO, Morgani; AMANTE, Vandrezza. O caso dessa menina é muito impressionante, porque ELA decidiu. **Portal Catarinas**, 21 ago. 2020. Disponível em: <https://catarinas.info/o-caso-dessa-menina-e-muito-impressionante-porque-ela-decidiu/>. Acesso em: 11 jan.2021.

16 COUTO, Luan Felipe Alves; DRESCH, Jaime Farias; GRAUPE, Mareli Eliane. Gênero, sexualidades e educação: discussão e análise dos projetos de lei do programa “escola sem partido”. In: **Revista Atos de Pesquisa em Educação**, Blumenau, v. 15, n. 4, p. 997-1020, out./dez., 2020 DOI: <https://dx.doi.org/10.7867/1809-0354.2020v15n4p997-1020>. Disponível em: <https://bu.furb.br/ojs/index.php/atosdespesquisa/article/view/8132>. Acesso em: 19 set. 2021.

17 <http://pne.mec.gov.br/18-planos-subnacionais-de-educacao/543-plano-nacional-de-educacao-lei-n-13-005-2014>

18 MACHADO, Maria das Dores Campos. O discurso cristão sobre a “ideologia de gênero”. **Rev. Estud. Fem.** v. 26, n. 2, e47463. jun. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/1806-9584-2018v26n247463>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/pywfvLVSDYNhH8nzJV3MmQk/?lang=pt>. Acesso em: 09 jan. 2021.

19 MIGUEL, Luis Felipe. Da “doutrinação marxista” à “ideologia de gênero”: Escola Sem Partido e as leis da mordaza no parlamento brasileiro. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, 2016. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350947688019>. Acesso em: 09 jan. 2021.

20 MISKOLCI, Richard; CAMPANA, Maximiliano. “Ideologia de gênero”: notas para a genealogia de um pânico moral contemporâneo. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 32, n. 3, p. 725-748, set./dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/s0102-69922017.3203008>. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0102-69922017.3203008>. Acesso em 09 jan. 2021.



Gênero, um conceito fluido, é um campo de produção científica interdisciplinar e uma categoria de análise social, utilizado em investigações nas diversas áreas científicas, que se intersecciona com outros elementos de subordinação, como raça, etnia, classe social, nacionalidade, sexualidade, dentre outros marcadores, permitindo a compreensão das experiências do que é ser homem e ser mulher, e sua hierarquização nas relações sociais, políticas e jurídicas.<sup>21</sup> Quanto à ciência jurídica, a análise do Direito sob a perspectiva de gênero possibilita um posicionamento crítico de algumas práticas discriminatórias no âmbito do sistema de justiça que têm sido denunciadas por juristas feministas, como apontam os trabalhos sobre violência sexual, feminicídio e o estudo de jurisprudências.<sup>22,23,24,25,26</sup>

A proposta de um grupo caracterizado como feminino, tal qual a bancada feminina, atuação feminina ou advocacia feminina (proposta de alguns espaços), faz questão de ressaltar uma distinção entre população de maioria de mulheres, com base no sexo/gênero feminino, e um grupo que se propõem a atuar ou se constituir como feminista. O primeiro agrupamento é bem maior que o segundo, pois em um conjunto de mulheres há pessoas que se identificam como feministas e convivem com outras não feministas ou não próximas dessa abordagem e referencial político<sup>27</sup>. Ao mesmo tempo, existe uma conexão entre grupo feminino e grupo feminista que é oportuno e necessário entender como ponto de partida. Ao destacar um grupo feminino, busca-se reforçar uma representação em um espaço de atuação profissional não homogêneo que especialmente se relaciona com “a feminização da advocacia e uma ordem hierárquica” da profissão.<sup>28</sup> Enquanto isso, o próprio interesse desta publicação transcende a noção de feminino na medida em que enfatiza tanto o impacto diverso para um grupo social, quanto a resposta diferenciada dada pelo Direito a um mesmo fato, distinguindo mulheres e homens. Tais aspectos são centrais para o feminismo.

As preocupações descritas acima acabam por destacar como a aplicação da lei, um processo judicial ou ramos do direito se conectam com relações de gênero com impacto diferenciado para as mulheres, isto é, trata-se de uma aproximação feminista na medida em que problematiza a reflexão, desde a construção do seu objeto, na experiência real de um grupo. Essa aproximação da prática jurídica com a perspectiva de gênero avança na direção de afirmar uma justiça de gênero, dialogando com as teorias feministas, tal qual Salete Maria da

21 SEVERI, Fabiana C. Violência e discriminação contra as mulheres e o acesso à justiça: algumas considerações sobre os desafios em se construir uma justiça de gênero. In: PONZILACQUA, Márcio Henrique Pereira (org.). **Violência doméstica, agressão sexual e direito: olhares e práticas transdisciplinares**. Curitiba: CRV, 2013.

22 CORRÊA, S.; JANNUZZI, P. M.; ALVES, J. E. D. Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicações. In: CAVENAGHI, Suzana (org). **Indicadores municipais de saúde sexual e reprodutiva**. Rio de Janeiro: ABEP, Brasília: UNFPA, 2006, p. 27-56.

23 PIMENTEL, Sílvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P.; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro: crime ou “cortesia”?** Abordagem sociojurídica do gênero. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

24 FACHINETTO, Rochele F. **Quando eles as matam e quando elas os matam: uma análise dos julgamentos de homicídio pelo Tribunal do Júri**. 2012. 421 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre, 2012.

25 MACHADO, Marta R de A (coord.). **A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2015.

26 COOK, Rebecca C.; CUSACK, Simone. **Estereótipos de Gênero: Perspectivas Legales Transnacionales**. Bogotá: Profamilia, 2010.

27 Sobre as mudanças no movimento feminista no Brasil, ver: COSTA, Ana Alice Alcântara. O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política. Gênero, Niterói, v. 5, n. 2, p. 9-35, 1. sem. 2005; PINTO, Celi. Feminismo, história e poder. *Revista Sociologia Política*, Florianópolis, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010; COSTA, Albertina; BRUSCHINI, Cristina. *Uma questão de gênero*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992.

28 BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. Feminização da advocacia e ascensão das mulheres nas sociedades de advogados. *Cadernos de Pesquisa*, v. 47, n. 163, p.16-42, jan./mar. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/198053143656>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/Z8NrPDWppTw9HTVnFfSgyGPT/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 19 set. 2021. p. 26.

Silva e Sônia Wright descrevem como feminismo jurídico, que tem por escopo enfrentar as desigualdades do sistema de justiça e promover transformações nas formas de pensar e atuar, concluem que

O termo justiça de gênero pode ser entendido tanto como a adoção de medidas destinadas a reparar as desvantagens que levam a subordinação das mulheres aos homens, como a eliminação total destas desigualdades, considerando-se as dimensões de processo e de produto implícitas nesta conceituação. O sistema de justiça, onde persistem discursos e práticas androcêntricas e sexistas, constitui um cenário estratégico para o desenvolvimento de ações voltadas à superação das desigualdades e das discriminações baseadas no gênero, com vistas à consecução da justiça de gênero.<sup>29</sup>

Nessa toada, cresce no Brasil o constitucionalismo feminista, pensado e interpretado em todas as suas dimensões na perspectiva de gênero, visando a igualdade de gênero. Segundo Barboza e Demetrio, “é um projeto de repensar o direito constitucional de maneira a enfrentar e refletir o pensamento e a experiência feminista.”<sup>30</sup> Isto porque, citando Karst apud Barboza; Demetrio, 2019<sup>31</sup>,

os dispositivos jurídicos [...] auxiliaram e propagaram a desigualdade de gênero por meio das constituições, códigos de condutas e legislações, mas isso não significa que não se possa ter uma reconstrução e ressignificação da mulher por meio do próprio direito.

Dessa maneira, o que significa feminismo, quem é feminista e qual o legado desse grupo para quem melhor se acomoda como feminina? Esse questionamento retoma as antigas distinções sobre grupos de mulheres, movimentos sociais e lutas por direitos ou “campo discursivo de ação.”<sup>32</sup>

Pinho (2005<sup>33</sup>), citando Sardenberg e Costa, pontua a partir dos objetivos de grupos feministas e grupos de mulheres, em que mesmo que exista a preocupação com a situação específica feminina, o movimento feminista se diferencia pelo seu objetivo ao questionar as “hierarquias nas relações de gênero, ou seja, [as] relações sociais que se estabelecem entre homens e mulheres e seus desdobramentos mais amplos (sociais, políticos, econômicos, jurídicos).”<sup>34</sup> Mais uma possibilidade de entender a atuação feminista e estabelecer uma diferenciação entre outras configurações de ação política e jurídica, está na compreensão do que seja “campo discursivo” que, “mais do que meros aglomerados de organizações voltadas para uma determinada problemática”, compreendem uma multiplicidade de “atoras/es individuais e coletivos e de lugares sociais, culturais, e políticos”, que em diferentes momentos e contextos históricos distintos, podem ter “maior ou menor visibilidade

29 SILVA, Salette M da; WRIGHT, Sonia J. Uma reflexão feminista sobre o conceito de justiça de gênero. *Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 1 -27, jan./jun. 2016. p. 19.

30 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiróz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80705>. Acesso em: 19 set. 2021. p. 11.

31 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiróz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80705>. Acesso em: 19 set. 2021. p. 5.

32 ALVAREZ, Sonia E. Para além da sociedade civil: reflexões sobre o campo feminista. *Cadernos pagu*, v. 43, p. 14-56, jul./dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/0104-8333201400430013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/9Y7dMKrDrFSGDyCJLW45Gpw/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 19 set. 2021.

33 PINHO, Leda de O. *Princípio da igualdade*: investigação na perspectiva de gênero. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

34 PINHO, Leda de O. *Princípio da igualdade*: investigação na perspectiva de gênero. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 25.

política e cultural, e maior ou menor acesso ao microfone público e aos recursos materiais e culturais, às vezes conseguindo se estabelecer como hegemônicos.”<sup>35</sup>

Embora seja comum usar os termos sexo e gênero como sinônimos, é necessário pontuar seus diferentes usos e importância para os estudos sobre a condição das mulheres na sociedade, para as políticas públicas e os estudos de gênero com uma multiplicidade de abordagens teóricas que enriqueceram essa distinção entre sexo e gênero, bem como o seu uso. De forma sucinta, a compreensão das desigualdades entre mulheres e homens eram postos em torno de questões biológicas, como a força física ou o padrão hormonal, que se traduziam na figura de homem e mulher como a diferença entre os sexos. Mais tarde, passou-se a valorizar aspectos que relacionam essas diferenças à cultura, às relações sociais de poder, não determinadas por características biológicas (sexo). Assim, é possível entender a migração dos estudos sobre a situação da mulher para os estudos sobre relações de gênero, que compõem as pesquisas das ciências sociais e, atualmente, recebem ataques de grupos contestadores das reivindicações de direitos das mulheres e da afirmação da igualdade de gênero que favoreça a diversidade entre as mulheres, bem como que considere a identidade de gênero e a orientação sexual.

Para o Direito, as referências normativas que fazem explícita menção a mulheres, como sugere a noção de sexo, já foram interpretadas no sentido de incorporarem a perspectiva da igualdade de gênero, mesmo que não seja essa expressão utilizada<sup>36</sup>, como faz a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW (sigla em inglês), de acordo com a Recomendação Geral n. 28 do Comitê CEDAW<sup>37</sup>. Ou, ainda, há normas que em seu conteúdo consideram as relações de gênero e a diversidade sexual, como é o caso da Lei Maria da Penha, destinada à proteção das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, que não se limita à responsabilização de homens e abrange as relações afetivas não heterossexuais. Na Recomendação Geral n.º 35 (2017)<sup>38</sup>, sob o título *violência de gênero contra as mulheres*, o Comitê CEDAW considera que “a violência de gênero contra as mulheres é um dos meios sociais, políticos e econômicos fundamentais pelos quais a posição subordinada das mulheres em relação aos homens e seus papéis estereotipados são perpetuados.” Ainda, elenca a violência de gênero, que se constitui como forma de discriminação contra as mulheres, como “um obstáculo crítico para alcançar a igualdade substantiva entre mulheres e homens, assim como para o gozo pelas mulheres dos direitos humanos e das liberdades fundamentais consagrados na Convenção”. Assim, a categoria gênero é imprescindível para compreender as múltiplas formas de violência e discriminações sofridas por mulheres e meninas, para então implementar políticas públicas adequadas e efetivas para o fim da violência de gênero.

35 ALVAREZ, Sonia E. Para além da sociedade civil: reflexões sobre o campo feminista. *Cadernos pagu*, v. 43, p. 14-56, jul./dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/0104-8333201400430013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/9Y7dMKrDrFSGDyCJLW45Gpw/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 19 set. 2021.

36 LEÃO, Ingrid. Igualdade de gênero no currículo escolar: os significados na Lei Maria da Penha até a judicialização da política educacional. In: PASINATO, Wânia; MACHADO, Bruno Amaral; ÁVILA, Thiago Pierobom de (coord.). *Políticas públicas de prevenção à violência contra mulher*. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2019.

37 *Recomendação Geral n. 28, 2010, CEDAW/C/GC/28, 16 de dezembro de 2010.*

38 *Recomendação Geral n. 35, 2015, CEDAW/C/GC/35, 17 de junho de 2017.*

Dessa maneira, agregar pessoas para a reivindicação de direitos e explicitação de desigualdades com base no gênero é consequência de uma mobilização social que tem o protagonismo do movimento feminista e do movimento de mulheres quanto a impulsionar agenda por direitos que reverberam em formas institucionalizadas, inclusive em organismos internacionais. E é, portanto, na perspectiva feminista que CLADEM, THEMIS, CEPIA, CFEMEA e TAMO JUNTAS ingressaram como *amicus curiae*, na expectativa de contribuir para a democratização do debate constitucional sobre o direito à educação, pois “é pelas constituições que se desenha compromissos fundamentais que dizem respeito à cidadania, direitos e deveres.”<sup>39</sup>

## 2 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL FEMINISTA: LEITURA DA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA A PARTIR DA EDUCAÇÃO

### 2.1 ARGUMENTAÇÃO DE AMICI CURIAE OU “AMIGAS DA CORTE”

As ações no STF, já enumeradas acima, que discutem a constitucionalidade sobre gênero no currículo escolar não versam sobre a Lei Maria da Penha. Tratam de legislações municipais ou estaduais e têm como escopo resolver controvérsia sobre a constitucionalidade de menção expressa em planos de educação (nacional, estadual e municipal) sobre a promoção da igualdade de gênero, da identidade de gênero e da orientação sexual, e do combate às discriminações a eles relacionadas, bem como educação sexual. No entanto, todas essas legislações questionadas em tais ações constitucionais atingem diretamente os propósitos contemplados na Lei Maria da Penha e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, que inspiraram a edição da referida lei, dentre os quais a Convenção CEDAW e a Convenção de Belém do Pará.

A Lei Maria da Penha estabelece uma política criminal extrapenal com a função de prevenção geral e de proteção. Por dar mais ênfase às as dimensões da experiência da violência, focando nas ações de prevenção e assistência, a Lei Maria da Penha elencou as políticas públicas educacionais, com destaque para os currículos escolares, como ferramenta chave de resposta às diferentes formas de violência contra as mulheres (artigo 8º). Deste modo, a edição e manutenção de leis restritivas ou impeditivas do debate de gênero a partir da formulação curricular, mesmo que não de forma intencional, suprimem da Lei Maria da Penha o paradigma explicativo da violência contra as mulheres, além de mitigar ou anular sua dimensão extrapenal.

Assim, as organizações feministas, visando robustecer e ampliar o debate sobre a inconstitucionalidade das leis antigênero, explicitam o dever constitucional de prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres, de assegurar a igualdade e não discriminação, como uma resposta a um projeto constitucional de sociedade, impulsionado pelo artigo 1º da Constituição Federal. A argumentação utilizada percorre o processo de elaboração da Lei Maria da Penha, da articulação de juristas e organizações em torno de uma propos-

39 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiróz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80705>. Acesso em: 19 set. 2021. p. 12.

ta legislativa até o caso internacional contra o Brasil na CIDH e as razões de decidir da Ação Declaratória de Constitucionalidade da Lei Maria da Penha (ADC 19). Traz a lume a prevenção do feminicídio e da violência sexual contra mulheres e meninas, suas experiências e vida concreta, bem como a necessidade de respostas efetivas sobre desigualdade, discriminação e violência sexista.

Partiu-se do julgamento da ADC 19, em 2012, quando a Corte reafirmou o princípio da igualdade e a incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais, como indica o voto do relator, Ministro Marco Aurélio:

A abstenção do Estado na promoção da igualdade de gêneros e a omissão no cumprimento, em maior ou menor extensão, de finalidade imposta pelo Diploma Maior implicam situação da maior gravidade político-jurídica, pois deixou claro o Constituinte originário que, mediante inércia, pode o Estado brasileiro também contrariar o Diploma Maior.<sup>40</sup>

Em seu voto, a Ministra Rosa Weber, destacou a “efetiva igualdade substantiva de proteção jurídica da mulher contra a violência baseada em gênero exige atuação positiva do legislador no sentido de eliminar os obstáculos que impedem a sua concretização”, pois “[q]uando o ponto de partida é uma situação indesejável de desigualdade de fato, o fim desejado da igualdade jurídica (art. 5º, caput e I da CF), materialmente, somente é alcançado ao se conferir aos desiguais tratamento desigual na medida da sua desigualdade.”<sup>41</sup> Em igual sentido, a Ministra Cármen Lúcia, enfatizou que o constitucionalismo contemporâneo “funciona para superar a indiferença às diferenças” e que nós mulheres “fomos desiguais por condições sociais e de estruturas de poder que nos massacraram séculos a fio.”<sup>42</sup>

O fato de o STF reconhecer a Lei Maria da Penha não transforma os Ministros e Ministras em feministas<sup>43</sup>, mesmo que se possa identificar argumentos também da atuação feminista ou das teorias de gênero, pois a “interpretação por meio da lente do constitucionalismo feminista não é intencional, isto é, juízes e ministros não têm ciência de estarem construindo e interpretando por meio desse constitucionalismo.”<sup>44</sup> A declaração de constitucionalidade torna a ação feminista, a partir da Lei Maria da Penha, porque, segundo Barboza e Demétrio (2019)<sup>45</sup>, citando Baines e Rubio-Marin (2004), a agenda constitucional feminista compreende: as

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 19**. Requerente: Presidente da República. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Julgado em 09 de fevereiro de 2012. DJE 29 de abril de 2014 – ATA Nº 56/2014. DJE nº 80, divulgado em 28 de abril de 2014. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=217154893&ext=.pdf>. Acesso em: 19 set. 2021. p. 15.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 19**. Requerente: Presidente da República. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Julgado em 09 de fevereiro de 2012. DJE 29 de abril de 2014 – ATA Nº 56/2014. DJE nº 80, divulgado em 28 de abril de 2014. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=217154893&ext=.pdf>. Acesso em: 19 set. 2021. p. 23.

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 19**. Requerente: Presidente da República. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Julgado em 09 de fevereiro de 2012. DJE 29 de abril de 2014 – ATA Nº 56/2014. DJE nº 80, divulgado em 28 de abril de 2014. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=217154893&ext=.pdf>. Acesso em: 19 set. 2021. p. 49.

43 A expressão “feminista” só é citada uma vez no acórdão da ADC 19, no voto do Ministro Celso de Mello (ver p. 61, <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=217154893&ext=.pdf>).

44 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiróz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80705>. Acesso em: 19 set. 2021. p. 14.

45 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiróz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80705>. Acesso em: 19 set. 2021.

práticas constitucionais, os direitos constitucionais, a diversidade estruturada constitucionalmente, a igualdade constitucional, a autonomia sexual e os direitos reprodutivos, os direitos das mulheres no âmbito familiar e os direitos sociais das mulheres.<sup>46</sup>

Necessário repetir que os aspectos preventivos da violência de gênero estão atrelados aos aspectos de prevenção da violência racista, que também não é preocupação nova para o STF, a exemplo dos julgamentos históricos sobre a constitucionalidade das cotas raciais no país. As propostas que se opõem a gênero, também repercutem em “raça e etnia”, mesmo quando não estejam em expressões textuais. De igual forma, em relação ao ocultamento dos termos “identidade de gênero” e “orientação sexual”. Do ponto de vista normativo, a Lei Maria da Penha coloca textualmente “gênero, raça e etnia” no seu texto, tanto quanto a primeira versão do Plano Nacional de Educação, de 2014.

E o que seria a prevenção da violência? A prevenção recai sobre denunciar a violência, como se defender da violência e, principalmente, como não replicar ações violentas. Com isso, os planos de ensino com perspectiva de gênero, raça e etnia são destinados a toda a comunidade e consistem na educação em direitos humanos, que visa o respeito à dignidade humana, e dessa maneira, não beneficia apenas as mulheres.

Ressalte-se, ainda, que os planos de educação que mencionam, genericamente, o dever de combater “todas as formas de discriminação”, também contemplam o dever de combater a violência por gênero, raça, etnia, orientação sexual e identidade de gênero, mesmo que o legislador local tenha optado pelo apagamento de tais expressões ou tente furtar-se desse compromisso.

## 2.2 GÊNERO NO CURRÍCULO, DIREITOS HUMANOS E SEGURANÇA DE MENINAS E MULHERES

A ênfase dada pelas organizações peticionárias na relação da violência de gênero com a proposta de uma educação não sexista e antidiscriminatória, tem como base a compreensão do direito à vida sem violência e livre de qualquer forma de discriminação como paradigma de direitos humanos, que caracteriza o Estado Democrático de Direito, fundamento da Constituição vigente e da República Federativa do Brasil. Isso porque a vedação das discussões de gênero impacta na segurança de meninas e mulheres em diferentes aspectos da vida social, privando-as do direito ao pleno desenvolvimento e ao exercício da cidadania.

Nesse sentido, Furlani (2007) afirma que a escola tem um papel “estratégico na medida em que se constitui num local potencialmente explicitador e questionador das complexas formas pelas quais as identidades culturais são construídas, articuladas, experienciadas, transgredidas e rearticuladas no âmbito do social.”<sup>47</sup> No

46 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiróz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80705>. Acesso em: 19 set. 2021. p. 15.

47 FURLANI, Jimena. Sexos, Sexualidades e Gêneros: monstruosidades no currículo da Educação Sexual. *Educar em Revista*, Belo Horizonte, n. 46, p. 269-285, dez. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-46982007000200011>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/edur/a/5nNjC3xKQxqKZMXVLFrdQdh/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 06 jan. 2021. p. 271.

entanto, as leis que buscam barrar gênero no currículo argumentam que a escola tenta desvirtuar o papel da família, principalmente quando abordam educação sexual ou diversidade sexual, o que diverge da interpretação dada pelo STF, na ADC 19, sobre a necessidade de enfrentamento da violência como forma de proteção da família – e não de sua destruição.

Apesar da violência doméstica e familiar contra a mulher remeter instintivamente à imagem de mulheres adultas em relacionamentos conjugais e amorosos, a ambiência doméstica e familiar é também espaço marcado pela violência sexual contra meninas. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2020), cerca de 85,7% das vítimas são do sexo feminino, evidenciando as “desigualdades latentes nas relações de gênero estão na raiz das relações violentas e hierárquicas”. Quando se analisa o estupro de crianças e adolescentes, entre 0 e 19 anos de idade, verifica-se que o maior número de registros ocorre no espaço doméstico e tem o envolvimento de pessoas próximas: 38,2% dos estupros ocorrem dos 0 aos 9 anos, 43,5% entre 10 e 14 anos e 18,4% entre 15 e 19 anos. Ou seja, 81,6% das crianças e adolescentes vítimas de estupros têm até 14 anos.<sup>48</sup>

Pela vulnerabilidade e peculiar condição de desenvolvimento, a educação em sexualidade ainda é o meio preventivo mais eficaz contra a violência, o que não se confunde, de forma alguma, com aulas de práticas eróticas para crianças e adolescentes de todas as idades<sup>49</sup>, como tem sido propagado por grupos que se opõem ao debate de gênero e sexualidade na escola. A Organização Mundial de Saúde (OMS) pontuou os conceitos básicos e diferenças sobre sexo, sexualidade e saúde sexual<sup>50</sup> permitindo concluir que o respeito à sexualidade depende necessariamente da informação, segura e fundamentada, relacionando-se diretamente com aspectos da saúde reprodutiva, como já se acordou nas Conferência de Pequim e Cairo<sup>51,52</sup> que, a propósito, integram a fundamentação de importantes decisões do STF<sup>53</sup>.

Além disso, a educação sexual se configura como um direito conectado à dignidade sexual e como um aspecto dos direitos sexuais e reprodutivos. Nessa direção está a atual interpretação dos comitês de tratados das Nações Unidas: (i) o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (CESCR) com a edição do Comentário Geral n. 22<sup>54</sup> ao explicitar conceitos e compromissos dos Estados com a saúde sexual e reprodutiva; (ii) e o Comitê da CEDAW, que na Recomendação Geral n.º 35<sup>55</sup>, reafirma e complementa o compro-

48 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. São Paulo, FBSP, ano 14, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em 25 out. 2020. p. 329.

49 Para ver as principais inseguranças sobre programas de educação em sexualidade ver: UNESCO. Orientação Técnica Internacional sobre Educação em Sexualidade: Uma abordagem baseada em evidências para escolas, professores e educadores em saúde. Brasília, junho, 2010. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000183281\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000183281_por). Acesso em 23 mai. 2020.

50 WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Defining sexual health*: Report of a technical consultation on sexual health, 28–31 January 2002, Geneva. Geneva: WHO, 2006, p. 1-29. Disponível em: [https://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual\\_health/defining\\_sexual\\_health.pdf](https://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual_health/defining_sexual_health.pdf). Acesso em: 24 maio 2020. p. 5.

51 CORRÊA, S.; JANNUZZI, P. M.; ALVES, J. E. D. Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicações. In: CAVENAGHI, Suzana (org). *Indicadores municipais de saúde sexual e reprodutiva*. Rio de Janeiro: ABEP, Brasília: UNFPA, 2006.

52 CORRÊA, S.; ÁVILA, M. B. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Pauta Global e Percursos Brasileiros. In: BERQUÓ, E. (org.). *Sexo & vida*: panorama da saúde reprodutiva no Brasil. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 2003. p. 17-78.

53 STF. ADC /DF 19, Rel. Min. Marco Aurélio. Acórdão. Voto. Min. Celso de Mello, p. 63-72; STF. ADPF/DF 54, Rel. Min. Marco Aurélio. Voto Min Celso de Mello, p.9-13; ADI 4.424, Rel. Min. Marco Aurélio, voto do Min. Celso de Mello, j. 9-2-2012, P, DJE de 1º-8-2014; Inq 3.156, Rel. p/ o ac. Min. Teori Zavascki, voto do Min. Celso de Mello, j. 5-12-2013, P, DJE de 24-3-2014; HC 124.306, voto do Rel. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, j. 9-8-2016, 1ª T, DJE de 17-3-2017.

54 COMITÊ DESC. Recomendação Geral n. 22, 2016 (E/C.12/GC/22).

55 Recomendação Geral n. 35, 2017 (CEDAW/C/GC/35).

misso dos Estados-parte em integrar o “conteúdo da igualdade de gênero nos currículos de todos os níveis de ensino, públicos e privados, desde a primeira infância, e em programas de educação com enfoque de direitos humanos”, abrangendo os estereótipos de gênero, para promover “valores de igualdade e não discriminação de gênero [...] além de garantir uma educação sexual abrangente, apropriada para a idade, baseada em evidências e cientificamente precisa para meninas e meninos”. (tradução nossa).

Entende-se a educação sexual sob a perspectiva dos direitos humanos porque a informação em sexualidade fortalece a autonomia, proporcionando progressivamente a capacidade de decisão de jovens, de ambos os sexos, sobre temas como o adiamento da atividade sexual, gestação consensuada ou planejamento familiar. Nesse mesmo sentido é o Relatório para a Assembleia Geral sobre Mortalidade e Morbidade Materna, do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos afirmando que, no caso de adolescentes, o primeiro passo é analisar não apenas por que adolescentes têm altas taxas de morbidade e mortalidade materna, mas entender por que elas engravidam. Dentre os fatores mais frequentes citados pelo relatório como causa dessas gravidezes estão a falta de educação integral sobre sexualidade, as práticas sociais discriminatórias, os altos níveis de violência sexual e/ou exploração sexual, além das dificuldades de acesso aos serviços de saúde e aos métodos contraceptivos, dentre outros ou uma combinação desses fatores.<sup>56</sup> Por fim, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) entende que educação em sexualidade de qualidade é aquela que aborda os aspectos biológicos, sociais e emocionais da transição da infância para a idade adulta, as questões de saúde sexual e reprodutiva, que incluem contracepção, gravidez precoce, violência de gênero, ISTs e HIV e AIDS; além de questões atuais sobre a violência na internet.<sup>57</sup> Ou seja, a educação em sexualidade, que considere as habilidades cognitivas e morais de crianças e adolescentes se desenvolverem gradualmente, é fundamental para promover sua capacidade de emancipação e de autodeterminação, bem como para prevenir violências e abusos sexuais.

Em 2020, o papel de todos os setores da sociedade brasileira, o que inclui a escola na prevenção da violência sexual contra meninas, esteve na agenda pública no Brasil. No mês de agosto, o país “despertou” para a realidade vivida por milhares de meninas, quando a imprensa repercutiu o caso de uma criança, com apenas de 10 anos, que engravidou em decorrência de reiterados estupros (desde os seis anos de idade) praticados por um parente<sup>58</sup>. O caso dessa menina segue um padrão sistemático de violações dos direitos sexuais e reprodutivos de meninas na América Latina e Caribe, assemelhando-se ao emblemático caso *Niña Mainumby*, submetido à CIDH, em 2015, sob a alegação de que obrigar uma criança que não parou de crescer a levar a termo uma gravidez, ser mãe e criar um bebê, deve ser considerado tortura ou tratamento cruel, desumano e degradante, nos

56 COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES (CLADEM). *Niñas madres*. Balance Regional embarazo y maternidad infantil forzados en América Latina y el Caribe. Asunción, Paraguay, 2016. Disponível em <https://cladem.org/wp-content/uploads/2018/11/nin%CC%83as-madres-balance-regional.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.

57 UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION (UNESCO). *International technical guidance on sexuality education: an evidence-informed approach*. 2018, ed. rev. Disponível em: [https://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/ITGSE\\_en.pdf](https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/ITGSE_en.pdf). Acesso em 20 jun. 2020.

58 VILA-NOVA, Carolina. Ministra Damares agiu para impedir aborto em criança de 10 anos. *Folha de SP*, 20 set. 2020. Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/09/ministra-damares-alves-agiu-para-impedir-aborto-de-crianca-de-10-anos.shtml>. Acesso em: 10 jan. 2020.



termos da Convenção contra a Tortura e Outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (artigo 1) e do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (artigo 7)<sup>59</sup>. O estágio da adolescência para a maioria das agências governamentais e intergovernamentais vai de 10 a 19 anos, e engloba diferentes situações de acordo com cada período de idade. Viver uma gravidez aos 17 ou 18 anos não é o mesmo que aos 9 ou 10. Também não se pode comparar a maternidade aos 18 anos com a maternidade aos 11 anos. Dentro da ampla faixa etária da adolescência, as causas das gestações também diferem. Na faixa etária de 15 a 19 anos há uma prevalência importante das gravidezes devido à iniciação sexual entre adolescentes. Até os 14 anos, a maioria das gravidezes de crianças decorre de violência sexual, exercida por membros da família (abuso sexual incestuoso), conhecidos, vizinhos ou estranhos.<sup>60</sup>

Se a infância é violada dentro de casa (e, portanto, também no âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha, posto tratar-se de violência de gênero doméstica e familiar), o combate apenas à violência física e sexual é frágil, superficial e inócuo. Imprescindível a abordagem na perspectiva do direito ao pleno e harmonioso desenvolvimento dessas crianças. Assim, a legislação sobre gênero no currículo ou da educação sexual devem lidar com essas dimensões da segurança humana, incluindo a segurança dos lares de meninas e mulheres, de acordo com as diversas vulnerabilidades. No caso da menina de 10 anos, evidenciou-se a desproteção de uma criança negra, pobre, residindo numa cidade litorânea do Espírito Santo. Tão vulnerabilizada que o próprio poder público, que tinha o dever de protegê-la, violou seus direitos.

### 2.3 IMPACTOS NEGATIVOS NO DIREITO À EDUCAÇÃO

Por fim, vale reforçar o impacto negativo de legislações que proíbem gênero. Necessária a compreensão de três aspectos da educação de meninas e mulheres, a partir da atual interpretação do Comitê CEDAW da ONU, que são: o direito ao acesso à educação, que considera os indicadores de participação de meninas e mulheres em todos os níveis de ensino; o direito na educação, que diz respeito à superação de dados numéricos de acesso para entender igualdade de oportunidades; e o direito mediante a educação, que se refere à instrumentalização da educação para o exercício dos direitos humanos, no sentido de entender como as meninas e mulheres, embora tenham acesso à educação, não conseguem transformar sua posição social, cultural, política e econômica, o que afeta a plenitude de seus direitos nesses setores de suas vidas. Para a ONU, o exclusivo apego aos números de acesso à educação formal não é suficiente para enfrentar as discriminações recorrentes e fazer cumprir os deveres constitucionais e convencionais<sup>61</sup> de promoção da igualdade de fato.<sup>62</sup>

59 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Resolución 22/15**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2015/mc178-15-es.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.

60 COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES (CLADEM). **Niñas madres**. Balance Regional embarazo y maternidad infantil forzados en América Latina y el Caribe. Asunción, Paraguay, 2016. Disponível em <https://cladem.org/wp-content/uploads/2018/11/nin%CC%83as-madres-balance-regional.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.

61 Recomendação Geral n. 36, 2017, par. 23 (CEDAW/C/GC/36).

62 LEÃO, Ingrid. A educação brasileira na ONU: temas e debates nos relatórios do Brasil ao Comitê CEDAW. In: CARREIRA, Denise *et al.* **Gênero e educação**: fortalecendo uma agenda para as políticas educacionais. São Paulo: Ação Educativa, CLADEM, Ecos, Geledés e Fundação Carlos Chagas, 2016, p. 198.

As leis que negam uma educação que promova a igualdade de gênero não contestam o acesso à escolarização de forma direta. À primeira vista, são proposições sobre a organização curricular do conteúdo. Entretanto, por vezes, o conteúdo ofertado e a organização escolar recaem sobre a permanência nos estudos, o que impacta em evasão escolar por práticas violentas na comunidade escolar ou no baixo acolhimento dentro da própria escola. Ou seja, não se trata apenas da omissão ao debate escolar, mas de uma escola que assume um viés ideológico a favor da exclusão, do racismo, da desigualdade de gênero e da LGBTfobia. Tal escolha, até o momento, não é recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico e pela interpretação constitucional em voga.

A omissão de gênero na escola acaba por se configurar como a afirmação de um modelo que reforça discriminações. Isto é, o “suposto combate à *ideologia de gênero* é ele mesmo uma ideologia de gênero porque reproduz falsos argumentos sobre mulheres e homens.”<sup>63</sup>. Estas concepções que se traduzem na *ideologia de gênero familista* são potencialmente prejudiciais ao enfrentamento da violência de gênero na medida em que “aciona os estereótipos de gênero sobre o feminino e com eles a violência como forma de controle.”<sup>64</sup> pois reforçam os papéis tradicionais de gênero: homens fortes, viris, racionais, provedores, aos quais é destinado o espaço público; mulheres frágeis, sensuais, emocionais, maternas e submissas, restritas ao espaço dito privado. Favorecem, assim, a hierarquização e a assimetria de poder entre homens e mulheres, impondo desvantagens e desvalor a estas.

A perspectiva da *ideologia de gênero familista* é superficial porque analisa apenas as situações de violência isoladamente, de forma limitada porque a partir dos sujeitos e do conflito individualmente, sem relacioná-los ao complexo contexto histórico, social, econômico, cultural e familiar, ignorando a dimensão do profundo impacto das relações de poder, dominação e violência na vida dos sujeitos envolvidos. Assim, o movimento que pretende suprimir gênero da educação, que se associa à proposta da escola sem partido e de legislações antigênero, perverte a lógica e a semântica dos preceitos constitucionais que consolidam os direitos à cidadania, à igualdade, à autonomia, à não discriminação e à vida livre de violência, gerando processos de opressão, ocultamento das violências e injustificada exclusão social, jurídica e política. Ou seja, se estabelecem, na sua concretude, como legislações que reforçam a discriminação contra as mulheres e a violência de gênero, violando os direitos humanos e as liberdades fundamentais de mulheres e meninas.

A menção à erradicação de todas as formas de discriminação, sem o reforço interpretativo, não responde ao dever estatal de enfrentamento das discriminações de gênero, identidade de gênero ou orientação sexual.

63 CAMPOS, Carmen Hein de; BERNARDES, Márcia Nina. Violência contra as mulheres, reação violenta ao gênero e ideologia de gênero familista. *civilistica.com*, v. 8, n. 1, p. 1-19, 28 abr. 2019. p. 13. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/403>. Acesso em: 19 set. 2021.

64 CAMPOS, Carmen Hein de; BERNARDES, Márcia Nina. Violência contra as mulheres, reação violenta ao gênero e ideologia de gênero familista. *civilistica.com*, v. 8, n. 1, p. 1-19, 28 abr. 2019. p. 13. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/403>. Acesso em: 19 set. 2021.

### 3 LEIS DISCRIMINATÓRIAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em sua metodologia para análise de gênero do fenômeno legal<sup>65</sup>, a partir do conceito de discriminação utilizado pela CEDAW (art. 1º), destaca, para além do componente formal normativo, o quão importante é a tomada de consciência sobre a subordinação do sexo feminino, a identificação das manifestações do sexismo, da invisibilização da mulher como “o outro” do paradigma humano, como também quais são os estereótipos de gênero e outros componentes que fundamentam e influenciam o texto legal, de forma que seja possível superar o sexismo, coletivamente. Desta forma, uma lei será discriminatória quando seu resultar em discriminação, em desprezo ou anulação do gozo e do exercício dos direitos pela mulher, ainda que não tenha sido promulgada com esse intuito, ou que a intenção tenha sido de proteção ou de assegurar a igualdade de condições com o homem. Por fim, todas as restrições baseadas no gênero são discriminatórias, inclusive aquelas sofridas no campo cultural e doméstico.<sup>66</sup>

Se “o gênero é um primeiro campo no seio do qual, ou por meio do qual, o poder é articulado”<sup>67</sup>, o esquecimento ou o apagamento dos impactos de uma educação descomprometida com a igualdade de gênero pode indicar a afirmação do paradigma constitucional androcêntrico, ou uma guinada, mesmo que não intencional, no processo de reconhecimento da igualdade de gênero que vinha se consagrando no sentido de:

Reafirmar o direito das mulheres à igualdade de tratamento e de acesso aos espaços decisórios públicos, como forma de luta contra a discriminação de gênero, não se trata de projeto realizado, e sim de projeto em construção. As desigualdades, nessa abordagem, assumem relevância na ordem constitucional e jurídica brasileira, porque desenhadas as estruturas sociais de mentais e de tomada de decisão de modo a não considerar a mulher como relevante ator político e institucional na sociedade e no projeto democrático constitucional.<sup>68</sup>

As decisões proferidas nas ações de controle de constitucionalidade já enfrentadas pelo STF no ano de 2020, representam um significativo avanço na medida em que afirmam a inconstitucionalidade da legislação que veda a abordagem de “gênero” e “orientação sexual” no âmbito escolar por expressa violação aos princípios da liberdade, da liberdade de ensinar e aprender, da gestão democrática do ensino, do mais alto padrão de qualidade social do ensino, da livre manifestação do pensamento e da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Embora em outras oportunidades o STF, e a ADC 19 é exemplo inquestionável, também avançou na afirmação dos direitos das mulheres à igualdade, liberdade, não discriminação e não violência, nas decisões proferidas em 2020, em nenhum momento, aventou-se a educação como ferramenta para a igualdade e para o enfrentamento da violência de gênero.

65 FACIO MONTEJO, Alda *Cuando el género suena, cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José, C.R.: ILANUD, 1992. p. 17-18.

66 FACIO MONTEJO, Alda *Cuando el género suena, cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José, C.R.: ILANUD, 1992.

67 SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*. *Educação & Realidade*, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul/dez 1995. Disponível em: <https://seer.ufg.br/educacaoerealidade/article/view/71721>. Acesso em: 06 jan. 2021.

68 WEBER, Rosa. Prefácio. In: SILVA, Cristine O. P. da; BARBOZA, Estefânia M. de Q.; FACHIN, Melina G. (coord.); NOWAK, Bruna (org.). *Constitucionalismo feminista*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

ro. Descuidou-se o STF, assim, de analisar a proteção insuficiente dada pelo poder público aos atos de agressão aos direitos humanos e fundamentais de mulheres e meninas e às violações de bens fundamentais de caráter trans individual, como a prevenção das violências e as respostas para a criminalidade.<sup>69</sup> Nunca é demais lembrar que a proteção insuficiente pode acarretar o descrédito dos direitos fundamentais e a frustração das expectativas criadas pelo discurso Constituinte.

Necessário assim, prosseguir no incessante processo de luta pela efetividade dos direitos constitucionais à igualdade, à não violência, à educação, à não discriminação, e por uma interpretação constitucional que contemple democraticamente as especificidades e diversidades das mulheres.

## 4 CONCLUSÕES

O conceito de gênero que qualifica a violência contra a mulher da qual trata a Lei Maria da Penha, fundamentada na Convenção de Belém do Pará e na Convenção CEDAW, é frontalmente questionado pelo discurso da ideologia de gênero. Suprimir da Lei Maria da Penha o conceito de violência baseada no gênero esvazia seu conteúdo e suprime o argumento da constitucionalidade, já apreciado na ADC n.º 19. Além disso, impacta no direito à educação no que diz respeito ao conteúdo curricular e os objetivos de uma escola cidadã.

Assim, garantir somente o formal acesso à educação de meninas e mulheres não alcança a proteção e garantia dos direitos humanos. O conteúdo da educação para a igualdade está relacionado com o bem-estar e desenvolvimento humano das mulheres e meninas. Essa relação é explicitada pela perspectiva de gênero que transcende a visão com foco no sujeito. Dessa maneira, acatar qualquer proposta legislativa contra gênero na escola, seria o avesso de uma interpretação contemporânea sobre o direito à educação para meninas e mulheres.

Ao falar se falar de gênero, também se fala de raça, orientação sexual e identidade de gênero. Apesar disso, os votos proferidos até o momento no STF, que são valiosos porque prezam por gênero na escola, acabaram por dar uma centralidade para a discriminação com base em orientação sexual e identidade de gênero, sem considerar explicitamente a igualdade de gênero e os aspectos da violência sexual. Violência esta que diz muito sobre o lugar das mulheres na sociedade e, por isso, é uma preocupação da agenda feminista. As decisões do STF, ao passarem ao largo das assimetrias de gênero quanto ao aspecto violência contra as mulheres, faz parecer, ou permite interpretar, que os direitos humanos das mulheres não contam ou emergir sentidos de afirmação de identidade excludente. Nenhuma das decisões proferidas pelo STF, nas 3 ADIs e nas 8 ADPFs julgadas em 2020, voltou-se à aplicação da Lei Maria da Penha, à Convenção CEDAW ou à Convenção de Belém do Pará. A partir dessas decisões, na incessante busca por uma justiça sensível ao gênero, cabe indagar, trazendo à cena Nancy Fraser, sobre o “o que” (substância com que se lida), o “quem” (qual é o escopo? quem conta?)

69 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, Fortaleza, v. 4, n. 7, p. 160-209, jun. 2006. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655>. Acesso em: 10 jan. 2021.

e o “como” da justiça (a essência processual, a gramática apropriada)<sup>70</sup>, como forma de problematizar as decisões e tentar identificar quais são os sujeitos políticos e os projetos de justiça que se enquadram na perspectiva constitucional de afirmação dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

- AÇÃO EDUCATIVA; CARREIRA, Denise. **Informe Brasil: gênero e educação**. Ed. rev. São Paulo: Ação Educativa, 2013.
- ALVAREZ, Sonia E. Para além da sociedade civil: reflexões sobre o campo feminista. **Cadernos pagu**, v. 43, p. 14-56, jul./dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/0104-8333201400430013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/9Y7dMKrDrFSGDyCJLW45Gpw/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 19 set. 2021.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiróz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80705>. Acesso em: 19 set. 2021.
- BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. Feminização da advocacia e ascensão das mulheres nas sociedades de advogados. **Cadernos de Pesquisa**, v. 47, n. 163, p.16-42, jan./mar. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/198053143656>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/Z8NrPDWppTw9HTVnfSgyGpT/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 19 set. 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde Brasil 2017: uma análise da situação de saúde e os desafios para o alcance dos objetivos de desenvolvimento sustentável**. Brasília. 2018, p. 245-247. Disponível em: <http://portalods.com.br/publicacoes/saude-brasil-2017-uma-analise-da-situacao-de-saude-e-os-desafios-para-o-alcance-dos-ods/>. Acesso em: 19 set. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 19**. Requerente: Presidente da República. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Julgado em 09 de fevereiro de 2012. DJE 29 de abril de 2014 – ATA Nº 56/2014. DJE nº 80, divulgado em 28 de abril de 2014. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=217154893&ext=.pdf>. Acesso em: 19 set. 2021.
- CABALLERO, Cecília; CASTELLANO, Carolina L. Feminismo estatal, injustiças metapolíticas e a formação do rol de legitimados do controle concentrado de constitucionalidade. In: SILVA, C. O. P.; BARBOZA, E. de Q.; FACHIN, M. G.; NOWAK, B. (org.). **Constitucionalismo Feminista**. Salvador: JusPodivm, 2018, v. 1.
- CAMPILONGO, Celso F. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- CAMPOS, Carmen Hein de; BERNARDES, Márcia Nina. Violência contra as mulheres, reação violenta ao gênero e ideologia de gênero familiarista. **civilistica.com**, v. 8, n. 1, p. 1-19, 28 abr. 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/403>. Acesso em: 19 set. 2021.
- CARDOSO, Evorah L C. **Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. (Coleção Fórum Direitos Humanos, 4).
- COMISSION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Resolución 22/15**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2015/mc178-15-es.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.
- COMITÉ DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES (CLADEM). **Niñas madres**. Balance Regional embarazo y maternidad infantil forzados en América Latina y el Caribe. Asunción, Paraguay. 2016. Disponível em <https://cladem.org/wp-content/uploads/2018/11/nin%CC%83as-madres-balance-regional.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.
- COOK, Rebecca C.; CUSACK, Simone. **Estereótipos de Género: Perspectivas Legales Transnacionales**. Bogotá: Profamilia, 2010.
- CORRÊA, Mariza. **Os crimes da paixão**. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- CORRÊA, S.; ÁVILA, M. B. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Pauta Global e Percursos Brasileiros. In: BERQUÓ, E. (org.). **Sexo & vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil**. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 2003. p. 17-78.
- CORRÊA, S.; JANNUZZI, P. M.; ALVES, J. E. D. Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicações. In: CAVENAGHI, Suzana (org.). **Indicadores municipais de saúde sexual e reprodutiva**. Rio de Janeiro: ABEP, Brasília: UNFPA, 2006.
- COUTO, Luan Felipe Alves; DRESCH, Jaime Farias; GRAUPE, Mareli Eliane. Gênero, sexualidades e educação: discussão e análise dos projetos de lei do programa “escola sem partido”. In: **Revista Atos de Pesquisa em Educação**, Blumenau, v. 15, n. 4, p. 997-1020, out./dez.,

70 FRASER, Nancy. Justiça anormal. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 108, p. 739-768, jan./dez. 2013. p. 744-746. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/68001>. Acesso em: 19 set. 2021.

2020 DOI: <https://dx.doi.org/10.7867/1809-0354.2020v15n4p997-1020>. Disponível em: <https://bu.furb.br/ojs/index.php/atosdepesquisa/article/view/8132>. Acesso em: 19 set. 2021.

FACHINETTO, Rochele F. **Quando eles as matam e quando elas os matam**: uma análise dos julgamentos de homicídio pelo Tribunal do Júri. 2012. 421 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre, 2012.

FACIO MONTEJO, Alda **Quando el género suena, cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)**. San José, C.R.: ILANUD, 1992.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**. São Paulo, FBSP, ano 14, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em 25 out. 2020.

FRASER, Nancy. Justiça anormal. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 108, p. 739-768, jan./dez. 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/68001>. Acesso em: 19 set. 2021.

FURLANI, Jimena. Sexos, Sexualidades e Gêneros: monstruosidades no currículo da Educação Sexual. **Educar em Revista**, Belo Horizonte, n. 46, p. 269-285, dez. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-46982007000200011>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/educ/a/5nNjC3xKQxqKZMXVLFrdQdh/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 06 jan. 2021.

GUZZO, Morgani; AMANTE, Vandrezza. O caso dessa menina é muito impressionante, porque ELA decidiu. **Portal Catarinas**, 21 ago. 2020. Disponível em: <https://catarinass.info/o-caso-dessa-menina-e-muito-impressionante-porque-ela-decidiu/>. Acesso em: 11 jan.2021.

HABERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. **Revista de Direito Público**, v. 11, n. 60, 2014. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>. Acesso em: 04 jan. 2021.

LEÃO, Ingrid. A educação brasileira na ONU: temas e debates nos relatórios do Brasil ao Comitê CEDAW. In: CARREIRA, Denise *et al.* **Gênero e educação**: fortalecendo uma agenda para as políticas educacionais. São Paulo: Ação Educativa, CLADEM, Ecos, Geledés e Fundação Carlos Chagas, 2016.

LEÃO, Ingrid. Igualdade de gênero no currículo escolar: os significados na Lei Maria da Penha até a judicialização da política educacional. In: PASINATO, Wânia;

MACHADO, Bruno Amaral; ÁVILA, Thiago Pierobom de (coord.). **Políticas públicas de prevenção à violência contra mulher**. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2019.

LEÃO, Ingrid; BARWINSKI, Sandra L B. Direitos humanos e igualdade de gênero no Brasil: tensões no direito à educação na ONU e OEA. **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**: Igualdade de gênero na educação e liberdade de expressão. São Paulo, v. 3, n. 8, p. 56-70, 2018.

LEÃO, Ingrid; CASTANHO, William G T. Identidade de gênero e orientação sexual no currículo: fundamentos e ameaças de direitos LGBTI. In: OLIVEIRA, Lígia Ziggotti de; CUNHA, Josafá Moreira da; Kirchoff Rafael dos Santos (coord.). **Educação e Interseccionalidades**. Curitiba: NEAB; UFPR, 2018.

MACHADO, Maria das Dores Campos. O discurso cristão sobre a “ideologia de gênero”. **Rev. Estud. Fem.** v. 26, n. 2, e47463. jun. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/1806-9584-2018v26n247463>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/pywfvLVSDYnH8nzJV3MmQk/?lang=pt>. Acesso em: 09 jan. 2021.

MACHADO, Marta R de A (coord.). **A violência doméstica fatal**: o problema do feminicídio íntimo no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2015.

MIGUEL, Luis Felipe. Da “doutrinação marxista” à “ideologia de gênero”: Escola Sem Partido e as leis da mordada no parlamento brasileiro. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, 2016. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350947688019>. Acesso em: 09 jan. 2021.

MISKOLCI, Richard; CAMPANA, Maximiliano. “Ideologia de gênero”: notas para a genealogia de um pânico moral contemporâneo. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 32, n. 3, p. 725-748, set./dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/s0102-69922017.3203008>. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0102-69922017.3203008>. Acesso em 09 jan. 2021.

OMS, UNICEF e UNESCO. **Relatório do Status Global sobre Prevenção da Violência contra Crianças 2020**. UN, 2020. Disponível em <https://news.un.org/pt/tags/relatorio-do-status-global-sobre-prevencao-da-violencia-contracrianca>. Acesso em: 19 jun. 2020.

PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria; BELLOQUE, Juliana. “Legítima Defesa da Honra”: Ilegítima impunidade de assassinos. Um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina. In: CORREA, Mariza; SOUZA, Renata de (org.). **Vida em família**: uma perspectiva comparativa sobre “crimes de honra”. Campinas, SP: UNICAMP/PAGU, 2006.

PIMENTEL, Sílvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P.; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro**: crime ou “cortesia”? Abordagem sociojurídica do gênero. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

PINHO, Leda de O. **Princípio da igualdade**: investigação na perspectiva de gênero. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

SANTOS, Cecília MacDownell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Sur, Rev. int. direitos human.**, São Paulo, v. 4, n. 7, p. 26-57, 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452007000200003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/53tc4SDrrHtL85tJhzpvkDB/?lang=pt>. Acesso em: 19 set. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 4, n. 7, p. 160-209, jun. 2006. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655>. Acesso em: 10 jan. 2021.

SCOTT, Joan. **Gênero**: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul/dez 1995. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721>. Acesso em: 06 jan. 2021.

SEVERI, Fabiana C. Violência e discriminação contra as mulheres e o acesso à justiça: algumas considerações sobre os desafios em se construir uma justiça de gênero. *In*:

PONZILACQUA, Márcio Henrique Pereira (org.). **Violência doméstica, agressão sexual e direito**: olhares e práticas transdisciplinares. Curitiba: CRV, 2013.

SILVA, Salete M da. Constitucionalização dos direitos das mulheres no Brasil: um desafio à incorporação da perspectiva de gênero no Direito. **Revista Interfaces – Direito**, Aracaju, v. 1, n. 1, p. 59-69, out. 2012. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/178/76>. Acesso em: 06 jan. 2021.

SILVA, Salete M da; WRIGHT, Sonia J. Uma reflexão feminista sobre o conceito de justiça de gênero. **Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 1 -27, jan./jun. 2016.

UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION (UNESCO). **International technical guidance on sexuality education**: an evidence-informed approach. 2018, ed. rev. Disponível em: [https://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/ITGSE\\_en.pdf](https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/ITGSE_en.pdf). Acesso em 20 jun. 2020.

VIANNA, Cláudia *et al.* **Gênero e Educação**: fortalecendo uma agenda para as políticas educacionais. São Paulo: Ação Educativa, CLADEM, Ecos, Geledés e Fundação Carlos Chagas, 2016.

VILA-NOVA, Carolina. Ministra Damares agiu para impedir aborto em criança de 10 anos. **Folha de SP**, 20 set. 2020. Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/09/ministra-damores-alves-agiu-para-impedir-aborto-de-crianca-de-10-anos.shtml>. Acesso em: 10 jan. 2020.

WEBER, Rosa. Prefácio. *In*: SILVA, Cristine O. P. da; BARBOZA, Estefânia M. de Q.; FACHIN, Melina G. (coord.); NOWAK, Bruna (org.). **Constitucionalismo feminista**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Defining sexual health**: Report of a technical consultation on sexual health, 28–31 January 2002, Geneva. Geneva: WHO, 2006, p. 1-29. Disponível em: [https://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual\\_health/defining\\_sexual\\_health.pdf](https://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual_health/defining_sexual_health.pdf). Acesso em: 24 maio 2020.

# CAPÍTULO 12

## VULNERABILIDADE E VIOLÊNCIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS ENCARCERADAS<sup>1</sup>

Natália Macedo Sanzovo

### INTRODUÇÃO

O tema da diversidade sexual relaciona-se a um histórico de muitas reivindicações e conquistas, mas, paralelamente, está atrelado a um cenário de discriminação, preconceito e homofobia.

Trata-se de um tema amparado pelos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito: igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, do “reconhecimento da dignidade de cada ser humano de orientar-se, de modo livre e merecedor de igual respeito, na esfera de sua sexualidade.”<sup>2</sup> Desta forma, configura-se como verdadeiro direito sexual do ser humano de determinar-se de acordo com a sua identidade e/ou orientação sexual.

Após o declínio do regime militar, contra o preconceito e todas as formas de discriminação surgiram os movimentos<sup>3</sup> em favor da liberdade e diversidade sexual, buscando a igualdade entre as pessoas independentemente de suas diferentes orientações sexuais.

Atualmente, são indiscutíveis os avanços originários deste histórico de reivindicações, vez que os reflexos são facilmente identificados na sociedade, seja no reconhecimento das relações homoafetivas, seja na possibilidade de adoção de crianças por pessoas do mesmo sexo, por exemplo. Porém, este cenário de preconceito e homofobia em razão da orientação ou identidade sexual resta claramente evidenciado ao verificar que, em pleno século XXI, 76 países, dos 193 estados membros da Organização das Nações Unidas (ONU) criminalizam os atos homossexuais, sendo que as punições variam entre chibatadas (como o Irã), dois meses de prisão (a

1 O presente artigo foi publicado em 08 de maio de 2019 pela editora Devires na obra intitulada: **Sexualidade e gênero na prisão LGBTI+ e suas passagens pela justiça criminal**, organizadores: Guilherme Gomes Ferreira e Caio Cesar Klein, disponível no site: <https://editoradevires.com.br/book/sexualidade-e-genero-na-prisao-lgbti-e-suas-passagens-pela-justica-criminal/>. O artigo foi elaborado com base nos dados e resultados oriundos da dissertação de mestrado desta autora, intitulada de: “O lugar das Trans\* na prisão: um estudo comparativo entre o cárcere masculino (São Paulo) e alas LGBT (Minas Gerais)”, apresentada para fins de obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, na Faculdade de Direito da USP, sob a orientação do Professor Alvinho Augusto de Sá. Trata-se de um resumo da dissertação, com intuito de apresentar os principais resultados da pesquisa nesta coletânea. **Para a leitura completa da obra, indica-se o livro “O lugar das Trans\* na prisão”, publicado pela editora D’Plácido.**

2 RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. **Horiz. antropol.**, Porto Alegre, v. 12, n. 26, dez. 2006. DOI: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-71832006000200004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832006000200004&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 14 abr. 2019.

3 “No Brasil, o primeiro grupo homossexual organizado surgiu em São Paulo, em maio de 1978, com o nome de Núcleo de Ação pelos Direitos Homossexuais, sendo mais tarde rebatizado como: SOMOS – Grupo de Afirmação Homossexual”. In: PINAFI, Tânia. Militante... Já viu, né? A homofobia nos processos de subjetivação dos militantes do Movimento LGBT. 2011. 179 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Ciência e Letras, Universidade Estadual Paulista, Assis, 2011. p. 11.



exemplo da Argélia), prisão perpétua (caso do Bangladesh) e, até mesmo, pena de morte, como é o caso do Irã, Mauritânia, Arábia Saudita, Sudão, Iêmen, além de algumas regiões do norte da Nigéria e do sul da Somália.<sup>4</sup>

O preconceito advindo da diversidade sexual está permeado em todos os segmentos da sociedade, gerando conflitos e condutas discriminatórias. Com o cárcere, inserido neste contexto social, não seria diferente. Muito embora seja caracterizado como uma “instituição total”, tendo em vista as características descritas por GOFFMAN<sup>5</sup>, o seu “fechamento” (ou seja, a barreira social com o mundo exterior), a aglomeração de pessoas submetidas a uma mesma autoridade e ao cumprimento de regras impostas pela instituição, não retiram do cárcere a condição de instituição social, de modo que reproduz os discursos, valores, ações e vivências emanados da sociedade.

Desta forma, práticas preconceituosas, discriminatórias e, até mesmo, transfóbicas repercutirão também neste ambiente de reclusão, afinal, “assim como na vida em liberdade, a heteronormatividade é a legítima expressão da sexualidade no interior da prisão.”<sup>6</sup>

A pesquisa de mestrado desta autora, acompanhada de outros trabalhos nacionais que estudam a população LGBT em situação de privação de liberdade<sup>7</sup>, debruçou-se, especificamente, sobre a análise das pessoas trans<sup>8</sup> (travestis e transexuais) encarceradas em presídio masculino e em alas exclusivas destinadas à população LGBT<sup>9</sup>. Dada a identidade e/ou performance de gênero feminina dessa população, buscou-se compreender como travestis e transexuais qualificam a experiência de seus aprisionamentos e quais pontos críticos e/ou problemáticos apontam do cumprimento de suas penas, diante de uma arquitetura penitenciária moldada para o atendimento de presos do sexo masculino<sup>10</sup>.

## 1 CONCEITUAÇÃO – TRAVESTIS E TRANSEXUAIS

As novas leituras sobre gênero problematizam o conceito pautado na distinção entre masculino e feminino por compreender que não esgotam os sentidos do gênero. Como expoente desse movimento, a filósofa JUDITH BUTLER critica o conceito de gênero pautado no binarismo ‘homem-mulher’, vez que as pessoas trans

4 ITABORAHY, Lucas Paoli; ZHU, Jingshu. *State-Sponsored Homophobia – a world survey of laws: Criminalisation, protection and recognition of same-sex love*. Bruxelas / Cidade do México, p. 22, Maio 2013. Disponível em <https://www.refworld.org/docid/519b6c2f4.html>. Acesso em: 19 set. 2021.

5 GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1996. p. 16-18.

6 MANFRIN, Sílvia Helena. *Diversidade sexual no sistema prisional: um olhar sobre o preconceito e a discriminação em relação à diversidade sexual a partir da Penitenciária “Wellington Rodrigo Segura” de Presidente Prudente/SP*. 2013. 164 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social e Política Social) – Universidade Estadual de Londrina, 2013. p. 39.

7 Como exemplo, cita-se os seguintes trabalhos que foram objeto de estudo e inspiração para a dissertação desta pesquisadora: SILVIA HELENA MANFRIN, *Diversidade sexual no sistema prisional: um olhar sobre o preconceito e a discriminação em relação à diversidade sexual a partir da Penitenciária “Wellington Rodrigo Segura”* (Mestrado em Serviço Social e Política Social, 2013); GUILHERME GOMES FERREIRA, *Travestis e Prisões: Experiência social e Mecanismos Particulares De Encarceramento* (Mestrado em Serviço Social, 2014) e AMILTON GUSTAVO DA SILVA PASSOS, *Uma ala para Travestis, Gays e seus maridos: Pedagogias institucionais da sobrevivência no Presídio Central de Porto Alegre* (Mestrado em Educação, 2014).

8 Para AIMAR SUESS, o uso do termo trans\*: “refere-se a todas as pessoas que elegeram uma identidade ou expressão de gênero diferente da atribuída ao nascer, incluindo pessoas transexuais, transgêneros, travestis, *cross dressers*, não gêneros, multigêneros, de gênero fluido, gênero *queer* e outras autodenominações relacionadas” (SUESS, 2010, p. 29).

9 A pesquisa foi realizada no CDP II (Centro de Detenção Provisória) de Pinheiros São Paulo e nas Alas LGBT da Penitenciária Jason Soares Albergaria e do Presídio Vespasiano do Estado de Minas Gerais. Embora o nome compreenda toda a sigla LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Travestis/Transexuais), os pavilhões não recebem presas do sexo feminino e lésbicas, sendo um pavilhão, na verdade “GBT”, todavia será mantido o nome oficial do projeto “Ala LGBT”.

10 “[...] de todas as primeiras instituições prisionais femininas, apenas a *Penitenciária de Mulheres* de Bangu foi construída para tal fim, tendo sido as demais instaladas em prédios adaptados para abrigar as detentas” (ANGOTTI, 2012, p. 235).

“questionam a coerência entre sexo (genitália masculina ou feminina), gênero (aparência da pessoa masculina ou feminina) e desejo (supostamente deveria ser sempre um desejo heterossexual).”<sup>11</sup> Assim, uma travesti, nascida com o sexo masculino, com aparência feminina e masculina (tem traços masculinos mas se veste e se maquia) e tem desejo homossexual, seguramente rompe com a lógica social heteronormativa.<sup>12</sup>

Assim, para a autora estadunidense, pessoas que não apresentam essa coerência, tais como as trans, homem feminino, mulher masculina, homossexuais, intersexos etc., ameaçam e desordenam o pensamento hegemônico sobre gênero.<sup>13</sup>

Daí a importância, segundo Piscitelli, dos novos arranjos da teoria de gênero para além das compreensões ‘homem-mulher’ e ‘masculino-feminino’, vez que é necessário pensar numa teoria que possa incluir todas as pessoas. Isso porque, a discriminação e violência de gênero não atinge apenas mulheres, mas toda a população trans por conta da sua identidade e/ou performance de gênero diversas da expectativa social hegemônica.<sup>14</sup>

Para fins do presente trabalho, filia-se às novas reformulações do conceito de gênero, como as propostas de Butler e Piscitelli, vez que requer pensar:

[...] não apenas nas distinções entre homens e mulheres, entre masculino e feminino, mas em como as construções de masculinidade e feminilidade são criadas na articulação com outras diferenças, de raça, classe social, nacionalidade, idade; e como essas noções se embaralham e misturam no corpo de todas as pessoas, inclusive aquelas que, como intersexos, travestis e transexuais, não se deixam classificar de maneira linear como apenas homens e mulheres.<sup>15</sup>

Ao analisar a questão de gênero incluindo os marcadores sociais, tais como raça e classe social, este conceito dialoga (e muito) com a pesquisa já que número considerável das trans entrevistadas neste trabalho, além de romperem com pensamento hegemônico sobre gênero, ainda estão sujeitas a outros marcadores sociais, como pobreza, prostituição e criminalidade.

Dessa forma, compreende-se que quanto mais a pessoa se afasta da “coerência” social entre as modalidades de sexo, gênero e desejo, mais sujeita ela estará a sofrer formas de discriminação e preconceito. Quanto mais romper com a expectativa hegemônica sobre gênero, mais correrá o risco de ser colocada no lugar do abjeto, do estranho, quase daquilo que não é humano.

O termo “transexualpsíquico” foi utilizado pela primeira vez em 1910, pelo sexólogo Magnus Hirschfeld para se referir a travestis fetichistas. Tal denominação voltou a ser utilizada em 1949 em um artigo do sexólogo-

11 PISCITELLI, Adriana. Gênero: a história de um conceito. In: ALMEIDA, Heloisa Buarque de; SZWAKO, José (org.). **Diferenças, igualdade**. São Paulo: Berlandis & Vertecchia, 2009. (Coleção sociedade em foco: introdução às ciências sociais). p. 143.

12 PISCITELLI, Adriana. Gênero: a história de um conceito. In: ALMEIDA, Heloisa Buarque de; SZWAKO, José (org.). **Diferenças, igualdade**. São Paulo: Berlandis & Vertecchia, 2009. (Coleção sociedade em foco: introdução às ciências sociais). p. 144.

13 PISCITELLI, Adriana. Gênero: a história de um conceito. In: ALMEIDA, Heloisa Buarque de; SZWAKO, José (org.). **Diferenças, igualdade**. São Paulo: Berlandis & Vertecchia, 2009. (Coleção sociedade em foco: introdução às ciências sociais). p. 144.

14 PISCITELLI, Adriana. Gênero: a história de um conceito. In: ALMEIDA, Heloisa Buarque de; SZWAKO, José (org.). **Diferenças, igualdade**. São Paulo: Berlandis & Vertecchia, 2009. (Coleção sociedade em foco: introdução às ciências sociais). p. 144.

15 PISCITELLI, Adriana. Gênero: a história de um conceito. In: ALMEIDA, Heloisa Buarque de; SZWAKO, José (org.). **Diferenças, igualdade**. São Paulo: Berlandis & Vertecchia, 2009. (Coleção sociedade em foco: introdução às ciências sociais). p. 146.

go David Cauldwell, no qual ele faz referência a um pedido de *Transsexualis psychopathia* – cirurgia de transgenitalização – de mulher para homem. Até então, não havia distinção entre os termos transexuais, travestis e homossexuais.<sup>16</sup>

A partir então do século XX, mais precisamente em 1950, a medicina e as ciências *psi* (psicologia, psiquiatria e psicanálise) consagraram-se como saberes apropriados e exclusivos para desvendar as razões que levavam uma pessoa de um sexo a reivindicar o reconhecimento social de outro e os trânsitos entre os gêneros nas sociedades ocidentais passaram a ser interpretados como uma doença.<sup>17</sup>

Em 1989, o termo transexualismo foi introduzido no DSM-III (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), Manual de Diagnóstico e Estatística de Transtornos Mentais, para diagnosticar os indivíduos disfóricos de gênero, incluindo uma nova seção sobre *Distúrbios de Identidade de Gênero*, na qual foram agrupadas três modalidades: “Transexualismo”, “Distúrbio de Identidade de Gênero na Infância” e “Distúrbio de Identidade de Gênero Atípica”. No DSM-IV, o termo transexualismo foi retirado e passou-se a nomear o fenômeno como *Transtorno de Identidade de Gênero*. Ainda hoje a transexualidade é diagnosticada e está prevista no DSM-V como *Disforia de Gênero* e refere-se ao “sofrimento que pode acompanhar a incongruência entre o gênero experimentado ou expresso e o gênero designado de uma pessoa.”<sup>18</sup> (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2013).

Desta forma, embora desde a Antiguidade pessoas vivenciem experiências de gênero distintas das socialmente esperadas, a esse fenômeno a medicina atribuiu o nome de transexualidade, o enquadrando como uma de patologia de gênero e o utiliza até os dias atuais como uma categoria médica para definir corpos, subjetividades e identidades.

No âmbito das ciências médicas, o transexualismo é caracterizado como uma patologia, previsto no DSM-V (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), o Manual Diagnóstico e Estatístico dos Transtornos Mentais, que alterou o rótulo de *Transtorno de Identidade de Gênero* (presente no DSM-IV), para o de *Disforia de Gênero*.

Interessante observar que mesmo sem conseguir demonstrar qualquer alteração nas estruturas cromossômicas ou eventual anormalidade biológica das pessoas que vivenciam uma experiência transexual, a medicina continue considerando tal condição como psicopatologia e diagnosticando o fenômeno como doença mental.<sup>19</sup>

Nesse sentido, parece que a anormalidade atribuída aos trânsitos de gênero não é biológica, mas social. Se a sociedade define e evoca como sendo normal a heterossexualidade e a regra binária de gênero, as variações

16 BENTO, Berenice. Disforia de gênero: geopolítica de uma categoria psiquiátrica. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 15, 2016. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3509/350947688016.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021. p. 10.

17 BENTO, Berenice Alves de Melo. *O que é transexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 2008. (Coleção Primeiros Passos). p. 18.

18 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Gender Dysphoria. Disponível em <https://www.psychiatry.org/patients-families/gender-dysphoria/what-is-gender-dysphoria>. Acesso em: 15 maio 2019.

19 BENTO, Berenice Alves de Melo. *O que é transexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 2008. (Coleção Primeiros Passos). p. 18.

que fogem dessa convenção social prontamente serão identificadas como anormais e desagregadas, passíveis de correção e adequação ao gênero masculino ou feminino.

Sob este aspecto, compreende-se que a patologização da transexualidade está fundamentada na incoerência entre *sexo* e *gênero*, tendo em vista a *não* conformidade entre o *sexo* assignado no nascimento e o *gênero*. O fenômeno, assim, destoa e contradiz o sistema – binário e heterossexual – regulador da sexualidade e da subjetividade.

A transexualidade, então, fere a lógica dos *gêneros inteligíveis que mantêm uma continuidade entre sexo, gênero e desejo* e, referida descontinuidade e incoerência, inconcebíveis diante deste sistema binário-normativo, a transformam numa patologia ou, nas palavras de Butler, em identidades que não podem existir.<sup>20</sup>

Assim, são “sexualidades desviantes” não apenas as “transexuais”, mas todas as identidades que subvertem a lógica compulsória sexo, gênero e desejo heterossexual. Todas as categorias que rompem os limites fixados pelo sistema binário-normativo. São as travestis, os trangêneros, as *drag queens*, os *drag kings* e todos os demais infratores de gênero que desfazem a relação simplista vagina-feminino e pênis-masculino e englobam infinitas possibilidades, já que nem toda transexual deseja passar por cirurgia de trangenitalização, como nem toda travesti deseja apenas se travestir de mulher.

É importante refletir que o sofrimento parece ser reflexo não de uma patologia psíquica, mas sim de uma patologia social, tendo em vista que as trans não podem sequer existir já que subvertem as crenças sobre sexo, gênero e identidade. Travestis e transexuais, são constantemente vítimas de preconceitos, violências e discriminação, justamente por exteriorizarem o “diferente”, a não adequação diante dos padrões sociais, frente a uma sociedade heteronormativa.

Cumprе esclarecer que este trabalho utiliza indistintamente as categorias travestis e transexuais, pois, não tem por objetivo, identificar *quem se sente mais mulher*, ou, conforme estabelecido pelas ciências médicas, quem é a “verdadeira” mulher – a travesti ou a transexual – mas, compreender, se, em razão de terem construído feminilidades em seus corpos, estão sujeitas às violações e violências no ambiente carcerário, justamente por exteriorizarem um gênero dúbio, não binário e “desviante” dos padrões estabelecidos.

## 2 Breves considerações sobre o Sistema Penitenciário e panorama geral do encarceramento da população trans

De acordo com o último levantamento realizado pelo Infopen (Informações Penitenciárias), de dezembro de 2019, a população prisional brasileira alcançou a marca de 755.274 encarcerados.<sup>21</sup>

20 BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 39.

21 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento nacional de informações penitenciárias, atualização dezembro/2019**. Departamento Penitenciário Nacional, Brasília, DF, 2020. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen-lanca-infopen-com-dados-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 29 jan. 2021.

A superpopulação (superlotação) carcerária propicia condições para a proliferação de graves violações aos Direitos Humanos, tendo em vista as condições degradantes dos presídios, práticas corriqueiras de tortura e maus tratos aos prisioneiros, dentre outras violações.

Por trás destes números, há milhares de vidas privadas de liberdade, em sua maioria: jovens, negras e pobres. A prisão, assim, representa a marginalização da população que mantém encarcerada, excluindo-a de seu convívio social.

Além das violações dos Direitos Humanos a que estão expostas todas as pessoas privadas de liberdade no Brasil, as travestis e transexuais encarceradas ainda são submetidas a situações vexatórias e degradantes em razão da sua identidade e/ou performance de gênero. Diversos são os relatos de humilhações e de violências (física e emocional), tais como, a imposição de corte dos cabelos de modo padronizado, o desrespeito ao nome social, a submissão à revista íntima vexatória, a proibição do tratamento hormonal, dentre outros, conforme relatos que serão abordados no próximo item, dedicado à análise dos dados.

Apesar das constantes denúncias de violações contra a população LGBT encarcerada, principalmente no tocante às travestis e transexuais, esta população segue ofuscada perante os olhos do poder público. Seguindo a lógica heteronormativa e binária de classificação, tanto o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, como a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo – SAP e do Estado de Minas Gerais, informam apenas o montante de presos separados pelo gênero masculino e feminino, sem qualquer estimativa da população LGBT existente nos cárceres brasileiros, tampouco sobre o número de travestis e transexuais, o mesmo ocorre no que diz respeito ao órgão paulista.

No âmbito nacional e legislativo, a Lei de Execução Penal não traz qualquer previsão sobre a população LGBT e as diretrizes para seu encarceramento. Há apenas uma resolução que estabelece parâmetros para o tratamento da população LGBT encarceradas no Brasil. Trata-se da resolução conjunta nº 1 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT) e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), publicada no *Diário Oficial da União* em 17 de abril de 2014, que será abordada a seguir.<sup>22</sup>

### 3 A EXPERIÊNCIA TRANS NO CÁRCERE

Para alcançar o objetivo da pesquisa, qual seja, conhecer as travestis e transexuais encarceradas, identificar como qualificam a experiência do aprisionamento e apontar os pontos críticos do encarceramento em penitenciária masculina e em alas LGBT, foram entrevistadas o total de 26 travestis e transexuais. Sendo 12 encarceradas no Centro de Detenção Provisória de Pinheiros (CDP II), na cidade de São Paulo, 4 na ala LGBT do Presídio de Vespasiano e 10 na ala LGBT da Penitenciária Jason Soares Albergaria, em Minas Gerais.

22 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE COMBATE A DISCRIMINAÇÃO. Resolução conjunta Nº 1, de 15 de abril de 2014. Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 de abril de 2014, Seção 1, p. 1-2. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2014/resolucao-conjunta-no-1-de-15-de-abril-de-2014.pdf/view>. Acesso em: 19 set. 2021.

Diante de realidades tão díspares, entendeu-se que seria interessante conferir as unidades e, a partir da palavra das travestis e transexuais, identificar as particularidades de cada encarceramento, de modo a verificar, de acordo com o ponto de vista delas, como qualificam a experiência de seus aprisionamentos, seja no convívio com demais detentos homens, seja em alas específicas para a população LGBT.

A análise e a discussão dos dados foram realizadas a partir de uma compreensão fenomenológica e da Teoria Fundamentada nos Dados (TFD)<sup>23</sup>, também conhecida como *Grounded Theory*. Por tratar-se de um trabalho constituído por pesquisa empírica, qualitativa, de natureza exploratória, com objetivo de ouvir travestis e transexuais encarceradas, adotou-se a fenomenologia como base filosófica para a elaboração do questionário e interação com as entrevistadas, utilizando-se, para tanto, a fenomenologia existencialista de HEIDEGGER, numa relação sujeito-sujeito e a TFD como método operacional para elaborar e apresentar os dados (categorias) da pesquisa.

Neste sentido, a pesquisa, que teve como objetivo principal ouvir a população trans e compreender como qualificam seu encarceramento, adotou a Teoria Fundamentada nos Dados, justamente por não pretender realizar uma análise preconcebida, mas permitir que os dados obtidos nas entrevistas revelassem os resultados e principais conclusões do estudo.

Como se trata de pesquisa realizada em duas localidades diferentes (unidade masculina e alas LGBT), com realidades diversas, buscou-se, sempre que possível, contrastar as vivências durante a própria análise das categorias, ao invés de destinar um capítulo exclusivo para comparação das experiências. Desse modo, acreditou-se tornar a leitura mais dinâmica e aproximar o leitor de forma mais profunda das diferentes vivências.

## **CATEGORIA 1: CONDIÇÕES PRISIONAIS E TRATAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA**

Nesta categoria foram analisadas as condições prisionais, bem como o tratamento da administração penitenciária conferido à população trans. Foram identificadas algumas deficiências prisionais não (necessariamente) relacionadas à questão de gênero, mas precariedades inerentes ao sistema penitenciário, conforme serão detalhadas a seguir.

Algumas reclamações constantes na fala das trans encarceradas no CDP-II de São Paulo relacionaram-se à comida servida na Unidade e à falta de higiene. Mesmo não sendo objeto de questionamento da pesquisadora, várias entrevistadas relataram espontaneamente insatisfação com a qualidade da alimentação e a falta de higiene.

Outro tema muito presente nos relatos das travestis e transexuais encarceradas, principalmente as detidas no CDP-II em São Paulo, foi a questão da superlotação carcerária. Assunto que também não foi objeto de in-

23 A “teorização fundamentada nos dados” (Laperrière, 2008; Glaser & Strauss, 1967; Guerra, 2006; Strauss & Corbin, 2008) foi apresentada por Glaser & Strauss (1967) como uma metodologia de pesquisa que permite elaborar conhecimentos teóricos, mesmo a título de hipóteses, a partir da observação dos dados (CAPPI, 2014, p. 12).

dagação nas perguntas abertas ou semidirigidas, mas resultou em inúmeras falas em tom de denúncia às condições que estão submetidas.

Uma coisa muito errada que eu vejo ali é que só tem duas celas para as transexuais, travestis, gays e envolvidos. Puxa, são os homens que se envolvem com a gente e só tem duas celas pra gente, cada uma dessas duas celas tem 60 pessoas. Chega a dormir quase uma em cima da outra, e nas celas da população normal, são 20, 25 (Pamela, CDP-II, São Paulo);

Os relatos acima expõem mais uma condição degradante presente em quase todas as unidades prisionais: a superlotação carcerária, todavia, parece que a superlotação prisional é ainda mais expressiva para a população trans, gays e envolvidos<sup>24</sup> quando encarcerados com demais homens, conforme restou evidenciado nas falas das entrevistadas da unidade masculina do CDP-II. Isso porque, para cada raio (total de 3 raios)<sup>25</sup>, há apenas duas celas destinadas ao encarceramento dessas pessoas, o que significa apenas 6 celas em toda a Unidade Prisional para abrigar aproximadamente 360 pessoas (média de 60 por cela), ao passo que, para os demais encarcerados (supostamente) hétero e cisgêneros, há cerca de 25 pessoas por cela, originariamente destinadas a abrigar 8 pessoas.

Interessante observar que, embora os relatos de superlotação também tenham surgido nas falas da população trans das unidades de Minas Gerais, não foram tão expressivos como em São Paulo e isso talvez possa ser atribuído a uma ala dedicada exclusivamente para recepcionar referida população.

## **CATEGORIA 2: TRATAMENTO PRISIONAL X QUESTÕES DE GÊNERO**

Além das condições precárias das unidades prisionais para a população encarcerada como um todo, também foi analisada a percepção das trans entrevistadas sobre o tratamento penitenciário no tocante especificamente às questões de gênero, tanto nas alas LGBT em Minas, como no CDP-II de Pinheiros, em São Paulo.

Enquanto nas alas LGBT mineiras as entrevistadas demonstraram ter amplo acesso a inúmeros itens de feminilidade, o mesmo respeito a identidade e/ou performance de gênero não foi observado na unidade prisional masculina CDP-II de Pinheiros (São Paulo), pois os relatos das detentas revelaram o pouco (ou inexistente) acesso aos itens mais básicos de cuidados de beleza, como a proibição da entrada de condicionador de cabelos na unidade e a obrigatoriedade do uso de roupas masculinas pela população trans, com a distribuição, por exemplo, de cuecas ao invés de calcinha e sutiã, sendo que a maioria delas possui prótese nos seios.

Além disso, outra diferença clara de tratamento penitenciário entre a unidade masculina e as alas LGBT, compreendida a partir das falas das entrevistadas, diz respeito ao cabelo. Enquanto nas alas LGBT de Minas é permitida a manutenção de cabelos longos pelas trans, no CDP-II, de SP, é imposta a obrigação de cortes padronizados.

<sup>24</sup> Nome atribuído às pessoas que mantém envolvimento amoroso ou sexual com as trans\*.

<sup>25</sup> O CDP-II de São Paulo possui 4 raios, porém um deles é destinado ao encarceramento exclusivo de Policiais Militares.

Todas as entrevistadas das alas LGBT de Minas Gerais informaram que não precisam cortar os cabelos de forma padronizada, podendo manter o comprimento que desejarem. Em contrapartida, todas as detentas do CDP-II de Pinheiros (SP) relataram ter sido obrigadas a cortar os cabelos até o ombro quando entraram na unidade, seguindo o mesmo padrão exigido para os demais presos do sexo masculino.

As entrevistadas das alas LGBT de Minas Gerais relataram que não há a imposição de cortes de cabelos padronizados pelas unidades mineiras, prática esta que ainda acontece no CDP-II de Pinheiros e é totalmente injustificada, tendo em vista que o artigo 5º, da resolução conjunta nº 1, de 15 de abril de 2015 do CNPCP e do CNCD/LGBT (Conselho Nacional de Combate à Discriminação), estabelece: “À pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade serão facultados o uso de roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, e a manutenção de cabelos compridos, se o tiver, garantindo seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero.”<sup>26</sup>

Assim, as demandas por questões relacionadas ao gênero na unidade prisional masculina de São Paulo apareceram com mais frequência e expressividade quando comparadas com as das alas LGBT em Minas Gerais, vez que, enquanto as trans sequer possuem acesso a condicionador de cabelo no CDP-II, na ala LGBT da Jason, as detentas podem, por exemplo, fazer tintura e pintar seus cabelos uma vez ao mês.

Todavia, apesar das diferenças elencadas acima entre as alas LGBT de MG e o CDP-II de Pinheiros – SP, há um aspecto comum nas três unidades e que surgiu com frequência no pleito de quase todas as entrevistadas: o desejo de manutenção de tratamento hormonal.

Abaixo seguem algumas frases que podem ilustrar o quão importante é para elas o acesso aos hormônios:

[...] eu sinto falta do hormônio porque sem ele começa a crescer pelos no meu rosto. Eu tomava o Perlutan, que é um anticoncepcional fornecido pelo Estado para mulheres. Este hormônio poderia vir para cá, para gente tomar também (Maria, ala LGBT, Jason, MG).

[...] a gente precisa demais de hormônio, a gente não pode tomar hormônio aqui. Eu sempre tomei, a minha vida inteira (Mariana, CDP-II, São Paulo).

As falas acima exemplificam o desejo generalizado das entrevistadas de receber hormônios femininos nas unidades pesquisadas, acesso esse também previsto e devidamente garantido pela resolução conjunta nº 1, de 15 de abril de 2015 do CNPCP e do CNCD/LGBT, a qual assegura, em seu parágrafo único, artigo 7º, o tratamento hormonal às pessoas travestis ou transexuais em situação de privação de liberdade.<sup>27</sup>

26 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE COMBATE A DISCRIMINAÇÃO. Resolução conjunta Nº 1, de 15 de abril de 2014. Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 de abril de 2014, Seção 1, p. 1-2. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2014/resolucao-conjunta-no-1-de-15-de-abril-de-2014.pdf/view>. Acesso em: 19 set. 2021.

27 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE COMBATE A DISCRIMINAÇÃO. Resolução conjunta Nº 1, de 15 de abril de 2014. Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 de abril de 2014, Seção 1, p. 1-2. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2014/resolucao-conjunta-no-1-de-15-de-abril-de-2014.pdf/view>. Acesso em: 19 set. 2021.



### CATEGORIA 3: RELACIONAMENTOS

A segunda categoria estabelecida para compreender as experiências das trans nas unidades prisionais foi nomeada de *Relacionamentos* e buscou analisar o convívio das travestis e transexuais com os servidores públicos e demais detentos, de modo a observar como qualificam a convivência nas respectivas unidades, principalmente com esses atores.

Quando questionadas sobre o cotidiano na prisão e o relacionamento com os agentes penitenciários, os relatos foram desalentadores, pois ilustraram narrativas de violência, desrespeito e transfobia em todas as unidades em que a pesquisa foi realizada.

Uma das reclamações mais frequentes nos relatos das entrevistadas diz respeito à recusa dos agentes penitenciários em chamá-las pelo nome social. Ao analisar as falas das 23 entrevistadas, constatou-se que nenhuma delas indicou positivamente ter o seu nome social respeitado dentro da unidade.

Sobre este aspecto, o [Decreto nº 55.588, de 17 de março de 2010](#), dispõe a respeito do tratamento nominal das pessoas transexuais e travestis nos órgãos públicos do Estado de São Paulo e determina que os servidores públicos deverão tratar os transexuais e travestis pelo prenome indicado, conforme estabelece o parágrafo 1º, do artigo 2º do Decreto.<sup>28</sup>

Além disso, a [Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2015](#) do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) e do Conselho Nacional de Combate a Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCCLGBT), reforça em seu artigo 2º o direito das travestis e transexuais de serem chamadas pelo nome social, além de também determinar ao estabelecimento prisional que realize o registro do nome social da pessoa presa.<sup>29</sup>

Em São Paulo, no CDP-II de Pinheiros, a pesquisadora constatou que a unidade prisional faz o devido registro do nome social das trans no momento da inclusão, porém, conforme revelou a pesquisa, a maioria dos servidores não respeita e se recusa a chamá-las pelo nome social.

Nas alas LGBT em Minas Gerais, por sua vez, sequer há o registro do nome social no sistema das unidades e, conforme constatado nas falas das entrevistadas, muito menos o exercício de respeitar o nome de sua escolha, espaços estes que supostamente deveriam ter um melhor preparo dos agentes e demais servidores públicos para lidar com a temática da diversidade e o convívio com a população trans.

28 SÃO PAULO (ESTADO). [Decreto nº 55.588, de 17 de março de 2010](#). Dispõe sobre o tratamento nominal das pessoas transexuais e travestis nos órgãos públicos do Estado de São Paulo e dá providências correlatas. Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2010/decreto-55588-17.03.2010.html>. Acesso em: 15 abr. 2019.

29 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE COMBATE A DISCRIMINAÇÃO. Resolução conjunta Nº 1, de 15 de abril de 2014. Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 de abril de 2014, Seção 1, p. 1-2. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnccp/resolucoes/2014/resolucao-conjunta-no-1-de-15-de-abril-de-2014.pdf/view>. Acesso em: 19 set. 2021.

Ainda sobre a convivência das trans com os agentes, as falas das entrevistadas relataram inúmeras situações de preconceito e violência nas unidades prisionais. As falas abaixo retratam um pouco do sofrimento, humilhação, violência e preconceito praticados pelos agentes penitenciários.

[...] chamam a gente de viado, manda toma no cu, falam que isso aqui é uma putaria (Catarina, ala LGBT, Vespasiano, MG).

[...] eles entram no pavilhão e debocham o tempo inteiro da cara da gente, chama a gente de puta, sa-fada, chama a gente de drogados, chama a gente de presos nojentos, ficam rindo. Falam assim: ah, tem que criar vergonha na cara, olha o tamanho do peito desse aí, é maior do que o peito da minha mulher. Tá passando secador para quê, tá passando prancha para quê, se embelezando para quem? (Nicole, ala LGBT, Jason, MG).

As falas acima evidenciam os xingamentos e o tratamento desrespeitoso que as travestis e transexuais vivenciam cotidianamente pelos agentes penitenciários em todas as unidades prisionais em que a pesquisa foi realizada. Práticas transfóbicas, violentas e muitas vezes cruéis, com requinte de tortura, como o relato de Dina abaixo, quando presa em uma Penitenciária masculina, no convívio com demais homens, apanhou tanto no pátio por vários agentes ao mesmo tempo que perdeu um dos testículos.

[...] estava presa num presídio que tinha uns 500 presos, mas só eu apanhava dos agentes por conta do cabelo, porque era todo mundo careca, e a hora que eles batiam o olho, que viam meu cabelo, que era para baixo da bunda, eles me arrastavam assim para o meio do pátio e me batiam. Mas teve uma vez que eles se juntaram em 30, 40, e eu perdi um testículo lá. Eles me bateram tanto, tanto. Eu estava deitada, aí eles começaram a chutar, chutar, e aí estourou, o saco estourou. Essa marca aqui no rosto aqui, está vendo, Natália? Foi eu correndo, eu caí na pista, eles começaram a me chutar. Aqui na virilha eu não posso mostrar para a senhora, porque é falta de respeito, mas tenho uma marca grandona, porque só tenho um testículo, o outro está no álcool, na minha casa, porque minha mãe levou o testículo para o Fórum, as fotos, tudo, para pedir uma domiciliar para mim, mas eu não consegui, mas pelo menos vim para cá (se referindo a ala LGBT, Jason, MG).

O relato de Dina revela cenas de verdadeiro horror a qual foi submetida por conta de sua identidade e performance de gênero feminina, demonstrando que a transfobia pode transpor xingamentos e desrespeitos e caracterizar práticas desumanas e cruéis como essas. Excluídas da lógica binária de gênero, pessoas trans estão submetidas às mesmas violências (físicas, psicológicas e sexuais) que antes enfrentavam no convívio social, todavia, quando privadas de liberdade, podem estar sujeitas a uma vulnerabilidade e, conseqüentemente, atrocidade, ainda maior, como a fala de Dina revelou.

Assim como a relação com os agentes, o convívio com demais presos também é marcado por relatos de violência e preconceito em todas as unidades prisionais observadas:

[...] tem muito preconceito no raio, muito, muito! É bicha, é viado, é demônio, é capeta. É, Natália, é assim que a gente vive nossa vida aqui, nós somos presas pela polícia e estamos presas pelos presos, porque a gente tem que vigiar tudo que a gente faz, porque depende do que a gente faz, acarreta em cima da gente, então é uma coisa que a gente tem que vigiar, tudo que a gente vai fazer, tem que vigiar (Marina, CDP-II, São Paulo).

As narrativas acima evidenciam uma clara estrutura hierárquica entre os encarcerados, de modo que os presos heterossexuais detêm o poder e atribuem ordens à população trans e demais *envolvidos*. Trata-se, como abordado anteriormente, de um subgueto dentro de um gueto, pois os indivíduos que não se enquadram nos parâmetros binários de gênero – não são compreendidos nem como homem, nem como mulher pelos presos – sofrem uma nova segregação dentro do presídio. Assim, elas são presas pelo sistema e depois pelos próprios presos. Ou, na própria fala de Marina: “*nós somos presas pela polícia e estamos presas pelos presos*”.

Outra situação em que é possível auferir as práticas discriminatórias contra as travestis e transexuais, diz respeito à separação dos utensílios destas dos demais presos, como se referida população fosse portadora de um mal contagioso. Tais práticas também são tidas como transfóbicas, pois implicam em sofrimento intenso e extrema violência a esta parcela carcerária.

Nas alas LGBT de Minas Gerais também foram reportadas violências praticadas por presos homens e heterossexuais. Tal constatação causou surpresa e estranhamento pois, se as alas LGBT, eram destinadas, supostamente, apenas ao encarceramento de gays, travestis e transexuais, como as trans poderiam sofrer violência de outros homens?

De acordo com os relatos das entrevistadas, há cerca de um ano<sup>30</sup> começaram a surgir problemas de relacionamento com presos não pertencentes à população LGBT. Segundo elas, esses presos (homens e heterossexuais) assinaram o “termo de homossexualidade” para serem transferidos para as alas LGBT – mesmo não sendo gays, travestis ou transexuais – pois, normalmente, são presos do “seguro”, ou seja, detentos que estão sob grave ameaça no convívio normal e, desta forma, buscam mais segurança ao serem transferidos para a ala LGBT.

Abaixo seguem alguns relatos das detentas sobre esses principais problemas: presença de detentos homens na ala LGBT e violência física.

[...] tem muitos homens que estão vindo do seguro, que estão atrapalhando muito o presídio. Isso começou tem pouco mais de um ano. Eles assinam um termo para vir se esconder, porque tem problemas no convívio, então a cadeia mudou, estão trazendo problemas para o diretor, entendeu? Tem mais homem no anexo do que transexuais e travestis, eu vou ser sincero para a senhora. Assim, os vermes querem tirar o espaço da gente, que somos homossexuais, que somos trans e somos gays, eles estão tirando espaço e colocando a lei deles, entendeu? (Sofia, ala LGBT, Vespasiano, MG).

[...] são homens, não são homossexuais. A vinda deles trouxe muita violência. Será que eles estão esperando uma boneca morrer aqui? Imagine se acontece de eu morrer aqui dentro, o que a minha família vai falar? Não era um projeto de travesti, de transex? Se não tivesse o homem no meio do convívio das transexes, todos nós viveríamos bem (Antonella, ala LGBT, Jason, MG).

Os relatos acima evidenciam que a recente entrada dos presos homens e heterossexuais nas alas LGBT ocasionou inúmeros casos de violência (física, emocional e sexual), bem como práticas preconceituosas con-

30 Em relação a data de realização das entrevistas, no ano de 2016.

tra as travestis e transexuais, além de desfigurar as próprias características do projeto LGBT, já que impuseram suas regras no pavilhão, próprias e oriundas do convívio masculino e heteronormativo, submetendo as trans aos processos de extorsão, abusos e transfobia.

Como é possível notar, as práticas discriminatórias são generalizadas, advindas tanto dos servidores, como dos demais presos, seja na unidade masculina (São Paulo), seja nas alas LGBT (Minas Gerais), em razão da chegada de homens heterossexuais nos pavilhões.

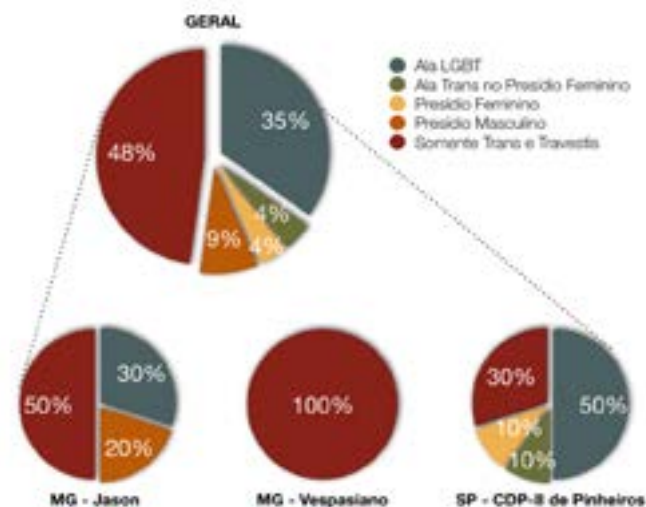
Portanto, as travestis e transexuais encarceradas constituem um subgrupo dentro de um gueto guiado pela heteronormatividade. Sitiadas pela transfobia, exclusão e inúmeras formas de violência, são rebaixadas a uma condição sub-humana de existência num universo prisional masculino, tanto na unidade prisional masculina paulistana (CDP-II de Pinheiros), como nas próprias alas LGBT mineiras, conforme revelaram os relatos das entrevistadas.

#### CATEGORIA 4: LOCAL DE PREFERÊNCIA DO ENCARCERAMENTO

A última categoria analisada buscou compreender qual o local que as travestis e transexuais entrevistadas entenderam ser o mais adequado para o seu encarceramento. A imagem a seguir mostra o ranking de preferência elencado pelas entrevistadas para o local de cumprimento de suas penas.

O primeiro gráfico consolida as respostas de todas as 23 detentas que participaram da pesquisa. Deste total, 48% (11) prefeririam ficar em um presídio somente para travestis e transexuais, 35% (8) disseram preferir uma ala LGBT, 9% (2) optariam por cumprir suas penas no convívio normal de um presídio masculino, 4% (1) escolheria o presídio feminino e outros 4% (1) cumpriria sua pena numa ala trans, porém dentro de um presídio feminino.

Figura 2 – Preferência para o local de cumprimento das penas



Fonte: Natália Macedo Sanzovo (2017).

Os gráficos da parte inferior da imagem trazem essa mesma informação, porém separadas por unidade. É interessante analisar como o padrão de respostas das entrevistadas atualmente presas em uma ala LGBT difere das detentas do CDP-II de Pinheiros – SP. Talvez por conhecerem os problemas existentes no atual modelo das alas LGBT de Minas Gerais, as detentas destas unidades optaram, em sua maioria, por um local exclusivo para travestis e transexuais. Já as entrevistadas do CDP-II de Pinheiros (SP), responderam majoritariamente que escolheriam o encarceramento em alas LGBT.

É importante ressaltar que o presente trabalho se propôs a observar experiências e o que cada uma delas revelou. A maioria das entrevistadas das alas LGBT que já vivenciou a experiência deste projeto e os problemas pelos quais ele foi acometido, deseja mudar tal situação e entendem que um encarceramento exclusivo com pessoas trans seria o caminho. As trans encarceradas no CDP-II, por sua vez, que relataram experiências de encarceramento com restrições a itens de feminilidade e uma vivência carcerária mais condicionada a uma padronização masculina, desejaram, também em sua maioria, um encarceramento em alas ou pavilhões específicos para a população LGBT.

A somatória das preferências de encarceramento em alas trans e LGBT representou 87% das respostas da população trans entrevistada. Ou seja, se fosse possível, a maioria das entrevistadas escolheriam estar encarcerada num espaço exclusivo, ala específica trans ou LGBT e essa vontade está relacionada ao desejo de políticas públicas e atenção voltadas para suas necessidades de identidade e/ou performance de gênero e para a temática da diversidade no cárcere.

Pois bem, embora as alas LGBT de Minas Gerais tenham apresentado vários pleitos e várias denúncias pelas entrevistadas, ainda assim, a partir de seus relatos, constatou-se que elas respeitam – de forma mais acentuada que o CDP-II de Pinheiros (São Paulo) – a identidade e feminilidade das trans.

Ademais, a pesquisa, que emergiu das falas das trans encarceradas, evidenciou uma clara estrutura hierárquica entre os presos, principalmente na unidade masculina, de modo que a população trans, assim como no convívio social, está submetida às regras heteronormativas pré-estabelecidas, desde o momento da inclusão das travestis e transexuais e a preocupação da unidade para seu encaminhamento para as superlotadas celas “específicas”, até os comandos que os presos heterossexuais impõem à população trans e *envolvidos*. Primeiro, excluídas do convívio social, depois, marginalizadas pelos demais presos.

Nesse ponto é interessante observar que os efeitos do encarceramento, tal como o exemplo da superlotação, são perversos para toda a população carcerária, todavia, podem ser ainda mais para as travestis, transexuais e os envolvidos. Em razão de não se enquadrarem na classificação binária (masculina e feminina) do Direito e exteriorizarem performances femininas e fora dos padrões esperados (qual seja, masculino, vez que sua genitália é masculina), estão submetidas a mais um critério/marcador de exclusão para além de classe e cor: a transfobia.

Em âmbito nacional, a Resolução conjunta nº 1 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT) e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNP/CP), publicada no *Diário Oficial da União* em 17 de abril de 2014, estabelece, em seu artigo 4º, que as pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas, com a garantia de tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade.<sup>31</sup> Observa-se, no entanto, que a resolução exclui as travestis de tal previsão e o pressuposto, embora não esteja diretamente ligado a cirurgia de transgenitalização, relaciona-se à compreensão de que só deve ser encaminhada para o presídio feminino a que se apresenta como “mais mulher” ou mais próxima de uma “verdadeira” mulher, conforme estabeleceu a própria resolução ao descrever distintamente as travestis e as transexuais:

[...] IV – **Travestis:** peessoas que pertencem ao sexo masculino na dimensão fisiológica, mas que socialmente se apresentam no gênero feminino, sem rejeitar o sexo biológico; e

V – **Transexuais:** peessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico.<sup>32</sup> (grifo nosso).

A partir da categorização fechada acima, a resolução prevê que a transexual se diferencia da travesti, pois, embora ambas pertençam ao sexo masculino e socialmente se apresentem no gênero feminino, apenas a transexual rejeita o órgão sexual biológico e, em razão de uma “superior” feminilidade, tem o direito de pleitear a transferência para uma unidade feminina.

Neste sentido, a resolução nacional parece adotar concepções biomédicas ao atribuir à transexual um status diferente da travesti. Segundo tal entendimento, as transexuais possuem desajuste psicológico entre o gênero que se identificam e o sexo biológico e, a recusa da própria genitália, sugere que são “mais” mulheres do que as travestis, conferindo a elas o direito de serem encaminhadas ao cárcere feminino. É dizer que o direito normatiza os corpos normalizados pela medicina e estabelece quem pode ou não ser sujeito de direito e, no caso do artigo 4º da resolução, apenas as transexuais são sujeitas do direito de serem transferidas para o cárcere feminino, pois são mais mulheres que as travestis.

Referida resolução inspirou a decisão de 27 de junho de 2019 do ministro Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal (STF), o qual determinou que as presas transexuais femininas sejam transferidas para presídios femininos. Trata-se de decisão cautelar tomada na [Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental \(ADPF\) 527](#), a qual foi questionada pela [Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros \(ABGLT\)](#), tendo em vista que não alcança as travestis.

31 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE COMBATE A DISCRIMINAÇÃO. Resolução conjunta Nº 1, de 15 de abril de 2014. Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 de abril de 2014, Seção 1, p. 1-2. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnccp/resolucoes/2014/resolucao-conjunta-no-1-de-15-de-abril-de-2014.pdf/view>. Acesso em: 19 set. 2021.

32 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE COMBATE A DISCRIMINAÇÃO. Resolução conjunta Nº 1, de 15 de abril de 2014. Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 de abril de 2014, Seção 1, p. 1-2. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnccp/resolucoes/2014/resolucao-conjunta-no-1-de-15-de-abril-de-2014.pdf/view>. Acesso em: 19 set. 2021.

Tanto a resolução como a recente decisão acima soam como positivas e propõem uma quebra de paradigma frente a um sistema pautado na lógica hegemônica heteronormativa, todavia, conforme abordado anteriormente, travestis e transexuais são categorias performáticas que não se esgotam nas compreensões produzidas pela literatura, mas também a partir de suas experiências individuais, envolvendo histórico de vida, classe, raça e geração. Isso significa que há uma infinidade de formas que a travestilidade e a transexualidade podem assumir e essas não estão condicionadas exclusivamente na rejeição ou não da genitália e/ou no desejo ou não de sua remoção, de modo que há transexuais que não gostariam de retirar o órgão sexual, assim como há travestis que rejeitem seu sexo biológico e desejam passar pela cirurgia.

A partir das narrativas obtidas em campo foi possível compreender que não há uma única maneira de ser transexual, assim como não há um único modo de ser travesti, daí a compreensão de que as categorias compreendem inúmeras possibilidades de performance. Neste sentido, as resoluções e novas decisões sobre a temática, não devem pautar suas diretrizes e políticas se apegando às categorizações engessadas que pretendem estabelecer quem é a “mais” ou “menos” mulher, travesti ou transexual, mas entender que, por estar-se diante de pessoas que exteriorizam um gênero dúbio, não binário e “desviante” dos padrões estabelecidos e inseriram feminilidades em seus corpos, estão sujeitas a uma maior vulnerabilidade no ambiente carcerário.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cárcere é, em si mesmo, um espaço de violação de direitos, portanto, antes de celas e raios específicos, as presas se queixaram de não acessar direitos elementares, como alimentação, direito ao estudo, saúde e trabalho, pleitearam melhores condições, como a redução na superlotação carcerária. Assim, refletir (propor) sobre o local mais adequado para seu encarceramento é importante, mas pleitear/garantir condições elementares na prisão, é fundamental. A população trans encarcerada deseja acessar aos itens de feminilidade, tomar hormônio, serem chamadas pelo nome social etc., mas, antes, precisam de alimentação de qualidade, de atendimento básico de saúde.

Nesse sentido não há pessoas mais qualificadas ou apropriadas para falar sobre o próprio encarceramento do que elas mesmas. O melhor cárcere, como considerava BARATTA, é aquele que não existe, todavia, enquanto sua existência permanecer por tempo ilimitado, como minimizar as mazelas/consequências perversas para a população encarcerada? Quais reformas ou políticas penitenciárias são necessárias para tornar o ambiente menos nocivo possível? Foi justamente com essas premissas que o presente trabalho pretendeu dialogar.

## REFERÊNCIAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Gender Dysphoria. Disponível em <https://www.psychiatry.org/patients-families/gender-dysphoria/what-is-gender-dysphoria>. Acesso em: 15 maio 2019.

ANGOTTI, Bruna. **Entre as leis da Ciência, do Estado e de Deus**. São Paulo: IBCCRIM, 2012.

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do direito penal.** Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: REVAN, 2002.
- BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade.** São Paulo: Brasiliense, 2008. (Coleção Primeiros Passos).
- BENTO, Berenice. Disforia de gênero: geopolítica de uma categoria psiquiátrica. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 15, 2016. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3509/350947688016.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE COMBATE A DISCRIMINAÇÃO. Resolução conjunta Nº 1, de 15 de abril de 2014. Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de abril de 2014, Seção 1, p. 1-2. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpecp/resolucoes/2014/resolucao-conjunta-no-1-de-15-de-abril-de-2014.pdf/view>. Acesso em: 19 set. 2021.
- BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a lei de execução penal. Diário Oficial da União: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm). Acesso em: 19 set. 2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento nacional de informações penitenciárias, atualização dezembro/2019.** Departamento Penitenciário Nacional, Brasília, DF, 2020. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen-lanca-infopen-com-dados-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 29 jan. 2021.
- BRASIL. Sistema Único de Saúde. **SUS oferece processo transexualizador.** Disponível em [https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803\\_19\\_11\\_2013.html](https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html). Acesso em: 1 abr. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 527.** Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 2019. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF527\\_liminar\\_26jun2019.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF527_liminar_26jun2019.pdf). Acesso em: 20 jul. 2019.
- BUTLER, Judith. **Cuerpos que importan: sobre los limites materiales y discursivos del “sexo”.** 2. ed. Buenos Aires: Paidós, 2008.
- BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade.** Tradução de Renato Aguiar. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- BUTLER, Judith; RIOS, André. Desdiagnosticando o gênero. **Physis – Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 95-126, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312009000100006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/Xg4SdtQL64jBYZgm9q4MyMH/?lang=pt>. Acesso em: 19 set. 2021.
- CAPPI, Riccardo. Pensando as Respostas Estatais às Conduas Criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioria penal (1993-2010). **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1, n. 1, p. 10-27, jan 2014. DOI: <https://doi.org/10.19092/reed.v1i1.6>. Disponível em: <https://revistareed.emnuvens.com.br/reed/article/view/6>. Acesso em: 10 mar. 2019.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.955/2010, de 03 de setembro de 2010.** Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02. Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955\\_2010.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm). Acesso em: 30 abr. 2019.
- CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Resolução nº 208, de 27 de outubro e 2009.** Atendimento médico integral à população de travestis e transexuais. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Legislacao&id=524>. Acesso em: 30 abr. 2019.
- DIAS, Maria Berenice. Transexualidade e o direito de casar. Disponível em: <http://www.berenicedias.com.br/>. Acesso em: 14 abr. 2019.
- DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- FERREIRA, Guilherme Gomes. **Travestis e prisões: experiência social e mecanismos particulares de encarceramento.** Curitiba: Multidéia: Edição Kindle, 2015.
- FERREIRA, Guilherme Gomes; KLEIN, Caio Cesar (org.). **Sexualidade e gênero na prisão LGBTI+ e suas passagens pela justiça criminal.** [S. l.]: Devires, 2019.
- GOFFMAN, Erving. Estigma: **Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4. ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1988.
- GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos.** São Paulo: Perspectiva, 1996.
- GOFFMAN, Erving. **A representação do eu na vida cotidiana.** Editora Vozes. Petrópolis, 2009.
- HEILBORN, Maria Luiza. **Sexualidade: o olhar das ciências sociais.** Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999.



ITABORAHY, Lucas Paoli; ZHU, Jingshu. **State-Sponsored Homophobia** – a world survey of laws: Criminalisation, protection and recognition of same-sex love. Bruxelas / Cidade do México, p. 22, Maio 2013. Disponível em <https://www.refworld.org/docid/519b6c2f4.html>. Acesso em: 19 set. 2021.

MANFRIN, Silvia Helena. **Diversidade sexual no sistema prisional**: um olhar sobre o preconceito e a discriminação em relação à diversidade sexual a partir da Penitenciária “Wellington Rodrigo Segura” de Presidente Prudente/SP. 2013. 164 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social e Política Social) – Universidade Estadual de Londrina, 2013.

PINAFI, Tânia. **Militante...Já viu, né?** A homofobia nos processos de subjetivação dos militantes do Movimento LGBT. 2011. 179 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Ciência e Letras, Universidade Estadual Paulista, Assis, 2011.

PISCITELLI, Adriana. Gênero: a história de um conceito. In: ALMEIDA, Heloisa Buarque de; SZWAKO, José (org.). **Diferenças, igualdade**. São Paulo: Berlandis & Vertecchia, 2009. (Coleção sociedade em foco: introdução às ciências sociais).

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. **Horiz. antropol.**, Porto Alegre, v. 12, n. 26, dez. 2006. DOI: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-71832006000200004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832006000200004&lng=en&nrm=iso). Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-71832006000200004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832006000200004&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 14 abr. 2019.

SÃO PAULO (ESTADO). **Decreto nº 55.588, de 17 de março de 2010**. Dispõe sobre o tratamento nominal das pessoas transexuais e travestis nos órgãos públicos do Estado de São Paulo e dá providências correlatas. Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2010/decreto-55588-17.03.2010.html>. Acesso em: 15 abr. 2019, grifo nosso.

SESTOKAS, Lúcia. **Cárcere e Grupos LGBT**: normativas nacionais e internacionais de garantias de direitos. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITTC, São Paulo 1 abr. 2015. Disponível em: <http://itcc.org.br/carcere-e-grupos-lgbt-normativas-nacionais-e-internacionais-de-garantias-de-direitos>. Acesso em: 10 mar. 2019.

SUESS, Aimar. Análisis del panorama discursivo alrededor de la despatologización trans: procesos de transformación de los marcos interpretativos en diferentes campos sociales. In: MISSÉ, Miquel; COLL-PLANAS, Gerard (ed.). **El género desordenado** – críticas en torno a la patologización de la transexualidad. Barcelona – Madrid: EGALES, 2010.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WACQUANT, Loïc. O lugar da prisão na nova administração da pobreza. **Novos Estudos**, v. 80, mar. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002008000100002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/4pLhLSn6R8h5kSMthj4p5nJ/?lang=pt>. Acesso em: 19 set. 2021.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

# CAPÍTULO 13

## O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES E A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA<sup>1</sup>

Francini Imene Dias Ibrahin

### INTRODUÇÃO

A mulher sempre foi ignorada ou teve seu papel minimizado na História. Até na mitologia grega, conta-se que no Século VIII a. C., Telêmaco, filho de Ulysses na Odisseia de Homero, assumiu o poder de decisão no lugar do pai (que estava ausente em razão da guerra de Tróia) e determinou que sua mãe Penélope se limitasse ao espaço interno da casa e se ocupasse dos trabalhos de tear e costura.

O Brasil seguiu pelo mesmo caminho. Nas Ordenações do Reino apenas o marido podia ser considerado vítima do crime de adultério, permitindo-se a ele matar a mulher adúltera e seu amante. Nas Ordenações Filipinas, as mulheres eram consideradas incapazes, sendo sua capacidade suprida pelo marido, se casadas fossem, ou pelo pai, se solteiras.

O Código Penal de 1940, ainda em vigor, até o ano de 2005 trazia a expressão “mulher honesta”, compreendida como aquela mulher cuja conduta moral e sexual fosse considerada irrepreensível e merecedora de proteção em casos de crimes sexuais. Por sua vez, o Código Civil de 1916, que vigorou até o ano de 2002, previa (no art. 219, IV) a possibilidade de o marido anular o casamento caso constatasse que sua esposa fora deflorada antes do casamento.

Vale dizer, o maior risco para a mulher está na sua posição social fundada no domínio ou lógica patriarcal. Desde o seu nascimento é amparada por uma sociedade que permite e reduz o seu papel na sociedade. Temos maioria de mulheres na população brasileira, mas nos Poderes Legislativos Municipais, Estaduais e Federal são minoria. Isso se repete no Poder Judiciário, na Polícia Civil e em diversos outros órgãos públicos e setores privados.

### 1 O ORDENAMENTO JURÍDICO E A MULHER

É interessante observar que a Constituição Federal de 1988 desde o seu preâmbulo preza pela igualdade entre homens e mulheres. Entretanto, a desigualdade, a discriminação e o preconceito ainda imperam.

<sup>1</sup> Capítulo é uma versão ampliada de artigo publicado no site Jus.com.br, em set. 2020.

Deve-se acrescentar que existe um crescimento muito superior da violência letal entre mulheres negras em comparação com as não negras, o que demonstra a grande dificuldade do Brasil em garantir e implementar a universalidade de suas políticas públicas.

Dados do Atlas de Violência de 2019<sup>2</sup> apontam a desigualdade racial a partir da comparação entre mulheres negras e não negras vítimas de homicídio, sendo que “enquanto a taxa de homicídios de mulheres não negras teve crescimento de 4,5% entre 2007 e 2017, a taxa de homicídios de mulheres negras cresceu 29,9%. Em números absolutos a diferença é ainda mais brutal, já que entre não negras o crescimento é de 1,7% e entre mulheres negras de 60,5%. Considerando apenas o último ano disponível da pesquisa, a taxa de homicídios de mulheres não negras foi de 3,2 a cada 100 mil mulheres não negras, ao passo que entre as mulheres negras a taxa foi de 5,6 para cada 100 mil mulheres neste grupo”.

A Convenção de Belém do Pará<sup>3</sup>, em seu art. 7º, letra b, estabelece o dever de agir do Estado, com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher.

A Lei 11.340/2006 surge diante de um contexto internacional, com forte recomendação<sup>4</sup> da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, diante da violação de Direitos Humanos de Maria da Penha Maia Fernandes<sup>5</sup>, para prevenir e coibir a violência do gênero no ambiente doméstico, familiar ou de uma relação íntima de afeto.

Em que pese tudo isso, a violência doméstica e familiar contra a mulher, ainda é crescente<sup>6</sup>. Logo, é preciso fortalecer as políticas públicas de prevenção e educação. Mas não apenas isso.

É necessário um diálogo entre as redes de enfrentamento. É preciso a capacitação dos autores sociais e da comunidade jurídica para o devido acolhimento e atendimento da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

Nesse cenário de enfrentamento, temos as medidas protetivas de urgência que representam um verdadeiro instrumento para salvar a vida, a saúde e o patrimônio da mulher vítima de violência doméstica.

2 CERQUEIRA, Daniel (coord.) *et al.* Atlas da violência 2019. IPEA. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=34784](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34784). Acesso em: 12 ago. 2020.

3 Convenção de Belém do Pará. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm) Acesso em: 15 ago. 2020.

4 Disponível em: BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.** Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm). Acesso em: 11 ago. 2020.

5 O caso Maria da Penha representa a primeira vez que a CIDH aplicou a Convenção de Belém do Pará. Na CorteIDH, O primeiro precedente em que essa Convenção foi aplicada se encontra no Caso do Presídido Miguel Castro Castro.

6 Em 2019, a Comissão IDH aceitou nova denúncia contra o Brasil relacionada à violência de gênero. Trata-se do caso Elisabeth Semann. Para saber mais: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2019/BRAD354-10ES.pdf>

## 2 AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E SUA NATUREZA JURÍDICA

A Lei 11.340/06 prevê em seu artigo 18 e seguintes as medidas protetivas de urgência, apresentando, em seus artigos 22 a 24, dois tipos de medidas protetivas de urgência: aquelas que obrigam o agressor e as dirigidas à ofendida.

Deve ser ressaltado que as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, como também as destinadas à vítima de violência doméstica e familiar constantes da Lei Maria da Penha, são apenas exemplificativas. Logo, a ofendida, a autoridade policial<sup>7</sup>, a pedido da ofendida, como também o Ministério Público, poderão solicitar ao juiz a medida protetiva adequada a necessidade existente.

Nessa toada, poderá ser determinado pelo juiz, dentre outras, as seguintes medidas protetivas de urgência ao agressor: suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente; o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; a proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; do contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; de frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; prestação de alimentos provisionais ou provisórios; comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação e acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

Poderá ainda o juiz conceder à ofendida as seguintes medidas protetivas de urgência: encaminhamento da ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; determinar a separação de corpos; determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga.

Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras: restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida; proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial; suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor; prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

<sup>7</sup> O delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia poderá, verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, afastar o agressor imediatamente do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida. (art.12-C da Lei Maria da Penha).

Percebe-se que temos instrumentos hábeis para a devida proteção da mulher, mas tudo isso depende da sensibilidade do aplicador para reconhecer qual medida ou providência deve ser a mais adequada ao caso, seja ele a Autoridade Policial, o Ministério Público ou o Juiz.

As medidas protetivas de urgência são de grande importância para garantir a efetividade da proteção da mulher. Romper o silêncio é fundamental. A crença nas leis e no funcionamento do Sistema de Justiça é essencial para sua eficácia. É preciso a ruptura das barreiras existentes com o preconceito, medo, machismo, revitimização, vergonha e fatores estruturais e legais.

Desta feita, é extremamente relevante compreender a natureza jurídica de uma medida protetiva de urgência. Para isso, cabe-nos indagar: qual a finalidade das medidas protetivas de urgência?

A finalidade das medidas protetivas de urgência não é a punição do agressor, mas a proteção integral da mulher. Pode ser aplicada para coibir ou prevenir a violência contra a mulher, como acertadamente ensina Biachini<sup>8</sup> e perdurar enquanto existente a situação de perigo.

Diniz<sup>9</sup> preleciona que a natureza jurídica consiste no “significado último dos institutos jurídicos, sendo a afinidade que um instituto tem em diversos pontos com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído a título de classificação”. Vejamos.

Inicialmente, deve-se compreender que a discussão sobre a natureza jurídica ganha relevância porque influencia no procedimento e na sistemática recursal a ser adotada.

A doutrina não é uníssona quanto a natureza jurídica do instituto. Parcela da doutrina trata a medida protetiva como medida cautelar de natureza cível, outros, penal e ainda àqueles que a compreendem como *dúplice*<sup>10</sup>, como também quem a entenda como *sui generis*<sup>11</sup>. Dentre os autores que sustentam sua natureza cível<sup>12</sup>, há quem as reconheça como medidas cautelares inominadas, tais como os *writs* constitucionais<sup>13</sup> ou, ainda, tutelas provisórias de urgência satisfativas<sup>14</sup> ou inibitórias<sup>15</sup>.

As decisões dos Juízes e Tribunais brasileiros são divergentes. Ora a compreendem como natureza penal, ora civil. Entretanto, observa-se certa tendência nos julgados do Superior Tribunal de Justiça em reconhecê-la como uma medida cautelar satisfativa de natureza cível ou tutela inibitória.

8 BIANCHINI, Alice. Impacto das mudanças na prisão preventiva, as demais medidas cautelares e a Lei Maria da Penha. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís Marques (coord.). **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

9 DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 3.

10 FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal, teoria, crítica e prática**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

11 BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. São Paulo: Saraiva, 2018.

12 AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. Mulher não precisa fazer BO para obter medida protetiva. **Consultor Jurídico**, 18 set. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2E8dMOG>. Acesso em: 12 ago. 2020.

13 DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

14 DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. A Lei Maria da Penha e o Novo CPC. In: COSTA, Eduardo Fonseca da; SICA, Heitor V. Mendonça; DIDIER JR, Fredie (org.). **Legislação Processual Extravagante**. Salvador: Juspodivim, 2016.

15 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

Nesse rumo, a 4ª Turma do STJ decidiu que as medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) podem ser aplicadas em ação cautelar cível satisfativa, independentemente da existência de inquérito policial ou processo criminal contra o suposto agressor<sup>16</sup>. E, a 3ª Seção do STJ resolveu que: (...) deve-se compreender a medida protetiva como tutela inibitória que prestigia a sua finalidade de prevenção de riscos para a mulher, frente à possibilidade de violência doméstica e familiar<sup>17</sup>.

Ensina Marioni<sup>18</sup> que: “Ação cautelar, por outro lado, pelo fato de exigir uma ação principal, também não é adequada para proteger os direitos que dependem da inibição de um ilícito [...]”.

A autonomia das medidas protetivas também está presente no enunciado do FONAVID – Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em que reconheceram que as medidas protetivas de urgência podem ser deferidas de **forma autônoma**, e, caso ausentes outros elementos probantes nos autos, com base apenas na palavra da vítima (enunciado 45), bem como a desnecessidade de que exista ilícito penal para a concessão da medida (enunciado 37).<sup>19</sup>

Mesmo sentido é atribuído por Dias<sup>20</sup>, para quem a finalidade das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais e evitar a continuidade da violência e das situações que a favorecem e não necessariamente são preparatórias de qualquer processo.

A divergência também se faz presente diante da necessidade de interposição de recurso em situações de indeferimento de uma medida protetiva. Os Tribunais brasileiros ainda não definiram qual o meio de insurgência mais adequado. Temos julgados com posicionamentos diferentes e prevendo o cabimento de quatro formas diferentes de impugnação, a saber: recurso em sentido estrito, apelação, agravo de instrumento e mandado de segurança.

Para nós, se a medida protetiva guardar relação com um processo de feição civil, deverá observar o regramento recursal do processo civil; caso contrário, sofrerá incidência das regras processuais penais. Entretanto, face a falta de uniformização de entendimento dos Tribunais, o princípio da fungibilidade recursal merece aplicação. Explicamos.

A finalidade das medidas protetivas de urgência é garantir a integridade física e/ou psíquica da mulher em situação de violência doméstica. Não é assegurar a existência de um processo futuro. Nem tampouco se confunde com o processo penal, eis que os objetos são distintos. E, ainda, a diversidade de medidas cautelares existentes, não permite engessá-la e categorizá-la como sendo de natureza cível. Logo, as medidas protetivas de urgência possuem a natureza jurídica *sui generis*.

16 STJ -REsp 1419421/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 11/02/2014, DJe 07/04/2014.

17 STJ -.CC 156284 /PR. Relator: Min. Ribeiro Dantas. 3ª Turma, DJe 06/03/18.

18 MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

19 FONAVID. Enunciado 37: A concessão da medida protetiva de urgência não está condicionada à existência de fato que configure, em tese, ilícito penal. **Enunciados**. Disponível em: <https://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php>. Acesso em: 12 ago 2020.

20 DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

Nessa toada, é importante acentuar que atribuir uma natureza penal à medida protetiva, acabaria por vinculá-la a existência de uma ação penal, o que poderia gerar consequências desastrosas, a exemplo de uma retração diante de um crime de ameaça, que é infração penal condicionada a representação. Note-se que por vezes, a vítima não deseja promover um processo criminal, mas tão somente valer-se de uma medida de proteção.

Ademais, o simples fato de uma medida protetiva de urgência ter sido solicitada pela vítima, por meio do Delegado de Polícia, não faz com que o instituto reste caracterizado com a natureza penal.

Não se limita ainda, as medidas protetivas à natureza cível. As diferentes finalidades, espécies e especificidades das medidas protetivas existentes demonstram que são *sui generis*. Bianchini<sup>21</sup> não nos deixa só e preleciona acertadamente que “os arts. 22 a 24 estabelecem medidas protetivas de urgência de diversas naturezas: cível, administrativa, trabalhista, previdenciária e penal”.

É possível afirmar que as medidas protetivas são instrumentos e mecanismos de proteção da mulher na forma mais ampla a atingir os seus fins sociais. Não visam a preparação de um processo ou um processo em si mesmo, nem tampouco possuem um regramento jurídico específico.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com isso, em um cenário tão divergente, o importante é sempre ter em foco que o direito fundamental a uma vida livre de qualquer forma de violência de gênero e a própria dignidade humana feminina encontram respaldo nas medidas protetivas e quando bem contextualizadas e efetivamente aplicadas, salvam vidas e salvaguardam direitos.

Por fim, resta-nos dizer que nos últimos tempos, especialmente na pandemia que tem assolado o mundo todo, mostrou-se uma grande realidade: não estamos no mesmo barco, só no mesmo temporal. Aqueles que são mais vulneráveis, como as mulheres, estão em situação pior. É preciso solidariedade.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. Mulher não precisa fazer BO para obter medida protetiva. *Consultor Jurídico*, 18 set. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2E8dMOG>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BIANCHINI, Alice. Impacto das mudanças na prisão preventiva, as demais medidas cautelares e a Lei Maria da Penha. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís Marques (coord.). **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm). Acesso em: 11 ago. 2020.

21 BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. São Paulo: Saraiva, 2018.

CERQUEIRA, Daniel (coord.) *et al.* Atlas da violência 2019. IPEA. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=34784](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34784). Acesso em: 12 ago. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. A Lei Maria da Penha e o Novo CPC. *In*: COSTA, Eduardo Fonseca da; SICA, Heitor V. Mendonça; DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Legislação processual extravagante**. Salvador: Juspodivim, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 3.

FEITOZA, Denílson. **Direito processual penal, teoria, crítica e práxis**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009.

FONAVID. Enunciado 37: A concessão da medida protetiva de urgência não está condicionada à existência de fato que configure, em tese, ilícito penal. **Enunciados**. Disponível em: <https://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php>. Acesso em: 12 ago 2020.

IBRAHIN, Francini Imene Dias; BORGES, Amanda Tavares. Violência doméstica em tempos de confinamento obrigatório. **Jus.com.br**, set. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/85555/violencia-domestica-em-tempos-de-confinamento-obrigatorio>. Acesso em: 11 nov. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.



# CAPÍTULO 14

## O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA (IN) APLICABILIDADE NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Camilla Safe Maier Hage

### INTRODUÇÃO

É consabido que os princípios que norteiam a Carta Magna têm de ser observados na leitura e aplicação das normas infraconstitucionais, sendo pacífico que eles podem ser considerados normas qualificadas, com maior grau de abstração.

Neste sentido, os princípios atinentes ao Direito Penal funcionam com o intuito de orientar e limitar a atuação dos operadores do Direito, já que encerram um comando superior e vinculante sobre o processo de construção e aplicação das normas criminalizadoras, satisfazendo, assim, a adoção de uma política criminal mínima e garantista.

Seguindo tal premissa, a doutrina, então, apresenta diversos princípios básicos como necessariamente aplicáveis ao Direito Penal, possuindo estes intrínseca relação com a carta constitucional. São eles: legalidade, humanidade, intervenção mínima, individualização da pena, irretroatividade da lei mais severa e retroatividade da lei mais benigna, exclusiva proteção dos bens jurídicos, proporcionalidade, adequação social, culpabilidade, fragmentariedade, taxatividade e – objeto deste artigo – insignificância, dentre outros existentes.

O princípio da insignificância, então, tem como objetivo excluir da esfera penal condutas que apresentem grau de lesividade mínimo e que, portanto, não merecem a jurisdição do Estado. A aplicação deste princípio afasta a hipótese em que a sanção penal é imensamente desproporcional ao dano que a conduta antissocial praticada pelo agente tenha causado.

Ocorre que, assim como tantos outros, o princípio da insignificância não possui natureza absoluta, razão pela qual comporta exceções à sua aplicabilidade nas hipóteses fáticas. E, como modelo emblemático de tais exceções, a Lei Maria da Penha exsurge como um paradigma na (in)aplicabilidade de tal princípio. No presente artigo, são esboçados breves apontamentos acerca do tema.

## 1 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL

No Direito Romano, verificava-se o entendimento de que atos considerados insignificantes para o ordenamento deveriam ser solucionados de outra forma. É o que se pode concluir do brocardo *minima non curat praetor*, do qual extrai-se que o pretor, como eram chamados os antigos magistrados romanos, não deveria tratar de causas sem relevância, sugerindo que outras formas de solução, que não a pretoriana, deveriam ser buscadas nestes casos.

A emergência do princípio da insignificância no mundo jurídico torna-se clara no período pós-Segunda Guerra Mundial. Durante este período, a Europa enfrentava grandes dificuldades, principalmente de ordem econômica, sendo notáveis os reflexos danosos da guerra sofridos por aquela sociedade. Os Estados europeus, principalmente o alemão, não tinham condições de suprir as muitas necessidades de sua população. Neste cenário de extrema miserabilidade da população, que sequer tinha condições de sustentar-se, observou-se uma grande quantidade de crimes de pequena monta, principalmente furtos. Estes pequenos delitos ocorriam como forma de sobrevivência de uma parcela da população, que não tinha alternativa diversa.

Outro importante marco histórico sobre a doutrina da insignificância penal foi o Código Penal soviético de 1960. Embora não se referisse expressamente ao princípio da insignificância, cujos contornos devem ser atribuídos ao mestre Claus Roxin, já se podia identificar no aludido diploma penal o tratamento diferenciado para os crimes de pequena monta.

Em seu livro denominado *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*, do ano de 1972, Claus Roxin<sup>1</sup> formulou o princípio da insignificância como sendo causa de exclusão da tipicidade penal através de uma interpretação restritiva dos tipos penais para infrações e delitos de pequena monta. Seu grande ensinamento foi propor a restrição do tipo formal, adequando o caso concreto à forma fria e literal da lei, que muitas vezes se afasta do ideal de justiça que a sociedade espera.

A realidade social do Brasil, em especial, clama pela utilização e difusão do princípio da insignificância, já que a própria Constituição Federal prevê como fundamentos e princípios fundamentais do nosso Estado Democrático de Direito a cidadania, a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.

Ivan Luiz da Silva<sup>2</sup> faz as seguintes considerações:

[...] o primeiro dispositivo legal que concretiza legislativamente o Princípio da Insignificância é o art. 59, caput, do Código Penal, quando preconiza que o juiz estabelecerá a pena ‘conforme seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime’. A contrário sensu, se a conduta típica não for reprovável, a pena será desnecessária no caso concreto, devendo o magistrado deixar de aplicá-la por não haver crime a ser reprovado.

1 ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.38.

2 SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 132-138.

Não há dúvida de que este dispositivo busca trazer o sentido da utilidade da pena, já que, em muitos casos, condutas típicas insignificantes ensejam penas extremamente desproporcionais, quando, em razão do desvalor do dano, da ação e da culpabilidade, não deveriam repercutir no sistema repressivo.

Cite-se, ademais, o *Habeas Corpus* 84.412/SP, que virou referência em toda jurisprudência pela sabedoria das palavras do eminente Ministro Celso de Mello, que ensina no referido julgado:

O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal. O princípio da insignificância, que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. [...] O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância em que a privação de liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O Direito Penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.<sup>3</sup>

Nesta toada, observa-se que o Direito Penal objetiva a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para o indivíduo e a sociedade; entretanto, há que se fazer uma leitura restritiva sobre quais são esses bens que, de tão relevantes, merecem a tutela penal. Assim, a intervenção penal deve ter um caráter fragmentário, protegendo os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade.

Tal seletividade na escolha dos bens que interessarão ao Direito Penal se explica em razão de este ser a *ultima ratio* que a sociedade poderá utilizar com o intuito de coibir condutas que ameaçam o convívio social. No entanto, o legislador, lá na década de 1940, ao descrever as condutas típicas do Código Penal procurou englobar o maior número de condutas possíveis, descrevendo-as abstratamente, não se preocupando em encontrar meios para deixar de englobar, em sua redação abstrata do tipo penal, as condutas típicas mais leves. A falta de técnica legislativa perdurou mesmo com as reformas que o Código Penal sofreu. Observa-se também que condutas sem nenhuma relevância jurídica, ainda hoje, são crimes previstos pela legislação penal, contrariando o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal e a máxima *de minimis, non curat praetor*.

À vista de tais considerações, para uma corrente de pensamento, por mais que não sejam considerados como regras, os princípios têm papel fundamental no ordenamento jurídico, já que estão em toda parte e são levados em conta na aplicação da norma com o intuito de adequá-la ao caso concreto. Assim, em circunstâncias

<sup>3</sup> STF, HC 84.412/SP, Celso de Mello, DJ 19/11/2004.

específicas, os princípios apontarão para as decisões a serem tomadas acerca da obrigação jurídica que se apresenta. Para esta corrente, diferentemente da maior parte das regras, os princípios, ao deixarem de ser observados, não geram *a priori* consequências jurídicas, todavia, consideram que o juiz deverá fundamentar sua decisão indo além das leis que está obrigado a aplicar, lançando mão de princípios que considere relevantes para a realização da justiça. Importante observar que este pensamento já é considerado ultrapassado pela doutrina, tendo maior espaço entre os juristas o pensamento pós-positivista.

Neste sentido, vale trazer a lume a lição de Ronald Dworkin<sup>4</sup>:

[...] os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia.

A corrente pós-positivista, por seu turno, trata os princípios jurídicos como normas e, portanto, considera que possuem obrigatoriedade de lei. Assim, os princípios são tratados como normas que possuem um grau de generalidade relativamente alto e possuem o condão de ordenar que algo deve ser realizado na maior medida possível, levando em consideração as possibilidades jurídicas e fáticas. Neste sentido, os princípios seriam normas jurídicas hierarquicamente superiores às regras jurídicas, sendo vedado a estas contrariá-los, sob pena de porem em risco a lógica e racionalidade do sistema normativo.

Pelo exposto, tem-se consolidado que o princípio da insignificância decorre de uma interpretação garantista do Direito Penal moderno, que prioriza a proteção da vida e da liberdade individual contra a severidade e rigorismo da lei penal e, com base em critérios de equidade e razoabilidade, busca restringir a abrangência do tipo penal.

## 2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

### 2.1 DA PROTEÇÃO ESTATAL À MULHER – VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

A par das considerações acima acerca do princípio sob exame, passa-se à análise da sua aplicabilidade – ou não – aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Como consabido, o Brasil é signatário de diversos mecanismos internacionais que visam a coibição da violência de gênero feminino.

<sup>4</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43.

Neste sentido, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher, da qual o Brasil é signatário ([Decreto nº 4.377/02](#)), aduz em seu artigo 3º:

Os Estados-Partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem.<sup>5</sup>

Ainda, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, Erradicar a Violência contra a Mulher, adotada pelo Brasil através do [Decreto nº 1.973/96](#), traz em seu artigo 7º:

Os Estados-Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência.<sup>6</sup>

Já no plano legislativo interno, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, parágrafo 8º, dispõe que:

O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.<sup>7</sup>

Por seu turno, a [Lei nº 11.340/06](#) (Lei Maria da Penha<sup>8</sup>) trouxe mecanismos concretos de prevenção e repressão a todas as formas de violência contra a mulher, baseando-se nos instrumentos internacionais acima delineados.

Assim, tanto na esfera interna, como no âmbito internacional de proteção dos direitos humanos, há um esforço de se garantir amplamente os direitos e a proteção do gênero feminino, por meio de ações afirmativas e mandados de criminalização.

Em vista disso, tem-se que, não obstante a aplicação do Direito Penal seja norteadada pelo princípio da insignificância, certo é que, no âmbito da proteção estatal e combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, há um comando – igualmente importante – de proibição da proteção deficiente.

Desse modo, a aplicação proporcional das normas penais incriminadoras, nesta esfera de atuação estatal, não permite que se incorra em deficiente proteção do bem jurídico tutelado.

E, se assim não fosse, os mecanismos de proteção encerrar-se-iam como “letra morta”, em virtude de irrisória ou ausente eficácia na sanção penal da conduta.

5 BRASIL. [Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002](#). Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm). Acesso em: 19 set. 2021.

6 BRASIL. [Decreto nº 1.973, de 01 agosto de 1996](#). Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Brasília, DF, ago. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm). Acesso em: 08 mar. 2021.

7 BRASIL. [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988](#). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 mar. 2021.

8 BRASIL. [Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006](#). Dispõe sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília, DF, 07 de Ago. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm). Acesso em: 05 mar. 2021.

## 2.2 DA CONSOLIDAÇÃO DO ENTENDIMENTO PELA INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

No entendimento dos Tribunais Superiores, o tratamento diferenciado entre os gêneros está em absoluta consonância com a Constituição Federal, tendo em vista a necessária proteção da mulher ante sua maior vulnerabilidade e, ainda, considerando-se a cultura brasileira ainda arraigada no machismo.

Nesta linha, passa-se a permear os entendimentos jurisprudenciais existentes acerca do tema.

De início, importante salientar que, segundo a jurisprudência, o art. 41 da Lei Maria da Penha – outrora objeto de divergência doutrinária e jurisprudencial –, vem ao encontro do que preceitua o § 8º do artigo 226 da Carta da República, ao prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares, assim salientando:

É inaplicável a Lei n. 9.099/1995 às condutas delituosas praticadas em âmbito doméstico ou familiar, inclusive as contravenções.<sup>9</sup>

Outrossim, o artigo 17 da Lei Maria da Penha expressamente veda a aplicação da pena de multa, seja esta de forma autônoma ou isolada, nos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher.<sup>10</sup>

De igual modo, tem-se por incabível, em crimes ou contravenções penais praticadas em contexto de violência doméstica, a aplicação de reprimenda de “cesta básica” ou qualquer outra de prestação pecuniária, ainda que os delitos pelos quais o réu haja sido condenado tenham previsão alternativa de pena de multa.<sup>11</sup>

E, consolidando seu entendimento em relação ao tema, o Superior Tribunal de Justiça editou os seguintes Enunciados jurisprudenciais:

A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.<sup>12</sup>

A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada.<sup>13</sup>

A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.<sup>14</sup>

É inaplicável a Lei n. 9.099/1995 às condutas delituosas praticadas em âmbito doméstico ou familiar, inclusive as contravenções.<sup>15</sup>

Para além de tais entendimentos, note-se que o [Código de Processo Penal](#), ao passar a conter em seu bojo o artigo 28-A, que trata do acordo de não persecução penal (ANPP), regulamentou também suas hipóteses de

<sup>9</sup> AgRg no REsp 1.795.888/DF, DJe 12/12/2019.

<sup>10</sup> AgRg no REsp 1.801.196/RJ, DJe 06/06/2019.

<sup>11</sup> AgRg no REsp 1.691.667/RJ, DJe 09/08/2018.

<sup>12</sup> Enunciado 536 da súmula de jurisprudência do STJ.

<sup>13</sup> Enunciado 542 da súmula de jurisprudência do STJ.

<sup>14</sup> Enunciado 588 da súmula de jurisprudência do STJ.

<sup>15</sup> AgRg no REsp 1.795.888/DF, DJe 12/12/2019.

não cabimento. E, dentre estas, destaca-se a impossibilidade de se firmar o referido acordo em caso de crimes atinentes à violência doméstica, nos seguintes termos:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (...)

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (...)

IV – nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.<sup>16</sup>

O Supremo Tribunal Federal, ao debruçar-se sobre o tema, assim decidiu:

Princípio da insignificância e violência doméstica. Inadmissível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos praticados em situação de violência doméstica. Com base nessa orientação, a Segunda Turma negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” no qual se pleiteava a incidência de tal princípio ao crime de lesão corporal cometido em âmbito de violência doméstica contra a mulher (Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha)<sup>17</sup>

APELAÇÃO CRIME. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL. PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA AFASTADA. PALAVRA DA VÍTIMA. PROVA ROBUSTA. RECONCILIAÇÃO. NATUREZA PÚBLICA INCONDICIONADA. DEFERIMENTO DOS BENEPLÁCITOS DA LEI Nº 9.099/95. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSTO NO ARTIGO 41 DA LEI 11.340/06. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIÁVEL. DOSIMETRIA DA PENA ADEQUADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. DESCABIDA. SURSIS CONCEDIDO. 1. Consabido que a palavra da vítima assume especial relevância no contexto de violência doméstica, ainda mais quando amparada por outros elementos. No caso dos autos, o auto de exame de corpo de delito, bem como o relato do réu, que confirmam a tese acusatória. 2. Irrelevante a alegada reconciliação entre as partes. Tratando-se de ação penal pública incondicionada, independe do interesse da vítima para o seu prosseguimento. 3. Assentada a constitucionalidade do artigo 41 da Lei Maria da Penha, e por não se tratar de contravenção penal, mas sim de delito de lesão corporal em âmbito de violência doméstica, inexistem razões para ultrapassar a barreira legalmente imposta, inviabilizando o deferimento dos benefícios da Lei nº 9.099/95. 4. Incabível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, já que o respeito à integridade física e psicológica são preceitos caracterizadores da dignidade da pessoa humana, na sua dimensão negativa, mormente no âmbito da violência doméstica, no qual incide proibição constitucional de proteção deficiente. Súmula 589 do STJ. 5. No tocante a redução do apenamento, além de o apelante não ter esposado qualquer fundamento que justificasse o referido abrandamento, a pena foi fixada no mínimo legal, sendo inviável a sua redução. Súmula 231 do STJ. 6. A possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos não se mostra adequada, nos termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal, haja vista ter sido o delito cometido mediante grave ameaça contra a pessoa. Súmula 588 do STJ. 7. Viável, por outro lado, a concessão de sursis, na forma do artigo 77 do Código Penal. Suspensão condicional da pena concedida mediante condições. Por maioria.<sup>18</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a mesma linha, corroborou:

<sup>16</sup> Código de Processo Penal

<sup>17</sup> STF, RHC 133043/MT, Segunda Turma, DJe 20/05/2016.

<sup>18</sup> STF – ARE 1.199.206/RS.

A jurisprudência desta Corte Superior está consolidada no sentido de não admitir a aplicação dos princípios da insignificância e da bagatela imprópria aos crimes e contravenções praticados com violência ou grave ameaça contra mulher, no âmbito das relações domésticas, dada a relevância penal da conduta, não implicando a reconciliação do casal atipicidade material da conduta ou desnecessidade de pena. Precedentes. (HC 333.195/MS, Quinta Turma, DJe 26/04/2016).<sup>19</sup>

É incabível em crimes ou contravenções penais praticados em contexto de violência doméstica a aplicação de “pena de cesta básica” ou outra de prestação pecuniária, ainda que os delitos pelos quais o réu haja sido condenado tenham previsão alternativa de pena de multa.<sup>20</sup>

Consolidando, por vez, seu entendimento no que tange especificamente ao princípio da insignificância, o Superior Tribunal de Justiça editou o seguinte Enunciado:

É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas.<sup>21</sup>

Assim, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça debruçaram-se sobre o tema e sedimentaram seus entendimentos em sintonia com os preceitos normatizadores.

Isto porque, nos crimes praticados no âmbito das relações domésticas, tem-se uma patente ofensividade social, tendo em vista que tais condutas atingem bem jurídico de especial proteção, que é a integridade física da vítima em peculiar condição de vulnerabilidade.

Por derradeiro, colacionam-se os seguintes julgados, no mesmo sentido da jurisprudência dos Tribunais Superiores, colocando-se, por conseguinte, uma pá de cal sobre a temática:

(...) A efetividade da legislação busca proteger a integridade física e psicológica da mulher, principalmente no âmbito das relações domésticas, não sendo possível a interpretação pela existência de reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do réu. Pelo contrário, os crimes cometidos nesse contexto, mesmo quando não apenados de forma grave, não podem ser considerados como penalmente irrelevantes, atentando-se à sua extrema ofensividade social, especialmente pela ratio essendi da Legislação específica. Atente-se ao alto grau de reprovabilidade de condutas irregulares cometidas no contexto de proteção da Lei Maria da Penha, com grande relevância moral e social das infrações dessa natureza, restando imperiosa a aplicação da sanção penal como meio de reprovação e prevenção do delito. Inaplicável, pois, o princípio da insignificância imprópria.<sup>22</sup>

Violência doméstica. Lesão corporal. Relação homoafetiva. Vulnerabilidade da vítima. Legítima defesa. Atenuantes. Causa de diminuição. 1 – A proteção assegurada às mulheres pela Lei Maria da Penha independe de orientação sexual, prevalecendo inclusive nas relações homoafetivas. 2 – Se as agressões de mulher contra mulher foram motivadas tanto pela condição de vulnerabilidade/fragilidade da vítima, quanto pelo gênero dela e em contexto doméstico e de intimidade afetiva – violência doméstica –, atrai a aplicação da lei especial – L. 11.340/06. 3 – Crime cometido no contexto doméstico e familiar, que tem proteção especial da L. 11.340/06, será na forma qualificada – art. 129, §9º, do CP. 4 – Não se aplica o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais cometidos contra a mulher no âmbito

19 ORTEGA, Flávia Teixeira. *Afinal, aplica-se o princípio da insignificância a crimes cometidos no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher? Veja o recente entendimento do STJ e STF*. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/366821589/afinal-aplica-se-o-principio-da-insignificancia-a-crimes-cometidos-no-contexto-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>.

20 Agravo Regimental no Recurso Especial 1.691.667/RJ, 09/08/2018.

21 Enunciado 589 da súmula de jurisprudência do STJ.

22 Acórdão TJDFT 1.276.554, 1ª Turma Criminal, PJe: 31/8/2020.



das relações domésticas (súmula 589 do e. STJ). 5 – Afasta-se a excludente de ilicitude de legítima de defesa quando não utilizado moderadamente dos meios necessários para repelir agressão. 6 – A atenuante da menoridade relativa incide para menor de 21 anos na data do fato (art. 65, I, CP). Sua incidência não reduz a pena abaixo do mínimo legal (súmula 231 do e. STJ). 7 – Se não há nos autos nada que prove que a ré agiu sob a influência de violenta emoção, provocada por injusta provocação da vítima, descabe reconhecer a atenuante do art. 65, III, c, do CP, bem como a causa de diminuição da pena prevista no §4º do art. 129 do mesmo regramento. 8 – Apelação provida em parte.<sup>23</sup>

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. VIAS DE FATO. ACERVO PROBATÓRIO SUFICIENTE. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL RELEVU. INSIGNIFICÂNCIA. INCABÍVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 588 DO STJ. INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. DESINTERESSE DA VÍTIMA. RECURSO DA DEFESA PROVIDO EM PARTE. 1. Não há que se falar em absolvição por insuficiência de provas quando o conjunto probatório coligido aos autos é harmônico e coeso em demonstrar a prática da contravenção penal de vias de fato contra a vítima, em contexto de violência doméstica. 2. Conforme a jurisprudência, nos delitos cometidos no contexto de violência contra a mulher, na forma da lei específica, as declarações da vítima, prestadas na fase policial e judicial, podem lastrear o decreto condenatório, ainda mais quando harmônicas entre si e corroboradas por outros elementos de convicção. 3. A contravenção penal de vias de fato, prevista no artigo 21 do Decreto Lei 3.688/41, consiste nos atos agressivos de provocação praticados contra alguém, mas que não deixam marcas ou sequelas no corpo da vítima, como empurrão, safanão, rasgar roupa ou puxar cabelo. Tais fatos não podem ser banalizados, especialmente no contexto das relações domésticas, sob pena de subverter a intenção do legislador e, por via oblíqua, fechar os olhos ao que diz a Súmula 589 do STJ, segundo a qual “É inaplicável o princípio da insignificância nas contravenções penais praticadas contra a mulher no âmbito das relações domésticas”. 4. Nos termos da Súmula 588 do STJ “a prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos”. 5. Diante do desinteresse da vítima na indenização por danos morais, incabível sua fixação. 6. Apelo provido em parte.<sup>24</sup>

PENAL. CONTRAVENÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA IMPRÓPRIA. NÃO CABIMENTO. TRAIÇÃO. VIOLENTA EMOÇÃO RECONHECIDA. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE APLICÁVEL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 77, DO CÓDIGO PENAL. DANO MORAL INOCORRENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.<sup>25</sup>

### 3 CONCLUSÃO

Não há dúvida de que a correta aplicação do princípio da insignificância aproxima as decisões judiciais do real conceito de justiça e fortalece o peso das normas incriminadoras. Isto porque, penalizar condutas banais não é, definitivamente, o melhor caminho a se seguir, ao contrário, acaba por deturpar o papel que o Direito Penal deve exercer em um Estado Democrático de Direito, qual seja, o de garantidor da liberdade utilizado como a última *ratio* do ordenamento jurídico.

Portanto, deve-se rechaçar a análise pura e formalista de subsunção do fato à norma penal incriminadora, deixando-se a sanção penal apenas para as condutas que vão de encontro a um bem jurídico relevante. Assim,

23 Acórdão TJDFT 1.272.188, 2ª Turma Criminal, PJe: 17/8/2020.

24 Acórdão TJDFT 1.265.866, 1ª Turma Criminal, PJe: 30/7/2020.

25 Acórdão TJDFT 1.249.376, 3ª Turma Criminal, PJe: 28/5/2020.

somente o reconhecimento da atipicidade da conduta que não merece o peso da penalização que lhe é reconhecida *in abstracto* pode evitar injustiças na aplicação do direito repressivo.

Não obstante, certo é que as diversas normas internacionais e a Lei Maria da Penha, ao criarem mecanismos específicos para fins de prevenção e repressão da violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, almejando o alcance material da igualdade entre os gêneros, trazem em seus comandos a vedação da proteção deficiente, de modo que toda e qualquer conduta delituosa de violência contra a mulher deve ser considerada relevante, não havendo, portanto, espaço para aplicação do princípio da insignificância em tais casos.

Assim, não se aplica o princípio da insignificância, nem sob o viés da bagatela imprópria, ao contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, posto que o desvalor possui intrínseca relação com o grau de reprovabilidade da conduta, e não somente com o resultado da ação delituosa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 01 agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Brasília, DF, ago. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm). Acesso em: 08 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm). Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. 1992b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Dispõe sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília, DF, 07 de Ago. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 05 mar. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARCIA, Thiago. **Tudo que você precisa saber sobre: delegado de Polícia, Lei Maria da Penha e Princípio da Insignificância**. São Paulo: Rideel, 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. Salvador: JusPodivm, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Método, 2018.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Afinal, aplica-se o princípio da insignificância a crimes cometidos no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher? Veja o recente entendimento do STJ e STF**. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/366821589/afinal-aplica-se-o-principio-da-insignificancia-a-crimes-cometidos-no-contexto-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2006.

# CAPÍTULO 15

## DISPOSIÇÕES LEGAIS EM UMA PERSPECTIVA ANTROPOLÓGICA: COMENTÁRIOS A PARTIR DO DEBATE SOBRE EXPLORAÇÃO SEXUAL E PROSTITUIÇÃO NO BRASIL

Adriana Piscitelli

### APRESENTAÇÃO

Ao abrir o meu computador após o recesso de final de ano os *twitters* do *Colectivo de Trabajadoras Sexuales de Sevilla* chamaram minha atenção. Esse grupo da Espanha, país no qual trabalhei durante vários anos com brasileiras inseridas na indústria do sexo,<sup>1</sup> demandava o reconhecimento da prostituição como trabalho reiterando a frase: “Derechos Laborales para las trabajadoras sexuales”<sup>2</sup>. Em janeiro de 2021, as postagens insistiam uma e outra vez nessa reivindicação sublinhando o caráter de urgência que adquiriu durante a pandemia de Covid-19. Kenya Garcia, trabalhadora sexual integrante do grupo, afirma que neste período a violência econômica se adicionou aos problemas que já enfrentavam, uma vez que o não reconhecimento da prostituição como trabalho excluiu as prostitutas da proteção social oferecida a outras categorias de trabalhadores nesse país<sup>3</sup>.

A situação das trabalhadoras sexuais apresenta diferenças na Espanha e no Brasil, em parte porque naquele país um significativo número delas é conformado por migrantes estrangeiras, frequentemente em situação irregular, expostas à deportação e com ainda maior dificuldade para acessar direitos que as nacionais ou em situação migratória regular<sup>4</sup>. No entanto, nos dois países grupos organizados de prostitutas demandam o reconhecimento da prostituição como trabalho e nos dois as disposições legais vigentes são vistas como entraves para ele.

No Brasil, as primeiras organizações de prostitutas se articularam a partir de finais dos anos 1980, com reivindicações centradas no enfrentamento à violência e ao estigma por elas sofridos. O debate sobre a regulamentação da atividade surgiu como pauta pública nacional uns anos depois, em 1994, no III Encontro Nacional

1 PISCITELLI, Adriana. *Trânsitos, brasileiras nos mercados transnacionais do sexo*. Rio de Janeiro, Eduerj, 2013a.

2 COLECTIVO DE PROSTITUTAS DE SEVILLA. Disponível em: <https://www.facebook.com/putasandaluzas/>. Acesso em: 20 set. 2021.

3 GARCÍA, Kenya. Con el 187 bis del Código Penal sufriremos desahucios y persecución. [Entrevista cedida a] Gloria Marín. *Vientosur*, 16 feb. 2021. Disponível em: <https://vientosur.info/entrevista-a-kenia-garcia/>. Acesso em: 20 set. 2021.

4 PISCITELLI, Adriana; LOWENKRON, Laura. Categorias em movimento: a gestão de vítimas do tráfico de pessoas na Espanha e no Brasil. *Cienc. Cult.*, v. 67, n. 2 p. 35-39, abr./jun. 2015b. DOI: <http://dx.doi.org/10.21800/2317-66602015000200012>. Disponível em: [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252015000200012&lng=pt&tlng=pt](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252015000200012&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 20 set. 2021.

de prostitutas<sup>5</sup>. A defesa do reconhecimento da prostituição como trabalho está presente na Carta de Princípios da Rede Brasileira de Prostitutas<sup>6</sup>. E, em movimentos cuja transnacionalização tem se intensificado de maneira crescente, as recentes gerações de ativistas têm recriado essas discussões<sup>7</sup>.

Neste texto considero um aspecto das disposições legais vigentes no Brasil que apresenta entraves para essa demanda e que, aliás, tem sido evocado em ações estatais que violaram direitos de trabalhadoras sexuais. Refiro-me à noção de exploração sexual envolvendo pessoas adultas. Essa noção foi implementada em leis voltadas para a prostituição que, na Espanha e no Brasil, tem vinculações com o modelo legal chamado de abolicionismo.

Observo que considero as disposições legais em uma perspectiva antropológica. Refiro-me a uma abordagem que analisa pressupostos presentes nas leis e em seus acionamentos e leva em conta como os sujeitos a serem por elas protegidos percebem os seus efeitos. As análises antropológicas das disposições legais têm oferecido reflexões férteis para pensar nas tensões e descompassos entre noções presentes nas tipificações legais e em compreensões sociais divergentes dessas noções.<sup>8</sup> Comaroff, antropólogo que tem trabalhado com as relações entre cultura, leis e colonialismo<sup>9</sup>, proporciona elementos para refletir sobre esses descompassos. De acordo com o autor, as leis Euro-modernistas remetem a um repertório de práticas culturais naturalizadas que existe em ressonância com o teor ideológico dos tempos em que foram formuladas. Só excepcionalmente essas leis consideram o pensamento das pessoas construídas como “outros”. Ao contrário, o trabalho etnográfico vinculado à antropologia está frequentemente voltado para mostrar as percepções desses “outros”. Esse antropólogo afirma que as leis são materialmente palpáveis em seu acionamento, seus propósitos e efeitos. As etnografias oferecem elementos privilegiados para mostrar esses efeitos, incluindo as violações dos direitos humanos em contextos específicos e as percepções das vítimas sobre a violência à qual estão expostas<sup>10</sup>.

Na primeira parte do texto analiso os pressupostos que permeiam os modelos legais no marco do qual se inserem as leis relativas à prostituição vigentes no Brasil. Na seção seguinte centro-me nos problemas apresentados pela noção de exploração sexual. Na terceira e última parte considero como essas leis e os seus efeitos são

5 Em 1987 foi realizado o I Encontro Nacional de Prostitutas, no Rio de Janeiro, RJ, e foi criada a Rede Brasileira de Prostitutas (RBP), com forte protagonismo de Gabriela Leite e Lourdes Barreto. Em 1990, Lourdes fundou o Grupo de Mulheres Prostitutas do Estado do Pará (GEMPAC), em Belém. Gabriela Leite criou o jornal *Beijo da Rua*, em 1988, a ONG DAVIDA, em 1992 e a grife DASPU, em 2003, no Rio de Janeiro. Calabria, Amanda de Mello (2019): “*EU SOU PUTA*”: <sup>1</sup>Lourdes Barreto, *História de Vida e Movimento de Prostitutas no Brasil*, dissertação de mestrado, Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal Fluminense (PPGH-UFF); Piscitelli, Adriana: “Tensões: Tráfico de pessoas, prostituição e feminismo no Brasil”, in Feldman-Bianco Bela (org) *Desafios da Antropologia Brasileira*. ABA, 2013, pp 109, 152).

6 In: <https://observatoriodaprostituicao.wordpress.com/carta-de-principios-da-rbp/>

consultada em fevereiro de 2021. Segundo Bonomi, essa carta formulada em 2008 reafirmou e consolidou as políticas construídas ao longo de quase 20 anos de movimento, in: GUERRA, Carolina Bonomi de Menezes. *Mulher da Vida, é preciso falar*: um estudo do movimento organizado de trabalhadoras sexuais. Dissertação de Mestrado, Ciência Política, Unicamp, 2019.

7 Ver uma excelente reflexão sobre esse debate em: Prada, Monique: *Baderna Putafeminista*, Editora Veneta, São Paulo, 2018.

8 Ver por exemplo, a distinção entre crime e violência traçada por DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena. Violência e gênero: novas propostas, velhos dilemas. *Rev. bras. Ci. Soc.*, v. 23, n. 66, p.165-185, fev. 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092008000100011>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092008000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092008000100011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 set. 2021.

9 COMAROFF, John L. Colonialism, Culture and the Law, *Foreward. Law & Social Inquiry*, v. 26, n. 2 (Spring, 2001), p. 305-314. Disponível em: <http://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2001.tb00180.x>. Acesso em: 20 set. 2021.

10 SIEDER, Rachel. Anthropology and Law in Latin America Towards Transformative Collaborations? *Journal of Legal Anthropology*, v. 2, Issue 2, p. 79–85, Winter 2018. DOI: <https://doi.org/10.3167/jla.2018.020207>. Disponível em: <https://www.berghahnjournals.com/view/journals/jla/2/2/jla020207.xml>. Acesso em: 20 set. 2021.

percebidos por prostitutas brasileiras. Baseio-me em pesquisas realizadas em perspectivas antropológicas, incluindo estudos que tenho desenvolvido desde inícios da década de 2000, e em escritos de trabalhadoras sexuais.

## MODELOS LEGAIS

Os diferentes estatutos legais concedidos à prostituição em diversos países tendem a ser agrupados em quatro modelos: abolicionista; regulamentarista, proibicionista e mais recentemente um modelo que é denominado de trabalhista, laboral ou de “descriminalização”<sup>11</sup>. Na prática, porém, há diferenças nas maneiras como os países implementam um ou outro modelo e há também superposições de aspectos dos diferentes modelos.

De acordo com autoras que estudam a indústria do sexo, os três primeiros modelos são percebidos como compartilhando a condenação moral da prostituição, uma vez que procuram, de maneiras diferentes, controlar e suprimir a indústria do sexo. Neles, a prostituição é vista como mal social que deve ser extirpado, ou como mal inevitável ou necessário que deve ser aceito, mas controlado. Neste último caso tendem a ser privilegiados os interesses do Estado (como a manutenção da saúde e a ordem pública) e, em ocasiões, inclusive o que é percebido como necessidades masculinas<sup>12</sup>.

O modelo abolicionista é o mais difundido entre os países da União Europeia e o vigente, na América do Sul, em países como Brasil e Argentina. Ele foi adotado na Convenção para a Supressão do Tráfico de pessoas e Exploração da Prostituição de Outrem, da Organização das Nações Unidas, 1949, ratificada por diversos países. Neste modelo, que penaliza a exploração da prostituição, as prostitutas mais do que delinquentes ou seres desviantes são consideradas, sobretudo, vítimas. A ideia é que para abolir a prostituição e proteger as mulheres o caminho é penalizar a todos os que recrutam, organizam e se beneficiam da prostituição – e o termo chave é exploração. Contudo, na prática, a atividade, localizada na “alegalidade” como argumentam muitas ativistas na Espanha, acaba tornando-se ilegal. Considera-se que este modelo situa as prostitutas em um estado de ambivalência legal: podem trabalhar, mas seu trabalho acaba permanecendo no âmbito do proibido.

Nas leituras críticas sobre os diversos modelos legais, o abolicionismo é percebido como provocando exclusão social, solidão e estigmatização, o que dificulta a organização das prostitutas. Além disso, a penalização de qualquer tipo de organização da prostituição é percebida como estimulando o crime organizado. A Suécia constitui um caso extremo de abolicionismo porque desde 1999 pune os clientes<sup>13</sup>. Contudo, o país é visto como semi proibicionista, uma vez que abandona o princípio abolicionista da liberdade individual de prostituir-se: ao sancionar o cliente, acaba proibindo a prostituição. Essa medida é aplaudida por algumas au-

11 WIJERS, Marjorie. Delincuente, vítima, mal social o trabajadora. In: OSBORNE, Raquel [ed.] *Trabajador@as del sexo*. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI. Barcelona: Edicions bellaterra, 2004.

12 MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Granada: Editora Comares, 2009.

13 KULICK, Don. La penalización de los clientes y la política del ahjij en Suecia. In: OSBORNE, Raquel [ed.] *Trabajador@as del sexo*. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2004.

toras<sup>14</sup> mas, nas perspectivas críticas sobre estes modelos, aplicar penas ao cliente é visto como um aspecto que intensifica o estigma das prostitutas, tornando-as mais vulneráveis, já que reduz as possibilidades de negociação com os clientes.

No modelo regulamentarista, também denominado de legalização na discussão internacional, a prostituição é aceita de maneira mais ou menos explícita, mas é vista como ameaça à saúde e ordem pública. Para proteger a sociedade, a prostituição é controlada pelo Estado, regulamentada mediante a introdução de regras destinadas a garantir a ordem, a saúde, a moral e a decência, e o pago de impostos. A regulamentação geralmente envolve formas de registro obrigatório e outros métodos de controle do Estado, controles médicos, proibições para exercer a prostituição fora de certas áreas ou lugares, sistemas de licenças, regras no que se refere a aspectos relativos à nacionalidade e o status residencial das mulheres que exercem a prostituição (por exemplo, em alguns países pode ser exercida pelas prostitutas nacionais, mas as imigrantes perdem sua permissão de residência se trabalham na prostituição). Isto não significa que as mulheres contem com direitos legais como trabalhadoras, nem que o Estado assuma responsabilidades em relação com suas condições laborais.<sup>15</sup> Ao igual que no modelo abolicionista, as prostitutas não são consideradas portadoras de direito, nem suas condições de vida e trabalho responsabilidade do estado. Embora o debate internacional esteja dominado pela perspectiva abolicionista, há graus de regulamentação da prostituição em diversos países, registrados nas leis ou operando de maneira relativamente informal.

O modelo mais repressivo é o proibicionista, que considera a prostituição um delito e penaliza todas as atividades a ela vinculadas e todas as partes envolvidas, incluindo as prostitutas, que são consideradas delinquentes. Um exemplo é oferecido pela legislação dos Estados Unidos (com exceção do estado de Nevada). Considera-se que este modelo, pelo grau extremo de ilegalidade que concede à prostituição, tende a conduzir as prostitutas a depender totalmente de terceiras pessoas.

As declarações do *Colectivo de Trabajadoras Sexuales de Sevilla* que mencionei no início deste texto são interessantes em termos de permitir perceber os efeitos da superposição de modelos legais e compreender o sentido das reivindicações dessas prostitutas. As integrantes desse grupo se manifestam contra as leis acionadas para acoressá-las: as do Estado Espanhol, basicamente abolicionistas, que criminalizam o entorno do seu trabalho, a exploração dessa atividade por terceiros; as disposições legais municipais, que com um teor regulamentarista, delimitam os espaços delimitados para a procura de clientes e propiciam a perseguição das trabalhadoras sexuais nas ruas, e as disposições também municipais, semiproibicionistas, que multam pesadamente a clientes e prostitutas.

14 LEGARDINIER, Claudine. Prostitución I. In: HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise; LE DOARÉ, Helena; SENOTIER, Daniele. *Diccionario crítico del feminismo*. Madrid: Editorial Síntesis, 2002.

15 WIJERS, Marjorie. Delincuente, víctima, mal social o trabajadora. In: OSBORNE, Raquel [ed.] *Trabajador@as del sexo*. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI. Barcelona: Edicions bellaterra, 2004.

O efeito dessa combinação de modelos é uma intensa perseguição de certas modalidades de prostituição. Essa conjunção contribui para entender a reivindicação de uma completa descriminalização da prostituição, de um modelo legal baseado no reconhecimento de direitos e da plena participação das trabalhadoras sexuais no desenho das políticas que as afetam<sup>16</sup>. Essas exigências estão longe de serem exclusivas desse coletivo espanhol. Em termos não necessariamente idênticos, elas são expressadas em nossa região por prostitutas da Argentina e do Brasil<sup>17</sup>. No entanto, apesar da transnacionalização de pautas dos coletivos de trabalhadoras sexuais e de noções presentes nas legislações voltadas para a prostituição, como é a noção de exploração sexual, é relevante prestar atenção às disposições legais e as compreensões dos agentes que as acionam em cada país para compreender os efeitos particulares nas trabalhadoras sexuais em diferentes partes do mundo.

## A EXPLORAÇÃO SEXUAL NAS LEIS

Qual é o lugar da noção de exploração sexual nas formulações legais vigentes no Brasil? No Código Penal Brasileiro de 1940, as leis relativas à prostituição estavam presentes em vários artigos, no Capítulo V da Parte Especial Título 6, “Dos Crimes Contra os Costumes”, intitulado “Do Lenocínio e do Tráfico de Mulheres”<sup>18</sup>. Nesses artigos há alusões à prostituição, à sua facilitação, a tirar proveito da prostituição alheia. O termo exploração sexual não está presente nessas formulações.

Vale lembrar que no país esse termo está presente no Estatuto da Criança e do Adolescente a partir de 2000<sup>19</sup>, introduzindo uma expressão utilizada, a partir da década de 1980, em Convenções Internacionais, como a Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas, de 1989 e disseminada entre ativistas<sup>20</sup>. Como assinala Lowenkron<sup>21</sup>, as condutas de favorecimento e de tirar proveito da prostituição alheia e o tráfico de mulheres para fins de prostituição já eram criminalizados na redação original do Código Penal de 1940. No entanto, até o ano 2000 não havia uma regulamentação específica sobre a exploração sexual comercial de menores de idade, apenas uma previsão de aumento de pena se a vítima fosse maior de 14 e menor de 18 anos e presumia-se a violência caso a vítima fosse menor de 14 anos.

Nas leis brasileiras, o termo exploração sexual vinculado a pessoas maiores de 18 anos, só foi introduzido mais recentemente, nas alterações às leis do Código Penal realizadas em 2009 (L-012.015-2009). Nessas

16 ALIADAS TRANSFEMINISTAS. *Demandas y Reivindicaciones Feministas sobre el Trabajo Sexual en España*. 25 abr. 2019. Disponível em: <http://bit.ly/Demandas-Feministas>. Acesso em: 20 set. 2021.

17 Live organizada por ANPROSEX: Trabalhadoras sexuais latino americanas debatendo feminismo e questões laborais, 26/02/2021.

18 Esses artigos eram: Mediação para Servir a Lascívia de Outrem, Art. 227 – Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem; Favorecimento da Prostituição, Art. 228 – Induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone; Casa de prostituição, Art. 229 – Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente; Rufianismo, Art. 230 – Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça; Tráfico de Mulheres, Art. 231 – Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro.

19 Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual: (Incluído pela Lei nº 9.975, de 23.6.2000).

20 LANDINI, Tatiana. Child sexual exploitation in Southeastern Brazil, Paper presented at *Childhoods 2005 – Children and Youth in Transforming and Emerging Societies International Conference*. Oslo, June 29 – July 3, 2005

21 LOWENKRON, Laura. *O monstro contemporâneo: a construção social da pedofilia em múltiplos planos*. Rio de Janeiro, 2015. Tese – Doutorado defendida no Museu Nacional. Rio de Janeiro: Eduej, 2015.

modificações, os artigos voltados para a prostituição que, na versão de 1940, tratavam “Do Lenocínio e do Tráfico de Mulheres”, a partir das alterações de 2005 passaram a tratar “Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoas”<sup>22</sup> e, em 2009, “Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para Fim de Prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual” no Título VI, “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

Nas modificações de 2009, vários desses artigos (228; 229; 231 e 231<sup>a</sup>) passaram a referir-se à exploração sexual, em termos que, sem dar um conteúdo explícito à exploração sexual, tornam essa expressão sinônimo de prostituição. Por quê? Porque ao tipificar crimes como o lenocínio e o tráfico de pessoas, as leis remeteram o tempo todo à prostituição ou outra forma de exploração sexual<sup>23</sup>. Essa palavra conduz a pensar que a prostituição está sendo pensada como uma modalidade de exploração sexual, como se a exploração sexual englobasse a prostituição. Além disso, o artigo 229 refere-se a manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja ou não intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente. E isto indica que a exploração sexual existe, mesmo sem intuito de lucro, de obter benefícios materiais da atividade de uma prostituta.

Em outubro de 2016, a Lei 13.344 alterou a tipificação do crime de tráfico de pessoas, eliminando e substituindo os artigos 231 e 231<sup>a</sup>. Essa modificação foi da maior importância, uma vez que modificou significativamente a definição desse crime<sup>24</sup>. No entanto, o ponto que me interessa destacar é que ela também inclui o termo exploração sexual, sem dar conteúdo a ele. No entanto, de acordo com a Dra. Ella Wiecko de Carvalho, articulando esta lei com as que acabo de mencionar, a exploração sexual engloba a prostituição<sup>25</sup>. Estou chamando a atenção para o fato de que até 2009, em termos de disposições legais, a prostituição não era considerada crime e a exploração sexual sim era tipificada como tal, vinculada a crianças e adolescentes. O englobamento da prostituição pela exploração sexual localiza o trabalho sexual em um espaço discursivo que dificulta ainda mais sua desvinculação com a ideia de crime.

É importante observar que esse englobamento tem lugar em um contexto no qual há diversas compreensões da noção de exploração sexual. Quase 10 anos atrás, em 2012, um anteprojeto para a Reforma do Novo Código Penal foi apresentado por uma comissão de juristas ao Senado (PLS — Projeto de Lei do Senado n. 236, de

22 Este título já havia sido alterado em 2005 (L-011.106-2005).

23 Favorecimento da Prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual, Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone; Casa de Prostituição, Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: (Alterado pela L-012.015-2009); Tráfico Internacional de Pessoa para Fim de Exploração Sexual (Alterado pela L-012.015-2009); Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. (Alterado pela L-012.015-2009); Tráfico Interno de Pessoa para Fim de Exploração Sexual (Alterado pela L-012.015-2009) Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual: (Alterado pela L-012.015-2009).

24 De acordo com o artigo 149-A dessa lei, tráfico de pessoas passa a ser considerado: Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I – remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II – submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III – submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV – adoção ilegal; ou V – exploração sexual.

25 Comunicação pessoal, 05/03/2021.



2012). Esse documento oferece uma conceitualização clara de exploração sexual.<sup>26</sup> Nele<sup>27</sup> a exploração sexual é categorizada como algo forçado e é diferenciada da prostituição.<sup>28</sup> No relatório final da comissão de juristas, que inclui o histórico dos trabalhos, a procuradora de Justiça Luiza Nagib Eluf observa que exploração sexual significa prostituição forçada: trabalho escravo de prestação de serviços sexuais. A proposta da Comissão é fortemente descriminalizadora pois também inclui, e isto é importante, a supressão de crimes como “mediação para satisfazer a lascívia de outrem”; “casa de prostituição” e “rufianismo”<sup>29</sup>. A procuradora explica essa supressão observando que a prostituição não é nem nunca foi crime no Brasil, e que a punição de casa de prostituição não faz sentido quando os encontros sexuais são estabelecidos entre pessoas maiores de idade que dispõem livremente de suas vontades<sup>30</sup>. Segundo ela, pouco importa o local ou a intermediação de não exploradores. Com essas supressões, segundo a procuradora, se “rasgaria o véu da hipocrisia e se libertaria a mulher de vergonhoso estigma”.

Essa formulação é importante porque essa noção de exploração sexual se afasta do modelo abolicionista, e nela são neutralizadas ideias presentes em posições que recusam a ideia de prostituição como trabalho. Nesta leitura, a exploração sexual é crime e a prostituição não, e isso justificaria descriminalizar o entorno dessa atividade.

A lei de tráfico de pessoas foi alterada, mas essa definição de exploração sexual e essas supressões não foram incluídas no Código Penal que, ao contrário, englobou a prostituição na noção de exploração sexual. E os diversos entendimentos dessa noção alimentam os seus acionamentos em diferentes âmbitos. Em uma das escassas etnografias realizadas no Brasil no âmbito da Polícia Federal, Laura Lowenkron mostra como um agente no Rio conceitualiza a exploração sexual, referindo-se ao tráfico de pessoas. Segundo ele, o termo se refere a “levar vantagem financeira” a pessoas que fazem aliciamento, e cobram um “pedágio”<sup>31</sup>.

Esta ideia sobre exploração sexual difere da anterior, mas também remete a crime e à noção de exploração econômica. Essa última também está presente no universo das prostitutas brasileiras com as que trabalhei na Espanha. As diferenças residem em que entre elas, a exploração, que não remete ao crime, é tida como si-

26 Agradeço a Marcia Anita Sprandel ter me facilitado os textos relativos a essa proposta de Reforma do Novo Código Penal.

27 No Título IV “Crimes contra a dignidade sexual”, Capítulo I – “Crimes contra a liberdade sexual”, a exploração sexual é definida, no Artigo 183, como “obrigar alguém a exercer a prostituição ou impedir ou dificultar que a abandone”.

28 E o tráfico de pessoas, internacional ou interno, longe de limitar-se à simples promoção do deslocamento de pessoas com fins de exercer a prostituição, como o foi até a promulgação da lei 13344 passa a ser definido em função de grave ameaça, violência, coação, fraude, exercida sobre uma pessoa para submetê-la a qualquer forma de exploração sexual (entendida como prostituição forçada), ao exercício de trabalho forçado ou a qualquer trabalho em condições análogas à de escravo, ou para a remoção de órgãos ou partes do corpo da pessoa. Ver nota 23.

29 Relatório Final – que inclui o histórico dos trabalhos, o anteprojeto de Novo Código Penal e a exposição de motivos das propostas efetuadas, da Comissão de Juristas para a elaboração de Anteprojeto de Código Penal, criada pelo Requerimento n 756m de 2011, do Senador Pedro Taques, aditado pelo de n 1034, de 2011, com aprovação pelos Senadores da República em 10 de agosto de 2011.

30 Vale ressaltar que estamos falando de pessoas maiores de idade. Nessa proposta, qualquer usuário de serviços sexuais fornecidos por menores de 18 anos assim como o proprietário do estabelecimento utilizado para tal finalidade estão sujeitos a penas.

31 PISCITELLI, Adriana; LOWENKRON, Laura. Categorias em movimento: a gestão de vítimas do tráfico de pessoas na Espanha e no Brasil. *Cienc. Cult.*, v. 67, n. 2 p. 35-39, abr./jun. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.21800/2317-66602015000200012>. Disponível em: [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252015000200012&lng=pt&tlng=pt](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252015000200012&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 20 set. 2021.

nônimo de cobrar em excesso e não apenas de “levar vantagem financeira”. Todas elas percebiam a prostituição como um trabalho e, como tal, podia ser objeto de exploração econômica<sup>32</sup>.

As condições do trabalho na indústria do sexo na Espanha se alteravam em função do nicho ocupado, do tipo do estabelecimento utilizado, clubs, apartamentos ou serviços acertados na rua e do estatuto migratório. O pagamento de diárias ou a retenção de parte dos rendimentos não eram considerados exploração. Uma trabalhadora sexual de *alto standing* que trabalhava em Barcelona me explicou que era importante pensar que quem tinha um apartamento utilizado por trabalhadoras sexuais precisava pagar aluguel e outros gastos e, além disso, geralmente se ocupava dos anúncios na internet em sites especializados, que eram caros. Para que o apartamento funcionasse as prostitutas deviam contribuir com os gastos. Os pagamentos eram percebidos negativamente, como exploração, quando eram considerados excessivos.

O relato de uma interlocutora delineia essa noção de exploração. Sua narrativa descrevia as condições de trabalho possíveis para uma trabalhadora do sexo, agravadas pela situação migratória irregular, em um país que não retira a prostituição da “alegalidade”. Ela viajou à Espanha para trabalhar em um club em Andaluzia. Não gostou das condições de trabalho desse club, considerando-as ruins, inseguras, os clientes, muitas vezes ciganos ou marroquinos, eram percebidos como perigosos. A dívida contraída por ela para viajar foi “comprada” pela proprietária de um club em Barcelona. Minha interlocutora trabalhou depois no club dela, em Barcelona, onde a segurança era maior e os clientes, espanhóis e ocasionalmente turistas estrangeiros, mais tranquilos. Nesse segundo club, porém, se sentiu explorada: me exploravam, pagava pela cama 450 euros ao mês e dividia o quarto com três garotas; não podia usar o celular para pedir comida, a gerente pedia e cobrava um absurdo, 20 euros por uma pizza pequena. No club de Almeria a exploração era menor, saíamos para comprar nossa comida.

Não pretendo afirmar que essa noção de exploração possa ser generalizada entre as trabalhadoras sexuais. Um exemplo é oferecido por Monique Prada<sup>33</sup>. Nas excelentes reflexões que realiza em seu livro, a autora faz uma distinção entre exploração laboral, à qual se referiram minhas interlocutoras na Espanha e que, de acordo com Prada e outras trabalhadoras sexuais brasileiras, no sistema capitalista está presente, em maior ou menor grau, em todas as relações laborais e o crime de exploração sexual, pensado pela autora como prostituição não consentida. E, nesta percepção, há uma distância significativa com a percepção do crime pelo policial citado por Laura Lowenkron, que aludia a “tirar vantagem” da prostituição.

## PRESSUPOSTOS

A falta de definição explícita da noção de exploração sexual é também perceptível em leis supranacionais, inclusive em aquelas consideradas neutras em relação a essa atividade, que não consideram a prostituição como uma forma de exploração sexual, como o faz o Código Penal Brasileiro. O Protocolo de Palermo, dispo-

<sup>32</sup> Piscitelli, op. cit., 2013a.

<sup>33</sup> PRADA, Monique. *Baderna Putafeminista*. São Paulo: Veneta, 2018.

sição legal das Nações Unidas que tipifica o tráfico de pessoas<sup>34</sup> oferece um exemplo. De acordo com estudos sobre a formulação desse Protocolo, nesse caso a não definição foi proposital porque sua formulação foi realizada no âmbito da disputa de diferentes interesses nacionais que acionaram percepções feministas opostas em relação à prostituição, (neo) abolicionistas e descriminalizadoras<sup>35</sup>.

Essas posições operam com diferentes noções de exploração. As linhas abolicionistas contemporâneas de caráter mais radical consideram a prostituição como violência sexista, integrada num continuum que se inicia na publicidade, inclui a pornografia e culmina na prostituição. Essa versão de abolicionismo nega qualquer forma de prostituição livre. De acordo com Maqueda<sup>36</sup>, nessas leituras, a prostituição é considerada exploração sexual porque nela se obtém prazer sexual mediante a utilização abusiva da sexualidade de uma pessoa, anulando os seus direitos à dignidade, igualdade, autonomia e bem. Segundo a autora nesse contexto nasce outro dos grandes princípios do abolicionismo radical, a negação do direito a prostituir-se, que seria contrário aos direitos humanos universais. E considerando que o cliente é culpado de violentar os direitos humanos das mulheres, a proposta do neo-abolicionismo radical é penalizá-lo.

Nas discussões que embasaram na formulação do Protocolo de Palermo também tiveram peso as ideias de abordagens feministas alinhadas com as entidades que apoiam os direitos das/os trabalhadoras/es sexuais. Essas perspectivas consideram a prostituição como uma forma de trabalho, rejeitam a ideia de que seja inerentemente degradante e traçam nítidas distinções entre a prostituição voluntária exercida por adultos e a prostituição forçada e/ou a utilização de crianças e adolescentes na prestação de serviços sexuais. Elas não consideram a prostituição em si sinônimo de exploração e percebem a exploração como uma possibilidade aberta pelas características do mercado de trabalho, que se intensifica no âmbito do capitalismo globalizado. Essas linhas de pensamento evocam a noção de exploração econômica que tem lugar no âmbito da prestação de serviços sexuais<sup>37</sup>, referindo-se, portanto, à noção de exploração laboral.

A conceitualização presente nas formulações incluídas na proposta da Reforma do Código Penal de 2012 e a ideia de exploração sexual de Monique Prada remetem a uma terceira conceitualização de exploração sexual, registrada também em relatórios da Organização Mundial do Trabalho, a OIT. O Relatório Global da OIT de 2005<sup>38</sup>, oferece um exemplo desse significado. Nesse relatório o termo exploração sexual é utilizado para denominar situações nas quais mulheres ou homens entram de forma involuntária na prostituição ou em outras formas de atividade sexual comercial, ou entram na prostituição por vontade própria, mas posteriormente

34 Refiro-me à mais importante disposição legal supra-nacional relativa ao tráfico de pessoas, o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, repressão e Punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças, de 2000, ratificado pelo Brasil em março de 2004.

35 DOEZEMA, Jo: Who Gets to Choose? Coercion, Consent, and the UN Trafficking Protocol. *Gender and Development*, v. 10, n. 1, pp. 20-27, 2002. Trafficking and Slavery. DOI: <https://doi.org/10.1080/13552070215897>. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13552070215897>. Acesso em: 20 set. 2021.

36 MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. *Prostitución, feminismo y derecho penal*. Granada: Editora Comares, 2009.

37 KEMPADOO, Kamala; DOEZEMA, Jo. *Global sex workers. rights, resistance, and redefinition*. New York: Routledge, 1998.

38 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Aliança global contra trabalho forçado*. Relatório do Diretor Geral. Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho 2005. Disponível em: [https://reporterbrasil.org.br/documentos/relatorio\\_global2005.pdf](https://reporterbrasil.org.br/documentos/relatorio_global2005.pdf). Acesso em: 20 set. 2021.

não podem abandoná-la. O termo exploração sexual também é utilizado para todos os casos em que crianças e adolescentes exercem atividades sexuais comerciais.

Nesta leitura, a exploração sexual comercial de pessoas adultas remete à prostituição forçada, termo utilizado com o fim de marcar a diferença com as situações de prostituição não forçada. Nesse documento, a exploração sexual é englobada no conceito de trabalho forçado<sup>39</sup>. Lembro que trabalho forçado é entendido como todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob ameaça. Ele não é equiparado somente a baixos salários ou más condições de trabalho, mas é definido como uma grave violação de direitos que se manifesta fundamentalmente pela restrição da liberdade do trabalhador ou trabalhadora

Sintetizando, o conjunto do material que comentei apresenta quatro noções diferentes de exploração vinculadas à prostituição. Uma dessas noções se delineia no feminismo neo-abolicionista que considera qualquer exercício da prostituição como violação dos direitos humanos, portanto como exploração sexual que jamais pode ser reconhecida como trabalho. Outra dessas noções se delineia nas percepções de policiais brasileiros que percebem a exploração como econômica, mas nos termos de qualquer intermediação que ofereça lucro. Uma terceira leitura é a de minhas interlocutoras na Espanha, a exploração também é pensada em termos econômicos ou laborais, mas apenas como obtenção excessiva de lucro por algum tipo de intermediação da prostituição ou retenção de percentuais dos rendimentos ou cobro abusivo da comida ou hospedagem.

Essa **última** noção evoca as ideias de super-exploração presentes nas linhas marxistas de análise do trabalho. Seguindo as formulações de Angela Araujo<sup>40</sup> me refiro à ideia de que os trabalhadores são explorados pelos detentores do capital na medida em que trabalham mais tempo que o necessário para garantir sua sobrevivência e, assim, produzem um excedente que é apropriado pelos capitalistas e se manifesta nos lucros, permitindo a acumulação. Nessa visão, a relação de trabalho assalariado no capitalismo é uma relação desigual e de dominação, apesar de aparecer como uma troca de equivalentes no mercado. A super-exploração ocorre sempre que há extensão da jornada de trabalho, redução do valor dos salários ou aumento da intensidade do trabalho, significando um acréscimo da proporção do excedente produzido (ou do trabalho não pago) em relação aos gastos dos empregadores com a força de trabalho.

Já a noção de exploração presente na proposta à Reforma do Código Penal, e também no Relatório da OIT, a ideia de exploração sexual como prostituição forçada, de acordo com Araujo, tem um viés liberal, no sentido em que remete a relações que representam a privação da liberdade de trabalho. A ideia é que se violou o princípio de relações econômicas estabelecidas entre homens (e mulheres) livres e iguais perante a lei, através de um contrato. O contrato de trabalho se estabeleceria livremente entre homens e mulheres que vão

39 Pode assumir formas extremas de violência, confinamento ou ameaça de morte, até formas mais sutis, por exemplo, a perda de direitos e privilégios. É salientado, ainda, que a situação de trabalho forçado não é definida pela natureza da atividade desenvolvida ou mesmo por sua legalidade ou ilegalidade. O elemento definidor da situação de trabalho forçado é a natureza da relação do trabalhador ou trabalhadora com o “empregador”.

40 ARAUJO, Angela Maria Carneiro. Comentário. *Cadernos Pagu*, Campinas (SP), n. 31, p. 89-101, 2008. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8644873>. Acesso em: 20 set. 2021.

ao mercado vender sua força de trabalho e aqueles (ou aquelas) que necessitam comprar trabalho. E haveria exploração quando há privação da liberdade de trabalho. Essa leitura restringe o conceito de exploração a situações como o trabalho escravo que, supostamente, deveriam ter sido abolidas sob o capitalismo, com a liberdade de mercado e o Estado de direito. De acordo com Araujo, essa leitura liberal tem sido criticada porque deixa de considerar como exploração outras situações de trabalho, em relações e condições de trabalho muito precárias, inseguras, mal pagas, sem acesso aos direitos trabalhistas mínimos.

O ponto que gostaria de sublinhar é a coexistência de noções de exploração sexual, ancoradas em diferentes pressupostos, que conduzem a diversas interpretações, muitas das quais remetem à ideia de crime e/ou de violação dos direitos humanos. A questão é que essa coexistência, com efeitos que atingem as trabalhadoras sexuais em diferentes planos, particularmente no ativismo e no âmbito laboral, obstaculizam o reconhecimento da prostituição não forçada como trabalho.

## EFEITOS

No Brasil, no cenário dos movimentos sociais e de maneira mais específica dos feminismos, tem existido uma relativa heterogeneidade em termos dos posicionamentos em relação às reivindicações das prostitutas. Levando em conta depoimentos de diversas ativistas, durante as décadas de 1970 e 1980, a prostituição não integrou o leque de principais inquietações no movimento, no entanto, não deixou de gerar um interesse produtivo, em termos de reflexões e também de aproximação e certo apoio às prostitutas<sup>41</sup>. As posições negativas em relação à prostituição tiveram maior difusão a partir do final da década de 1990, no âmbito de reconfigurações do movimento feminista no Brasil que envolveram articulações com o Estado e a inserção em organizações não governamentais, e se intensificaram a partir da virada do século, no âmbito da ampliação das articulações feministas transnacionais<sup>42</sup>.

Na segunda metade da década de 2000, a partir da preocupação pelo tráfico de pessoas, articulações feministas brasileiras vinculadas a movimentos transnacionais que reagem aos efeitos da globalização sobre as mulheres, escolhendo como um dos alvos preferenciais a mercantilização do corpo, passaram a discutir com mais intensidade a prostituição, considerada como violência sexista. No momento em que foram realizadas as

41 Ver: PISCITELLI, A. G. Conhecimento antropológico, arenas políticas, gênero e sexualidade. *Revista Mundaú*, v.1, p.73 – 90, 2016; e CORRÊA, Sonia e Oliviar, José Miguel Nieto. The politics of prostitution in Brazil between “state neutrality” and “feminist troubles” in *The Business of Sex*, by Laxmi Murthy and Meena Saraswathi Seshu (Eds), Zubaan, New Delhi, 2014

42 De acordo com autoras que estudam a história do movimento feminista no Brasil, a década de 2000 no país é caracterizada pelo trabalho em arenas paralelas de atuação, no âmbito da sociedade civil e nas fronteiras entre ela e o Estado e pela criação de um novo marco para a atuação do feminismo numa perspectiva transnacional. Esse momento coincide com o surgimento de movimentos de justiça global, envolvendo um leque de atores fora do estado. No Brasil, esses feminismos, conjuntamente com o protagonizado por “feministas jovens”, que por primeira vez apresentaram uma agenda diferenciada em relação às gerações anteriores, produziram correntes efervescentes no movimento. Ver: MATOS, Marlise. Movimento e teoria feminista: É possível reconstruir a teoria feminista a partir do Sul global? *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 67-92, jun. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782010000200006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/d3NZRM8zPZb49RYwdSPr5jQ/?lang=pt>. Acesso em: 20 set. 2021. ALVAREZ, Sonia E. Beyond NGO-ization? Reflections from Latin America. *Development*, v. 52, n. 2, p. 175-184, 2009. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1057/dev.2009.23>. Acesso em: 20 set. 2021. SORJ, Bila: Do “pessoal é político” para o “político é pessoal”? Novas tendências no feminismo no Brasil. Texto apresentado no *Encontro da Latin American Studies Association*, New York, 2016; FERREIRA, Carolina Branco de Castro. O gênero do amor: cultura terapêutica e feminismos. *Cadernos Pagu*, n. 47, e16472, jul. 2016. DOI: <https://dx.doi.org/10.1590/18094449201600470002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/mtvChFX6mtCSrgnPXkSwxCg/?lang=pt>. Acesso em: 20 set. 2021.

alterações nas leis relativas à prostituição, no Código Penal, em 2009, as vozes feministas contrárias ao reconhecimento da prostituição como trabalho, fazendo parte da arquitetura de governamentalidade<sup>43</sup> na sua articulação com setores do Estado<sup>44</sup>, foram tornando essas posições mais visíveis.

Na metade da década de 2010, no campo da articulação com feminismos transnacionais e em versões dos feminismos jovens houve um acirramento da negação a essas reivindicações. Feministas que se apresentam como radicais, incorporando interpretações neo-abolicionistas da noção de exploração sexual, tem protagonizado recorrentemente agressões voltadas para as trabalhadoras sexuais organizadas que reivindicam a prostituição como trabalho.

Os ativismos das prostitutas introduziram novos elementos nas relações entre feminismos e prostituição. Refiro-me às reivindicações das putafeministas<sup>45</sup> que, atualizando o desafio realizado anos antes por Gabriela Leite, afirmando-se como feminista, reivindicam um feminismo que acolha suas demandas: organizar-se em coletivos que se articulem com os demais movimentos sociais; lutar por melhores condições de trabalho; para combater o estigma que pesa sobre as trabalhadoras sexuais, causa de exclusão social e fortalecer a rede de apoio entre as mulheres para que mais trabalhadoras sexuais possam sair de situações de risco.

As reivindicações das putafeministas foram aceitas em alguns espaços feministas no Brasil. Na percepção da ativista Monique Prada, que em 2017 passou a integrar como trabalhadora sexual o grupo assessor da sociedade civil da ONU Mulheres no Brasil, essa aceitação tem mantido relações com a força do ativismo digital, que torna impossível ignorar certas reivindicações de direitos. Outro elemento relevante é o protagonismo político assumido pelas organizações de prostitutas no Brasil. Paralelamente, porém, os ataques às reivindicações das prostitutas se ampliaram, marcados por uma inusitada violência simbólica. E parte dessa violência foi acionada e expressada a partir de noções vinculadas à “cultura do estupro”, uma noção produzida nos Estados Unidos<sup>46</sup>, que já circulava no país e se difundiu intensamente em 2016, após um estupro coletivo que teve lugar no Rio de Janeiro<sup>47</sup>.

Utilizando a noção “cultura do estupro”, feministas contrárias à consideração da prostituição como trabalho, atualizaram ideias contra o exercício dessa atividade formuladas por autoras como Catherine Mackinnon

43 FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

44 Esclareço que, seguindo a Sharma e Gupta (2006), penso no Estado como um conjunto de instituições, práticas e pessoas que, permeado por contradições, opera em diferentes dimensões.

45 Monique Prada, prostituta, ativista digital e fundadora da CUTS (Central Única de Trabalhadoras e Trabalhadores Sexuais) afirma que prostituição e feminismo caminham juntos na luta pelo direito da mulher à sexualidade. Ver: Carta Capital, 24/06/2015, consultado em maio de 2016. Ela considera ser possível ser prostituta e feminista uma vez que a prostituição é uma forma de afirmar o poder feminino frente às visões conservadores, isto deveria unir as mulheres numa forma de luta que mantém o feminino refém de uma criação social patriarcal. Essas ideias estão presentes no movimento do puta-feminismo.

46 Esse termo foi criado nos Estados Unidos, na década de 1970, marcando as diferenças entre leituras do estupro realizadas por feminismos liberais e radicais. As leituras mais radicais afirmam que o estupro deve ser compreendido como um importante pilar do patriarcado, vinculado a construções patriarcais de gênero e sexualidade, no contexto de sistemas mais amplos de poder masculino e destacam o dano que o estupro faz às mulheres enquanto grupo. No âmbito dessas discussões, Susan Brownmiller trabalhou com a ideia da necessidade de examinar os elementos da cultura que promovem e difundem atitudes violentas, oferecendo aos homens que integram a população de potenciais estupradores a ideologia e o estímulo psicológico para cometer atos de agressão denunciando a culpabilização das mulheres que sofrem ataques sexuais. BROWNMILLER, Susan: *Against our Will: Men Women and Rape*, New York Fawcett Columbine, 1975

47 Adolescente é vítima de estupro coletivo no Rio de Janeiro, 26/05/2016, Band notícias, in <http://noticias.band.uol.com.br/brasilurgente/videos/15875174/adolescente-e-vitima-de-estupro-coletivo-no-rio-de-janeiro.html>, consultado em julho de 2016.

(1982)<sup>48</sup>, que consideram essa atividade como inerentemente violenta. Nos últimos anos da década de 2010, páginas do facebook nas quais circulavam termos pouco usuais no Brasil anos antes, como “radfems”, mostraram a relação de algumas dessas reações com a analogia estabelecida por algumas feministas entre estupro e prostituição, negando às prostitutas a possibilidade de se posicionarem contra o estupro.

A luta das trabalhadoras sexuais organizadas pelo reconhecimento da prostituição como trabalho é relativamente recente, assim como suas reivindicações como “putafeministas”. Os efeitos negativos desse não reconhecimento e da criminalização do entorno da prostituição nas pessoas que exercem o trabalho sexual são anteriores a esses movimentos.

A produção antropológica sobre prostituição no Brasil mostra como as leis criminalizando o entorno da prostituição foram evocadas em episódios nos quais as prostitutas sofreram violência de Estado em diferentes contextos, em diversos lugares e momentos históricos. Vale lembrar a análise de Mazzariol<sup>49</sup> sobre a expulsão das prostitutas do centro de Campinas, no Estado de São Paulo e o seu confinamento no Jardim Itatinga, que mais tarde se tornaria uma das maiores “zonas” do país, ou os relatos das interlocutoras de Olivar sobre as torturas às quais foram submetidas durante o período militar em Porto Alegre<sup>50</sup>.

Esses abusos tem sido reiterados no período recente, acionando os artigos do Capítulo V do Código Penal, agora voltados para a “prostituição ou outras formas de exploração sexual”, para induzir à entrada ou dificultar a saída de alguém da prostituição, manter casa de prostituição, tirar proveito da prostituição alheia, com efeitos devastadores para algumas trabalhadoras sexuais<sup>51</sup>. Cito aqui o estudo de Murray<sup>52</sup> sobre os episódios envolvendo as mulheres que trabalhavam no Prédio da Caixa, no centro de Niterói, em abril e maio de 2014. No primeiro, que provocou um grande protesto, 11 mulheres foram detidas e duas, acusadas de explorar sexualmente uma à outra, foram condenadas à prisão. Após o protesto, de acordo com as denúncias das trabalhadoras sexuais, dezenas de policiais armados invadiram o prédio, quebraram portas, prenderam, estupraram e roubaram as mulheres. Um dos objetivos alegados da ação policial era “buscar e apreender” itens relacionados a diversos crimes, incluindo os que cercam a prostituição no Brasil. E a principal denunciante passou a ser alvo de sérias ameaças. As reflexões da autora iluminam os diversos interesses que permearam essa ação, tida como ilegal pela Defensoria Pública do Estado e a Ordem dos Advogados do Brasil e a ausência de proteção

48 Catherine MacKinnon (1982) pensa a heterossexualidade como institucionalização da dominação sexual masculina e da submissão feminina. Segundo a autora, a supremacia sexual masculina funde a erotização da dominação com a construção social do feminino e do masculino. E a prostituição, o estupro e a pornografia são as expressões mais agudas dessa institucionalização e da instituição do gênero por ela realizada. MACKINNON, Catherine, 1982, “Marxism, feminism and the State: Toward Feminist Jurisprudence”, in *Signs* 7.5, pp. 515:544

49 MAZZARIOL, Regina Maria. “Mal necessario”: ensaio sobre o confinamento da prostituição na cidade de Campinas. 1976. 220 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/281413>. Acesso em: 20 set. 2021.

50 MIGUEL NIETO, Jose Oiva; PUTA, Devir. **Políticas da prostituição de rua na experiência de quatro mulheres militantes**. Rio de Janeiro: Eduerj, 2013.

51 Para uma análise desses efeitos na vida e trajetória da proprietária de uma “pensão de travestis” ver: Teixeira, Flavia do Bonsucesso: “Depois da Operação Caraxué: quais danos serão reparados? Prelo em: Piscitelli Adriana e Lowenkron, Laura: Tráfico de pessoas no Brasil, novos contextos, novas discussões? PAGU, Núcleo de Estudos de Gênero/Unicamp, Coleção Encontros, Campinas, 2021.

52 Murray, Laura: Gestando vítimas e politizando proteção: Notas etnográficas sobre um Estados que faz “direitinho” em contextos de prostituição. Prelo em em: Piscitelli Adriana e Lowenkron, Laura: Tráfico de pessoas no Brasil, novos contextos, novas discussões? PAGU, Núcleo de Estudos de Gênero/Unicamp, Coleção Encontros, Campinas, 2021.

da denunciante. No entanto, o ponto que quero destacar, é como, no momento atual o acionamento da noção de exploração sexual pode afetar as pessoas que deveriam ser protegidas pelo Estado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste texto considerei a noção de exploração sexual, mostrando os diferentes sentidos que ela adquire e como a maneira em que ela foi incluída nas leis voltadas para a prostituição exercida por pessoas adultas no Brasil se torna um obstáculo para uma das principais reivindicações de grupos de trabalhadoras sexuais organizadas. Encerrando este texto vale lembrar as formulações de Comaroff. Os efeitos das operações policiais que acionam a noção de exploração sexual mostram, na prática, como as leis são materialmente e, às vezes, dolorosamente palpáveis. No entanto, talvez o ponto mais relevante das ideias desse autor em relação ao tema que tratei aqui seja perceber a recorrência dessas leis e as correntes de pensamento que as embasam em construir as trabalhadoras sexuais como “outros” cujas ideias e reivindicações podem ser ignoradas.

## REFERÊNCIAS

- ALIADAS TRANSFEMINISTAS. **Demandas y Reivindicaciones Feministas sobre el Trabajo Sexual en España**. 25 abr. 2019. Disponível em: <http://bit.ly/Demandas-Feministas>. Acesso em: 20 set. 2021
- ALVAREZ, Sonia E. Beyond NGO-ization? Reflections from Latin America. **Development**, v. 52, n. 2, p. 175-184, 2009. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1057/dev.2009.23>. Acesso em: 20 set. 2021.
- ARAÚJO, Angela Maria Carneiro. Comentário. **Cadernos Pagu**, Campinas (SP), n. 31, p. 89-101, 2008. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8644873>. Acesso em: 20 set. 2021.
- CALABRIA, Amanda de Mello. “EU SOU PUTA”: Lourdes Barreto, História de Vida e Movimento de Prostitutas no Brasil. 2019. Dissertação – Mestrado Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal Fluminense (PPGH–UFF). Rio de Janeiro.
- COLECTIVO DE PROSTITUTAS DE SEVILLA. Disponível em: <https://www.facebook.com/putasandaluzas/>. Acesso em: 20 set. 2021.
- COMAROFF, John L. Colonialism, Culture and the Law, Foreward. **Law & Social Inquiry**, v. 26, n. 2 (Spring, 2001), p. 305-314. Disponível em: <http://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2001.tb00180.x>. Acesso em: 20 set. 2021.
- CORREIA, Sonia; NIETO OLIVAR, José Miguel. The politics of prostitution in Brazil between “state neutrality” and “feminist troubles”. In: MURTHY, Laxmi; SESHU, Meena Saraswathi (ed.). **the business of sex**. New Delhi: Zubaan, 2014.
- DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena. Violência e gênero: novas propostas, velhos dilemas. **Rev. bras. Ci. Soc.**, v. 23, n. 66, p.165-185, fev. 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092008000100011>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092008000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092008000100011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 set. 2021.
- DOEZEMA, Jo: Who Gets to Choose? Coercion, Consent, and the UN Trafficking Protocol. **Gender and Development**, v. 10, n. 1, pp. 20-27, 2002. Trafficking and Slavery. DOI: <https://doi.org/10.1080/13552070215897>. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13552070215897>. Acesso em: 20 set. 2021.
- FERREIRA, Carolina Branco de Castro. O gênero do amor: cultura terapêutica e feminismos. **Cadernos Pagu**, n. 47, e16472, jul. 2016. DOI: <https://dx.doi.org/10.1590/18094449201600470002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/mtvChFX6mtCSrgnPxkSwxCg/?lang=pt>. Acesso em: 20 set. 2021.
- FOUCAULT, Michel. **Seguridad, Territorio, Población**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- GARCÍA, Kenya. Con el 187 bis del Código Penal sufriremos desahucios y persecución. [Entrevista cedida a] Gloria Marín. **Vientosur**, 16 feb. 2021. Disponível em: <https://vientosur.info/entrevista-a-kenia-garcia/>. Acesso em: 20 set. 2021.
- GUERRA, Carolina Bonomi de Menezes. **Mulher da Vida, é preciso falar**: um estudo do movimento organizado de trabalhadoras sexuais. Dissertação de Mestrado, Ciência Política, Unicamp, 2019.



- KEMPADOO, Kamala; DOEZEMA, Jo. **Global sex workers**. rights, resistance, and redefinition. New York: Routledge, 1998.
- KULICK, Don. La penalización de los clientes y la política del ahjij en Suecia. In: OSBORNE, Raquel [ed.]. **Trabajador@as del sexo**. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2004.
- LANDINI, Tatiana. Child sexual exploitation in Southeastern Brazil, Paper presented at *Childhoods 2005 – Children and Youth in Transforming and Emerging Societies International Conference*. Oslo, June 29 – July 3, 2005.
- LEGARDINIER, Claudine. Prostitución I. In: HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise; LE DOARÉ, Helena; SENOTIER, Daniele. **Diccionario crítico del feminismo**. Madrid: Editorial Síntesis, 2002.
- LOWENKRON, Laura. **O monstro contemporâneo**: a construção social da pedofilia em múltiplos planos. Rio de Janeiro, 2015. Tese – Doutorado defendida no Museu Nacional. Rio de Janeiro: Eduej, 2015.
- MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. **Prostitución, feminismos y derecho penal**. Granada: Editora Comares, 2009.
- MATOS, Marlise. Movimento e teoria feminista: É possível reconstruir a teoria feminista a partir do Sul global? **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 67-92, jun. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782010000200006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/d3NZRM8zPZb49RYwdSPr5jQ/?lang=pt>. Acesso em: 20 set. 2021.
- MAZZARIOL, Regina Maria. “**Mal necessário**”: ensaio sobre o confinamento da prostituição na cidade de Campinas. 1976. 220 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/281413>. Acesso em: 20 set. 2021.
- MIGUEL NIETO, Jose Oiva; PUTA, Devir. **Políticas da prostituição de rua na experiência de quatro mulheres militantes**. Rio de Janeiro: Eduerj, 2013.
- OBSERVATÓRIO DA PROSTITUIÇÃO. **Carta de Princípios da RBP**. Disponível em: <https://observatoriodaprostituicao.wordpress.com/carta-de-principios-da-rbp/>. Acesso em: 20 set. 2021.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Aliança global contra trabalho forçado**. Relatório do Diretor Geral. Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho 2005. Disponível em: [https://reporterbrasil.org.br/documentos/relatorio\\_global2005.pdf](https://reporterbrasil.org.br/documentos/relatorio_global2005.pdf). Acesso em: 20 set. 2021.
- PISCITELLI, Adriana. Conhecimento antropológico, arenas políticas, gênero e sexualidade. **Revista Mundaú**, n. 1, p.73-90, 2016. Disponível em: <https://www.seer.ufal.br/index.php/revistamundau/article/view/2437>. Acesso em: 20 set. 2021.
- PISCITELLI, Adriana. **Trânsitos, brasileiras nos mercados transnacionais do sexo**. Rio de Janeiro, Eduerj, 2013a.
- PISCITELLI, Adriana. Tensões: tráfico de pessoas, prostituição e feminismos no Brasil. In: FELDMAN-BIANCO, Bela (org.). **Desafios da Antropologia Brasileira**. ABA, 2013b. Disponível em: [http://www.aba.abant.org.br/files/132\\_00137141.pdf](http://www.aba.abant.org.br/files/132_00137141.pdf). Acesso em: 20 set. 2021.
- PISCITELLI, Adriana; LOWENKRON, Laura. Categorias em movimento: a gestão de vítimas do tráfico de pessoas na Espanha e no Brasil. **Cienc. Cult.**, v. 67, n. 2 p. 35-39, abr./jun. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.21800/2317-66602015000200012>. Disponível em: [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252015000200012&lng=pt&tlng=pt](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252015000200012&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 20 set. 2021.
- PRADA, Monique. **Baderna Putafeminista**. São Paulo: Veneta, 2018.
- SIEDER, Rachel. Anthropology and Law in Latin America Towards Transformative Collaborations? **Journal of Legal Anthropology**, v. 2, Issue 2, p. 79–85, Winter 2018. DOI: <https://doi.org/10.3167/jla.2018.020207>. Disponível em: <https://www.berghahnjournals.com/view/journals/jla/2/2/jla020207.xml>. Acesso em: 20 set. 2021.
- SORJ, Bila. Do “pessoal é político” para o “político é pessoal”? Novas tendências no feminismo no Brasil. Texto apresentado no *Encontro da Latin American Studies Association*, New York, 2016.
- WIJERS, Marjorie. Delincente, vítima, mal social o trabalhadora. In: OSBORNE, Raquel [ed.]. **Trabajador@as del sexo**. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI. Barcelona: Edicions bellaterra, 2004.

# CAPÍTULO 16

## BANCO GENÉTICO – ANÁLISE CONSTITUCIONAL E CRIMINOLÓGICA

Fabiani Mrosinski Peppi  
Antonio Baptista Gonçalves

### 1 INTRODUÇÃO

O banco genético foi instituído pela [Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009](#), que previa a identificação criminal, complementado pela [Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012](#) e, recentemente, adicionado pela [Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019](#), a denominada Lei Anticrime. Como esta última teve o condão de incrementar e endurecer o ordenamento penal brasileiro através da modificação de catorze leis penais e processuais penais, dentre elas o Código Penal e Processual Penal foram alterados com a justificativa de otimizar a legislação, para compreender as implicações do banco genético e, se há problemas constitucionais, será necessário estudar o tema a partir do conjunto legislativo corrente.

A Lei Anticrime modificou o banco genético com o objetivo de identificar os criminosos e seu material de identificação genética a fim de auxiliar as investigações de novos crimes e responsabilizar os autores e minorar a possibilidade de erros judiciais, como por exemplo a identificação visual e o testemunho. Se, por um lado, poderá haver ganhos, por outros questões éticas e constitucionais são reflexões necessárias sobre o novo incremento trazido pela Lei Anticrime, sem descuidar de seus problemas estruturais recorrentes das leis penais brasileiras e a questão da procedimentalização, por vezes omissa ou até negligenciada.

O Governo Federal, quando propôs a criação de um “pacote anticrime”, objetivou uma maior repressão aos criminosos em extensão ao pensamento normativo corrente de que ao se prender mais maior será a redução da criminalidade. Fato este que não se comprovou na prática, porque em que pese o aumento do encarceramento, a criminalidade não reduziu, ao contrário vem crescendo sistematicamente.

Essa política criminal não privilegia a investigação e os métodos preventivos ao crime, portanto, a repressão e o endurecimento são a tônica das novas leis criadas nas últimas décadas, a Lei Anticrime segue esta esteira e amplia o espectro com a promessa de melhor instrumentalizar o Brasil contra o crime organizado transnacional, a lavagem de dinheiro e a corrupção.

Entre o [Projeto de Lei nº 882/2019](#) e a promulgação da [Lei nº 13.964/19](#) o Congresso Nacional expurgou excessos com incrementos repressores excessivos, além de modificar o projeto com a adição de suges-

tões tanto do Supremo Tribunal Federal quanto de outros projetos presentes na casa legislativa, como as dez medidas contra a corrupção.

Mesmo com a redução do projeto original e com vários vetos por parte do Presidente da República, a Lei Anticrime foi promulgada com claro caráter repressor penal e se engana quem pensa que a legislação foi aperfeiçoada, está plenamente compatível com o ordenamento penal existente, inclusive com melhora de conteúdo e melhor procedimentalização, porque, nada disso ocorreu na prática.

O pacote anticrime é sujeito a críticas, no entanto, no cerne de seu conteúdo há a repetição dos problemas verificados ao longo das últimas décadas instituídos pelo legislador brasileiro: presença de normas penais em branco, que possuem previsões amplas e, não raro, inviabilizam o próprio dispositivo; a não observância em relação à legislação já existente, isto é, o legislador não tem o zelo de corrigir dispositivos já em vigência para melhorar sua aplicação e efetividade, ao invés disso, cria uma nova lei com os mesmos vícios corriqueiros, por fim, a principal falha: a questão do procedimento.

Quando se elabora uma norma não é suficiente prever apenas a conduta e a sanção, porque é indispensável a presença dos critérios objetivos para a aplicação do dispositivo, isto é, seu procedimento. Sem ele o Judiciário fica compelido, subjetivamente, a completar as lacunas da lei e o resultado é a possibilidade real de soluções díspares para problemas similares.

A Lei Anticrime foi edificada nesses moldes, portanto, falhou em otimizar o ordenamento penal vigente ao não resolver problemas clássicos como a questão do arresto de bens, do perdimento e introduziu a perda alargada sem critérios objetivos claros. No tocante à lavagem de dinheiro, a lei segue os arquétipos das normas penais em branco, não há procedimento, os critérios são lacunosos e nada foi modificado.

Da forma como temos o ordenamento penal brasileiro a Lei Anticrime não será a última lei penal criada e, tampouco, resolverá o concreto problema corrente: a falta de correlação das leis, ausência de especificidade, procedimento e modificação do sistema das normas penais em branco.

A Lei Anticrime também possui problemas como relativização de direitos, supressão dos mesmos com a defesa da bandeira da segurança pública. O endurecimento, mesmo amenizado pela ação do Congresso Nacional, está presente. A repressão também foi aumentada, mas, e a prevenção e os métodos investigativos? Não estão entre as prioridades do Governo Federal.

A fim de melhor compreendermos qual o impacto da Lei Anticrime e do banco genético na população prisional necessário saber como é composta essa população: de 18 a 24 anos 31% do total dos presos; de 25 a 29 anos temos 25% e dos 30 a 34 anos temos 19%, ou seja, a população carcerária brasileira é composta de 18 a 34 anos em 75% do total dos presos<sup>1</sup>, um número assustador. Além disso, desta população carcerária nos

<sup>1</sup> DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). *Levantamento nacional de informações penitenciárias infopen – junho de 2014*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em: 7 ago. 2020.

faltam ainda dois dados relevantes: o primeiro: 67% da população carcerária é negra, isto quer dizer que a cada três presos dois são negros. E o último dado se refere à escolaridade: 6% da população carcerária é analfabeta; 9% é alfabetizado; 53% tem o ensino fundamental incompleto; 12% tem o ensino fundamental completo. Isto quer dizer que oito em cada dez pessoas presas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental, enquanto a média nacional de pessoas que não frequentaram o ensino fundamental ou o têm incompleto é de 50%. Ao passo que na população brasileira cerca de 32% da população completou o ensino médio, apenas 8% da população prisional o concluiu<sup>2</sup>.

Assim, a etnografia do sistema prisional é composta em sua maioria por homens, negros e com baixa escolaridade, o que falamos antes na geografia da exclusão, é o retrato daqueles que possuem menos condições econômicas, menos acessos, tem instrução deficiente, moram na periferia e são tratados com diferença, desigualdade e desconfiança pelo próprio Estado. Os brancos também são presos, assim como os ricos, porém, a desproporção é que salta aos olhos.

Agora, com o banco genético veremos as possibilidades de o legislador aplicar o DNA como forma de perseguição, racismo ou responsabilização para uma parcela específica da população com o ressurgimento de velhos instrumentos da criminologia. Será que o caminho é a perseguição ao negro, pobre e periférico? Será que o egresso continuará a ser perseguido pelo Estado, mesmo após o cumprimento da pena? Estas e outras indagações responderemos a partir de agora.

## 2 BANCO GENÉTICO E LEI ANTICRIME

O banco genético é uma realidade recente no ordenamento jurídico brasileiro, pois foi introduzido com a [Lei nº 12.654/12](#), apesar de a identificação criminal já ser realidade alguns anos antes. Foi regulamentado pelo [Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013](#) e o [9.817, de 3 de junho de 2019](#). Assim, sobre o banco genético, a Lei Anticrime não criou o dispositivo, apenas ampliou seu espectro, pois o mesmo já era previsto na Lei de Execução Penal, além da [Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009](#) que dispõe sobre a identificação criminal, na qual destacamos o art. 5º-A (alterado pela [Lei nº 12.654/12](#)) e do 7º-B:

“Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§1º. As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§2º. Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

2 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento nacional de informações penitenciárias infopen – junho de 2014**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em: 7 ago. 2020.

§3º. As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado”.

“Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo”

Sobre o banco genético, a Lei Anticrime altera a Lei de Execução Penal e faz adições ao artigo 9º-A, em complemento às modificações trazidas pela [Lei nº 12.654/12](#):

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no [art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990](#), serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

1º. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense.

§2º. A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

§3º. Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa.

§4º. O condenado pelos crimes previstos no **caput** deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena.

E, por fim, temos o §8º do mesmo dispositivo:

§8º. Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

A mesma previsão legal pode ser vista no art. 50, VIII da mesma Lei:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:  
VIII – recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Sobre o banco genético o Ministério da Justiça e Segurança Pública afirma:

Atualmente, o maior banco de dados de perfis genéticos do mundo é o da China, com mais de 50 milhões de perfis inseridos. O banco dos Estados Unidos armazena mais de 13,5 milhões de perfis genéticos de condenados, cerca de 895 mil perfis de vestígios de local do crime. As informações auxiliaram mais de 428 mil investigações criminais nos EUA. O banco do Reino Unido é considerado o mais eficiente do mundo, armazena o perfil genético de mais de 5 milhões de indivíduos suspeitos de cometerem crimes<sup>3</sup>.

3 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Banco nacional de perfis genéticos**: uma ferramenta eficiente para elucidação de crimes. 25 abr. 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1556212211.45>. Acesso em: 13 ago. 2020.

Segundo dados oficiais, o Brasil possuía 6.500 perfis genéticos de condenados, 440 de investigados e 7.800 de vestígios de local de crime, antes da Lei Anticrime estar vigente. Atualmente, segundo o Ministério da Justiça, o Banco Nacional de Perfis Genéticos possui mais de 64 mil perfis genéticos de criminosos condenados. O coordenador da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça e Segurança Pública, Guilherme Jacques destaca a importância do banco genético: “No começo de 2018, o BNPG totalizava 8 mil condenados cadastrados e hoje temos mais de 64 mil. Este ano, estamos intensificando o processamento de vestígios de agressões sexuais. Além de ser uma ferramenta moderna e eficaz para a elucidação de crimes, o Banco vai além do lado acusatório, pois os DNAs coletados podem comprovar a inocência de um suspeito<sup>4</sup>”.

A proposta do agora ex-Ministro da Justiça Sergio Moro era coletar 750.000 perfis genéticos até o final de 2022. Antes da Lei Anticrime, somente os condenados por crimes hediondos e por violência grave eram obrigatoriamente submetidos à identificação do perfil genético, com extração de DNA.

Com a chegada da Lei Anticrime, as possibilidades aumentaram com a adição do artigo 7º-C na [Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009](#):

Art. 7º-C. Fica autorizada a criação, no Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.

§1º. A formação, a gestão e o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais serão regulamentados em ato do Poder Executivo federal.

§2º. O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais tem como objetivo armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou distritais.

§ 3º O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais será integrado pelos registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz colhidos em investigações criminais ou por ocasião da identificação criminal.

§ 4º **Poderão ser colhidos os registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz dos presos provisórios ou definitivos quando não tiverem sido extraídos por ocasião da identificação criminal** (grifo nosso).

Agora, todos os presos podem fazer parte do acervo disponível para as investigações. A diferença é que não poderá ser coletado o DNA, pois continuam restritos aos crimes hediondos e aos dolosos contra a vida, porém, as impressões digitais, íris, face e voz são estendidas a todos os presos.

A Lei Anticrime também inclui nessa coleta os presos provisórios, isto é, aqueles que ainda não foram julgados, o que significa que mesmo se absolvido suas impressões ficarão no banco de dados a menos que solicite judicialmente sua exclusão.

4 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Banco nacional de perfis genéticos do MJSP ajuda na identificação de autor de estupros em São Paulo**. 29 jul. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/banco-nacional-de-perfis-geneticos-do-mjsp-ajuda-na-identificacao-de-autor-de-estupros-em-sao-paulo>. Acesso em: 13 ago. 2020.

Não há dúvidas da necessidade de aprimoramento dos mecanismos investigativos criminais, inclusive a modernização dos mesmos. Desde que se respeite a Constituição Federal e os Pactos Internacionais aos quais o Brasil é signatário.

A principal crítica a ser feita é não fazer do banco genético um banco de dados genéticos dos condenados para base informativa de suspeição criminal permanente. Sobre o tema, Maria Thereza Rocha de Assis Rocha: “A modificação da Lei de Execução Penal assenta-se num ideal político-criminal de direito penal máximo, que não pode ser chancelado pela ordem constitucional vigente<sup>5</sup>”.

Quando falamos sobre a Lei Anticrime, logo apontamos seus defeitos de formação, que são presentes na maioria das leis brasileiras, e com o tema do banco genético não se fugiu à regra. Ao invés da norma aprofundar e aperfeiçoar os dispositivos da [Lei nº 12.654/12](#), ao estabelecer limites mais precisos, o resultado foi diametralmente oposto porque se alargou e ampliou exponencialmente o âmbito de incidência. Eis o perigo, já que sem o devido procedimento qualquer juiz poderá determinar a extração de matéria genética já na audiência de custódia, por exemplo.

O Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu Habeas Corpus criminal nº 2057654-47.2019.8.26.0000 no sentido de impedir que tal prática seja feita, visto que “a identificação criminal somente poderá ser aferida, com certos critérios, em especial quando essencial à investigação criminal dos autos em questão, de ofício pelo Magistrado, desde que fundamentada a decisão ou a pedido das partes”.

Na decisão há o respeito à individualidade e aos princípios constitucionais fundamentais, sem ser autorizado que a decisão atinja a terceiros de maneira indiscriminada. No caso em tela, as coletas foram feitas a *contrariu sensu*, isto é, de maneira uníssona e indistinta.

De tal sorte que o material genético daqueles que ainda não foram condenados somente poderão ser colhidos se for essencial para o deslinde das investigações, como estabelece o art. 5º, LVIII da Constituição Federal: “LVIII – o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei” e o art. 3º, IV da Lei nº 12.037/09, do contrário será considerado como constrangimento ilegal.

O Supremo Tribunal Federal ainda não julgou o [Recurso Especial 973.837](#), após decisão unânime do reconhecimento de repercussão geral da matéria em votação proposta pelo Ministro Relator Gilmar Mendes em 23/06/2016, o que pode produzir novos rumos sobre o entendimento da identificação genética de condenados ou mesmo da identificação criminal de extração obrigatória para acusados e presos sejam provisórios ou não. Ademais, na mesma decisão inicial, se reconheceu que não há violação do princípio da não autoincriminação na submissão do sujeito à obtenção de seu perfil genético. Assim, é lícita e devida a extração de material genético desde que os preceitos previstos em lei sejam cumpridos, com expressa vedação para extração genérica

5 MAHAMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 98, p. 339-360, set. 2012.

e indiscriminada para todo e qualquer delito, em respeito à legalidade e para não haver restrição de liberdades individuais.

A identificação genética e seu uso através do banco genético é positivo para auxiliar as investigações e apurar responsabilidades e, inclusive, excluir a culpa de suspeitos, como no julgamento emblemático do [RHC 125.096](#), no qual a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal absolveu Israel de Oliveira Pacheco em decorrência de prova decorrente de análise de material genético. Israel havia sido condenado e preso pelos crimes de roubo e estupro com base exclusiva no reconhecimento pessoal feito pela vítima em 2009.

O laudo pericial oficial do estado do Rio Grande do Sul mostrou que o DNA encontrado na cena do crime não pertencia a Israel. Transcorridos os anos e graças a implementação da Rede Integrada dos Bancos de Perfis Genéticos, os peritos criminais de posse do DNA, até então não identificado, colhido na cena do crime, analisado e comparado com o do banco de dados, constatou-se que o material pertencia a outro indivíduo, inclusive com envolvimento em outros casos de estupro.

Além disso pode ser utilizado para a identificação de desaparecidos e auxiliar nas investigações com elementos forenses, como afirma Santana e Abdalla-Filho:

Resumidamente, os bancos de dados de perfis genéticos para fins forenses são bases que armazenam dados procedentes de indivíduos já condenados por tipos específicos de crimes ou, a depender do país, de suspeitos ou indiciados, bem como perfis obtidos de vestígios biológicos encontrados em locais de crime; e, em alguns casos, perfis de vítimas<sup>6</sup>.

O pacote anticrime objetivava a identificação criminal de toda a população prisional brasileira, de maneira compulsória. Sobre o tema se manifestou o coordenador da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça e Segurança Pública, Guilherme Jacques: “Era um incremento de talvez 200%. Era um grande incremento. Hoje são cadastrados cerca de 30% dos condenados. Com o pacote anticrime, 99% dos condenados seriam cadastrados com a redação que o Ministério da Justiça propôs. A Câmara não concordou com esse aumento<sup>7</sup>”.

E o que vem a ser a identificação criminal? Sobre o tema Corazza e Carvalho: Identidade pode ser descrita como a soma de caracteres que individualizam uma pessoa, distinguindo-a das demais, enquanto o emprego de meios adequados para determinar a identidade ou não identidade das pessoas é o processo de identificação<sup>8</sup>.

A vantagem da prova possível através do DNA é não mais basear decisões em testemunhas e identificação visual de suspeitos, com maior probabilidade de erro, como o caso de Israel, já que as técnicas e a tecno-

6 SANTANA, Célia Marques de; ABDALLA, Elias. Banco nacional de perfis genéticos criminal: uma discussão bioética. *Revista Brasileira de Bioética*, v. 8, n. 1-4, p. 31-46, 2012. DOI: <https://doi.org/10.26512/rbb.v8i1-4.7775>. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7775>. Acesso em: 20 set. 2021.

7 KADANUS, Kelli. Como a recusa do congresso em ampliar o banco de dna de condenados favorece o crime. *Jornal Gazeta do Povo*, 11 jan. 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/banco-de-dna-condenados-retirado-pacote-anticrime-consequencias/>. Acesso em: 13 ago. 2020.

8 CORAZZA, Thais Aline Mazetto; CARVALHO, Gisele Mendes de. A identificação genética dos civilmente identificáveis como meio de prova de autoria. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, Maringá, v. 14, n. 2, p. 413-434, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3621> Acesso em: 20 set. 2021.



logia são mais precisas, seguras e podem, também, excluir suspeitos e impedir a condenação injusta. Sobre a identificação genética para a solução de crimes elucida Chemale:

Após a interpretação dos perfis genéticos obtidos em um determinado caso é realizado o confronto genético. No caso de um crime, por exemplo, o perfil genético obtido a partir de um vestígio é comparado com os perfis dos suspeitos. Se um crime é cometido e o criminoso deixa um vestígio no local, uma guimba de cigarro, por exemplo, o perfil genético obtido a partir da guimba é comparado a perfis genéticos obtidos a partir de material biológico coletado de possíveis suspeitos, identificados através da investigação do crime. Se o material biológico deixado no local do crime, no vestígio, é oriundo do suspeito, o perfil genético tem que ser idêntico ao do suspeito<sup>9</sup>.

No entanto, não existem apenas benefícios, haja visto que questões éticas e contradições legais também permeiam o tema e, por isso, aprofundaremos o estudo através de uma análise criminológica.

### 3 BANCO GENÉTICO E A CONSTITUCIONAL FEDERAL DE 1988

O banco genético tem sido propalado como um instrumento essencial para a elucidação de crimes, como se todos os processos de investigação criminal necessitassem de uma análise de DNA. E mais do que isso, em 2019 apenas dez ações do Judiciário tiveram a presença efetiva do banco genético, uma proporção muito baixa para tanta propaganda e clamor das autoridades em torno do tema.

Claro está que a urgência é incompatível com a efetividade prática, portanto, o alargamento do banco genético deve obedecer a hierarquia das normas, o respeito ao ordenamento jurídico nacional e, acima de tudo, a Constituição Federal. Porém, como dissemos, o legislador não observa preceitos básicos como o procedimento das leis, o que pode ensejar uma aplicabilidade desvirtuada ou em contrariedade com a norma posta, assim, veremos como está o banco genético e suas implicações sob a ótica constitucional.

A Constituição Federal de 1988 tem um conjunto de dispositivos que são relacionados ao banco genético. Iniciaremos pelo art. 5º, X, ou seja, a questão da proteção a intimidade e a privacidade.

Constituição Federal. Art. 5º, X. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Complementarmente temos a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos prevê em seu artigo 2º:

- a) Cada indivíduo tem direito ao respeito de sua dignidade e direitos, quaisquer que sejam suas características genéticas.
- b) Esta dignidade humana impõe que não se reduza os indivíduos a suas características genéticas e que se respeite seu caráter único e sua diversidade.”

<sup>9</sup> CHEMALE, Gustavo; FRANCEZ, Pablo Abdon; JACQUES, Guilherme Silveira; SILVA, Eduardo Felipe Avila. *Genética Forense*. In: ESPINDULA, Alberi; GEISER, Gustavo Caminoto; VELHO, Jesus Antônio (org.). *Ciências forenses: uma introdução às principais áreas da criminalística moderna*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2013. p. 240.

De tal sorte que podemos considerar que a proteção constitucional se refere à intimidade e a vida privada, portanto, de início cabe indagar o que vem a ser intimidade e vida privada:

Intimidade<sup>10</sup>: Derivado do latim *intimus* (o mais profundo, estreito, íntimo), indica a qualidade ou o caráter das coisas e dos fatos, que se mostram estreitamente ligados, ou das pessoas, que se mostram afetuosamente unidas pela estima. A intimidade de uma pessoa não pode ser violada, porém, em tempos de controle, monitoramento eletrônico e banco genético, existe, de fato, uma proteção à intimidade?

Vida Privada<sup>11</sup>: Privado. Do latim *privatus*, de *privus* (próprio, particular, individual), na significação jurídica exprime o sentido de *individual* ou o que é próprio ou pertinente às pessoas, consideradas isoladamente, como indivíduos ou como *particulares*<sup>12</sup>. Sobre o tema Maria Garcia conceitua:

*A vida privada compõe aspectos da existência incidentes sobre algo que é público: a rua, a moradia em sua parte exterior, o local de trabalho e outros do mesmo teor e, bem assim, os atos relacionados a tais circunstâncias, os quais denotam, não obstante, uma área que é particular, relativamente a um indivíduo. Abrange também o aspecto profissional ou do trabalho das pessoas e, a não ser quando pelas mesmas requeridas (no seu próprio interesse ou, até, no interesse de outrem) – ou requisitadas por autoridade judicial, está vedado, à Administração ou quem quer que detenha informações dessa natureza liberá-las a quem não se contenha na hipótese constitucional<sup>13</sup>. (grifo do autor).*

Ainda sobre a vida privada temos a proteção conferida pelo Código Civil através dos artigos 12 e 21:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Os dados genéticos são informações históricas do ser humano, portanto, fazem parte da esfera íntima das pessoas que deve ser respeitada e protegida. Podemos relacionar a vida privada com a privacidade e sobre o assunto temos José Raul Gavião de Almeida:

*A proteção à privacidade consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar. A privacidade se liga ao conceito da intimidade como oásis da vida humana, onde se acolhem sentimentos e pensamentos fechados no coração e escondidos na mente. É onde se abriga o direito de estar só. A privacidade é o núcleo da vida interna, situa-se na esfera das convicções íntimas do indivíduo, como as religiosas e políticas, nas relações de convivência familiar e afetiva, nos costumes sexuais, hábitos, dados clínicos, enfim, naquele reduto que não se exterioriza na vida pública<sup>14</sup>. (grifo do autor).*

10 SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 437 e 438.

11 Privado (Do lat. *privatus*) 2. Particular, íntimo; que não é público ou que não tem caráter público: *propriedade privada*. || *Vida privada*, a que diz respeito particularmente ao indivíduo, à sua intimidade familiar. Grande Enciclopédia Larousse Cultural. São Paulo: Nova Cultural, 1998, v. 19, p. 4787.

12 SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 588.

13 GARCIA, Maria. O direito a certidões: limites constitucionais e a Lei 9.501, de 1995. O direito à inviolabilidade da vida privada. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 49, outubro-dezembro, 2004. p. 47.

14 ALMEIDA, José Raul Gavião de. Anotações acerca do direito à privacidade. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 678.

Assim, no que tange ao banco genético e a extração de DNA, significa que as pessoas não podem ter suas características gênicas extraídas contra sua vontade e, muito menos, de maneira genérica e indistinta. Há a necessidade de uma investigação cuja a análise de DNA seja preponderante para o deslinde do inquerito e a apuração de uma autoria ou exclusão de suspeito. Porém, não pode, por exemplo extrair o DNA de um acusado já na cadeia de custódia, por exemplo. Há o respeito à privacidade das pessoas, direito este garantido constitucionalmente.

A privacidade deve ser respeitada, como afirma José Afonso da Silva: “A privacidade como ‘o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem isso poder ser legalmente sujeito’<sup>15</sup>.”

Nesta esteira a Constituição Federal protege o material genético através do art. 225, §1º, II e V:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

(...)

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

Então, além de ser proibida a venda da identificação genética, a informação deve ser protegida e somente poderá ser utilizada mediante autorização judicial como elemento essencial para elucidação de um crime ou de sua autoria.

O [Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013](#) instituiu a identificação de criminosos que cometeram crimes violentos, além deste dispositivo temos o artigo 7º-C, §4º, [da Lei nº 12.037/09](#):

Art. 7º-C, §4º. Poderão ser colhidos os registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz dos presos provisórios ou definitivos quando não tiverem sido extraídos por ocasião da identificação criminal.

Ora, neste caso não temos uma violação flagrante a dois dispositivos constitucionais? O primeiro, o art. 5º, LXIII, o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. Este é o direito de não produzir provas contra si mesmo. E o segundo, o art. 5º, LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Sobre o direito de não autoincriminação o art. 8.2, letra “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos determinou que toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada.

15 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 188-189.

Sobre o tema Aury Lopes Jr.:

Através do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o sujeito passivo não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa. Não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita, etc.) etc. Por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízo ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência<sup>16</sup>.

Sobre o tema, ainda, como dissemos no tópico anterior, no Recurso Extraordinário nº 973.837, originado no estado de Minas Gerais, duas foram as questões levadas ao Supremo Tribunal Federal: 1) a violação do princípio constitucional da não autoincriminação e 2) por se tratar de coleta de material de quem já foi condenado e, portanto, não diz respeito à investigação em curso, trata-se de uma identificação criminal compulsória fora das hipóteses descritas no art. 3º da [Lei nº 12.037/2009](#). Ainda pendente de julgamento, o recurso teve sua repercussão geral reconhecida pelo Relator do feito, Min. Gilmar Mendes. Em sua manifestação, o Ministro frisou existirem limites dos poderes do Estado de coletar, examinar e catalogar DNA de suspeitos e condenados e utilizar essas informações para fins criminais que devem ser respeitados, portanto, quando o recurso for analisado poderemos ter uma nova regulamentação sobre o tema do banco genético.

Agora que vimos os principais pontos sob a ótica constitucional aprofundaremos as implicações do banco genético com um olhar criminológico.

#### 4 ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DO BANCO GENÉTICO

A mesma sociedade brasileira que reivindica mais punição, em sua maioria, considera o criminoso um elemento não recuperável para a convivência em sociedade, a ponto de constar no Anuário de Segurança pública de 2016 que para 57% da população “bandido bom é bandido morto”. Parece que o ex-ministro da justiça e segurança pública Sergio Moro teve como condão atender a essas reivindicações através da inserção transloucada no pacote anticrime do banco genético e suas consequências. Por que afirmamos ser um despau-tério? A intenção do ex-ministro foi criar uma análise criminológica dos condenados e dos acusados através do banco genético.

A real intenção foi desenvolver o perfil criminal de que todo condenado é naturalmente mau, afinal, pelo [Projeto de Lei nº 882/19](#) era obrigatória a coleta de material genético de todos os presos, mesmo os provisórios, para fins de banco genético. Em flagrante desrespeito, como já dissemos, às garantias individuais e à presunção de inocência. Ainda assim, mesmo com a retirada dos excessos, foi mantida a extração de DNA de condenados por crimes dolosos, o que, nas palavras do ex-ministro, em um *post*, via twitter, em abril de 2020: “*Propomos a extração do perfil genético (DNA) de todo condenado por crime doloso no Brasil. Significa passar um coto-*

<sup>16</sup> LOPES JÚNIOR., Aury. *Direito Processual Penal*. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 588.

*nete na boca do preso e enviar o material ao laboratório. Isso passa a compor um banco de dados, como se fosse uma impressão digital”. As pretensões dele eram elevadas, do que resta uma incógnita com o atual ministro, vez que o plano original, em novo twitter, era: “Temos já um banco de DNA no Brasil, mas muito modesto, com cerca de 20 a 30 mil perfis. Reino Unido tem seis milhões e Estados Unidos, doze milhões. Até o final do Governo, teremos nosso banco completo”.*

O objetivo precípua de um banco genético não é ter um catálogo de criminosos, mas sim, eliminar a possibilidade de condenar erroneamente pessoas por base de reconhecimento facial. Além disso, a presença de material genético pode elucidar crimes sexuais, porém não se pode usar esse arcabouço criminológico com desvios de finalidade. A presença de um banco genético não assegura, com precisão, quem pode ser culpado ou inocente, visto que, em uma cena de crime, pode conter vestígios de uma pessoa que consta no sistema, mas que não teve relação com o crime, senão somente com o local, por ter lá estado. Afinal, a cena de um delito é composta por material genético de diversos indivíduos que transitaram pelo local, portanto, além dos traços e vestígios da vítima haverá de terceiros, como a ciência poderá, corretamente, separar os suspeitos? Será que haverá prevalência na investigação daqueles que já estão no banco genético? Em uma presunção antecipada de culpa? Se for assim, como fica a presunção de inocência? Será que o material encontrado pertencerá, efetivamente, a um potencial culpado, ou apenas a uma pessoa que estava no lugar errado na hora errada?

O Banco genético pode ser utilizado como uma ferramenta válida, sem se descuidar que não é infalível e as informações lá constantes podem direcionar as investigações de maneira equivocada, veja por exemplo, a questão de gêmeos univitelinos, por serem originários da fecundação de um mesmo óvulo por um mesmo espermatozoide, o DNA nuclear destes indivíduos é exatamente o mesmo. Por isso, vamos tratar dos dispositivos a partir de uma perspectiva criminológica.

Para tanto, de início, o art. 28-A, §2º, II, do Código de Processo Penal:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

(...)

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

(...)

II – se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

Neste inciso algumas condutas saltam negativamente aos olhos: “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”. Será que o legislador sabe o que vem a ser conduta criminal habitual ou reiterada de acordo com a criminologia? Ou, deliberadamente, trouxe no ordenamento processual penal, através da Lei Anticrime, os ensinamentos de outros tempos de Cesare Lombroso? Será que, o real objetivo do legislador foi resgatar os

conceitos acerca dos criminosos habituais, por tendência ou fruto do meio como defendiam os criminólogos? Veja que a generalização é perigosa, pois, quando o legislador não é claro e apresenta conceitos sem uma definição específica ou um procedimento, as possibilidades de interpretações são variadas e os caminhos podem conduzir a realidades incompatíveis com o direito das garantias individuais, da intimidade e afrontam direitos constitucionais e bioéticos.

A utilização de características individuais ou mesmo físicas para justificar atos criminosos e culpabilizar pessoas, sobre o tema Garrido:

Estas características somadas às psicológicas instituíram a visão bio-psicológica da criminologia. Por desinformação ou, propositalmente, por questões ideológicas, a visão bio-psicológica foi utilizada com intuítos racistas e baseou discursos eugênicos como na sua vertente mais cruel, o nazismo<sup>17</sup>.

A questão que devemos ter uma perspectiva é que o banco genético deveria auxiliar, segundo Sergio Moro, a solucionar crimes, porém, analisemos alguns números: no primeiro semestre de 2020 o banco genético foi utilizado em 825 investigações. O kit de coleta do material genético custa R\$30,00, de acordo com o pretendido pelo ex-ministro somente para o banco genético seria necessário investimento de R\$22,5 milhões, porém, a questão que se coloca é: o banco genético é, de fato, um instrumento para redução da criminalidade? Aliás, segundo o VIII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, de junho de 2018, estavam disponíveis dez mil amostras de DNA de suspeitos de crimes no Brasil. Já haviam sido coletados, desde 2014, 6.800 vestígios. Mas apenas dez decisões judiciais foram tomadas calcadas nesse aparato.

A urgência se comparada à efetividade nos mostra que a justificação e a ânsia de se ter um banco genético não traduz em uma aplicação contínua e resoluta pelo Judiciário, o que pode questionar até a sua importância. Portanto, de posse de todo esse arcabouço normativo acerca da identificação genética a pergunta é: o banco genético é um ganho ou se trata de medida desnecessária à realidade penal e processual penal brasileira?

Para responder a essa indagação é necessário apresentar o art. 7º-A da [Lei nº 12.037/09](#):

Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá:

I – no caso de absolvição do acusado; ou

II – no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena.

A pretensão do Governo Federal é manter em seu banco de dados informações por vinte anos do cumprimento da pena, com qual objetivo? Qual a real intenção do legislador?

<sup>17</sup> GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. *Evolução dos processos de identificação humana: das características antropométricas ao DNA*. Genética na Escola, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p.38-40, fev. 2009. p. 38.

Se analisado isoladamente, o dispositivo pode ser justificado com a possibilidade de elucidação de novos crimes em que um outrora criminoso possa se envolver e o banco genético ser capaz de atestar sua culpa, ou ainda, excluir a mesma de acordo com o perfil genético armazenado.

Qual a justificativa para se reter o material genético por vinte anos? Qual o respeito à privacidade do egresso? Ele será por vinte anos considerado como um criminoso em potencial? Dentre a prevalência criminológica possível adotada, se pode deduzir que o Estado prevê que o egresso irá retornar ao sistema por uma reincidência criminosa? O que pode significar duas coisas: que o Estado admite que a ressocialização pretendida pelo cumprimento da pena não é alcançada, ou pior, se presume que o criminoso é naturalmente mau e por isso irá delinquir novamente, pois, será apenas uma questão de tempo.

Agora, acrescentamos mais um dispositivo ao tema: o art. 5º-A da [Lei nº 12.654/12](#):

**Art. 5º-A.** Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

Uma vez mais, a presença de um dispositivo analisado de maneira isolada não traz problemas, porém, se visto dentro de um contexto, o resultado é diametralmente oposto, já que o §1º afirma não ser permitida presença de traços somáticos ou comportamentais das pessoas, contudo, a simples menção à possibilidade enseja, uma vez mais, a volta de pensamentos criminológicos e abre precedentes para a utilização indevida de perfis genéticos, inclusive para invadir, sem prévia autorização, a intimidade de um grande número de pessoas que compartilham laços consanguíneos com este indivíduo constante no banco genético, sobre o tema Santana e Abdalla-Filho:

De uma amostra de impressão digital não se pode obter mais informações do que as puramente identificativas. Por outro lado, das amostras biológicas coletadas para análise de DNA com finalidade de identificação, pode-se estudar todas as informações genéticas daquele genoma, o que pode representar uma profunda intromissão na intimidade de um indivíduo<sup>18</sup>.

Toda a rede de parentesco do condenado estará exposta com base no armazenamento da sua informação genética, mesmo aqueles que nunca foram condenados, porém, possuem similitudes genômicas<sup>19</sup>, o genoma é o conjunto de DNA de uma célula ou de um organismo vivo, e é idêntico em todas as células de um mesmo

18 SANTANA, Célia Marques de; ABDALLA, Elias. Banco nacional de perfis genéticos criminal: uma discussão bioética. *Revista Brasileira de Bioética*, v. 8, n. 1-4, p. 31-46, 2012. DOI: <https://doi.org/10.26512/rbb.v8i1-4.7775>. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7775>. Acesso em: 20 set. 2021.

19 O ADN é a molécula que carrega toda informação genética de uma pessoa e subdivide-se em uma parte codificante e outra não codificante. A primeira indica todas as informações genéticas do seu titular, desde suas características físicas até a propensão a uma determinada doença. A segunda pode ser comparada a um código de barras que serve apenas para identificar, sem informar características. SCHIOCCHE, Taysa (coord.). Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. Projeto Pensando o Direito. Relatório n. 43. São Leopoldo: Ministério da Justiça, 2012, p. 13. apud LEMOS, Cristiane Chaves. A coleta de perfil genético como forma de identificação criminal – entre a lógica do controle e a fragilidade processual penal, p. 17.

organismo<sup>20</sup>. Como utilizar tal informação? Será que para a população periférica o uso dos marcadores genéticos que retiram elementos básicos do ser humano, podem ser utilizados para lhe colocar como potenciais criminosos?

Será que o Governo Federal almeja vincular a biologia ao comportamento social? A história nos mostra que tal combinação resultou em danos sem precedentes à humanidade.

Veja matéria do jornal *The New York Times* sobre a possibilidade de desvio de finalidade do banco genético:

Erin Murphy, da Universidade de Nova Iorque, expressou preocupação com esta forma de atuação policial. Uma investigação cuja abordagem “tem início com todos sendo suspeitos e, após, vamos verificar se podemos achar um crime cometido por eles – acredito que seja uma inversão profundamente problemática da forma como fazemos as coisas”, disse ela. Sra. Murphy acrescentou que este novo tipo de policiamento tem o potencial de aumentar preconceitos raciais perante o sistema de justiça criminal<sup>21</sup>.

No Brasil, o uso alargado do banco genético pode trazer implicações na abordagem policial repressiva, em especial, nas regiões periféricas e nas comunidades em que há uma verificação mais ostensiva com maior opressão e desconfiança para os jovens negros. Resta saber se o banco genético será um ganho ou mais um instrumento de opressão das autoridades policiais.

Agora, tratemos de alguns dispositivos que foram inseridos no ordenamento penal e processual brasileiro sobre o banco genético e que possuem profundo caráter criminológico ou com desrespeito flagrante às normas constitucionais vigentes da não autoincriminação ou violação à privacidade. Analisemos com parcimônia.

A legislação, em conformidade com a [Declaração Universal sobre o Genoma Humano](#) e os Direitos Humanos de 1997 e a [Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, de 2003](#), prevê a confidencialidade dos dados genéticos

Sobre o tema, a [Lei nº 12.037/09](#) estipula em seu artigo 7º-C, § 8º:

Art. 7º-C, §8º. Os dados constantes do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais terão caráter sigiloso, e aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial responderá civil, penal e administrativamente.

Para melhor se compreender o dispositivo é imperioso também verificar o art. 9º-A, §1º da [Lei de Execução Penal](#):

Art. 9º-A,  
§1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense.

20 CASABONA, Carlos María Romeo. *Do gene ao direito*. São Paulo: Ibccrim, 1999. p. 22.

21 “Erin Murphy, of New York University, expressed concern with this style of policing. An investigative approach that ‘starts with everybody’s a suspect, and then let’s go see if we can find a crime they’ve committed — I think that’s a deeply problematic inversion of how we do things,’ she said. Ms. Murphy added that this new type of policing was likely to exacerbate racial biases in the criminal justice system. HEATHER, Murphy. Coming Soon to a Police Station Near You: The DNA ‘Magic Box’. *The New York Times*, 21 jan. 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/01/21/science/dna-crime-gene-technology.html>. Acesso em: 20 set. 2021.



O primeiro problema que temos de tratar sobre o banco genético e a [Lei Anticrime](#) é o que já destacamos no primeiro tópico: a falta de procedimento. Afinal, veja o art. 9º-A, §1º, da Lei de Execução Penal, neste dispositivo se prevê que a regulamentação sobre o banco genético deverá constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, porém, qual são elas? Quais as penalidades para aqueles que não respeitarem o sigilo do material genético? Não há qualquer resposta na legislação, porque depende de uma regulamentação a ser criada, portanto, enquanto isso, a criminalidade pode se aproveitar para obter dados de seus inimigos, incriminar terceiros, mediante corrupção e suborno, já que não haverá punição prevista.

Na mesma esteira temos o §10 do art. 7º-C, da [Lei nº 12.037/09](#):

Art. 7º-C, §10. É vedada a comercialização, total ou parcial, da base de dados do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.

Aqui temos a extensão do apresentado acima, qual a punição para quem comercializa total ou parcialmente os dados do banco genético? Não se sabe, pois, uma vez mais, não há o procedimento ou a previsão legal na legislação. Então, há claramente uma porta aberta para a criminalidade, sem qualquer resposta estatal.

Por fim, a questão da obrigatoriedade, vejamos o artigo 9º-A, §4º e 8º da Lei de Execução penal:

Art. 9º-A, §4º. O condenado pelos crimes previstos no caput deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena.

8º. Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

A mesma previsão legal pode ser vista no art. 50, VIII da mesma Lei:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:  
VIII – recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Como se pode notar, a extração de dados genéticos é compulsória para os presos, no entanto, não há respeito à privacidade? Sobre o tema Aury Lopes Jr.:

A submissão do acusado a uma intervenção corporal sem seu consentimento seria o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão durante o interrogatório quando este decide se calar, caracterizando certamente um retrocesso nas garantias que já foram alcançadas, gerando uma prova ilícita. É por esse motivo que o argumento de “mínima lesividade física” na coleta do material genético, através da saliva ou um fio de cabelo, por exemplo, recai no mesmo retrocesso. Não é o aspecto físico da tutela constitucional que está em jogo, mas sim o direito fundamental de não autoincriminação<sup>22</sup>.

E Maria Elizabeth Queijo complementa: “consideram-se provas invasivas as intervenções corporais que pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não<sup>23</sup>”.

Aqui temos de diferenciar as coisas. O que prevê a legislação é a obtenção compulsória da extração de DNA para os presos condenados por crimes dolosos contra a vida. Nesse caso, há autorização para tal procedimento e seu consequente armazenamento no banco genético. Todavia, lembre-se que o ex-ministro da justiça e segurança pública tinha o objetivo de obter a identificação genética de TODOS os acusados e condenados.

Neste caso, as observações de Aury Lopes Jr. são lapidares, porque a autoincriminação não pode existir e a [Constituição Federal de 1988](#) prevê a proteção da intimidade e da intimidade para todos os brasileiros, portanto, as pretensões de Sergio Moro eram claramente inconstitucionais.

Importante destacar que não somos contrários ao uso das tecnologias que a sociedade da informação<sup>24</sup> desenvolve e moderniza, porém, nem tudo que é inserido e possui sucesso em outros países podem e devem ser incorporados à nossa realidade cotidiana, afinal, há a necessidade de respeitar a cultura de nosso país, nossos costumes e, acima de tudo, nossa legislação vigente.

O banco genético, como vimos, tem suas potencialidades e poderá ser muito útil, contudo, o legislador, como de praxe, foi omissivo ao não estabelecer o procedimento e as penalidades em caso de desvios do uso e, especialmente, o comércio do material genético. São lacunas perigosas que podem ser de grande valia para o crime organizado transnacional, as facções criminosas para a incriminação de adversários, ameaças a familiares, sequestros e localização de inimigos e outras finalidades escusas.

O legislador prevê o uso das tecnologias sem ter em conta que as mesmas também estão à disposição da criminalidade organizada internacional e que em tempos de globalização, deep e dark web, não ter proteção para o banco genético pode inviabilizar a própria utilização do mesmo.

Ademais, sem o respeito à Constituição, a questão da privacidade e da não autoincriminação, a extensão da obtenção do material genético para os demais presos e acusados fora os condenados por crimes dolosos contra a vida é um vilipêndio constitucional, tanto pela questão da violação da privacidade, da não incriminação, como também, pela presunção de culpa, já que pela pretensões do pacote anticrime até os presos provisórios deveriam ingressar no banco genético, portanto, se fossem absolvidos sua amostra genética lá estaria guardada e disponível para um possível novo delito, em uma clara presunção de que aquela pessoa é um criminoso em potencial e que as pessoas são naturalmente más, quando, em verdade, o caminho deve ser exatamente o inverso, a inocência deve ser presumida, o benefício da dúvida e o crer na bondade humana são os princípios

23 QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 290.

24 Deram nascimento à sociedade da informação em que hoje habitamos; tornaram possíveis as cidades e subúrbios em que residimos; uniram os quatro cantos do globo em um único mundo e criaram novas divisões sociais entre os quem têm ou não acesso ao mundo alta tecnologia. GARLAND, David. **Lacultura del control**: crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 142.

que permeiam as relações sociais. Do contrário teremos a volta não apenas da criminologia da Lombroso, como do Direito Penal do inimigo.

Que se invista em tecnologia, em novos métodos de investigação sem descurar do arcabouço protetivo erigido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

## CONCLUSÃO

Não prever o procedimento abre portas indesejadas e potencialmente danosas. Na questão do banco genético e da Lei Anticrime, há um flerte perigoso com o Direito Penal do Inimigo e suas consequências. O legislador brasileiro falha reiteradamente ao criar leis incompatíveis com uma aplicação imediata.

O banco genético pode ser um ganho para as polícias e auxiliar sobremaneira para a elucidação de crimes, contudo, sua mera previsão legal será insuficiente para alcançar tal intento, afinal, a questão da análise de material genético é apenas parte da complexa equação da segurança pública, porque, sem o devido investimento em tecnologias e em um banco de dados eficiente e integrado nacionalmente, a efetividade do banco genético não apenas será reduzida como o dinheiro investido para sua formação terá um alcance limitado.

O Brasil convive com questões graves no tocante a segurança pública. Falta material humano, há déficit nas polícias civil, militar e federal na quase totalidade dos Estados brasileiros. Muitos problemas estruturais, como falta de equipamentos, manutenção, munição insuficiente, armamento desatualizado, instalações precárias, aparato tecnológico incompleto e mais uma gama de problemas que têm prevalência sobre investimentos tecnológicos no banco genético.

Como vimos, seu custo e implantação é custoso e o Estado Democrático de Direito possui variados problemas que igualmente carecem de investimento, portanto, qual será a ordem de importância? E mais, sem proteger o banco genético a ação dos criminosos estará sem responsabilização, o banco estará desguarnecido, não existe pena para o comércio ilegal.

O Estado se preocupa em instituir uma medida, mas em fornecer proteção e instrumentos adequados para sua aplicação, aí não é a prioridade premente. O Legislador precisa modificar seu *modus operandi*, as inovações tecnológicas serão sempre bem vindas se melhorarem o que já existe, mas, sem trazer ainda mais controvérsias e problemas ao já complexo ordenamento penal brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Raul Gavião de. Anotações acerca do direito à privacidade. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BRASIL. **Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm). Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009.** Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm). Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Banco nacional de perfis genéticos do MJSP ajuda na identificação de autor de estupro em São Paulo.** 29 jul. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/banco-nacional-de-perfis-geneticos-do-mjsp-ajuda-na-identificacao-de-autor-de-estupros-em-sao-paulo>. Acesso em: 13 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Banco nacional de perfis genéticos:** uma ferramenta eficiente para elucidação de crimes. 25 abr. 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1556212211.45>. Acesso em: 13 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil:** subsídios para o Pacto Nacional pela Redução de Homicídios. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/244-relatorios/5989-enasp-diagnostico-da-investigacao-de-homicidios-no-brasil-2012>. Acesso em: 20 set. 2021.

CASABONA, Carlos María Romeo. **Do gene ao direito.** São Paulo: Ibccrim, 1999.

CHEMALE, Gustavo; FRANCEZ, Pablo Abdon; JACQUES, Guilherme Silveira;

SILVA, Eduardo Felipe Avila. **Genética Forense.** In: ESPINDULA, Alberi; GEISER, Gustavo Caminoto; VELHO, Jesus Antônio (org.). **Ciências forenses:** uma introdução às principais áreas da criminalística moderna. 2. ed. Campinas: Millennium, 2013.

CORAZZA, Thaís Aline Mazetto; CARVALHO, Gisele Mendes de. A identificação genética dos civilmente identificáveis como meio de prova de autoria. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado,** Maringá, v. 14, n. 2, p. 413-434, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3621> Acesso em: 20 set. 2021.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento nacional de informações penitenciárias infopen – junho de 2014.** Brasília, 2015. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em: 7 ago. 2020.

GARCIA, Maria. O direito a certidões: limites constitucionais e a Lei 9.501, de 1995. O direito à inviolabilidade da vida privada. **Revista de Direito Constitucional e Internacional,** São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 49, outubro-dezembro, 2004.

GARLAND, David. **Lacultura del control:** crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona: Gedisa, 2005.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. **Evolução dos processos de identificação humana: das características antropométricas ao DNA.** *Genética na Escola,* Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p.38-40, fev. 2009.

GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. São Paulo: Nova Cultural, 1998, v. 19.

HEATHER, Murphy. Coming Soon to a Police Station Near You: The DNA ‘Magic Box’. **The New York Times,** 21 jan. 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/01/21/science/dna-crime-gene-technology.html>. Acesso em: 20 set. 2021.

KADANUS, Kelli. Como a recusa do congresso em ampliar o banco de dna de condenados favorece o crime. **Jornal Gazeta do Povo,** 11 jan. 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/banco-de-dna-condenados-retirado-pacote-anticrime-consequencias/>. Acesso em: 13 ago. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JÚNIOR., Aury. **Direito Processual Penal.** Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MAHAMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 20, n. 98, p. 339-360, set. 2012.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTANA, Célia Marques de; ABDALLA, Elias. Banco nacional de perfis genéticos criminal: uma discussão bioética. **Revista Brasileira de Bioética,** v. 8, n. 1-4, p. 31-46, 2012. DOI: <https://doi.org/10.26512/rbb.v8i1-4.7775>. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7775>. Acesso em: 20 set. 2021.

SCHIOCCHET, Taysa (coord.). **Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. Projeto Pensando o Direito.** Relatório n. 43. São Leopoldo: Ministério da Justiça, 2012.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

# SEÇÃO VII

## O PLANEJAMENTO FAMILIAR NA VISÃO DAS MULHERES

## SUMÁRIO SEÇÃO VII

**INTRODUÇÃO**

O PLANEJAMENTO FAMILIAR NA VISÃO DAS MULHERES .....1185

*RENATA MOTA MACIEL**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES**PATRICIA PACHECO RODRIGUES**SAMIRA RODRIGUES P. ALVES***CAPÍTULO 1**

EQUIDADE E CORRESPONSABILIDADE NA FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....1186

*ANGELA VIDAL GANDRA MARTINS**LÍLIA NUNES DOS SANTOS***CAPÍTULO 2**

O RECONHECIMENTO DA IGUALDADE DE GÊNERO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR: UM ESTUDO DECORRENTE DA CONCEPÇÃO EVOLUTIVA DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA.....1193

*KARIM REGINA POSSATO***CAPÍTULO 3**

A MULHER NA FAMÍLIA CONSTITUCIONAL 30 ANOS DEPOIS: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 226 DA CFRB/88 A PARTIR DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ..... 1206

*DÓRIS GHILARDI**ISADORA GOMES DE ASSIS**RENATA RAUPP GOMES***CAPÍTULO 4**

DA FAMÍLIA E DO PLANEJAMENTO FAMILIAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA LEGISLATIVO BRASILEIRO ..... 1219

*CARLA MATUCK BORBA SERAPHIM**IRMA PEREIRA MACEIRA***CAPÍTULO 5**

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO DIRETRIZ DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES: UM ESTUDO DAS FAMÍLIAS RECOMPOSTAS NO BRASIL ..... 1231

*BREEZY MIYAZATO**RITA DE CÁSSIA RESQUETTI TARIFA ESPOLADOR***CAPÍTULO 6**

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E OS DESAFIOS PARA A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA FEMININA ..... 1243

*CINTIA BARUDI LOPES***CAPÍTULO 7**

ISONOMIA ENTRE OS CÔNJUGES: UMA CONQUISTA DA MULHER RECONHECIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..... 1255

*ISA GABRIELA DE ALMEIDA STEFANO**SANDRA LIGIAN NERLING KONRAD*

**CAPÍTULO 8**

DIREITOS REPRODUTIVOS DAS MULHERES A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....1267  
*ZENAIDE MAIA*

**CAPÍTULO 9**

DIREITO À REPRODUÇÃO É UM DIREITO SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO? .....1274  
*CAMILA SANTOS CURY*

**CAPÍTULO 10**

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO DE JANAÍNA APARECIDA QUIRINO ..... 1286  
*FERNANDA GARCIA ESCANE*  
*TEREZINHA DE OLIVEIRA DOMINGOS*

**CAPÍTULO 11**

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE À LUZ DO § 5º DO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A REALIDADE JURÍDICO-SOCIAL DA MULHER NO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR ..... 1300  
*CLARICE MORAES REIS*

**CAPÍTULO 12**

DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS: HISTÓRICOS, GARANTIAS E OBSTÁCULOS NO BRASIL .....1309  
*AMANDA LUIZE NUNES SANTOS*  
*ANA CAROLINA LESSA DANTAS*  
*BRUNA SANTOS COSTA*

**CAPÍTULO 13**

AVANÇOS E RECUOS NA PROcriação medicamente assistida e gestação de substituição em Portugal..... 1323  
*CRISTINA DIAS*  
*ROSSANA MARTINGO CRUZ*

**CAPÍTULO 14**

OS DEBATES JUDICIAIS DO DIREITO AO ABORTO NO BRASIL: JULGANDO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO? .....1366  
*ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA*  
*MELINA GIRARDI FACHIN*

**CAPÍTULO 15**

DIREITO HUMANO À LIBERDADE E A PRÁTICA ABORTIVA COMO GARANTIA DOS DIREITOS DAS MULHERES .....1383  
*MAGDA MARINA FERREIRA HOFSTAETTER*

**CAPÍTULO 16**

COMO OS ESTUDOS CULTURAIS E DECOLONIAIS DEMONSTRAM O QUÃO IMPORTANTE SERIA UM OLHAR FEMINISTA PARA QUE AS NORMAS E A INTERPRETAÇÃO DELAS PUDESSE EFETIVAMENTE GARANTIR O DIREITO DAS MULHERES: O CASO DO ABORTO DECORRENTE DE VIOLÊNCIA SEXUAL..... 1391  
*GRAZIELA TAVARES DE SOUZA REIS*

**CAPÍTULO 17**

ATIVISMOS FEMINISTAS E A QUESTÃO DO ABORTO PROVOCADO NA CONSTITUINTE E DEPOIS ..... 1404  
*CECILIA M. B. SARDENBERG*

**CAPÍTULO 18**

IMPACTOS DO MACHISMO NO ACESSO AO ABORTAMENTO LEGAL NO BRASIL: DISFUNÇÕES NO EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA ..... 1431

*MÓNICA AGUIAR*

*AMANDA BARBOSA*

**CAPÍTULO 19**

DA POSSIBILIDADE DAS FAMÍLIAS QUE SE ENCONTRAM NA FILA PARA ADOÇÃO FUNCIONAREM COMO FAMÍLIAS ACOLHEDORAS ..... 1445

*JANAÍNA PASCHOAL*

**CAPÍTULO 20**

INTERPRETACIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL AL DERECHO DE CORRECCIÓN EN LA FAMILIA, EN EL MARCO DEL MOVIMIENTO POR LA ABOLICIÓN DEL CASTIGO FÍSICO ..... 1458

*LUZ ESTELA TOBÓN BERRIO*



# INTRODUÇÃO

## O PLANEJAMENTO FAMILIAR NA VISÃO DAS MULHERES

**Renata Mota Maciel**

**Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques**

**Patrícia Pacheco Rodrigues**

**Samira Rodrigues P. Alves**

Além da Lei Maria da Penha, tem-se várias outras legislações com intervenção direta no âmbito familiar, como por exemplo: o Estatuto da Criança e do Adolescente que também trata sobre os conselhos tutelares, o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante; o Estatuto do Idoso; o Estatuto da Pessoa com Deficiência, entre outros.

Essa legislação é um reflexo de que no Brasil, as meninas além de sofrer violência doméstica, ainda são vítimas do casamento infantil, por essa razão é importante explicitar a evolução jurídica das formas de tratamento legislativo dispensado à criança e ao adolescente: da fase da absoluta indiferença à doutrina da proteção integral. Assim como a observância dos compromissos firmados pelo Brasil no plano internacional em relação a abolição da exploração do trabalho infantil de caráter estritamente econômico e elevação progressiva da idade mínima de admissão para o trabalho e o emprego.

Na vigência do Código de Menores (Lei 6.697/79) se misturavam vitimizadores infratores e vitimizados por abandono e maus-tratos para aplicação da doutrina da “situação irregular”, todos tidos na mesma condição recolhidos às entidades de internação do sistema da Fundação Estadual para o Bem-Estar do Menor (Febem). Ele advém da criação de institutos para “menores”, termo até hoje tido como estigmatizante na cultura nacional.

Portanto, a legislação juvenil foi baseada na política de saúde higienista, aprofundando ainda mais o processo de exclusão social de pessoas economicamente desfavorecidas, equiparando famílias pobres às famílias disfuncionais e tratando os seus meninos e meninas como menores criminosos. Eles eram considerados como problemas sociais a serem resolvidos, tanto os menores, quanto seus familiares marginalizados.

Na atualidade, felizmente as demandas do papel de pai estão interferindo cada vez mais no ambiente privado. Contudo, ainda no âmbito doméstico é direta a responsabilidade das mulheres na educação e cuidado dos filhos. Não há uma preocupação sobre as atitudes e motivações masculinas em relação à violência doméstica, assim como a exposição dos filhos a essa violência, bem como os impactos causados nas novas gerações, em face da transmissão intergeracional de violência.

De extrema relevância são os estudos de como as desigualdades dos homens e das mulheres no mundo do trabalho são diretamente relacionadas às desigualdades no interior da família. Na organização atual da sociedade contemporânea ainda vigora a percepção da vida social como sendo dividida em duas esferas separadas e distintas, a dicotomia do público e privado.

# CAPÍTULO 1

## EQUIDADE E CORRESPONSABILIDADE NA FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Angela Vidal Gandra Martins

Lília Nunes dos Santos

### 1 INTRODUÇÃO

Um dos ideais mais desejados na contemporaneidade, tanto no âmbito dos direitos humanos, como na esfera política, e, principalmente na promoção de políticas públicas familiares, é a consecução de uma efetiva igualdade entre homens e mulheres.

Ainda que possa parecer racional e razoável afirmar que as pessoas humanas têm em comum os mesmos direitos e deveres, idênticas capacidades naturais, uma intimidade semelhante, inteligente e livre<sup>1</sup>, e ao mesmo, a condição de sua sexualidade, que lhe afeta não só no plano biológico mas espiritual e anímico, significando uma riqueza social, a construção cultural não acompanhou esta racionalidade no tempo.

A luta pela igualdade foi tomando corpo paulatinamente, elevando-se à medida em que foi encontrando uma resistência disfarçadamente sutil, ou, violentamente ostensiva, porém, talvez, em uma direção autoafirmativa e opositiva. Ainda que inúmeras conquistas tenham sido justamente efetivadas, como por exemplo o óbvio direito ao voto e a ser votada, os meios – e alguns fins – continuam sendo questionados, até mesmo por sua desarmonia e ineficácia. Martha Nussbaum oferece uma breve análise filosófica em seu artigo publicado na **Boston Review**, denominado “The Weakness of the Furies<sup>2</sup>”.

Nesse sentido, temos trabalhado com um novo enfoque interativo, para (re)construir o diálogo entre homem e mulher em todos os âmbitos da vida política, econômica e social, começando pela família. De fato, é impossível negar as palpáveis injustiças que se constata, incluindo a violência. Porém, parece-nos que é possível questionar as relações humanas a partir de sua natureza racional para obter conquistas estáveis. Para tal, vemos dois caminhos que parecem se apresentar como eficazes: a projeção da própria identidade como riqueza – contra fatos não há argumentos – e a construção dialógica, sustentada pelo direito, ambas a serem projetadas através de políticas públicas que, com todo respeito à liberdade, ofereçam boa informação e condições para promover a devida equidade.

1 YEPES, Ricardo; ARANGUREN, Javier. **Fundamentos de Antropologia**. Um ideal de Excelência Humana. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Ramon Llull, 2005. p. 284.

2 NUSSBAUM, M. The Weakness of the Furies. **Boston Review**, February 19, 2020.

Passamos a discorrer brevemente sobre o tema.

## 2 IGUALDADE ENTRE HOMEM E MULHER NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A plataforma jurídica que nos oferta a Carta Magna favorece a proposta. Nesse sentido, destacamos dois artigos:

a. Artigo 5º e seu inciso I:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais perante a lei, em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição<sup>3</sup>;

b. Artigo 226, § 5º:

A família é a base da sociedade e em especial proteção do Estado.

§ 5º – os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Os artigos são claros. A dificuldade, porém, encontra-se na implementação.

Não desejamos adentrar no que se refere genericamente ao tema da igualdade, mas concentrar-nos em sua efetivação no lar.

Nesse sentido, destacamos primeiramente o impacto cultural na esfera doméstica, cuja herança não é exclusiva, encontrando-se presente em vários países do continente e além.

Focamos ainda mais especificamente no ingresso da mulher no campo de trabalho, que exigiu uma reformulação prática da vida conjugal, além do impacto jurídico no novo Código Civil<sup>4</sup>.

Uma tradição em que o homem era o provedor e a mulher, cuidadora, foi adquirindo uma nova configuração, porém, mais opositiva do que complementar.

Não se pode negar a ótica desequilibrada nas distintas esferas profissionais, ainda que a mulher tenha paulatinamente conquistado espaços decisivos – embora não totalmente a voz –, por sua perseverança, como na vida acadêmica, nas empresas, ou, timidamente ainda, na vida política. Porém, sua forma de lutar fora do lar foi estendida ao convívio doméstico, com a consequente reação.

Certo oportunismo político antagonista regou as relações sociais com reivindicações, muitas vezes mal fundamentadas e beligerantes, o que foi dificultando cada vez mais o diálogo e a composição do novo cenário.

Quantos direitos e deveres subjacentes no artigo 226 têm sido reiteradamente desprezados, a começar do respeito mútuo até a implementação de uma efetiva corresponsabilidade no lar.

3 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Imprensa Nacional, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 set. 2021 (grifo nosso).

4 MELO, Monica. O Princípio da igualdade entre mulheres e homens e seu impacto no Novo Código Civil Brasileiro. In: *Direitos humanos no cotidiano jurídico*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2004. p. 13 e ss.

Nesse sentido, gostaríamos de fazer um breve diagnóstico do problema para, em seguida, apresentar uma proposta prática a ser promovida através de uma política pública voltada para estabelecer o equilíbrio.

### 3 DIAGNÓSTICO DO PROBLEMA

Múltiplos são os papéis exercidos por homens e mulheres na sociedade atual. Todavia, porque o trabalho e a família ocupam a centralidade da vida, existe uma necessidade intrínseca a cada pessoa adulta em obter o equilíbrio entre o exercício profissional e a participação familiar. Os desafios para o alcance deste equilíbrio tornaram-se ainda mais evidentes devido às mudanças ocorridas, tanto na composição e na dinâmica familiar, quanto na organização do mundo do trabalho<sup>5</sup>.

Isto porque o modelo atual passou a exigir, gradativamente, o envolvimento do homem e da mulher no sustento econômico da família, de modo que o homem passou a não ser o provedor exclusivo, assim como a mulher não é a única responsável pelas tarefas domésticas e de cuidado com os filhos, como no modelo tradicional.

É possível observar, igualmente, a existência de uma multiplicidade de arranjos familiares, como os domicílios monoparentais decorrentes da crescente presença de mulheres chefes de família, assim como famílias extensas e os domicílios unipessoais.

Outras realidades que ensejam o aumento das responsabilidades familiares são o crescente envelhecimento populacional e a maior incidência de doenças crônicas, os quais fazem surgir a necessidade de conferir maior apoio às pessoas idosas por parte dos membros da família que estão em idade ativa<sup>6</sup>.

Também as mudanças ocorridas no mercado de trabalho tornaram ainda mais desafiante e dificultosa a conciliação entre o trabalho e a família, visto que os trabalhos antes considerados estáveis, com jornadas bem definidas e estruturadas, deram lugar a um cenário de insegurança e instabilidade no emprego com jornadas de trabalho carecedoras de previsibilidade<sup>7</sup>.

Neste sentido, inúmeras são as consequências da ausência de políticas públicas e de medidas organizacionais de conciliação trabalho-família apontadas pela Organização Internacional do Trabalho<sup>8</sup>.

Na perspectiva dos trabalhadores e de suas famílias, identifica-se o prejuízo ao cuidado e à atenção de crianças, familiares idosos ou com deficiência. Com relação às mulheres, o adiamento da maternidade, a redução do número de filhos, a busca de apoio entre familiares e vizinhos, a redução da jornada de trabalho com

5 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Equilíbrio trabalho e família**. 2009. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/temas/g%C3%AAnero-e-ra%C3%A7a/WCMS\\_302653/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/temas/g%C3%AAnero-e-ra%C3%A7a/WCMS_302653/lang--pt/index.htm). Acesso em: 17 ago. 2020.

6 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Equilíbrio trabalho e família**. 2009. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/temas/g%C3%AAnero-e-ra%C3%A7a/WCMS\\_302653/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/temas/g%C3%AAnero-e-ra%C3%A7a/WCMS_302653/lang--pt/index.htm). Acesso em: 17 ago. 2020.

7 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Equilíbrio trabalho e família**. 2009. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/temas/g%C3%AAnero-e-ra%C3%A7a/WCMS\\_302653/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/temas/g%C3%AAnero-e-ra%C3%A7a/WCMS_302653/lang--pt/index.htm). Acesso em: 17 ago. 2020.

8 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Equilíbrio trabalho e família**. 2009. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/temas/g%C3%AAnero-e-ra%C3%A7a/WCMS\\_302653/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/temas/g%C3%AAnero-e-ra%C3%A7a/WCMS_302653/lang--pt/index.htm). Acesso em: 17 ago. 2020.

provável redução da renda e da possibilidade de crescimento profissional, e a opção por trabalhos informais, passaram a ser estratégias buscadas para conciliar a vida profissional e familiar.

No tocante aos homens, a assunção de responsabilidades familiares fez surgir, equivocadamente, o distanciamento da noção de “trabalhador ideal”, passando a ser vistos como menos comprometidos com o trabalho.

Inúmeras são, ainda, as implicações negativas ocasionadas às organizações, à sociedade, bem como à economia e ao desenvolvimento do país<sup>9</sup>, com destaque para os impactos à saúde física e mental do trabalhador e à diminuição da sua produtividade, que ensejam o aumento de gastos para as organizações e para o Estado, assim como, em uma análise macro, afetam a produtividade, a competitividade e a trajetória de crescimento do país.

Como demonstrado, esta realidade implica em um impacto direto nas relações intrafamiliares, especificamente no tocante ao crescimento da participação masculina nas demandas do ambiente doméstico do lar. Todavia, a participação feminina permanece em ascensão<sup>10</sup>.

Neste contexto, cada vez mais se torna necessário o diálogo e o compartilhamento das expectativas de cada membro da família de modo a promover a corresponsabilidade no lar e, conseqüentemente, o florescimento pessoal e profissional de cada individual adulto, com desdobramentos para o bem-estar da família, o aprimoramento do trabalho e o desenvolvimento social e econômico no país.

A respeito deste ponto, vale notar que a conquista da equidade e da corresponsabilidade no lar decorre de uma relação familiar fortalecida pela reciprocidade, pelo amor e pelo diálogo. A reciprocidade, por sua vez, é consequência direta da natureza de cada ser humano como fim em si mesmo, conforme a formulação kantiana:

O ser humano tem a pretensão de ser um fim em si mesmo, de ser reconhecido como tal pelos demais e de não ser utilizado meramente como meio para outros fins. Nisto [...] está o fundamento da absoluta igualdade entre os seres humanos.<sup>11</sup>

Prossegue Barzotto, concluindo que “esta igualdade faz com que cada um se considere em uma relação de reciprocidade com os demais: cada um deve tratar o outro como fim”<sup>12</sup>. O vínculo familiar é especificamente marcado por uma qualidade de tratamento do outro como fim, diante do qual a pessoa assume deveres específicos e permanentes, de cuidado, respeito e valorização, baseados na celebração da aliança conjugal ou das relações de filiação e consanguinidade dela decorrentes.

9 As organizações podem ser afetadas por situações como absenteísmo, atrasos, alta rotatividade, falta de motivação e diminuição da produtividade de seus funcionários. Algumas das consequências para as sociedades são a queda da taxa de natalidade; prestação inadequada de cuidados a pessoas dependentes, o que afeta sua saúde e desenvolvimento; desigualdade de oportunidades e de tratamento entre homens e mulheres no mercado de trabalho; restrição das possibilidades de inserção no mercado de trabalho e de geração de renda, sobretudo para famílias de baixa renda, com conseqüente aumento do número de famílias em situação de pobreza e vulnerabilidade social; e aumento da delinquência. Há também consequências negativas para as economias nacionais e o desenvolvimento, uma vez que são afetadas a produtividade, a competitividade e a trajetória de crescimento dos países. Além disso, a médio e longo prazos, a falta de equilíbrio entre os domínios do trabalho e da família pode implicar no aumento dos gastos públicos com bem-estar, educação compensatória e enfrentamento da delinquência.

10 De acordo com o IBGE (2020b), uma comparação entre 2016 e 2019 aponta que dentre os homens houve um aumento dos que fazem trabalhos domésticos de 71,9% para 78,6%, bem como um aumento também dentre as mulheres (de 89,8 para 92,1%). Ao levar em conta a faixa etária, o maior percentual dos que realizam afazeres domésticos diz respeito a pessoas de 25 a 49 anos.

11 KANT, Immanuel. *Probable Início de la História Humana*, 1994, apud BARZOTTO, Luiz F. O conceito de fraternidade. In: ORBEN, Douglas J. *et al. A Invenção da modernidade*. Porto Alegre: Editora Fi, 2017. p. 162.

12 BARZOTTO, Luiz F. O conceito de fraternidade. In: ORBEN, Douglas J. *et al. A Invenção da modernidade*. Porto Alegre: Editora Fi, 2017. p. 162.

O Estado não tem, portanto, o poder de impor diretamente a vigência destas condições, intervindo no âmbito doméstico e privado, na medida em que isso distorceria o próprio *ethos* de doação e compromisso que caracteriza o vínculo da família.

Contudo, o Estado tem o dever de prover políticas que proporcionem condições para o fortalecimento dos vínculos familiares que são fundamento para as relações de cooperação e colaboração no seio da família.

Essa atuação estatal deve ser, além disso, de natureza subsidiária. Isso significa que cada ação ou normatização deve promover a autonomia e a responsabilidade da família como protagonista na solução de seus desafios, evitando que a mesma seja absorvida ou substituída por esferas sociais superiores.

A Secretaria Nacional da Família desenvolveu um programa específico que não pretende impor o exercício da corresponsabilidade no lar, mas fomentar políticas organizacionais de equidade entre homens e mulheres no mundo do trabalho e que proporcionem o equilíbrio trabalho-família para ambos, de modo a favorecer o fortalecimento das relações e a consequente cooperação entre os membros da família.

#### 4 PROGRAMA DE EQUILÍBRIO TRABALHO-FAMÍLIA

O equilíbrio trabalho-família se refere, portanto, à situação na qual é possível ao indivíduo realizar as expectativas relacionadas tanto ao seu papel de profissional quanto de membro participativo de uma família, sendo essas expectativas negociadas e compartilhadas com seus parceiros nos domínios do trabalho e da família<sup>13</sup>.

Com o objetivo de fomentar o equilíbrio entre responsabilidades familiares e profissionais no Brasil, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos instituiu o **Programa de Equilíbrio Trabalho Família**, por meio da Portaria nº 2.904, de 13 de novembro 2020.

O Programa é estruturado em três componentes: as Ações de Educação em Equilíbrio Trabalho-Família; o Selo Empresa Amiga da Família; e o Prêmio Melhores Práticas em Equilíbrio Trabalho-Família.

As **Ações de Educação em Equilíbrio Trabalho-Família** visam promover informação, sensibilização e formação em temáticas relacionadas ao equilíbrio entre trabalho e família, aos gestores, trabalhadores e famílias, a partir da disponibilização de materiais informativos, campanhas e eventos de sensibilização e formação, bem como oferta de cursos em modalidade presencial ou a distância.

O **Selo Empresa Amiga da Família (SEAF)**, por sua vez, objetiva reconhecer publicamente as empresas estabelecidas em território nacional que se mostram comprometidas com o equilíbrio trabalho-família, por meio do lançamento, nos anos ímpares, de edital enfatizando um rol específico de práticas organizacionais de equilíbrio trabalho-família em cada edição.

13 GRZYWACZ, J. G.; CARLSON, D. S. Conceptualizing work–family balance: implications for practice and research. *Advances in Developing Human Resources*, v. 9, n. 4, 2007. DOI: <https://doi.org/10.1177%2F1523422307305487>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1523422307305487>. Acesso em: 23 set. 2021.

O **Prêmio Melhores Práticas em Equilíbrio Trabalho-Família** tem por finalidade identificar, premiar e incentivar a disseminação de práticas organizacionais de equilíbrio trabalho-família que sejam eficazes, inovadoras e replicáveis por outras organizações. Assim como o Selo, o Prêmio também possui periodicidade bienal, porém o lançamento do edital ocorre nos anos pares, com temática específica a cada edição.

As duas últimas iniciativas são direcionadas tão somente às organizações. O público-alvo dos editais compreende as empresas privadas, considerando matriz e filiais, caso haja, e que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, exceto os Micro Empreendedores Individuais (MEI); e empresas estatais do Poder Executivo Federal, Estadual, Distrital ou Municipal.

Parece-nos que a criação de uma cultura de equilíbrio trabalho-família pode favorecer, a partir da sociedade civil, uma forma de inspirar e sedimentar a igualdade que preconiza o referido artigo da Constituição.

## 5 CONCLUSÃO

Desde o primeiro momento, empreendemos nosso trabalho a partir do Poder Executivo em harmonia com os demais Poderes, conforme preconiza nossa Constituição em seu artigo 2º. Nesse sentido, aproveitando a pauta oferecida pela Carta Magna – afinal, entendemos como o jusfilósofo Lon Fuller, Catedrático de *Jurisprudence* da *Harvard Law School*, que a forma no Direito liberta<sup>14</sup> –, adentramos no tema, convocando os Poderes para trabalhar em conjunto, dentro de suas competências, visando a promoção saudável e prática dessa igualdade.

O artigo 226, § 5º, em sua clareza, apresenta o tema dentro do princípio da generalidade<sup>15</sup>, servindo de plataforma para apontar para o equilíbrio entre direitos e deveres e oferecendo uma moldura e um norte para as políticas públicas.

Ao mesmo tempo, a atividade executiva busca também a implementação do arcabouço constitucional através da atividade legislativa, levando o tema como sugestão ou apoio a projetos legislativos, como, por exemplo, a licença parental estendida. Trabalhando em harmonia, parece-nos também que programas desse teor podem ir criando jurisprudência positiva.

Cabe-nos, em etapa histórica de nosso país, que conta por primeira vez com um Ministério focado na Família, criar uma nova cultura, a partir de um cultivo consciente e pedagógico do valor e transcendência da família como base da sociedade, e de sua real e efetiva proteção e projeção pelo Estado.

Nesse sentido, é preciso um *call for action* de todos os atores envolvidos, sendo impossível uma mera justaposição entre poderes, empresas, sociedade civil organizada etc., para que se promova em todos os âmbitos o equilíbrio trabalho família, tão necessário tanto para a produtividade quanto para as boas relações humanas em sociedade, que, por sua vez, têm sua origem na família.

14 RUNDLE, Kristen. *The Papers of Lon Fuller*. Harvard Law School Library, Box 12, Folder 1 apud RUNDLE, Kristen. *Forms Libertate. Reclaiming Lon's Fuller Jurisprudence*. Oxford: Hart Publishing, 2012 p. 1.

15 FULLER, Lon. *The Morality of Law*. New York: Fawcett, 1964. p. 59 et seq.

Por outro lado, é preciso enfrentar um *background* já instalado, que ainda não incluiu totalmente a mulher de forma equitativa e satisfatória.

Partindo, portanto, da base constitucional oferecida, que por sua vez reflete profundamente a antropologia humana, o programa proposto não só fortalece a base dos direitos humanos, mas promove diretamente o principal objetivo de uma política pública familiar: o fortalecimento de vínculos.

É apenas um passo, que, porém, também já tem repercutido no âmbito internacional, como, por exemplo, na “*Partnership for Families*”, lançada na ONU, com o protagonismo do Brasil – e que também vem sendo acompanhada pela OIT –, trazendo como um dos principais focos de discussão a equidade e a corresponsabilidade no lar, podendo ser decisivo para a implementação prática do art. 226, §5º, tão necessário para que ambos nele contemplados gozem efetivamente do que lhes é devido, por oferecer-lhes condições para que possam desempenhar seu papel insubstituível no lar, em harmônica e serena relação, e, ao mesmo tempo, fazer sua total diferença na sociedade, por sua particular contribuição, através de uma próspera projeção profissional.

## REFERÊNCIAS

- BARZOTTO, Luiz F. O conceito de fraternidade. In: ORBEN, Douglas J. *et al.* **A Invenção da modernidade**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Imprensa Nacional, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 set. 2021.
- FULLER, Lon. **The Morality of Law**. New York: Fawcett, 1964.
- GRZYWACZ, J. G.; CARLSON, D. S. Conceptualizing work–family balance: implications for practice and research. **Advances in Developing Human Resources**, v. 9, n. 4, 2007. DOI: <https://doi.org/10.1177%2F1523422307305487>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1523422307305487>. Acesso em: 23 set. 2021.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Outras formas de trabalho 2019**. Rio de Janeiro. 2020.
- KANT, Immanuel. Probable inicio de la historia humana. In: **Ideas para una historia universal em clave cosmopolita y otros escritos sobre filosofia de la historia**. Madri: Tecnos, 1994.
- MELO, Monica. O Princípio da igualdade entre mulheres e homens e seu impacto no Novo Código Civil Brasileiro. In: **Direitos humanos no cotidiano jurídico**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2004.
- NUSSBAUM, Martha. The Weakness of the Furies. **Boston Review**. February 19, 2020.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Equilíbrio trabalho e família**. 2009. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/temas/g%C3%AAnero-e-ra%C3%A7a/WCMS\\_302653/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/temas/g%C3%AAnero-e-ra%C3%A7a/WCMS_302653/lang--pt/index.htm). Acesso em: 17 ago. 2020.
- RUNDLE, Kristen. **Forms Libertate. Reclaiming Lon’s Fuller Jurisprudence**. Oxford: Hart Publishing, 2012.
- RUNDLE, Kristen. **The Papers of Lon Fuller**. Harvard Law School Library, Box 12, Folder 1.
- YEPES, Ricardo; ARANGUREN, Javier. **Fundamentos de Antropologia**. Um ideal de Excelência Humana. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Ramon Llull, 2005.



## CAPÍTULO 2

# O RECONHECIMENTO DA IGUALDADE DE GÊNERO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR: UM ESTUDO DECORRENTE DA CONCEPÇÃO EVOLUTIVA DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA

Karim Regina Possato

### INTRODUÇÃO

O tema central do presente estudo é o entendimento da Instituição da Família na pós-modernidade e a compreensão do poder familiar a partir do pressuposto da igualdade de gênero como condição para o seu exercício, fator que decorreu da promulgação da Carta Política brasileira em 1988.

Decerto as discussões sobre os desígnios da família e a prevalência das convicções sobre a educação dos filhos e a condução da entidade familiar são fatores de potencialização dos conflitos familiares na medida em que as discordâncias entre os adultos em união são observadas. Propor, portanto, a sedimentação da consensualidade como medida de eficiência do poder familiar revela-se importante no mesmo passo em que reforça a família enquanto Instituição que é.

Nessa direção, aplicando-se o método dialético de produção científica, amparado em levantamentos bibliográficos, históricos, normativos e jurisprudenciais, o trabalho será desenvolvido com o seccionamento do tema em 3 (três) momentos distintos.

Assim, primeiramente, buscar-se-á a contextualização jurídico-social da família desde os primórdios da civilização até a promulgação da Constituição Federal de 1988, identificando-se as características da entidade familiar como base da sociedade civil ocidental, assim como a formação da família brasileira no Império e na República e suas transformações ao longo do Século XX.

A seguir, o estudo abordará a transmutação do paradigma fundamental da Família, inicialmente calcada no casamento e, atualmente, sedimentada no afeto, o que permitirá verificar se o equilíbrio e o consenso são fatores inerentes ao exercício do poder familiar compartilhado.

Por fim, a compreensão histórica da família e de seu processo evolutivo e paradigmático permitirão o delineamento e a conformação do poder familiar na atual realidade jurídico-social brasileira que, a despeito das

tendências supressoras decorrentes da sociedade da informação e da comunicação, conduzirão ao circunstanciamento da condição de igualdade de gênero no exercício do poder familiar.

## 1 A FAMÍLIA E O CONTEXTO JURÍDICO-SOCIAL DE SUSTENTAÇÃO ATÉ A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A família, base da sociedade, sofreu mudanças ao longo do tempo, pois está relacionada ao contexto jurídico-social de cada período em que esteve inserida. No passado, cada membro da unidade familiar desempenhava uma função específica e de acordo com o seu gênero, diferentemente do que se verifica na atualidade. Com o passar do tempo, a concepção patrimonialista, em que a figura do homem preponderava ante a da mulher, foi modificada profundamente, transportando a família para um espaço em que o gênero não mais assume protagonismo algum.

### 1.1 A FAMÍLIA COMO NÚCLEO BASE DA SOCIEDADE CIVIL OCIDENTAL

De fato, as modificações nas relações sociais e interpessoais no transcorrer dos séculos conduzem à identificação clássica, segundo Engels (1982), de três grandes estágios na evolução cultural: *(i)* o estado selvagem, em que predominou a apropriação dos produtos naturais prontos para a utilização; *(ii)* o estado bárbaro, quando aparecem a agricultura e a domesticação dos animais, com avanço nas formas de trabalho humano e incremento da produção com a exploração dos recursos da natureza; e *(iii)* o estado de civilização, que corresponde ao período da indústria, à elaboração cada vez mais complexa dos produtos naturais e ao surgimento das artes.

Segundo o autor, a evolução da família equivale a uma redução constante do círculo de convivência que, originariamente, abarcava a tribo inteira e, com o tempo, passou a abranger somente a comunidade conjugal entre os sexos.

No Estado Selvagem, a estrutura era grupal, onde cada homem pertencia a todas as mulheres e cada mulher pertencia a todos os homens. À Barbárie, corresponderia ao que se classifica por família sindiásmica, em que ocorre a redução do grupo a sua unidade, o par formado pelo casal. Por fim, no estágio de Civilização, o modelo familiar correspondente é o monogâmico, com predominância do homem, com objetivo expresso de procriação e preservação da propriedade acumulada pela sucessão hereditária.

Note-se que os dois primeiros estágios, o Selvagem e a Barbárie, são baseados em condições naturais, e o estágio de Civilização, ao contrário, baseia-se em condições econômicas. Nesse contexto, a família passou a ter finalidade voltada à produção, fator que representa, em última análise, a prevalência da propriedade privada sobre a propriedade comum, primitiva, originada espontaneamente. Portanto, a unidade familiar assumiu, a partir do estabelecimento do estágio de civilização, uma função econômica na sociedade.

É com esse alinhamento que a família conjugal, monogâmica, foi considerada o grupo primário, estrutura originária da sociedade ocidental atual, assumindo, até mesmo, um caráter garantidor de ordem e autoridade, inclusive, com fins políticos, a exemplo do papel das famílias reais ao longo da história.<sup>1</sup>

## 1.2 A FAMÍLIA BRASILEIRA IMPERIAL E REPUBLICANA: A SUBSERVIÊNCIA DA MULHER

No Brasil não foi diferente. A estrutura econômica do período colonial era apoiada no capitalismo mercantil e, por isso, tendenciosa à manutenção do poder patrimonial por meio da propriedade e da exploração lucrativa da terra, linha oposta à das relações capitalistas de produção que se aprimoravam na Europa.

No nordeste brasileiro, cujos engenhos de cana-de-açúcar protagonizaram a utilização da mão de obra escrava, os grupos familiares destacavam-se como unidade produtiva e donos de capital a ser investido no manejo e desbravamento do solo, o que acentuava a função social e a influência exercida pela família.<sup>2</sup>

Inegável, também, a influência de Roma e do Direito Canônico. No Império e República Romanos, a família se estruturava a partir da figura marcante do patriarca, chamado *pater familias*, detentor de total autoridade sobre aquele núcleo. Era o *pater familias* líder político e jurisdicional que exercia o domínio pleno de seus filhos e esposa, inclusive sobre sua vida e morte, *vitae necisque potestas*, podendo, não menos, determinar os desígnios da linhagem com os casamentos da prole. Tal condição sofreu influência direta da religião católica com a potencialização proporcionada pelo sacramento do matrimônio<sup>3</sup>.

Assim, a família no Brasil adquiriu, também, características ligadas à religião, cujo reflexo sedimentou-se no dever de fidelidade entre os cônjuges e na indissolubilidade do matrimônio, especialmente a partir de 1827, ano em que o [Decreto Imperial de 3 de novembro](#) determinou a observância das disposições do Concílio de Trento sobre esse sacramento.

A fusão do casamento religioso, católico, e os direitos advindos dessa circunstância perduraram até a edição do [Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890](#), pelo Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, quando se instituiu o casamento civil no Brasil desvinculado dos atos da Igreja Católica, especialmente do Concílio Tridentino<sup>4</sup>.

As uniões, portanto, passavam a ser reguladas somente pelo direito brasileiro, não mais pela Igreja. Entretanto, o atributo da legitimidade era conferido somente às famílias constituídas originalmente por força do casamento. O artigo 56 do [Decreto nº 181/1890](#) informava o seguinte:

1 CHOMBART DE LAUWE, Paul-Henri; CHOMBART DE LAUWE Marie-José. A evolução contemporânea da Família: estruturas, funções, necessidades. In: *Análise Social, revista do instituto de ciências sociais da universidade de Lisboa*. Vol. III, 1965. pp. 475-500.

2 FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala*: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48. ed. rev. São Paulo: Global, 2003.

3 Recomenda-se a leitura da sessão XXIV do Concílio Ecumênico de Trento (1545-1563), que estabelece a doutrina e os cânones sobre o sacramento do matrimônio na Igreja Católica. Disponível em: <http://www.montfort.org.br/bra/documentos/concilio/trento/#sessao24>. Acesso em 15 out. 2020.

4 O Decreto 181 de 24 de janeiro de 1890 foi promulgado durante o governo provisório do Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, constituído pelo Exército e pela Armada. Foi um governo de transição do Brasil Império para o Brasil República. Daí a desvinculação do instituto do casamento do sacramento do matrimônio da Igreja Católica. Sinalizava-se, então, a laicidade do Estado brasileiro. Além disso, o casamento passava a ter seus efeitos jurídicos oriundos das leis positivas, enquanto o matrimônio continuava consistindo num dos sacramentos da Igreja Católica, desvinculado das leis brasileiras, ligado, tão somente, ao direito canônico.

Art. 56. São efeitos do casamento:

§ 1º Constituir família legítima e legitimar os filhos anteriormente havidos de um dos contrahentes com o outro, salvo si um destes ao tempo do nascimento, ou da concepção dos mesmos filhos, estiver casado com outra pessoa.

Com isso, alienadas as relações familiares havidas fora do casamento, sem reconhecimento jurídico da mulher e seus filhos, esses tidos como bastardos e, conseqüentemente, alijados da sucessão. Isso porque a influência do direito romano e canônico caracterizou o viés patrimonial e patriarcal da família como resultado do matrimônio, que, também, nas palavras de Samara<sup>5</sup>, representava a união de interesses com o fim de manter prestígio e estabilidade social.

Nesse modelo, a mulher casada ocupava um lugar de sujeição ao marido, chefe da família, que tinha por princípio a preservação da linhagem e da honra familiar, exercendo autoridade sobre todos os integrantes do núcleo. Era o homem o responsável pela manutenção econômica e pelo próprio sustento da família, que o fazia a partir do desenvolvimento de atividades laborais. A mulher, portanto, ocupava papel secundário, com sua função econômica reduzida, voltada à administração do lar e à educação dos filhos, sendo-lhe imposta a permanência no interior da casa, em estado de dependência.

Essa assertiva é corroborada pelo contexto social da época, caracterizado por uma sociedade fundiária, patriarcal, hierarquizada e fortemente marcada pelo cristianismo, ainda que, como já visto, formalmente laica a partir da promulgação do [Decreto nº 181 de 1890](#).

Tais características foram lastreadas, valoradas e positivadas no sucedâneo [Código Civil de 1916 \(Lei federal nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – CC/16\)](#), que, como antes, reconheceu legítima e juridicamente perfeita apenas a família fundada no casamento, excluindo-se as demais formas de unidade familiar: “Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”<sup>6</sup>.

Igualmente, era o marido titular de direitos sobre a mulher, como a autorização para que ela praticasse determinados atos, autorização para alienação ou gravação de ônus reais dos imóveis de seu domínio particular, para postular em juízo, exercer profissão, contrair obrigações etc., assim como a ele competia a representação legal da família, a administração dos bens e a fixação do seu domicílio:

CC/16

Art. 233. **O marido é o chefe da sociedade conjugal.**

Compete-lhe:

I. A representação legal da família.

II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).

<sup>5</sup> SAMARA, Eni de Mesquita. **As mulheres, o poder e a família**. São Paulo. Século XIX. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura de São Paulo, 1989. p. 87.

<sup>6</sup> O CC/16 reafirmou o que já propugnava o artigo 54 do Decreto nº 181 de 1890 ao considerar legítima a família advinda do casamento, excluindo as demais relações, e, além disso, atribuindo legitimidade somente aos filhos comuns do casal; mesmo assim, se os filhos comuns tivessem sua concepção antes do casamento, sua legitimidade só seria válida se os pais efetivamente se casassem.

- III. O direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, n° IV).
  - IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, n° II, 242, n° VII, 243 a 245, n° II, e 247, n° III).
  - V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.
  - Art. 242. **A mulher não pode, sem autorização do marido:**
    - I. Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher.
    - II. Alienar, ou gravar de onus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens.
    - III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra.
    - IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado.
    - V. Aceitar tutela, curatela ou outro munus público.
    - VI. Litigiar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251.
    - VII. Exercer profissão.
    - VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal.
- (destacou-se)

Detinha, também, o marido o pátrio poder sobre os filhos e seus bens, competindo-lhe dirigir sua educação e criação, tê-los em sua companhia e guarda, decidir sobre seu matrimônio, entre outros, podendo-lhes exigir obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, cumprindo-lhe, ainda, a administração de seus bens, sendo que, nesse contexto, a mulher exercia papel subsidiário nos desígnios da família, ou seja, assumindo responsabilidades na falta ou impedimento do marido, como se verifica no Código Civil do início do Século XX:

CC/16

Art. 380. Durante o casamento, **exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família** (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

[...].

Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I. Dirigir-lhes a criação e educação.
  - II. Tê-los em sua companhia e guarda.
  - III. Conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento, para casarem.
  - IV. Nomear-lhes tutor [...].
  - V. Representa-los nos atos da vida civil.
  - VI. Reclama-los de quem ilegalmente os detenha.
  - VII. Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.
- [...].

Art. 385. O pai e, na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225. (destacou-se)

Além disso, o Estado, reafirmando a importância da família, já a apontava como a célula fundamental da sociedade, protegendo-a e enaltecendo-a por meio de seu ordenamento jurídico como instituição independente até mesmo das pessoas que a integravam (GAMA 2007), a ponto de quase atribuir-lhe personalidade própria<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> A exemplo disso, no caso de declaração de nulidade, o casamento deveria receber um curador para defendê-lo, como preceituava o artigo 222 do CC/16: “Art. 222. A nulidade do casamento processar-se-á por ação ordinária, na qual será nomeado curador que o defenda”.

### 1.3 AS TRANSFORMAÇÕES DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA AO LONGO DO SÉCULO XX: O PROTAGONISMO DA MULHER E O EQUILÍBRIO DAS RELAÇÕES DE PODER

Apesar de toda a proteção do ordenamento jurídico, é certo que a constituição das famílias passou a sofrer desvios dos padrões até então estabelecidos: pai, mãe e filhos conviventes em uma mesma moradia, voltados à transmissão de bens e riquezas, manutenção de prestígio e estabilidade social. Isso porque era considerável a quantidade de famílias chefiadas por mulheres viúvas, pois os maridos morriam muito antes de suas esposas (consequência do matrimônio contraído, normalmente, no início da juventude); além disso, muitas vezes, elas eram abandonadas pelos próprios maridos, que buscavam novas frentes de riqueza e lavoura no interior do Brasil e não mais voltavam, formando, por vezes, novos núcleos familiares, sem reconhecimento legal até então.

Somando-se a isso, as transformações sociais ocorridas no período da Revolução Industrial, da metade do século XIX até o final da Segunda Guerra Mundial, impuseram ao Estado a necessidade de potencialização da atividade operária por parte do proletariado, demandado a exercer seu ofício na indústria, com o consequente esvaziamento das atividades rurais. Dessa forma, além do fim do trabalho escravo no mundo, a mulher passou a sair de casa e a trabalhar efetivamente, exercendo, junto do marido, a função econômica da família.

No entanto, o vínculo familiar constituído a partir do casamento continuava indissolúvel, admitindo-se somente a desconstituição da sociedade conjugal com a promoção da ação judicial própria de desquite<sup>8</sup>, como previa a Lei federal nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil de 1916 – CC/16), como se verifica abaixo:

**Art. 315. A sociedade conjugal termina:**

I – Pela morte de um dos cônjuges.

II – Pela nulidade ou anulação do casamento.

III – **Pelo desquite**, amigável ou judicial.

Parágrafo único. **O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges**, não se lhe aplicando a presunção estabelecida neste Código, art. 10, segunda parte. (destacou-se)

Apesar disso, aos poucos, a independência econômica da mulher colocou-a no mesmo patamar de autoridade em relação ao marido, fator que se transformou em vetor de vitimização dela própria na medida em que os conflitos conjugais decorriam do conflito de autoridade instalado no núcleo familiar. A mulher viu-se autônoma e apta a se afastar e se responsabilizar economicamente por sua família, sem a presença do marido.

Essa condição de autonomia, que já era inerente à mulher no final do século XX, foi, mais ainda, amplificada no direito brasileiro ao se normalizar o divórcio, possibilitando a dissolução das sociedades conjugais e **do casamento**, como se verifica no artigo 2º da Lei federal nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977:

**Art 2º. A Sociedade Conjugal termina:**

I – pela morte de um dos cônjuges;

<sup>8</sup> Mesmo assim, a mulher poderia promover tal ação somente em situações muito restritas, como o adultério, a tentativa de morte, a sevícia, ou injúria grave, e o abandono voluntário do lar conjugal durante 2 (dois) anos contínuos.

II – pela nulidade ou anulação do casamento;

III – pela separação judicial;

IV – **pelo divórcio.**

Parágrafo único. O **casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.** (destacou-se)

Com isso, as transformações da concepção de família como consequência exclusiva do casamento, e o resultante reconhecimento do equilíbrio de direitos e deveres entre homens e mulheres no exercício das funções familiares, especialmente em relação aos filhos, clamavam pela ordenação jurídica do Estado.

## 2 A SUBSTITUIÇÃO DO PARADIGMA DO CASAMENTO PELO AFETO COMO FUNDAMENTO DA FAMÍLIA

Com o advento da Constituição Federal de 1988 no Brasil (CF/88), a união estável **entre o homem e a mulher** foi reconhecida, além do casamento, como entidade familiar, assim como a constituição monoparental da família, formada por quaisquer dos pais e de seus descendentes, destacando-se que, **pela primeira vez, se reconheceu na Carta Política a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher no âmbito da sociedade conjugal**, incluindo-se aí o poder familiar. A igualdade de gêneros, portanto, passava a consistir num pressuposto de aplicação do poder familiar.

É de se notar, também, que, a partir da CF/88, os filhos havidos ou não da relação do casamento, assim como os adotados, passaram a ter os mesmos direitos e qualificações, prevalecendo, com isso, a isonomia entre todos, vedando-se qualquer discriminação designativa relacionada à filiação (§ 6º do artigo 227 da CF/88).

Disso decorre, também, o dever da família de assegurar à sua prole (enquanto constituída de crianças, adolescentes e jovens) direitos fundamentais, como a saúde, a alimentação, a educação, o lazer, a liberdade e, em especial, a convivência familiar (*caput* do artigo 227 da CF/88), obrigações que refletem o exercício do próprio poder familiar, que inclui a obrigação dos pais de assistirem, criarem e educarem os filhos menores (artigo 229 da CF/88).

Passa-se, então, a entender a formação do núcleo familiar em decorrência das relações de afeto, não mais vinculadas essencialmente às questões patrimoniais como no período do século XIX até a segunda metade do século XX, o que não significa dizer que a base patrimonial da relação familiar tenha sido esquecida. Ao contrário, a composição da entidade familiar tem, também, como escopo a autossuficiência e o acúmulo de riquezas com o fim de sustentar seu patrimônio; entretanto, essa questão econômica passou a ser o meio de garantia do vínculo afetivo existente na relação entre os conviventes.

Mudou-se o paradigma, pois, antes de 1988, a formação familiar tinha como fim a constituição patrimonial, ao passo que, após a nova concepção constitucional, a finalidade da relação familiar voltou-se ao afeto e, como garantia de sua manutenção, o patrimônio passou a exercer papel secundário.

De igual modo, no final do século XX, o Estado brasileiro, regulamentando a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, estabeleceu como critérios para o seu reconhecimento a convivência duradoura, pública e contínua, **de um homem e uma mulher**, estabelecida com objetivo de constituição de família, reafirmando-se a isonomia de direitos e deveres entre ambos (Lei federal nº 9.278, de 1º de maio de 1996).

Com o início do século XXI e a edição da nova legislação civil em 2002<sup>9</sup>, a dissolução do casamento foi, mais uma vez, potencializada com a dinamização do procedimento do divórcio, admitindo-se, a partir de 2007, sua ocorrência sem a necessidade de jurisdição nos casos de consensualidade e inexistência de filhos menores ou incapazes do casal, nos termos da Lei federal nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, que acrescentou o artigo 1.124-A ao então vigente Código de Processo Civil (Lei federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973)<sup>10</sup>.

Até esse momento, o fator biológico foi determinante para estabelecer os vínculos de parentalidade entre pais e filhos. No entanto, com o protagonismo do Supremo Tribunal Federal (STF) e a edição da Lei federal nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014<sup>11</sup>, a afetividade ganhou espaço para marcar essas relações, possibilitando a composição de núcleos familiares multiformes, multiparentais e homoafetivos.

Nesse sentido, o STF (2020, p. 66) apontou o seguinte:

[...] a partir do regime constitucional inaugurado em 1988, o modelo de família patriarcal, centrado no vínculo indissolúvel do casamento, foi substituído pelo **paradigma do afeto, que propiciou o reconhecimento dos mais variados formatos de família construídos pelos próprios indivíduos em suas relações afetivas interpessoais, permitindo o fim do engessamento dos arquétipos familiares**. (destacou-se)

Nesse esteio, as relações familiares passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada integrante, pois a efetividade das normas constitucionais implica a defesa dos organismos sociais e familiares, conformação que passa a guiar o Direito de Família por novos princípios, como o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º da CF/88), o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, e art. 226, §5º, CF/88), o princípio da solidariedade (art. 3º, inciso I, CF/88), o princípio da paternidade responsável (art. 226, §7º, CF/88), o princípio do pluralismo das entidades familiares (art. 226, §§3º e 4º, CF/88), o princípio da tutela especial à família, independentemente da espécie (art. 226, *caput*, CF/88), o dever de convivência familiar (art. 227, *caput*, CF/88), a proteção integral da criança, do adolescente e do jovem (art. 227, *caput*, CF/88) e a isonomia entre os filhos (art. 227, §6º, CF/88).

Foi nesse universo que afloraram as discussões sobre as igualdades de gênero, advindas do protagonismo da mulher em seu processo de libertação, estabelecendo-se como norte não somente o equilíbrio de direitos e

9 Lei federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o novo Código Civil (CC/02).

10 Atualmente, o divórcio, a separação e a extinção de união estável consensuais efetivados por meio de escritura pública encontram-se regulados no artigo 733 da Lei federal nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil – CPC).

11 Alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.



deveres entre homens e mulheres, mas entre as pessoas, independentemente do gênero ou de sua orientação sexual. Assim, o afeto tornou-se o paradigma e a condição para o estabelecimento da família.

### 3 O PODER FAMILIAR NA NOVA REALIDADE JURÍDICO-SOCIAL: FAMÍLIAS RECOMPOSTAS

Como já visto anteriormente, sob a orientação da Carta Magna de 1988, pela aplicação de todos os princípios, direitos e deveres relativos à família, foi revogado o CC/16, sobrevivendo o CC/02. Nele o casamento passou a ser entendido como o instituto em que o homem e a mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família<sup>12</sup>, sem, entretanto, fixar-lhe a regra de legitimação.

Destarte, o efeito jurídico do casamento deixou de ser a constituição da “família legítima”, reclassificado como a comunhão plena de vida baseada na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges<sup>13</sup>. Por consequência, entende-se, também, a família como o instituto do qual decorre a comunhão de vida<sup>14</sup>, sendo o casamento apenas uma das formas de seu reconhecimento. Tanto é assim que o CC/02, em obediência à CF/88 (artigo 226, §6º), estabeleceu e regulou as relações afetivas à união estável:

CC/02

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na **convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família**. [...]

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão **aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos**. (grifos meus)

Com isso, os direitos e deveres dos pais para com os filhos passaram a pertencer ao casal, sem mais a atribuição de função de acordo com o gênero. Houve, portanto, a descentralização do poder atribuído, no passado, ao pai (pátrio poder) para concentrá-lo no seio familiar, por meio do exercício do poder familiar a ser exercido compartilhadamente pelo casal, conforme se verifica no artigo 1.634 do CC/02 ao tratar do tema:

Art. 1.634. **Compete a ambos os pais**, qualquer que seja a sua situação conjugal, **o pleno exercício do poder familiar**, que consiste em, quanto aos filhos:

- I – dirigir-lhes a criação e a educação;
- II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

<sup>12</sup> Art. 1.565 do CC/02 – “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

<sup>13</sup> Art. 1.511 do CC/02 – “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

<sup>14</sup> Art. 1.513 do CC/02 – “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na **comunhão de vida instituída pela família**” (destacou-se). Daí decorre o entendimento de que não é mais a família a finalidade precípua do casamento, e sim a comunhão de vida a finalidade da família. Como o casamento estabelece a comunhão plena de vida, podemos entender que a formação de uma família também é um dos reflexos do ato do casamento, não mais um fim em si mesmo.

- VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (destacou-se)

Na mesma linha, estabeleceu o mesmo códex que os cônjuges devem<sup>15</sup>, um ao outro, reciprocamente, fidelidade, vida em comum no domicílio conjugal, **mútua assistência, o sustento, guarda e educação dos filhos** e o respeito e consideração mútuos, **devendo a sociedade conjugal ser dirigida pelo casal<sup>16</sup>, em colaboração e no interesse dos filhos.**

No alinhamento constitucional, a **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e Adolescente – ECA), em seu artigo 22, abarcou a mesma obrigação, destacando-se a alteração promovida pela **Lei federal nº 13.257**, de 8 de março de 2016, que sedimentou a igualdade de gênero entre mãe e pai, ou os responsáveis, quanto aos direitos, deveres e responsabilidades, que devem ser compartilhados e direcionados ao cuidado e à educação da criança, como se verifica no artigo 22 do ECA:

Art. 22. **Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores**, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.  
Parágrafo único. **A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança**, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) (destacou-se)

Destarte, o legislador procurou estabelecer deveres compartilhados entre cônjuges e entre companheiros que convivam em união estável. Em verdade, esses elementos constituem requisitos subjetivos que condicionam e legitimam a união, quais sejam, a convivência *more uxorio* e o *affectio maritalis*. Em linhas simples, a convivência *more uxorio* é a vida comum, compartilhada entre duas pessoas com a clara intenção de comungarem plenamente tal união, ao mesmo tempo em que demonstram por meio de afeto mútuo, traduzido por atos e intenções públicos, o ânimo de constituírem uma família, *affectio maritalis*.

Assim, fundadas no afeto, diversas concepções de entidades familiares podem aflorar, tais como as decorrentes das relações homoafetivas, a comunidade de qualquer dos pais com seus filhos, a comunidade formada pelos filhos que sobreviveram aos pais, a convivência dos avós com os netos etc.

Sobre tal abrangência, leciona Maria Berenice Dias<sup>17</sup>:

**A correção de rumos foi feita pela Constituição Federal, ao outorgar proteção não mais ao casamento, mas à família. [...]. Restou o afeto inserido no âmbito de proteção do sistema jurídico.** Limitou-se o Constituinte a citar expressamente as hipóteses mais frequentes – as uniões estáveis entre

15 Art. 1.566 do CC/02 – São deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e consideração mútuos.

16 Art. 1.567 do CC/02 – A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

17 DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade** – o que diz a Justiça. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. pp. 13-14.

um homem e uma mulher e a comunidade de qualquer dos pais com seus filhos – sem, no entanto, excluir do conceito de entidade familiar outras estruturas que têm como ponto de identificação o enlaçamento afetivo. **O caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.** Assim, não há como deixar de reconhecer que a comunidade dos filhos que sobreviveram aos pais ou a convivência dos avós com os netos não constituem famílias monoparentais. Da mesma forma não é possível negar a condição família às uniões de pessoas do mesmo sexo. (destacou-se)

A Suprema Corte Brasileira, em decisão unânime proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF, cujo acórdão data de 5 de maio de 2011, reconheceu a legitimidade da entidade familiar oriunda da união homoafetiva para pacificar o fato de que a CF/88 não limita a formação da família a casais homo ou heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa, destacando-se que, nas palavras do relator, o Ministro Carlos Ayres Brito, é marcada “pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade”, “do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo”.

Nesse contexto, o reconhecimento da igualdade de gênero e conseqüente igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, ou melhor, entre os adultos que integram a família, é preponderante e constitui o pressuposto para o exercício do poder familiar pelos pais na defesa dos interesses e no desenvolvimento de seus filhos.

### 3.1 NOTAS SOBRE TENDÊNCIAS POSSÍVEIS ACERCA DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO

Outro fator que merece destaque e não pode ser relativizado neste momento de reflexão é a necessidade de ponderação acerca da revolução tecnológica que a sociedade tem vivenciado nas últimas 2 (duas) décadas. De fato, o desenvolvimento dos meios tecnológicos de informação e comunicação tem diminuído consideravelmente a distância virtual entre as pessoas.

Especialmente em tempos de pandemia de Covid-19, as tecnologias digitais têm assumido papel relevante nos relacionamentos interpessoais e familiares. Mas, ao mesmo tempo em que permite a manutenção do vínculo familiar extensivo, o afastamento físico entre as pessoas potencializa as ligações virtuais com terceiros, enfraquecendo as relações afetivas no âmbito da própria família na medida em que se expande o universo virtual.

Esse movimento de expansão relacional virtual individual denota a ampliação do espectro social em proporções amplificadas, permitindo, por indução, entender, de modo prospectivo, que a família e o próprio poder familiar tendem a se dissolver cada vez mais ante a difusão da tecnologia<sup>18</sup>, o que se coaduna com a premissa

<sup>18</sup> A expansão da virtualização da realidade como vetor de transformação social permite o vislumbre, cada vez mais próximo, da existência de clones mentais (ROTHBLATT, 2016) e de máquinas dotadas de capacidade humana, com cognição e sentimentos, o que caracteriza, também, o transumanismo denominado por Maia (2017).

inicial de Engels (1982) ao se estabelecer que a evolução da família equivale à constante redução do círculo de convivência. Mas esse é um ponto que merece outro estudo...

## CONCLUSÃO

Inegável é a concepção da Família como o núcleo essencial da própria sociedade pós-moderna. A despeito das possíveis tendências identificadas a partir da sedimentação da sociedade da informação e da comunicação do século XXI, buscou-se, neste breve estudo, a compreensão da entidade familiar desde os primórdios aos dias atuais.

Assim, com o estabelecimento da sociedade civil, a legitimação da Instituição da Família, especialmente a família brasileira, ocorria somente com a formalização da união matrimonial do casal constituído de homem e mulher. Nesse contexto, o homem concentrava os poderes decisórios sobre filhos e, inclusive, sobre a mulher, essa convivente em estado de dependência e subserviente ao marido.

Com a desvinculação da religião do processo de legitimação do casamento no início do século XX e o desenvolvimento da economia e da indústria, especialmente na segunda metade do século passado, a mulher passou a exercer papel preponderante na sustentação da entidade familiar e, num processo de libertação, deixou de depender financeiramente do marido, colocando-se em patamar equivalente a ele.

A CF/88, por sua vez, rompeu o paradigma da família advinda do casamento, até então sua única fonte de legitimação jurídica, para reconhecer outras formas de concepção, substituindo o pátrio poder concentrado no pai pelo poder familiar compartilhado entre homem e mulher.

O desenvolvimento do tema, por sua vez, permitiu a sedimentação do entendimento jurídico de que o afeto, e não mais o casamento, é o ponto de inflexão da Família, enquanto Instituição que é, dando-lhe o amparo necessário para sua legitimidade e, por consequência, permitindo o reconhecimento de diversas formas de entidade familiar que não a tradicional, decorrente do casamento entre homem e mulher, como as famílias monoparentais e as estabelecidas a partir de uniões homoafetivas.

Nessa realidade, os filhos resultantes das uniões afetivas que formam a Família pós-moderna devem ser amparados e educados pelos adultos conviventes, em equilíbrio de poder e decisão. Pode-se afirmar, portanto, que a igualdade de gênero é um pressuposto de aplicação do próprio poder familiar.

## REFERÊNCIAS

- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: economia, sociedade e cultura, vol. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CHOMBART DE LAUWE, Paul-Henri; CHOMBART DE LAUWE Marie-José. A evolução contemporânea da Família: estruturas, funções, necessidades. *In: Análise Social, revista do instituto de ciências sociais da universidade de Lisboa*. Vol. III, 1965.
- DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade** – o que diz a Justiça. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.
- ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48. ed. rev. São Paulo: Global, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função social da família e jurisprudência brasileira. *In*: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). **Atualidades do Direito de Família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008.

MAIA, João Jerônimo Machadinha. **Transumanismo e pós-humanismo**: decodificação política de uma problemática contemporânea. 2017. 305 f. Tese (Doutorado em Estudos Contemporâneos), Instituto de Investigação Interdisciplinar da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. 2010. 348 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da USP, 2010

MONCORVO, Maria Cecília Ribeiro. **Família brasileira**: do patriarcalismo colonial ao crescente poder feminino na contemporaneidade. Divisão de Bibliotecas e Documentação – PUC/Rio. Disponível em: [http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0610333\\_08\\_cap\\_02.pdf](http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0610333_08_cap_02.pdf). Acesso em: 15 dez. 2020.

NADER, Maria Beatriz. Casamento no Brasil: do século XVI ao XIX. O olhar da historiografia. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 23, n. 46, 2003.

ROSE, Francis; MARIA, Rosana. Judiciário para as famílias do século XXI. **Informativo TJMG**: conflitos familiares ganham nova abordagem, Belo Horizonte, ano 16, n. 151, julho 2010.

ROTHBLATT, Martine. **Virtualmente humanos**. As promessas – e os perigos – da imortalidade digital. São Paulo: Cultix, 2016.

SAMARA, Eni de Mesquita. **As mulheres, o poder e a família**. São Paulo. Século XIX. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura de São Paulo, 1989.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Diversidade**: jurisprudência do STF e bibliografia temática. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020.

# CAPÍTULO 3

## A MULHER NA FAMÍLIA CONSTITUCIONAL 30 ANOS DEPOIS: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 226 DA CFRB/88 A PARTIR DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Dóris Ghilardi

Isadora Gomes de Assis

Renata Raupp Gomes

*“Que nada nos defina. Que nada nos sujeite. Que a liberdade seja a nossa própria substância.”*  
Simone Beauvoir

### 1 INTRODUÇÃO

Passadas duas décadas da inauguração de um novo século, aguardado com muitas perspectivas e promessas de um mundo mais humanitário, igualitário e democrático, diversas mudanças foram sentidas, mas ainda há muito a se caminhar. Ao mesmo tempo em que se comemoram os espaços ocupados pelas mulheres nas áreas sociais, na política, na educação, em cargos jurídicos e em vários outros, os papéis de destaque e de topo de carreira, em sua maioria, continuam a ser ocupados pelos homens<sup>1</sup>.

A criação e proclamação de novos direitos e a extensa pauta acerca dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que trouxeram luzes e esperanças, contribuindo para a oxigenação de um sistema jurídico mais plural e atento à diversidade, ao apoio das minorias e das vulnerabilidades em geral, não foi suficiente para extirpar a violência e opressão contra as mulheres, sobretudo dentro da família.

Não é difícil encontrar em relatos históricos a marginalização da mulher e o seu papel de submissão ao sexo masculino. Definir, contudo, em qual momento histórico e por qual motivo isso ocorreu não é tarefa fácil. Mas, com certeza, isso não é o mais importante, até porque, como bem denunciam algumas autoras, a própria história contribuiu com o discurso das relações sociais binárias que relegaram a mulher à domesticidade e à procriação, como se assim fosse desde sempre<sup>2</sup>. Todavia, apesar dos relatos destacados de mulheres ao longo da história, na maioria das vezes em discursos históricos escondidos, é incontestável que o modelo predominante no Ocidente foi a instituição das relações humanas baseadas na sexualidade, fruto de práticas sociais

<sup>1</sup> Como muito bem colocado por Chimamanda Ngozi Adichie, “existem mais mulheres do que homens no mundo – 52% da população mundial é feminina, mas os cargos de poder e prestígio são ocupados pelos homens. A já falecida nigeriana Wangari Maatai, ganhadora do prêmio Nobel da paz, se expressou muito bem e em poucas palavras, quando disse que quanto mais perto do topo chegamos, menos mulheres encontramos” (ADICHIE, Chimamanda. **Sejamos todos feministas**. Tradução de Christina Baum. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.)

<sup>2</sup> SWAIS. Tania Navarro. **Feminismo radical**: muito além de identidades e gêneros. Brasília, 2017.

e culturais, reforçadas por meio dos discursos médicos, religiosos, científicos e históricos, posteriormente cimentados nas normas jurídicas. O modelo patriarcal não custou barato às mulheres, pelo contrário, até os dias atuais a luta pela igualdade e pela não violação de direitos básicos é árdua e diária.

Nesse contexto se encerra a problematização do presente artigo, cujo propósito maior é o de verificar em que medida se pode afirmar a concretização do paradigma igualitário no âmbito familiar proposto pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 226, ou seja, como o universo feminino se comporta hoje na vivência familiar e comunitária.

Com base em revisão bibliográfica, apoiada em dados empíricos trazidos por pesquisas do IBGE e IPEA, é possível concluir que, passadas três décadas da CFRB/1988, algumas conquistas femininas foram exitosas, mas ainda há um longo trilha a ser percorrido na busca da efetiva equiparação, carecendo muitas demandas de concretude no sentido de se ultrapassar o velho, porém arraigado, modelo social baseado em estrutura sexista e hierárquica, do qual a família também se ressentente.

## 2 RETROSPECTIVA DO PAPEL DAS MULHERES NA CULTURA OCIDENTAL

Na retrospectiva do papel desempenhado historicamente pelas mulheres, assume grande importância o modo pelo qual se deu a construção de sua identidade social na modernidade. Jeni Vaitsman, repassando inúmeros filósofos dos séculos XIX e XX, conclui que as mulheres simplesmente foram excluídas da concepção de indivíduo como categoria histórica, apontando que as causas devem ser buscadas no próprio desenvolvimento das sociedades modernas, inseparável do capitalismo industrial que se organizou por meio da diferenciação institucional entre as atividades sociais, responsável por deixar ao domínio masculino as atividades produtivas (atividades remuneradas) e ao domínio feminino o trabalho doméstico, considerado improdutivo<sup>3</sup>.

Nessa senda, a dicotomia público/privado acabou por definir contornos rígidos à manifestação da individualidade masculina e feminina e, a partir dessa construção baseada na desigualdade entre os sexos, estruturou-se a família, o mercado de trabalho, o mundo jurídico, a sociedade de modo geral do século XIX e boa parte do século XX. A família conjugal moderna, portanto, longe de ser democrática, revela uma forte hierarquia de gênero, bem como geracional, uma vez que o marido, definido como chefe da sociedade conjugal, tem prioridade na direção da casa e na educação dos filhos. Também o mercado de trabalho contribuiu para a reclusão feminina ao domínio do lar. Considerado uma esfera de atuação eminentemente masculina, poucas eram as mulheres que alcançavam um trabalho remunerado fora do âmbito doméstico e raríssimas as que possuíam uma carreira. As legislações passadas, embora consagassem os ideais de igualdade e cidadania, certamente dirigiam-se aos indivíduos, categoria que contemplava o universo masculino e não feminino, pelo menos não em sua totalidade.

<sup>3</sup> VAITSMAN, Jeni. *Flexíveis e plurais – identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. p. 29.

Por fim, a “inferioridade” feminina ganha contornos científicos nos postulados freudianos que reafirmam sua incompletude e seu complexo de castração diante do universo masculino. Tal pensamento confirma a mulher genitalmente adulta por meio da maternidade e da sexualidade passivo-receptiva, afirmando que os descobrimentos e invenções da civilização não contaram com a contribuição da figura feminina, ressaltando uma técnica – “a de tecer e fiar”<sup>4</sup>.

Observe-se que, ao lado da Igreja e de um Estado patriarcal, a ciência, epistemologicamente masculina, ajuda a legitimar a condição de subalternidade feminina, segundo a ideologia de um determinismo biológico.

Em meio a este panorama surgem, ainda no século XX, as primeiras vozes dessa minoria silenciada. Os movimentos em prol dos Direitos Humanos, o próprio movimento feminista, aliados aos avanços tecnológicos e científicos da sociedade contemporânea, o crescimento do mercado de consumo e o ingresso maciço da mulher no mercado de trabalho apontam para a emancipação do “sexo frágil”.

Paradoxalmente, a mesma ciência que serviu para reforçar a misoginia existente no passado abre as portas da libertação feminina ao dissociar sexo de procriação e ao possibilitar às mulheres o controle de seus corpos por meio da contracepção e, em um segundo momento, ao romper os limites biológico-temporais da maternidade com a popularização da procriação assistida.

Contornadas as principais “amarras” fisiológicas e, por conseguinte, as psicológicas, é possível falar em uma nova mulher, agente de profundas mudanças sociais, a começar pela ruptura da esfera pública e privada que se observa já no findar do século XX. Houve lenta e constante tomada de consciência e de posição por parte das mulheres, que aos poucos conquistaram direitos rudimentares como o de votar e ser votada, de estudar e trabalhar, de educar seus filhos e participar das decisões familiares, mas, não obstante todos os progressos alcançados, restam muitas barreiras jurídicas e sociais a superar.

## 2.1 OS DIREITOS DAS MULHERES NO BRASIL

Para as mulheres do Brasil Império até os dias atuais, foi uma longa e árdua caminhada rumo à conquista de seu espaço no cenário social e familiar. Durante muito tempo lhes fora negado até mesmo o direito à própria cidadania, em face de sua “natural” condição de inferioridade perante o homem. Tem-se como exemplo típico de discriminação segundo o gênero a interpretação restritiva dada à norma constitucional de 1891 sobre o sufrágio universal, em que a Constituição se referia aos “brasileiros” como portadores do direito de cidadania. A utilização da forma masculina, entretanto, foi tomada como designação exclusiva aos homens, e não como um indicador genérico.

A expropriação do direito de voto e dos direitos políticos em geral condiz, na verdade, com a situação de subordinação da mulher, imposta pelo tratamento preconceituoso das legislações do Império, e reforçado, so-

4 VIEIRA, Laura Helena Chaves Nunes. Acerca do prazer sexual feminino. In: CARDOSO, Reolinda (org.). *É uma mulher...* Rio de Janeiro: Vozes, 1994. p. 60.



bretudo, pelo Código Civil de 1916, que estabelecia a não capacidade jurídica da mulher casada, subtraindo-lhe, conseqüentemente, sua integral cidadania<sup>5</sup>. Direito conquistado explicitamente em 1932 e incorporado à Constituição de 1934, o voto feminino marca uma das mais significativas vitórias em prol de sua capacidade política.

Toda a década de 1920 é marcada pelo movimento de várias organizações políticas engajadas na luta pela melhoria da condição feminina no Brasil, e já na Constituição de 1934 essa influência se faz sentir em seu art. 113: “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissão, própria ou dos pais, classe social, riqueza, cargos religiosos ou ideias políticas”. Ainda na Constituição de 1934 encontram-se dispositivos reguladores do trabalho feminino, da igualdade salarial entre homens e mulheres e normas acerca da maternidade e da infância.

No período de 1937 a 1945 (“Estado Novo”, de Getúlio Vargas), tem-se a estagnação e o retrocesso do avanço democrático no País e, por conseguinte, o cenário político e o espaço público conquistados pelas mulheres experimentam uma certa letargia, somente readquirindo expressão com a batalha travada pela reforma dos dispositivos do Código Civil, iniciada na década de 1950. Com efeito, na esfera privada permanecia sua relativa incapacidade para os atos da vida civil, somente podendo exercê-los pela mediação do marido. Dessa forma, no âmbito familiar, a mulher maior de idade ao casar renunciava a uma parcela de sua plena capacidade de exercício.

Se por um lado as mulheres brasileiras, mesmo que timidamente, somavam conquistas no cenário político, no seio da família a própria lei acentuava e reforçava sua dependência. Somente na década de 1960, com a promulgação de [Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962](#) – conhecida como Estatuto da Mulher Casada –, foram extirpadas do Código Civil algumas das normas mais aberrantes no tocante à condição de esposa, mãe, e sobretudo de cidadã, como a incapacidade relativa. A mulher conquista finalmente o direito de trabalhar sem necessitar da autorização marital e o direito de ficar com a guarda dos filhos. É, entretanto, mantida a preponderância do marido como cabeça do casal, ressaltando que tal autoridade deve ser exercida em benefício da família.

O papel feminino de coadjuvante na dinâmica familiar estende-se com mais ou menos vigor, conforme o contexto social, até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, muito embora as mulheres tenham somado neste período inúmeras vitórias políticas e profissionais, tendo definitivamente ocupado os bancos escolares, incrementado seu nível de escolaridade, ingressado na política partidária e no mercado de trabalho.

Ocorre que o paradigma matrimonializado de família, baseado na assimetria sexual e na hierarquização de direitos e deveres, seja nos momentos de autoritarismo, seja nos de redemocratização, demonstrava-se bastante funcional aos ideais de “coesão da pátria” e da “saudável” ordem familiar<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> As mulheres casadas figuravam ao lado dos menores púberes, silvícolas e pródigos como relativamente incapazes.

<sup>6</sup> BARSTED, Leila Linhares. Permanência ou mudança? O discurso legal sobre a família. In: ALMEIDA, Ângela Mendes de (org.). **Pensando a família no Brasil: da colônia à modernidade**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1987. p. 109.

Muitas são as causas que se pretende atribuir à ruína do modelo adotado como “ideal” pelo legislador de 1916. De fato, pode-se citar o movimento feminista, aliado a outros órgãos da sociedade civil, como a OAB (que encampou muitas das demandas femininas) e inúmeros organismos internacionais, como a ONU, elementares para a emancipação das mulheres no Brasil e para a democratização nas relações familiares. Fatores econômicos igualmente se destacam nesse elenco, uma vez que o trabalho feminino passa a integrar definitivamente a renda familiar, quando não se verifica serem as mulheres as responsáveis pelo sustento do lar.

Por fim, a urgência em redefinir os contornos da condição jurídica da mulher impõe-se a partir das próprias lutas de redemocratização do País, iniciadas na década de 1980 e culminando com a promulgação da Constituição de 1988.

A Constituição Republicana de 1988 é um marco na luta pela igualdade de direitos entre os sexos, bem como na positivação de uma gama de “novos” direitos no que tange à situação jurídica da mulher que, tutelada em nível constitucional, passa a gozar de um outro *status* enquanto sujeito de direitos. Nunca uma Constituição brasileira tratou tão minuciosamente de um número tão significativo de direitos especificamente reconhecidos às mulheres.

Por esse viés pode-se afirmar que o fenômeno constitucional aponta para um amadurecimento da posição jurídica ocupada pelas mulheres, que, enfim, merecem tratamento diferenciado, porém não discriminatório, em função das especificidades de seu sexo. Poder-se-ia dizer que o legislador constitucional opta por um tratamento fundado na teoria da diferença-especificidade e não da diferença-mérito que, como esclarece Letizia Gianformaggio, são dois conceitos distintos, sendo a diferença-especificidade uma preocupação com respeito aos indivíduos, com a dignidade absoluta da pessoa, enquanto a diferença-mérito parece ocupar-se de um conceito meramente prescritivo, partindo da ideia de igualdade para todos em quaisquer circunstâncias, também chamada de igualdade formal<sup>7</sup>. A teoria da diferença-especificidade ou, visto de outro ângulo, a especificação dos direitos das mulheres leva em consideração a igualdade inserida em um contexto prévio de opressão e discriminação, de maneira que tal especificação se traduz na tentativa de uma igualdade não só formal, mas substancial.

Observa Bobbio que, além dos processos de internacionalização e de conversão em direitos positivos, há a propensão do constitucionalismo do Estado Social no sentido da especificação não só desses direitos, mas de seus destinatários: “Essa especificação ocorreu seja em relação ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana. Com relação ao gênero, foram cada vez mais reconhecidas as diferenças específicas entre mulher e homem”<sup>8</sup>.

7 GIANFORMAGGIO, Letizia. Igualdade e diferença: são realmente incompatíveis? In: BONACCHI, Gabriella e GROPPi, Angela (org.). **O dilema da cidadania – direitos e deveres das mulheres**. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 1995. p. 289.

8 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 62-3.

### 3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES NO ÂMBITO FAMILIAR

A constitucionalização de muitas das demandas das mulheres brasileiras situa, sem dúvida, um período ímpar na história do País, que, no tocante às relações de gênero, possui uma marcante tradição jurídica discriminatória. Note-se que até mesmo quando a Constituição de 1934 prescrevia igualdade independentemente do sexo vigoravam no Brasil leis infraconstitucionais totalmente incompatíveis com tal princípio, a exemplo do então vigente Código Civil de 1916. Em grande parte, justifica-se o paradoxo pela dificuldade em aplicar e concretizar preceitos constitucionais condicionados a uma visão masculina de sociedade, pois nesse contexto há sempre uma refração do meio social às leis emancipadoras. Talvez por essa razão nem mesmo as mulheres, partes diretamente interessadas, questionavam a flagrante contradição que envolvia seu *status* jurídico.

Na década de 1980, com a luta pela redemocratização do País (que culminou com a campanha das eleições diretas para a Presidência da República e a eleição de uma Assembleia Nacional Constituinte), o movimento em prol dos direitos da mulher amplia a sua atuação e consegue sensibilizar boa parcela da sociedade e do legislador Constituinte, com o lema “Constituição para valer tem que ter Direitos da Mulher”. Dessa forma o “*lobby* do batom”, como foi chamado, soma algumas vitórias no texto constitucional de 1988 e, sobretudo, no meio social, naquele momento mais propenso do que nunca aos ditames de igualdade.

#### 3.1 A IGUALDADE COMO DIREITO INVOLÁVEL

Em seu art. 5º, *caput*, a Constituição Federal de 1988 demonstra extrema preocupação com o princípio da isonomia, ao enunciá-lo ao lado do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade como direitos invioláveis.

A isonomia jurídica está presente em todas as constituições brasileiras desde a de 1934, porém, como ressalva Florisa Verucci, no que diz respeito ao direito da mulher, “nunca exerceu a necessária influência sobre sua emancipação ou sobre os impedimentos à discriminação”<sup>9</sup>. Não foi em vão a redação do inciso I art. 5º que determina: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos da Constituição”.

A mulher foi alçada a um novo *status*, o que acarretou consequências na legislação infraconstitucional, responsável pela reedição dos códigos civil, penal, tributário, trabalhista, entre outras leis. Embora em grande parte não recepcionada pela Constituição, a legislação infraconstitucional da época, como o anacrônico Código Civil de 1916, no que se refere à condição jurídica da mulher, acabava muitas vezes por criar entraves à emancipação feminina, tendo em vista o conservadorismo de alguns juristas e tribunais do País, que na

<sup>9</sup> VERUCCI, Florisa. Mulher e família na nova Constituição brasileira. In: TABAK, Fanny; VERUCCI, Florisa (org.). *A difícil igualdade – os direitos da mulher como direitos humanos*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p. 63.

ausência de leis ordinárias condizentes com a Lei Maior acabavam por desvirtuar o texto constitucional para adaptá-lo às leis preexistentes.

Como se percebe, o perigo que ameaçava e ainda ameaça as conquistas já constitucionalizadas traduz-se também no tipo de interpretação que tais normas venham a inspirar. Por isso, ressalta-se ser de fundamental importância para o sucesso do constitucionalismo contemporâneo a oxigenação dos valores e o rompimento definitivo com os institutos da tradição consagradores da desigualdade, do machismo e de posturas conservadoras.

A busca de uma hermenêutica emancipatória da Constituição é a base para a construção de uma sociedade democrática, aparelhada para o amanhã, pois, como adverte Bonavides, a continuidade da Constituição depende da conjugação do passado com o futuro, requerendo uma “interpretação concretista, por sua flexibilidade, pluralismo e abertura”, o que conserva a Constituição na rota das transformações. Mas para isso, como lembra o autor, é necessária uma “ideologia democrática, sustentáculo do método interpretativo da Constituição aberta, [...] e que sirva de base, portanto, a uma hermenêutica de variação e mudança”<sup>10</sup>.

Para que os direitos fundamentais consagrados na Constituição brasileira, assim como o ideal de uma sociedade democrática e pluralista, sejam uma realidade efetiva, é necessário um esforço de todos os segmentos sociais, e não somente dos operadores jurídicos, no sentido da concretização dessas normas. Neste âmbito, é pertinente a lição de Konrad Hesse acerca da interpretação não mecanicista, vinculada aos condicionamentos sociais como forma de garantir a própria força normativa da Constituição<sup>11</sup>.

O princípio da igualdade jurídica, prescrito no art. 5º e permeando todo o texto constitucional, representa, assim, o primeiro passo dado em prol da democratização da sociedade e da família, inaugurando um longo caminho a percorrer na sua efetivação em todas as relações presentes no seio social. A CFRB/1988 democratizou a família, reconheceu a mulher como sujeito de direito em igualdade de condições com o marido na relação conjugal, assim como na relação perante os filhos; porém, nem todas as condições sociais, culturais, políticas e econômicas viabilizam a eficácia da lei”<sup>12</sup>.

Grandes avanços foram conquistados na legislação. Contudo, ainda se mostram necessárias e urgentes mudanças de mentalidade e de cultura para que a igualdade seja em todos os âmbitos uma realidade<sup>13</sup>. A discriminação de gênero, embora mais sofisticada, continua presente no cotidiano feminino (isso sem mencionar a discriminação em função da orientação sexual!). Trata-se novamente da contraposição entre igualdade for-

10 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 471.

11 *Escritos de derecho constitucional*. Trad. para o espanhol de Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 70. No original: “La Constitución jurídica puede dar ‘forma e modificación’ a la realidad a la que se dirige. Puede mover a actuar a ‘la fuerza que jace en la naturaleza de las cosas’. Puede, además, ella misma convertirse en la fuerza actuante que opera en la realidad social y política, condicionándola. Esta fuerza podrá imponerse tanto mejor frente a eventuales resistencias cuanto más asentada se encuentre en la consciencia general la idea de la inviolabilidad de la Constitución, cuanto más viva se encuentre, sobre todo en la consciencia de los responsables de la vida constitucional”.

12 VERUCCI, Florisa. **Mulher e família na Constituição brasileira**. *Op. cit.*, p. 73.

13 Como bem denuncia Tania Navarro Swain “assim, em lugar de voltar-se para a construção de si enquanto sujeito político e de ação no social, as jovens se veem ainda hoje em projetos de sedução, de maneirismos, de provocação sempre com cunho sexual, o que é reforçado pela mídia. A liberação dos “costumes” tornou-se um novo assujeitamento aos desejos dos machos”. E prossegue: “[...] Enquanto o sexo e a sexualidade estiverem no centro das relações humanas, o patriarcado encontrará a maneira de impor – pelo convencimento ou pela violência – seus grilhões ao feminino, pois disto depende a sua própria força” (SWAIN, Tania Navarro. **Feminismo radical**, 2017).

mal e substancial: a primeira foi alcançada definitivamente com a Constituição de 1988; a segunda constrói-se lenta e pacientemente.

## 2.2 O PAPEL DA MULHER NA FAMÍLIA CONSTITUCIONAL

A discriminação do Diploma Civil de 1916 em relação à pessoa da esposa na sociedade conjugal, que já era incompatível com o princípio genérico de igualdade contido em diversas constituições, ante a atual restou plenamente superada. É o que se deduz do § 5º do art. 226: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Essa é a ambiência do atual Código Civil (aprovado em 2002) que a despeito de ser um projeto do final da década de 1970 sofreu adaptações ao texto constitucional de modo a conferir alguma concretude ao paradigma familiar por ele proposto. Com norte na igualdade entre os sexos, o Código Civil de 2002 evita discriminações de gênero, uniformizando todo o capítulo de direitos e deveres dos cônjuges e dos companheiros na vigência da sociedade conjugal ou união estável.

No regime de cogestão, inaugurado pelo referido § 5º, homem e mulher são beneficiários dos mesmos direitos oriundos do casamento ou união estável e, em contrapartida, solidariamente responsáveis pelos deveres, conforme suas capacidades. Assim, o poder familiar é exercido conjuntamente pelos pais, o domicílio do casal escolhido de comum acordo e a família mantida por ambos os cônjuges na medida dos ganhos de cada um.

Pode-se afirmar, por conseguinte, que a família democrática propicia maior união entre o casal, uma vez que as decisões precisam ser negociadas em uma direção diárquica, não prevalecendo institucionalmente a vontade de um dos cônjuges, como no passado acontecia em relação ao marido. Os demais dispositivos destinados à família, por sua vez, complementam as noções de democracia e afeição que devem reger as relações familiares.

No tocante a essas alterações, é possível verificar não só uma mudança legal, mas também uma significativa mudança no mundo fático. Em grande parte dos lares atuais é possível observar um maior equilíbrio no exercício dos poderes e deveres entre os cônjuges ou companheiros na direção da família e em relação aos filhos, embora ainda haja muitos retratos antigos de famílias hierárquicas.

Com relação à flexibilização na dissolução da sociedade conjugal, importante Emenda foi inserida em 2010 (EC 66/2010) ao texto constitucional, permitindo o divórcio direto na medida em que a redação do § 6º do art. 226 da CFRB/88 passou simplesmente a prever que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Em outras palavras, a ruptura da sociedade conjugal, agora assumida como um direito potestativo, passa a ser possível dispensando-se as exigências de prévia separação judicial ou separação de fato. Rompe-se, assim, mais um importante tabu ao facilitar o fim do vínculo matrimonial, demanda antiga dos movimentos feministas, pois, ao contrário do que possa parecer, tal circunstância acaba por preservar a sociedade conjugal

de sua manutenção meramente formal, tornando a família conjugal uma questão de escolha e não uma mera imposição. Vale dizer que o princípio da afetividade previsto constitucionalmente como fundante da família atual encontra na facilitação do desfazimento do vínculo formal de conjugalidade sua expressão máxima, traduzindo-se em uma nova postura de manutenção do casamento não mais “até que a morte os separe”, mas até que finde o afeto.

De outro lado, o planejamento familiar passa a integrar o texto constitucional como um direito do casal, ampliado pelos novos formatos de famílias, podendo e devendo ser exercido de forma consciente e responsável quanto à prole, estabelecendo, ainda, a intervenção mínima do Estado.

Ainda sob a perspectiva da pluralidade familiar, a previsão de outros modelos de conjugalidade e de família, superando a ideia de formação familiar unicamente pelo casamento, constitui importante marco na emancipação feminina, sobretudo no que concerne ao respeito à sua necessária autonomia existencial. Neste mesmo plano, a CRFB de 1988 reconheceu como entidade familiar a comunidade formada por qualquer um dos pais e sua prole, em uma inédita referência à família monoparental, abandonando a concepção de família unicamente pela questão sexual.

Sem dúvida, a previsão constitucional da família monoparental dá-se em face do grande número de divórcios, por um lado, e, por outro, do significativo aumento do que se pode chamar de segmentação da família, consistente na escolha de assumir um filho, independentemente da existência de parceria. Aliado a esses fatores, importa destacar uma gradual mudança das relações tradicionais de gênero que reconheciam o homem como provedor e a mulher como cuidadora, o que é confirmado pelo dados apresentados no relatório do IPEA, que demonstra anualmente um aumento do número de domicílios chefiados por mulheres, o que guarda estreita relação com a ampliação da participação da mulher no mercado de trabalho.

Apesar de a mulher também passar a assumir o papel de provedora em significativo número de famílias, ela continua sendo a protagonista dos cuidados domésticos e filiais<sup>14</sup>. Nesse sentido, urge a criação de mais políticas familiares que visem a alteração de padrões comportamentais e de divisão efetiva de papéis também dentro dos lares e entre os pais (nos casos das famílias monoparentais) para que se possa compensar a sobrecarga suportada em grande parte pelas mulheres<sup>15</sup>.

Não obstante todas as conquistas até aqui enumeradas, ainda há um grande número de lares forjados nos moldes da família tradicional em que a mulher continua sem voz, inferiorizada pelo seu gênero ou, pior, vitimada pela violência doméstica.

14 CERQUEIRA, Daniel; MOURA, Rodrigo; PASINATO, Wania. **Participação feminina no mercado de trabalho e a violência doméstica contra a mulher no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, ago. 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2501.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2501.pdf). Acesso em: 24 set. 2021.

15 Nesse aspecto, a previsão de compartilhamento da guarda dos filhos incapazes, introduzida no texto civil pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, reflexo do primado da igualdade no exercício do poder familiar, configura uma tentativa de estabelecer certo equilíbrio de direitos, deveres e responsabilidades em relação aos filhos, deixando a criação da prole de ser concebida como tarefa exclusivamente feminina.

## 2.4 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER COMO ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Evidenciado o problema da violência doméstica, também chamada violência intrafamiliar, da qual as mulheres são histórica e estatisticamente as vítimas mais frequentes, garantir a segurança e a integridade física, moral e patrimonial da mulher no seio familiar demonstra-se como requisito imprescindível para a concretização constitucional do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

De nada adianta todos os avanços legislativos, tampouco as conquistas políticas ou de mercado femininas, se essa mesma mulher que se impôs socialmente “da porta para dentro” for vitimada pelo desrespeito e ameaçada pela violência de seu parceiro. A violência doméstica é um fenômeno não apenas brasileiro, mas mundial, cujas estatísticas, que já são alarmantes, não estabelecem parâmetros confiáveis, eis que frequentemente encontra-se “mascarada” pela vergonha que a própria vítima sente em expor sua situação familiar ou ainda pela dificuldade em admitir o flagelo familiar ou seu calvário privado. Como se trata de agressor membro da mesma família, não raro ele seja cônjuge ou companheiro, e, ainda menos raro, na hipótese de haver certa dependência econômica ou afetiva da vítima em relação a seu agressor, a violência permanece ocultada ou até mesmo minimizada socialmente por se tratar de problemas da esfera do lar.

O parágrafo 8 do art. 226 da [CFRB/88](#) preconiza que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Nessa toada, em 2006, editou-se a [Lei n. 11.340](#), Lei Maria da Penha, que constitui verdadeiro marco na legislação nacional em prol dos direitos fundamentais femininos, uma vez que busca punir com maior severidade e celeridade a violência perpetrada no âmago da relação familiar contra a mulher. E não possui apenas caráter punitivo, senão (e principalmente!) caráter preventivo e assistencial, com particular intuito de se evitar a violência intrafamiliar por meio de medidas protetivas específicas e tutelas efetivadas por políticas públicas voltadas à proteção da mulher vítima de violência doméstica<sup>16</sup>.

Com efeito, percebe-se que tanto a mobilização da sociedade brasileira como a sensibilização do legislador aos antigos reclames dos movimentos em prol da democratização social e da emancipação feminina resultaram em importante contribuição legal no sentido de proteção contra a violência de gênero, descortinando as mazelas sociais e familiares, rompendo, portanto, com um longo ciclo de silêncio em torno do que se passa “entre quatro paredes”. A chamada Lei Maria da Penha assegura que a violência doméstica contra a mulher não seja banalizada como outrora (época em que o ofensor acabava pagando uma cesta básica como penalidade única pela sua agressão), tratando o tema com a necessária seriedade e introduzindo à discussão um inusita-

<sup>16</sup> Exemplo de implementação de políticas públicas e de mobilização social em prol da efetivação da proteção da pessoa da mulher vítima de violência doméstica, o CREAS – Centro de Referência Especializado de Assistência Social, integrante do SUAS – Sistema Único de Assistência Social, constitui-se em uma unidade pública estatal, responsável pela oferta de atenções especializadas de apoio, orientação e acompanhamento a indivíduos e famílias com um ou mais de seus membros em situação de ameaça ou violação de direitos. Outra conquista de indiscutível relevância foi a implantação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, a SPM, responsável pelo estabelecimento e pela efetivação de políticas públicas com recorte de gênero.

do caráter educacional, dispondo sobre a promoção de pesquisas, estudos específicos e campanhas educativas acerca da prevenção e erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Todavia, após 14 anos da edição de referida lei, segundo dados do IBGE, a cada ano cerca de 1,3 milhão de mulheres são agredidas no Brasil. Tamanho problema social desafia políticas públicas mais efetivas para a sua proteção. Nessa senda, importa mencionar os resultados de estudo inédito realizado pelo IPEA, em 2019<sup>17</sup>, acerca da relação entre a participação feminina no mercado de trabalho e a violência doméstica, adotando duas literaturas polares, uma baseada na racionalidade econômica e a outra nas teorias feministas do patriarcado e gênero. O estudo apresenta conclusões distintas a depender do referencial utilizado. Os resultados do fenômeno investigado, segundo a análise econômica, apontam que o maior poder de barganha financeiro da mulher faz com que o nível de violência diminua, enquanto a abordagem feminista do mesmo fenômeno conduz ao resultado de que o aumento do poder econômico representa maior tensão entre o casal, potencializando a violência doméstica em face da mulher.

O estudo vai além. Após trabalhar as duas teorias em cotejo, adiciona aos referidos marcos teóricos a análise de dados empíricos obtidos junto às pesquisas do PNAD/IBGE, concluindo que a relação entre a participação feminina no mercado de trabalho e a violência doméstica depende de o casal ainda coabitar ou não. Ou seja, nas situações em que o casal coabita, as análises indicaram uma relação estatisticamente negativa entre a participação feminina no mercado de trabalho e a violência doméstica, apontando, ao contrário, para o forte efeito positivo, nos casos em que a mulher não mais reside com o cônjuge ou companheiro, mas ainda sofre violência<sup>18</sup>.

Com base nesses resultados, o relatório direciona para a necessidade da adoção de outras políticas públicas, “como o investimento em produção e consolidação de bases de dados qualificados sobre a questão, que permita a produção de diagnósticos mais precisos e ações focalizadas” para o enfrentamento da violência doméstica.

A Lei Maria da Penha, conforme já exposto, trouxe o caráter obrigatório da inclusão de estatísticas de violência contra a mulher, porém até o momento o objetivo não foi alcançado, já que os dados acabam sendo produzidos e coletados por diversos setores como o IBGE, o Ministério da Justiça, o Ministério da Saúde, entre outros órgãos, não sendo reunidos em um único estudo.

Outrossim, o empoderamento econômico da mulher, em que pese ser um elemento importante, também foi destacado como insuficiente para contornar o problema da desigualdade de gênero geradora de violência ainda vigente em números assustadores no Brasil, sugerindo-se tanto um aperfeiçoamento legislativo, quan-

17 CERQUEIRA, Daniel; MOURA, Rodrigo; PASINATO, Wania. **Participação feminina no mercado de trabalho e a violência doméstica contra a mulher no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, ago. 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2501.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2501.pdf). Acesso em: 24 set. 2021.

18 CERQUEIRA, Daniel; MOURA, Rodrigo; PASINATO, Wania. **Participação feminina no mercado de trabalho e a violência doméstica contra a mulher no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, ago. 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2501.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2501.pdf). Acesso em: 24 set. 2021.



to “intervenções no campo educacional para a conscientização e superação da discriminação de gênero, ainda tão arraigada na sociedade em pleno século XXI”<sup>19</sup>.

A educação é um importante caminho, senão o principal, para que se possa avançar para uma sociedade mais pacífica. A prevenção é sempre o melhor caminho, mas quando se mostra insuficiente, as medidas repressivas contundentes são necessárias.

## CONCLUSÃO

O direito de igualdade, previsto constitucionalmente, responsável por equiparar homens e mulheres, é fruto de muitas batalhas travadas em diferentes esferas do meio social. Muitas das demandas históricas femininas encontram-se, no momento, tuteladas juridicamente.

A sociedade evoluiu, as complexidades aumentaram, os meios de comunicação e o acesso à informação facilitado pela Internet passaram a exercer forte influência nas mentalidades, liberalizando ainda mais os costumes, e as mulheres, por sua vez, ocuparam aos poucos o espaço que se ampliava a cada dia, tanto na esfera pública como na esfera privada, aumentando a abissal distância entre a realidade cotidiana e o direito pátrio infraconstitucional, mormente no âmbito familiar.

Conclui-se, nesse sentido, que a Constituição brasileira de 1988 representa um marco na luta pela emancipação da mulher, não propriamente o seu final. De todos os novos direitos constitucionalizados, ou dos “velhos” direitos que ganham força a partir desse contexto, a maior das vitórias, refletida em grande parte dos dispositivos examinados, muito mais do que isonomia jurídica, é o direito a um tratamento digno, compatível, sobretudo, com a condição de ser humano.

A lei, por si só, não possui o poder de alterar de imediato a realidade social, ou as realidades sociais, quando se trata de um país tão vasto e tão contrastante como o Brasil. A mudança fática é lenta e gradual. Mais de 30 anos após a promulgação da CFRB/88, ainda se está longe de acabar com a discriminação entre os sexos, a opressão e a violência sofrida pela mulher no âmbito da família, ou qualquer outra violação de seus direitos reconhecidos e tutelados juridicamente.

O que pode fazer a diferença é a conscientização da mulher de que sua condição de “inferioridade” não condiz com seu desempenho social atual ou mesmo passado; ao contrário, é o resultado de um processo histórico de marginalização das minorias. Como qualquer mudança efetiva exige, uma vez ciente de sua situação, fica mais fácil para as mulheres combaterem os eventuais retrocessos que acompanham os progressos alcançados. E se a luta for do coletivo, então, melhor ainda.

19 CERQUEIRA, Daniel; MOURA, Rodrigo; PASINATO, Wania. *Participação feminina no mercado de trabalho e a violência doméstica contra a mulher no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, ago. 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2501.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2501.pdf). Acesso em: 24 set. 2021.

A cultura patriarcal que ainda se revela em vários âmbitos, até mesmo na linguagem – construída basicamente no gênero masculino, mas que agora começa a despertar para a necessidade da adoção de um gênero neutro –, necessita ser superada totalmente para que as mulheres, ao lado dos homens, possam encampar novas demandas visando a uma melhor condição de vida para todos os sujeitos, para que as preocupações do futuro digam respeito à humanidade como um todo, sem distinção de gênero.

## REFERÊNCIAS

- ADICHIE, Chimamanda. **Sejamos todos feministas**. Tradução de Christina Baum. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- BARSTED, Leila Linhares. Permanência ou mudança? O discurso legal sobre a família. *In*: ALMEIDA, Ângela Mendes de (org.). **Pensando a família no Brasil: da colônia à modernidade**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1987.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CERQUEIRA, Daniel; MOURA, Rodrigo; PASINATO, Wania. **Participação feminina no mercado de trabalho e a violência doméstica contra a mulher no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, ago. 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2501.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2501.pdf). Acesso em: 24 set. 2021.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 5 – Direito de família.
- ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.
- GIANFORMAGGIO, Letizia. Igualdade e diferença: são realmente incompatíveis? *In*: BONACCHI, Gabriella e GROPPi, Angela (org.). **O dilema da cidadania – direitos e deveres das mulheres**. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 1995.
- HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Trad. para o espanhol de Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. Cidadania e novos direitos. *In*: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de (org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- SARACENO, Chiara. A dependência construída e a interdependência negada. Estruturas de gênero da cidadania. *In*: BONACCHI, Gabriela e GROPPi, Angela (org.). **O dilema da cidadania: direitos e deveres das mulheres**. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 1995.
- SWAIS. Tania Navarro. **Feminismo radical: muito além de identidades e gêneros**. Brasília, 2017.
- VAITSMAN, Jeni. **Flexíveis e plurais – identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.
- VERUCCI, Florisa. Mulher e família na nova Constituição brasileira. *In*: TABAK, Fanny; VERUCCI, Florisa (org.). **A difícil igualdade – os direitos da mulher como direitos humanos**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p. 63.
- VIEIRA, Laura Helena Chaves Nunes. Acerca do prazer sexual feminino. *In*: CARDOSO, Reolinda (org.). **É uma mulher...** Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

# CAPÍTULO 4

## DA FAMÍLIA E DO PLANEJAMENTO FAMILIAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA LEGISLATIVO BRASILEIRO

Carla Matuck Borba Seraphim

Irma Pereira Maceira

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No presente trabalho abordar-se-á o tema atinente ao planejamento familiar, o qual tornou-se princípio norteador insculpido no artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal.

A família tem fundamental e importante relevo, pois foi por meio dela que não só a sociedade foi criada e a noção de Estado foi desenvolvida, mas todas as relações sociais foram “desenhadas”, por assim dizer. Ora, nesse âmbito foram trazidas as concepções estruturais da família e suas relações e implementadas as bases principiológicas.

A limitação ou aumento da família não se dá somente pelo homem, mas como decorrência do princípio da igualdade, ao homem, à *mulher* ou ao casal, notadamente em atendimento completo ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, cabe uma breve consideração sobre os Direitos Reprodutivos, que compreendemos ser direito básico de toda pessoa para decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos/as e de ter a informação e os meios de assim o fazer, gozando do mais elevado padrão de saúde **sexual e reprodutiva**.

Segundo Flávia Piovesan<sup>1</sup>: “Trata-se de direito de autodeterminação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual, em que se clama pela não interferência do Estado, pela não discriminação, pela não coerção e pela não violência”.

Contudo, não se pode deslembrar que há desigualdade nas relações entre homens e mulheres e que tais são aferidas estruturalmente nas questões culturais, educacionais e econômicas refletidas na família, no trabalho e na sociedade, chegando até mesmo no âmbito do planejamento familiar.

<sup>1</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

## 1 FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA

### 1.1 FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA

O tratamento institucional da família constitui, antes de qualquer estudo, um dever ético, pois se deve sempre “reafirmá-la como célula insubstituível. É o hábitat natural ao ser humano e nenhuma outra forma alternativa poderá desempenhar o seu papel de conferir equilíbrio ao futuro cidadão”.<sup>2</sup>

Lembram Henri, Léon e Jean Mazeaud<sup>3</sup> que o legislador, quando estabelece os fundamentos da família, pode escolher entre três concepções, quais sejam:

1. fazê-la repousar sobre uma base puramente natural. A união livre seria, então, a fonte de uma família: a família natural;
2. exigir-se um alicerce ao mesmo tempo natural e moral: a vontade de criar um grupo estável e durável, de se submeter a um estatuto jurídico, de se consagrar à vida, à felicidade desse grupo, à educação das crianças. Uma união dessa natureza se realiza pelo casamento, assim formando a denominada família legítima; e
3. fazer-se repousar a família sobre um sustentáculo artificial, fora de qualquer base natural: os pais escolhem seus filhos. É a família adotiva.

No entender de Clóvis Beviláqua<sup>4</sup>, a família teria dois fatores de constituição, quais sejam:

1. o instinto genesíaco, o amor, que aproxima os dois sexos;
2. os cuidados exigidos para a conservação da prole, que tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam o surto e emoções novas, a *filoprogénie* e o amor filial entre procriadores e procriado, emoções essas que se consubstanciam na associação familiar. Contudo, ainda, acrescenta neste desiderato os fatores sociológicos, pois “*a família primitiva é vacilante, inconsistente, não toma um caráter fixo e dissolve-se em pouco tempo, ligado que se acha somente pelas energias biológicas. Mas a disciplina social, pouco a pouco, intervém pela religião, pelos costumes, pelo direito, e a sociedade doméstica se vai, proporcionalmente, afeiçoando por moldes mais seguros, mais definíveis e mais resistentes. Somente depois dessa elaboração é que alguns escritores querem que exista a família, que assim seria um produto serôdio da vida social. Penso, ao contrário, que não passa ela de uma criação natural, que a sociedade amolda e aperfeiçoa*”.

Assim, a família sempre estará com o foco das suas atenções voltadas para a estabilidade, quer seja esta de ordem pública, sociedade enquanto Estado; quer seja esta de ordem privada, o indivíduo por si próprio.

<sup>2</sup> NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 3. ed. ampl. São Paulo: RT, 1999. p. 104.

<sup>3</sup> 5 MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil*. 4. ed. Paris: Montchrestein, 1977. volume I. p. 678.

<sup>4</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*. Campinas, SP: Red, 2001. p. 31.

## 1.2 FAMÍLIA DIREITO MODERNO E PÓS-MODERNO

O artigo 226 *caput* da Constituição Federal dispõe: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Assim, inicia-se uma nova compreensão da instituição família e, por assim, dizer a aplicação de todo o arcabouço principiológico inserido no diploma constitucional e que perpassa por todo sistema legislativo, mormente nas relações pessoais, familiares e dos indivíduos que compõem a sociedade.

Atualmente, muito mais que dantes, há que se perquirir qual a posição da família, uma vez que dadas as influências de fatores econômicos, políticos, culturais e científicos, dentre outros, não se pode mais ter como modelo tipificador a família patriarcal, porque, “nesta evolução, a função procriacional da família e o seu papel econômico perdem terreno para dar lugar a uma comunhão de interesses e de vida, em que laços de afeto marcam a estabilidade da família”.<sup>5</sup>

As mudanças estruturais da entidade familiar e, conseqüentemente, nos ordenamentos jurídicos a que se vinculam podem ser atribuídas a três fatores, quais sejam: a evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização. Outrossim, não se pode deslembrar que as raízes históricas se voltam à Revolução Industrial, com a redivisão sexual do trabalho, bem como à Revolução Francesa, como ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, cada qual em seu momento adequado.

Dessa forma, Rodrigo da Cunha Pereira<sup>6</sup> assevera que:

Todas essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um ‘declínio do patriarcalismo’ e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da dignidade da pessoa humana, hoje insculpida em quase todas as constituições democráticas. Em outras palavras, todos os países que pretendem ter uma Constituição democrática têm, necessariamente, que trazer em seus princípios a dignidade da pessoa humana, sustentáculo dos Direitos Humanos, afinal declarados e reconhecidos pela Assembleia da Organização das Nações Unidas – ONU, em 1948.

No final do século XX e limiar do século XXI, a família, certamente, foi uma das instituições civis que mais recebeu modificações na sua estrutura interna e externa, em face das transformações e conformações da sociedade, fatos estes que exigiram num primeiro momento a compreensão dos Tribunais pátrios e, posteriormente, amparo legislativo.<sup>7</sup>

O Código Civil de 1916 espelhava uma visão patrimonializada, vertida ao formalismo regulamentador. Contudo, mudou-se a conformação da instituição familiar, pois, da visão transpessoal no caso, caminhou-se para a visão eudemonista, ou seja, a importância da instituição está na realização da pessoa por intermédio da família.

5 FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 4.

6 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. **Revista de Direito de Família**, v. 16, Editora Síntese. p. 5.

7 FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 303-304. “A família por princípio, não tem mais o desenho jurídico do ente familiar patriarcal fundado na lei da desigualdade, exclusivamente matrimonializado e transpessoal. [...] Daí emergiu uma dimensão renovada, eudemonista, florescida para dar espaços à igualdade e à direção diárquica, à não-discriminação”.

Tratar da instituição familiar após a Constituição Federal de 1988 deve ter como paradigma o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo certo que, nesta seara, o amor e a solidariedade são valores informativos capazes de construir, além da instituição familiar, as bases das relações paterno-filiais e o respeito pela igualdade moral e dignidade alheia, além de terem a si próprios respeitados.

Esta orientação leva à possibilidade de o casal definir, de forma clara e objetiva, a construção concreta da família no momento e na forma pretendida por ambos, facilitando a convivência familiar. A contextualização da família pós-moderna perpassa pela despatrimonialização do seu sistema e caminha em busca da adaptação desta a valores diretamente vinculados à pessoa humana, assim ocorrendo a repersonalização.<sup>8</sup>

Neste diapasão adota-se a orientação constitucionalista: “A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preconceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”.<sup>9</sup> Assim a mulher deve ser conhecida e reconhecida com igualdade de direitos na família, na comunidade, na sociedade e pelo Estado, por meio da aplicação do princípio da igualdade jurídica.

### 1.3 FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Na família contemporânea os princípios constitucionais norteiam toda a sua formação e tratamento, mas um fato cultural, social e econômico de extrema relevância há de ser computado, qual seja, parcela considerável de mulheres que não tinham esperanças de se tornarem mães, por serem estéreis, homossexuais, estarem em pós-menopausa, casadas com homens também estéreis ou, até mesmo, por não desejarem repartir o carinho de seus filhos com um pai conhecido, passou a recorrer aos diversos métodos científicos de reprodução humana medicamente assistida, dando origem à família ectogênica, ou ainda, ao chamado projeto parental “tardio”.

Dados fornecidos pelo Sistema Estadual de Análise de Dados – SEADE, referentes ao Estado de São Paulo, em 1995, informam que o número de mães entre 35 e 39 anos aumentou em 2,3% nos últimos dez anos. Dessa forma, consigna-se que nunca foi tão premente o desenvolvimento de estudos sobre os direitos sexuais e reprodutivos decorrentes do planejamento familiar com uma abordagem sob a ótica da mulher, dando guarida ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A família é detentora da incorporação da ética e da responsabilidade, notadamente no que tange aos valores e conscientização dos princípios morais, pouco importando a sua forma de constituição. De tal modo, o planejamento familiar deve equivaler à defesa da igualdade e liberdade, parte integrante e indispensável à vida de qualquer pessoa.

8 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 1997, p. 30, esclarece: [...] “Na medida em que se despatrimonializa, isto é, se reduz o conteúdo patrimonial das relações no sistema jurídico, a família se adapta a novos valores, na passagem de uma jurisprudência de interesses patrimoniais para uma configuração atenta aos valores existenciais, privilegiando mais a pessoa humana e menos seu patrimônio” [...].

9 BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 79.

Por isso, nesse momento, será realizado um corte metodológico para se abordar os princípios fundamentais que regulamentam o planejamento familiar e por ser a temática central do trabalho.

## 2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS REGULADORES DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

### 2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O reconhecimento na mudança das relações sociais e das diversas modalidades de entidades familiares é um movimento necessário para a proteção da família e de seus integrantes, tendo por alvo a proteção da dignidade da pessoa humana.

Conforme Kenneth<sup>10</sup>,

[...] a dignidade da pessoa humana proporciona a base para as respostas do documento às crises provenientes das mudanças profundas na cultura, na sociedade, na política e na religião. Essa dignidade se baseia na criação à imagem de Deus, dignidade plenamente revelada em Jesus Cristo. O ser humano é essencialmente social, criado para uma comunhão interpessoal e para o conhecimento e o amor do Criador. O ser humano é uno, constituído de corpo e espírito. Possuindo inteligência e liberdade, a pessoa busca a sabedoria e a verdade, e é convidada pela consciência a amar o bem e evitar o mal. E nos lembra que, a fim de responder à pergunta moral “O que devo fazer?”, devemos nos fazer a pergunta anterior: “O que devo ser?” [...].

Fácil constatar que a dignidade da pessoa humana, valor essencial da personalidade, deve ser preservada nas diferentes esferas dos relacionamentos interpessoais, inclusive no seio da família. Assim, uma vez negado o direito ao amor, ao convívio familiar e à afetividade, estar-se-á negando a própria dignidade. É o princípio básico do qual defluem os demais princípios fundamentais do ser humano.

A dignidade da pessoa humana é um valor que deve se sobrepor a qualquer espécie de avanço, quer científico, quer tecnológico, uma vez que não se pode aceitar que a pessoa humana seja “coisificada”.<sup>11</sup>

Rosa Maria de Andrade Nery<sup>12</sup> ilustra que:

[...] Como a vida é essencialidade do ser humano e a liberdade é potencialidade expressiva da existência humana, são esses os valores que norteiam o princípio da dignidade da pessoa humana. Falar-se em dignidade do ser humano, portanto, é prestigiar-lhe a Vida e a liberdade. O princípio do Direito que se põe a nortear o conhecimento científico a partir desse parâmetro eleva o ser humano a uma dignidade própria dessa sua condição existencial. [...]

A família tem a responsabilidade de formar o caráter, de educar para os desafios da vida, de perpetuar valores éticos e morais. Os filhos se espelham nos pais e os pais desenvolvem a cumplicidade com os filhos.

10 OVERBERG, Kenneth R. *Consciência em conflito*. São Paulo: Paulus, 1999. p. 35/36.

11 SHERAPHIM, Carla Matuck Borba. *O direito à vida e o arrependimento na reprodução medicamente assistida*. Curitiba, PR: Editora CRV, 2015. p. 65.

12 NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 114.

## 2.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR E SOCIAL

A Constituição Federal de 1988 passou a reger as relações familiares e trouxe esculpido no inciso I, do artigo 3º, o princípio da solidariedade familiar, ao enfatizar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Referido princípio tem sua origem na solidariedade social e pode ser observado sob seus ângulos interno e externo. Se for observado externamente, pode-se dizer que cabe ao Poder Público, assim como à sociedade civil, a promoção de políticas públicas que garantam o atendimento às necessidades familiares dos pobres e excluídos. Contudo, se for analisado internamente, percebe-se que cada membro componente de um determinado grupo familiar tem a obrigação de colaborar para que os outros membros da família obtenham o mínimo necessário para o seu completo desenvolvimento biopsíquico.<sup>13</sup>

Assim sendo, pode-se dizer que a solidariedade deve reger todas as relações jurídicas, sobretudo as relações de família, já que é no seio familiar que se desenvolvem sentimentos de afeição e de respeito.

Lembre-se que são os pais que incutem na mente de seus filhos os valores que devem nortear suas vidas, de modo que, se a eles for ensinada a importância da solidariedade, com certeza, eles se transformarão em pessoas preocupadas com o bem-estar de seus familiares.

Paulo Luiz Lôbo Netto aduz que:

[...] Assim, podemos afirmar que o princípio da solidariedade é o grande marco paradigmático que caracteriza a transformação do Estado liberal e individualista em Estado democrático e social, com suas vicissitudes e desafios, que o conturbado século XX nos legou. É a superação do individualismo jurídico pela função social dos direitos.

E conclui afirmando que:

A solidariedade instiga a compreensão da família brasileira contemporânea, que rompeu os grilhões dos poderes despóticos – do poder marital e do poder paterno, especialmente – e se vê em estado de perplexidade para lidar com a liberdade conquistada. Porém, a liberdade não significa destruição dos vínculos e laços familiares, mas reconstrução sob novas bases. Daí a importância do papel da solidariedade, que une os membros da família de modo democrático e não autoritário, pela corresponsabilidade. [...]<sup>14</sup>

Não há nada a esperar das coisas se o espírito não repercute sobre elas. Não é quantidade de conteúdo, nem habilidade de memorização, medida nas infundas avaliações, que determinará a boa educação. O conteúdo se torna importante quando há um sentido em sua seleção, quando estabelece nexos com a vida, com a prática da cidadania.

Verifica-se, portanto, a necessidade de atitudes e ações baseadas na solidariedade, compromisso e responsabilidades pessoais, âmbito das relações familiares, de cada pessoa para com todas as outras, sob pena de ser

<sup>13</sup> <sup>26</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil: direito de família e das sucessões**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5. p. 47.

<sup>14</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. **O Direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.



responsabilizado civilmente, por descumprimento dos mais elementares deveres/direitos. O direito de família contemporâneo não busca culpado, mas sim uma solução para os problemas dele decorrentes.

### 2.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade vem explicitamente estabelecido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, sendo certo que referido princípio é acolhido pela Constituição Federal de 1988 na sua acepção formal e material com o objetivo de fortalecer o Estado democrático. Este artigo proíbe qualquer distinção entre homens e mulheres, bem como em relação à prole ou qualquer cidadão no seio da sociedade.

Relativamente à igualdade entre homens e mulheres resta proibido constitucionalmente qualquer tipo de discriminação, vedando qualquer disparidade a não ser para equiparar possíveis situações específicas de cada caso.

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>15</sup>, em seus ensinamentos, ilustra:

Com efeito, por via do princípio da igualdade o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir esse bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concedeu fórmula hábil que interdita o quanto possível, tais resultados, posto que exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimetosas para os atingidos.

O princípio da igualdade garante uma uniformidade legal, respeitando a condição de cada indivíduo, evitando, assim, a autocracia Estatal. É fato a igualdade jurídica de direitos e obrigações entre homens e mulheres, porém tal isonomia ainda não está amplamente efetivada, havendo muito o que fazer para tornar realidade o que é imposto pela Lei Suprema.

### 2.4 PRINCÍPIO DA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL

O princípio da paternidade responsável, ou, mais especificamente, o princípio da parentalidade responsável, expressão que afasta o estigma patriarcal do Código Civil de 1916, para isso impõe tanto a paternidade quanto a maternidade responsáveis, isentando o Estado nessa escolha, mas o incluindo no compartilhamento da criação, proporcionando recursos educacionais e científicos para o bom desenvolvimento do planejamento familiar.

O princípio encontra-se sedimentado, de forma tácita, no artigo 227 da Carta Magna, e de maneira explícita e objetiva no artigo 27 da Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, o princípio da paternidade responsável. Aludido princípio foi consagrado na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 e

15 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001. p. 18.

ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, ao estabelecer *que toda criança terá direito, na medida do possível, de conhecer seus pais e ser cuidada por eles.*

Partindo do princípio do planejamento familiar e da parentalidade responsável temos o princípio da não intervenção ou da liberdade, conforme estatuído pelo Código Civil, no artigo 1.513. Importante salientar que o princípio da parentalidade responsável se constitui no princípio base, caminhando ombreado com o princípio da dignidade da pessoa humana para a formação da família, uma vez que traz implícita a ideia de responsabilidade, que deve ser observada tanto na formação como na manutenção da família.

### 3 A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

“O futuro a Deus pertence”, relativamente ao planejamento familiar, não se faz claro, visto que há sempre dificuldade para se reconhecer em qual momento da vida haveria aptidão procriacional. De grande valia, porém muito difícil, sensível e até mesmo complicada, é a decisão sobre o crescimento ou não da família e qual o melhor momento para celebrar o acontecimento, considerando-se a realidade social e econômica vivenciada.

No entanto, a programação consciente e o estabelecimento de um projeto de vida permitem aos casais a oportunidade de investir na carreira durante um período determinado, o que também beneficiará as crianças, já que os pais estarão mais preparados para proporcionar uma vida melhor para toda a família.<sup>16</sup>

Continuando, Antonio Chaves ressalta em suas ponderações:

Tão universal é a consciência que consta do texto da Conferência Internacional sobre direitos Humanos, da Organização das nações Unidas, reunida em Teerã, em maio de 1968: Acreditamos que a grande maioria dos pais deseja obter conhecimento e meios de planejarem suas famílias, que a oportunidade de decidir quanto ao número e espaçamento dos filhos é um direito humano fundamental. Acreditamos que o objetivo do Planejamento da Família é a plenitude da vida humana, não a sua restrição; que o Planejamento da Família, ao garantir maiores oportunidades a cada pessoa liberta o homem para que possa atingir sua dignidade individual e realizar todo o seu potencial. Os casais têm o direito humano fundamental de decidirem livre e responsabilmente quanto ao número e espaçamento dos seus filhos e o direito de obterem instrução e orientação adequadas a respeito.

Assim sendo, o planejamento familiar não é um direito apenas de procriação, ou ainda, um direito de gerar filhos, mas também um direito de não gerar, e, como todo direito acarreta um dever, há o compromisso da mulher, do homem, do casal e do Estado de fornecer os meios adequados para que se possa assegurar uma vida digna ao ser que será gerado ou adotado. O Estado, para tanto, tem a obrigação de informar sobre todos os métodos e técnicas para concepção e anticoncepção, cientificamente aceitos, e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, de acordo com a Lei do Planejamento Familiar.

Nessa seara, a indagação seria: como se respeita a individualidade do outro? E, nesse contexto, para que haja uma resposta ao questionamento acima, ousamos indagar também: existe ou não um direito à procria-

<sup>16</sup> CHAVES, Antonio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 18-19.

ção? Existe esse direito, ele é autônomo ou apenas uma forma de manifestação de outros direitos fundamentais como o direito à intimidade e à vida privada? Seria um direito pleno, sem limitações, em termos de exercício?

Sedimentado no artigo 226, §7º, da Constituição Federal, encontra-se o princípio do livre planejamento familiar, que assim estabelece:

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Há, ainda, a previsão em lei ordinária, que regulamenta o direito fundamental estabelecido na Constituição Federal, a saber, o artigo 1.565, § 2º, do Código Civil, que assim preleciona:

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

O Referido princípio encontra-se regulamentado, ainda, na [Lei nº 9.263/1996](#), que assegura a todo cidadão o planejamento familiar de maneira livre, não podendo nem o Estado, nem a sociedade ou quem quer que seja estabelecer limites ou condições para o seu exercício dentro do âmbito da autonomia privada do indivíduo.

Nos esclarecimentos de Perea<sup>17</sup>, temos:

[...] Por isso, os direitos reprodutivos vão além da simples capacidade de decidir sobre a fertilidade e o momento de exercê-la, envolvendo ainda o questionamento da maternidade como projeto de vida obrigatório para as mulheres e, em paralelo, da paternidade como parte necessária da vida dos homens. [...]

Na doutrina de Maria Cláudia Brauner<sup>18</sup>, os denominados direitos sexuais e reprodutivos reconhecem

[...] o direito das pessoas de organizar sua vida reprodutiva e de buscar os cuidados que a ciência oferece para a solução e restabelecimento da saúde sexual e reprodutiva. Portanto, deve ser considerada legítima toda intervenção que tenha o objetivo de assegurar o restabelecimento das funções reprodutivas, ou, de oferecer alternativas que possam resultar no nascimento dos filhos desejados (2003, p. 51 e 52).

Destarte, os princípios da “paternidade responsável” e da “dignidade da pessoa humana”, consagrados pela Constituição Federal Brasileira, na disposição contida no art. 226, § 7º, corroboram com o entendimento de que, apesar de sua consagração como direito fundamental autônomo, e não apenas uma derivação estrita de demais direitos, como à vida privada, o direito à liberdade do planejamento familiar, sem a interferência de organismos oficiais ou privados, não é absoluto, no sentido de que seu exercício está limitado pelos princípios acima referidos.

17 PEREA, Juan Guillermo Figueroa. O exercício da cidadania e a consciência cultural: condições para a construção dos direitos reprodutivos masculinos. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (org.). *Bioética: Poder e Injustiça*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Sociedade Brasileira de Bioética e Loyola, 2003. p. 365-378.

18 BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 51-52

Um rápido olhar na história do planejamento familiar no Brasil, entretanto, leva à constatação de que, por trás da aparente liberdade ao exercício de tal direito, se encontram diversas dificuldades, sejam elas morais, religiosas, legais, materiais, culturais, educacionais ou ideológicas, mas todas essas questões levam ao gênero feminino.

Marcia Correia Chagas<sup>19</sup>, em seu artigo, acentua que:

[...] Antes de tudo, cabe delimitar o que se entende por planejamento familiar. Este termo encerra mais do que a ideia de limitação do número de filhos, aliás, vai além até mesmo dos aspectos procriativos. Deveria abranger todo o planejamento necessário ao pleno desenvolvimento e amparo da família. Ou seja: moradia, alimentação, lazer, educação, vestuário etc. Mas a tradição emoldurou tal expressão às questões relativas à reprodução. Da forma como foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, porém, está limitado a essas últimas noções, bem entendido: às ações de controle de fecundidade (contracepção) e de estímulo a ela (possibilidade de conceber).

Com o movimento feminista, surgiram várias discussões onde o controle da fecundidade foi analisado sob o ângulo da autonomia da mulher sobre seu próprio corpo. Ana Maria Costa discorre sobre a matéria, acentuando:

[...] As mulheres brasileiras, a partir dos anos 60, processavam a ruptura com o clássico e exclusivo papel social que lhes era atribuído desde sempre: o de mãe e “rainha do lar”. Gradativamente, incrementavam o seu comparecimento no mercado de trabalho, ampliando dessa forma suas aspirações de cidadania. Controlar a fecundidade, realizar em seu corpo a anticoncepção passa a ser aspiração e desejo das mulheres. [...]

Sintetizando, temos em 1983 o PAISM – Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher, Lei 9.263 de 12 de janeiro e 1996, que regulamenta o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, versando especificamente sobre o planejamento familiar, a tendência de privilegiar o aspecto contraceptivo, relegando a segundo plano a questão de fecundidade.

A lei 9.263/96 estatui no artigo 2º o conceito de planejamento familiar, a saber: “Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole da mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Engloba o planejamento familiar dentro de um conjunto de ações de atenção integral à saúde e de atendimento global ao homem, à mulher e ao casal. Suas ações devem ser preventivas e educativas e propugnam o “acesso igualitário às informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade”, conforme o artigo 4º da mencionada lei.

A competência ao SUS (Sistema Único de Saúde) para promover o treinamento de pessoal, a implementação e fiscalização de tal programa, além de definir normas gerais de planejamento familiar (direção nacional

19 CHAGAS, Marcia Correia; LEMOS, Mariana Oliveira. O Direito ao planejamento familiar como direito humano fundamental autônomo e absoluto? [S. l.: s. n., 199-?]. p. 10.

do SUS), possibilita, ainda, a parceria com instituições públicas, privadas e filantrópicas no sentido de desenvolver as ações de planejamento familiar.

Os pontos até então suscitados desta complexa questão deixam claro que as mulheres têm sido personagens de uma tragédia cotidiana e silenciosa, no que diz respeito ao exercício de um direito constitucional, fundamental, o de procriar. É importante reparar que, nas questões reprodutivas e procriativas, as mulheres têm tido responsabilidades e compromissos muito mais onerosos que os homens, demonstrando-se dissociação do princípio da igualdade e por final do princípio da dignidade da pessoa humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta patente a existência de inúmeros desafios a serem enfrentados, vez que o direito ao planejamento familiar, por representar um direito fundamental, é assegurado a todo cidadão de maneira livre, não se podendo alijar a mulher. Contudo, é vedado ao Estado, a qualquer entidade privada ou qualquer pessoa decretar medidas ou limitações ao exercício do mesmo dentro do domínio da autonomia privada do cidadão, conforme legislação fundamental.

Logo, a questão relativa ao planejamento familiar está longe de ser apenas um direito reprodutivo, mas é sim um direito humano fundamental, que é cercado pelos princípios da paternidade responsável, conforme artigos 226, 227 e 229, e da dignidade da pessoa humana.

Infere-se que a plenitude do gozo da situação de direito em relação aos direitos reprodutivos exige mudanças profundas, desconstrução de culturas, realinhamento de princípios éticos e de convívio entre homens e mulheres e destes com o Estado.

As mulheres, por si só ou por meio do Estado, deverão buscar a aplicação dos direitos fundamentais da liberdade e autonomia da vontade, quando então, de acordo com a teoria kantiana, estarão libertas da vontade de qualquer desejo ou objeto de desejo e agirão de acordo com os seus próprios critérios de racionalidade, desvinculando-se da ideia de reprodução e procriação de sexo e sexualidade, implementando direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole por si mesmas.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Campinas, SP: Red, 2001.
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CHAGAS, Marcia Correia; LEMOS, Mariana Oliveira. **O Direito ao planejamento familiar como direito humano fundamental autônomo e absoluto?** [S. l.: s. n., 199-?].
- CHAVES, Antonio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

- COSTA, Ana Maria. Planejamento Familiar no Brasil. **Revista Bioética**, Brasília, v. 4, n. 2, 1996. Disponível em: [https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/416](https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/416). Acesso em: 24 set. 2021.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 5, direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil: direito de família e das sucessões**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. **O Direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. **Leçons de droit civil**. 4. ed. Paris: Montchrestein, 1977. volume I.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001.
- NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 3. ed. ampl. São Paulo: RT, 1999.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: RT, 2002.
- OVERBERG, Kenneth R. **Consciência em conflito**. São Paulo: Paulus, 1999.
- PEREA, Juan Guillermo Figueroa. O exercício da cidadania e a consciência cultural: condições para a construção dos direitos reprodutivos masculinos. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (org.). **Bioética: Poder e Injustiça**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Sociedade Brasileira de Bioética e Loyola, 2003.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. **Revista de Direito de Família**, v. 16, Editora Síntese.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos reprodutivos como direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- SHERAPHIM, Carla Matuck Borba. **O direito à vida e o arrependimento na reprodução medicamente assistida**. Curitiba, PR: Editora CRV, 2015.

# CAPÍTULO 5

## A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO DIRETRIZ DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES: UM ESTUDO DAS FAMÍLIAS RECOMPOSTAS NO BRASIL

Breezy Miyazato

Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objetivo do presente capítulo consiste em fazer um estudo das famílias recompostas, constituídas a partir do princípio da afetividade, e tendo por parâmetro o entendimento de que o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 constitui um artigo de inclusão, abarcando, além da família fundada no casamento e na união estável, todos os outros tipos de arranjos familiares, incluindo, neste caso, a família reconstituída ou recomposta.

Importante ressaltar que o presente estudo não pretende fazer uma tipificação de um novo modelo jurídico familiar, ao contrário, parte-se do pressuposto da existência de um pluralismo familiar e do valor que o afeto vem ganhando no âmago da família brasileira, orientando-se, portanto, para além dos modelos estanques aprisionados pela codificação positivista, tendo em vista a complexidade das relações familiares contemporâneas.

Neste sentido, buscar-se-á, analisar esta nova forma de constituição familiar, a partir da liberdade e do espaço, e o valor que o afeto ganhou na sociedade brasileira contemporânea, e, neste sentido, todavia, sem constituir o objeto deste estudo, e, neste sentido, como o direito tem se portado perante as relações daí originadas.

### PLURALISMO FAMILIAR

A família clássica, representada pelo Código Civil de 1916, extremamente hierarquizada e patriarcal, e fundada na transpessoalidade, cede espaço para a família contemporânea, que, ao contrário da codificada, tem por pressuposto o aspecto eudemonista, ou seja, a realização pessoal de seus membros, estes ligados por laços afetivos, de comunhão de vida e de afeto. João Baptista Villela, ao discorrer sobre a família eudemonista, assim considera:

A família expressa, por assim dizer, um *espaço* em que cada um busca a realização de si mesmo, através do outro ou de outros, e não mais uma estrutura em que os indivíduos estejam submetidos a fins do en-

torno social que os envolvia, particularmente o Estado e a Igreja. [...] Ou seja, cada um busca na família sua própria realização, seu próprio bem estar.<sup>1</sup>

Tais transformações sentidas pela família contemporânea foram absorvidas pela Constituição Federal<sup>2</sup>, promulgada no ano de 1988, que quebrou velhos paradigmas, tutelando, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana.

No âmbito da família, destaca-se o artigo 226 da Constituição Federal, que afirma a existência da família plural, em detrimento daquela prevista no Código Civil de 1916, que previa apenas e tão somente a família fundada no casamento, onde os demais modelos eram deixados à margem do direito.

Aliás, o conceito de família plural – característica marcante do atual contexto social brasileiro – vincula-se positivamente à dimensão afetiva, de maneira a caracterizar uma superação emancipatória ao antigo conceito. Neste sentido reflexiona Luiz Edson Fachin: “A família plural, aberta a arquitetura do afeto, e sem molduras prévias, dissecar limites e possibilidades da superação da vida insular. Nela se projeta em novos paradigmas, o ninho, sob o nascimento viável de um desenho que decola com prováveis escalas nas estações da maternidade e da paternidade”<sup>3</sup>.

Continuando a análise do dispositivo constitucional, prevê, ainda, em seu § 6º, a possibilidade da desconstituição do vínculo conjugal através do divórcio. Assim, as pessoas não precisam ficar eternamente vinculadas juridicamente entre si por obrigação. Com isso, prevalecerá o afeto entre as pessoas, ou seja, o que irá determinar a união ou não entre as pessoas não é a imposição estatal, mas sim a vontade livre de assim permanecerem em função do afeto que nutrem entre si.

Tal transição, aliada ao pressuposto eudemonista, de valorização da realização dos membros da família, ligados por laços afetivos, de comunhão de vida, culminou numa pluralidade de modelos familiares.

Neste sentido, Paulo Luiz Netto Lobo, ao tratar as entidades familiares para além do *numerus clausus*, afirma que o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 apresenta-se como um artigo de inclusão. Ao contrário das Constituições anteriores, em que excluía qualquer outro modelo de família que não fosse baseado no casamento, a de 1988, em seu artigo 226, **não definiu um tipo específico de família, sendo, portanto, uma cláusula de inclusão. Assim, afirma o autor que, apesar de haver referência a determinados tipos de família no parágrafo quarto do presente artigo, tal referência é meramente exemplificativa, não sendo considerada, portanto, *numerus clausus*.** Assim, as demais entidades familiares existentes são tipos implícitos contidos no *caput* do artigo 226, a exemplo das famílias reconstituídas<sup>4</sup>.

1 VILLELA, João Baptista. Família hoje In: BARRETO, Vicente (org.). **A nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 72.

2 Sobre tal questão afirma Sérgio Gischkow PEREIRA: “A Constituição revolucionou o Direito de Família. É imprescindível assumir esta revolucionariedade, a nível exegético, colimando evitar se tolham e minimizem as conquistas”. (PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas questões de Direito de Família na nova Constituição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 639, p. 247-252, jan. 1989, p. 252).

3 FACHIN, Luiz Edson. Prefácio. In: ALMEIDA, Maria Christina. **Investigação de paternidade e DNA**: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

4 LOBO NETTO, Paulo Luiz. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista de Direito de Família**, n. 12, jan-fev-mar 2002, p. 40-55.



Neste sentido, conforme coloca o autor, para além dos modelos legais excludentes que o Direito codificado tipificava, encontra-se uma infinidade de relações familiares, tais como o casal unido pelo matrimônio com filhos ou sem filhos, o casal unido sem matrimônio com ou sem filhos, mãe ou pai com filho biológico, mãe ou pai e filho biológico e adotivo ou somente adotivo, pessoas unidas por laços de sangue, amizade ou ajuda mútua baseadas na afetividade, como irmãos, amigos, senhoras que dividem o mesmo teto, uniões homossexuais, uniões concubinárias, pessoas que se unem em segundas núpcias com filhos de uma ou de ambas as partes, que constitui o interesse deste estudo, e outras tantas composições.

Tal entendimento, inclusive, tem orientado a jurisprudência de nossos Tribunais, como no caso da [Lei nº 8009/90](#), que trata da impenhorabilidade do bem de família. Tem-se presenciado, neste caso, a orientação no sentido da ampliação do termo “entidade familiar”, como, por exemplo, no caso de entidade familiar composta somente de irmãos<sup>5</sup>, ou mesmo de uma pessoa apenas<sup>6</sup>.

## FAMÍLIAS RECOMPOSTAS E O DIREITO: PRIMEIROS CONTORNOS

A superação da família clássica matrimonializada cedeu espaço para a família eudemonista, ou seja, a família contemporânea deve ser um lugar de comunhão de afeto e realização pessoal, de ajuda e esforços mútuos entre todos os componentes daquela relação familiar. Assim, quando um ou ambos os companheiros não estiverem satisfeitos, quando já não houver mais amor ou respeito entre ambos, ou quando o desgaste da relação pesar, ou, ainda, em casos de infidelidade, surge a possibilidade da dissolução do vínculo conjugal ou da união estável. É a liberdade de não permanecer casado, haja vista que o estado de separada já não tem o peso que tinha no início do século passado, as pessoas não estão mais obrigadas a manterem o estado de casada em nome da boa reputação da família.

Com tal possibilidade de dissolução, os ex-companheiros têm a liberdade de formar uma nova família, de procurar o amor e a felicidade constituindo ou não uma nova família. Quando tal fato ocorre, pode, às vezes, vir com filhos que vieram de sua primeira união, ou com filhos de seu novo ou nova companheira, ou, ainda, com filhos de ambos os lados. Surge daí a família chamada reconstituída<sup>7</sup>, recomposta, reconstruída, mosaico, heterogênea, etc.

5 EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEI 8009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMÍLIA. IRMÃOS SOLTEIROS. OS IRMÃOS SOLTEIROS QUE RESIDEM NO IMÓVEL COMUM CONSTITUEM UMA ENTIDADE FAMILIAR E POR ISSO O APARTAMENTO ONDE MORAM GOZA DA PROTEÇÃO DE IMPENHORABILIDADE, PREVISTA NA LEI 8009/90, NÃO PODENDO SER PENHORADO NA EXECUÇÃO DE DÍVIDA ASSUMIDA POR UM DELES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Resp. 159851-SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJU, 22.06.1998. LEXJTACSP, v. 174, p. 615).

6 CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1 – O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência. 2 – Recurso especial conhecido e provido. (Resp 205170-SP. Rel. Min. Gilson Dipp. DJU 07.02.2000. p. 173).

7 Quanto à sua origem, as famílias reconstituídas não se apresentam como um fenômeno recente, ao contrário, estiveram presentes na China, Índia, e, inclusive, no Código de Hamurabi, em seu § 177, que exigia que as segundas núpcias fossem condicionadas à autorização do juiz (GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**: nova forma de conjugalidade e de parentalidade. Curitiba, 2002. 185 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná – UFPR. p. 54).

Neste sentido, para Waldyr Grisard Filho, família reconstituída é a “estrutura familiar originada do casamento ou da união de fato de um casal, na qual um ou ambos de seus membros têm um ou vários filhos de um casamento ou união anterior. Numa formulação mais sintética, é a família na qual ao menos um dos adultos é um padrasto ou uma madrasta”<sup>8</sup>.

Assim, família reconstituída ou recomposta pode ser entendida como a família onde um dos dois ou ambos os companheiros trazem filhos de um relacionamento anterior. O companheiro ou os companheiros podem vir da viuvez, de uma separação ou divórcio, ou mesmo de uma família monoparental, com filhos, não importando se o outro companheiro que se separou (e que está à margem desta nova relação) ainda se faz presente física ou emocionalmente perante o filho que está no seio desta nova família.

Segundo Waldyr Grisard Filho, até o século XX, a morte era a grande causa das novas núpcias entre os casais, muito mais que o divórcio. Todavia, em virtude da diminuição da mortalidade, a constituição das famílias recompostas passou a ocorrer principalmente a partir de divórcios entre os cônjuges. O autor afirma, ainda, que as estatísticas têm demonstrado que cada vez mais os filhos passarão a crescer em lares com um dos pais e seus novos cônjuges ou companheiros<sup>9</sup>.

Assim, na contemporaneidade, em virtude de um grande número de separações e divórcios<sup>10</sup> em nosso país, as famílias reconstituídas ou recompostas passam a ser a realidade de muitas crianças e jovens. Todavia, não obstante o significativo crescimento deste novo modelo familiar, foram objeto de poucos estudos doutrinários na área jurídica, dada a sua importância e relevância, pelas implicações que surgem para o campo jurídico, a partir desta relação.

Desta forma, com o aparecimento cada vez mais frequente de famílias recompostas, os operadores do Direito de Família, nas palavras de Maria Cláudia Crespo Brauner: “deverão dar maior atenção e construir soluções ajustadas aos problemas e conflitos emergentes nestes novos agrupamentos familiares”<sup>11</sup>.

Não obstante tal fato, o que se percebe, perante o Direito em nosso país, é um total desconhecimento por parte de nossos operadores jurídicos da seara de família desta nova composição, relegando aos membros das famílias recompostas total liberdade, diferentemente de outros países<sup>12</sup>. Assim, não encontramos qualquer dis-

8 GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**: nova forma de conjugalidade e de parentalidade. Curitiba, 2002. 185 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná – UFPR, [2002]. p. 60.

9 GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**: nova forma de conjugalidade e de parentalidade. Curitiba, 2002. 185 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná – UFPR, [2002]. p. 57.

10 Waldyr Grisard Filho, ao abordar o assunto, cita as estatísticas do censo das Estatísticas do Registro Civil, colhidas em novembro de 2002, nestes termos: “No Brasil, segundo o Banco de Dados Agregados do IBGE, em 1993 casaram-se 746.930 pessoas e em 1998, 673.452, o que evidencia um decréscimo de interesse por esta forma de conjugalidade. Nestes mesmos anos, porém, verificou-se o aumento do número de casamentos de pessoas viúvas e divorciadas. Em 1993, casaram-se 11.242 viúvos, 5.356 viúvas, 34.380 divorciados e 17.484 divorciadas. Em 1998, registraram-se números maiores: 11.617 viúvos, 7.143 viúvas, 41.223 divorciados e 24.775 divorciadas. Ainda segundo esta fonte, em 1993 ocorreram 87.885 separações, sendo que 12.352 dos casais separados não tinham filhos; em 1998, separaram-se 90.778 casais, dos quais 13.994 também não tinham filhos. O número de divórcios encerrados em primeiro grau de jurisdição em 1993 foi de 94.896 e de 105.252 em 1998; daqueles, 24.074, e destes 25.680, não tinham filhos; nos demais feitos registrou-se a presença de filhos, cujas idades variavam entre 1 a 7 anos (GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**: nova forma de conjugalidade e de parentalidade. Curitiba, 2002. 185 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná – UFPR, [2002]).

11 BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro. MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 274.

12 Acerca do estudo das famílias reconstituídas em outros países, ver: MEULDERS-KLEIN, Marie Thérèse e THÈRY, Irene. Quels repères pour les familles recomposées? **Revue Droit et Société**. Paris: L.G.D.G., 1995. BOURGAULT-COUDEVILLE, Dorothée; DELOCOURT, Fabienne. Les familles recomposées: aspects personnels, aspects alimentaires.

cussão doutrinária ou jurisprudência acerca da proteção de filhos oriundos desta relação ou que confira responsabilidade aos pais, no presente, ou no futuro. É uma realidade que vem se impondo perante a sociedade familiar brasileira.

## A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO DIRETRIZ DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

*A ideia de dignidade humana está indissociavelmente vinculada às ideias de liberdade e de igualdade, constituindo assim o eixo axiológico em torno do qual deve ser construída a hermenêutica concretizadora da Lei Fundamental<sup>13</sup>.*

*A raiz da dignidade da pessoa humana consiste na superação e no domínio do homem sobre a sua própria existência. Assim, ela pode ser entendida como a superioridade do ser humano sobre aqueles que carecem de razão, sobre os irracionais, pelo que, segundo Santo Agostinho, sobre esta mente racional, somente há o Criador, que o criou à sua imagem e semelhança<sup>14</sup>.*

[...] parece que o ser humano não consegue afastar-se da indagação: “o que é a minha pessoa?” Várias são as respostas que surgem a tal questionamento: é meu corpo, a minha alma, a minha inteligência, a minha vontade, a minha liberdade, o meu espírito... No entanto, temos quase por evidente que “nada disto é ainda ‘a pessoa’, mas, por assim dizer, o material que a compõe; a noção de pessoa radica no fato de que este ‘material’ existe na forma de uma pertença a si próprio. Em contrapartida, tal material existe verdadeiramente sob essa categoria – da pessoa! – encontrando-se assim inteiramente marcado pela sua chancela. A consciência ou a sua liberdade – pertence ao domínio da pessoa: é assumida por ela e encontra-se determinada pela sua dignidade.<sup>15</sup>

Atualmente o respeito à dignidade da pessoa humana<sup>16</sup> tem adquirido destaque singular, multiplicando-se as declarações e pactos que a reconhecem bem como os organismos para sua proteção, especialmente após a Segunda Guerra Mundial<sup>17</sup>. Apesar disso, a não observância dos direitos fundamentais demonstra a distância

In: MEULDERS-KLEIN, Marie Thérèse; THÉRY, Irène. **Les recompositions familiales aujourd’hui**. Paris: Nathan, 1993. p. 257-279.

13 LIMA, Fernando Machado da Silva. A projeção econômica do princípio da dignidade humana. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3765/a-projecao-economica-do-principio-da-dignidade-humana>. Acesso em: 24 set. 2021.

14 PÉREZ, Jesus González. **La Dignidad de la persona**. Madrid: Civitas.

15 ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina social da igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 2.

16 SANTOS, Marcos André Couto. A delimitação de um conteúdo para o Direito. Em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 172, 25 dez. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4605>. Acesso em: 03 out. 2004. p. 1: A preservação da dignidade da pessoa humana refoge ao tipo de sociedade, de ideologia, de organização político-social em que vive. É um valor humano dotado de universalidade que deve ser desenvolvido, protegido e aplicado por uma Teoria Geral do Direito comprometida com a proteção integral do ser humano.

17 Dentre os principais documentos firmados, tem-se: 1) A Declaração Universal dos Direitos Humanos; aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10/12/1948, que proclama, inicialmente, a fé das Nações Unidas na dignidade e no valor da pessoa humana e, num segundo momento, a igualdade e liberdade na dignidade e direitos, a inexistência de escravidão, a não submissão à tortura e tratamentos desumanos, entre outros; 2) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, firmado nos Estados Unidos, onde se verifica um comprometimento no respeito e garantia das previsões feitas pela ONU, estabelecendo ainda que ninguém será submetido a tratamentos desumanos e torturas, e em especial a quaisquer experimentos científicos sem seu consentimento; inexistência de escravidão; liberdade de expressão; 3) o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que garantiu aos trabalhadores condições dignas de existência para sua família; 4) Convênio Europeu para a proteção dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, reconhece e garante todos os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana; 5) Carta Social Europeia, firmada em 18/10/1961, estabelece em sua parte I que os contratantes reconhecem com seu objetivo o estabelecimento das condições em que se possam fazer efetivos os direitos do trabalhador a uma remuneração que proporcione a eles e suas famílias um nível de vida decoroso, e a garantia aos jovens e crianças contra os perigos físicos e morais. Em sua parte II, estabelece 15 anos como idade mínima para o trabalho, bem como a licença maternidade às mulheres, entre outros; 6) Conferência de Helsinki, firmada em 18/10/1961, estabelece em sua parte I que os contratantes reconhecem com seu objetivo o estabelecimento das condições em que se possam fazer efetivos os direitos do trabalhador a uma remuneração que proporcione a eles e suas famílias um nível de vida decoroso, e a garantia aos jovens e crianças contra os perigos físicos e morais. Em sua parte II, estabelece 15 anos como idade mínima para o trabalho,

entre as hipóteses previstas documentalmente e a realidade da sociedade. O desprezo à vida, sob as suas mais variadas formas, mostra que os compromissos firmados ao redor do mundo, destinados a albergar todos os seres humanos, sem exceção, nem sempre são cumpridos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal<sup>18</sup>, delinea todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Se até 2002 estava em vigor um Código Civil que não contemplava a tutela aos direitos da personalidade, a Constituição alçou a dignidade da pessoa humana ao centro do sistema jurídico, dando ensejo a uma ampla esfera de direitos civis constitucionais, tutelando, sobremaneira, os direitos e garantias individuais<sup>19</sup>.

Tal princípio pode ser considerado a verdadeira força normativa da Constituição democrática, comprometida com a realização da justiça. Deve ser entendido como pressuposto para a tutela dos direitos de personalidade. Sendo fundamento da República, deve ser respeitado em toda e qualquer hipótese.

A desatenção ao fundamento, portanto, representa insurgência contra todo o sistema e seus valores fundamentais<sup>20</sup>. Pode-se dizer, consoante Ana Paula de Barcellos, que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais<sup>21</sup>. Terá respeitada sua dignidade a pessoa cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles:

realmente, o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.<sup>22</sup>

Sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, estará sendo negada sua própria dignidade:

[...] a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’ exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões.<sup>23</sup>

Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana, inserido no ordenamento brasileiro, deve ser utilizado como instrumento norteador da proteção dos direitos da personalidade e das relações familiares, pautadas na contemporaneidade pelo afeto entre os seus integrantes. Na esteira do pensamento de Eroulths

bem como a licença maternidade às mulheres, entre outros. Há ainda outros documentos que se revestem de seriedade e importância, mas que não serão abordados, tendo em vista o enfoque principal do trabalho.

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

19 NEVES, Alessandra Helena. Direitos fundamentais versus direitos da personalidade: contraposição, coexistência ou complementaridade? **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 352, 24 jun. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5387>. Acesso em: 03 out. 2004.

20 MELLO, Celso Antonio. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986. p. 230.

21 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 110.

22 VIEIRA, José Carlos apud BARCELLOS, op. cit., p. 11.

23 SARLET, Ingo apud BARCELLOS, Ana. p. 111.

Cortiano Junior<sup>24</sup>, para quem a pessoa humana não é apenas um dado ontológico, mas traz encerrada em si uma série de valores que lhe são imanescentes, pode-se considerar a dignidade da pessoa humana o centro de sua personalidade. Assim, a conjugação personalidade-dignidade é indissociável.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, nesse contexto, protege, em dispositivos diversos, o homem em sua dignidade<sup>25</sup>. Ademais, deve-se atentar para o fato de que o Brasil ratificou os princípios protetivos da dignidade na “Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de *San Jose de Costa Rica*”, aprovado pelo [Decreto Legislativo 27/92](#)<sup>26</sup>. Pode-se dizer que dignidade da pessoa humana é o valor básico presente nos direitos fundamentais, edificados, assim, em alicerces da ordem pública, pois possibilitam o desenvolvimento integral do ser humano, exigido por sua dignidade<sup>27</sup>.

Deve-se sempre levar em conta primeiramente o valor da pessoa, conforme Pietro Perlingieri<sup>28</sup>:

A tutela da dignidade deve realizar-se em relação a todos os aspectos, sem, porém, que se deva traduzir na mesma situação de vantagem e na noção de direito subjetivo. A diversidade dos interesses fundamentais do homem não se traduz em uma pluralidade de direitos fundamentais diversificados por conteúdo e por disciplina [...] O que releva é o valor da pessoa unitariamente entendida.

A tendência humanizadora da legislação civilista<sup>29</sup> corrobora com o entendimento ora exposto. A doutrina contemporânea tem tratado da tão propagada *constitucionalização do direito civil*, dentre outros ramos, onde insere-se a ideia da *repersonalização*. Consiste a “repersonalização” na recolocação do indivíduo como ser coletivo, no centro dos interesses, destacando os direitos da personalidade, captando-se menos a patologia do *status* jurídico adstrito ao contrato e ao patrimônio e mais a tutela da vida dos reais receptores da norma civil. As famílias denominadas *reconstituídas* inserem-se neste contexto, porquanto são o reflexo da aplicabilidade do fundamento da dignidade da pessoa humana em suas mais variadas nuances, seja na responsabilidade parental, seja nas consequências advindas da adoção, dentre outros.

24 CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade**. Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. 25 Art. 12. Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar, ou na sua correspondência, nem ataque a sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

26 Artigo 1. Obrigação de Respeitar os Direitos. 1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

27 “O conceito de cidadania é, efetivamente, o motor de impulsão que projeta a dimensão da pessoa humana em seus valores e direitos fundamentais. Não mais, porém, compreendida como simples sujeito de direito virtual, porém, como titular de um patrimônio pessoal mínimo que lhe permita exercer uma vida digna, a partir da solidariedade social e da isonomia substancial.”

28 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 159.

29 Pondera CANOTILHO: Outra esfera constitutiva da República Portuguesa é a dignidade da pessoa humana (artigo 2º). O que é ou que sentido tem uma República baseada na dignidade da pessoa humana? A resposta deve tomar em consideração o princípio material subjacente à idéia de dignidade da pessoa humana. Trata-se do ‘princípio antrópico’ que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da ‘dignitas-hominis’ (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo formador de si próprio e de sua vida segundo o seu projecto espiritual (‘plastet et factor’).

Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas o reconhecimento do ‘homo noumenon’, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Nesse sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais...

Por último, a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à idéia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo multidivisional, religioso ou filosófico... (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª edição. Coimbra [Portugal]: Livraria Almedina, 2000. p. 225 apud ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. O direito à vida. *Scientia Iuris*, v. 7-8, 2003-2004. DOI: <http://dx.doi.org/10.5433/2178-8189.2004v7n0p340>. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11138>. Acesso em: 24 set. 2021.

De fato, o direito civil deve ser concebido como “serviço da vida”, a partir de sua raiz antropocêntrica, para se afastar do tecnicismo e do neutralismo. A força normativa dos novos preceitos pode emergir de um verdadeiro estado de necessidade<sup>30</sup>. As possibilidades jurídicas que emergem da formação de novas modalidades de família devem ser consideradas de forma a se alcançar plenamente a satisfação das necessidades dos pais, filhos e demais integrantes, sejam eles biológicos ou afetivos. Albergar novas formas de família é papel imprescindível da Ciência Jurídica nos dias atuais, em que tanto se conclama a dignidade do homem.

A legislação civil do Código antigo assentava-se em um contexto que não o atual, mas em um Código coerente com o sentido do individualismo<sup>31</sup> jurídico, entendido como o sujeito que contrata, que se obriga etc.

A seara clássica da conformação do sujeito vem agora impregnada por uma publicização da definição desses papéis. No plano do direito subjetivo podem-se localizar interessantes alterações em face da conformação abstrata de sujeito. Deve-se abandonar a postura da segurança dos conceitos, já que as explicações segmentadas conduzem a uma banalização da complexidade dos problemas.

O legado do sistema clássico, no presente, dá conta de um conjunto determinado de “realidades”, mas não explica as nuances diversas daquelas existentes no sistema posto pelo ordenamento jurídico. Há circunstâncias que se passam nessa nova perspectiva em diversos campos: na família, nos contratos, nas relações contratuais de fato. Não há, necessariamente, uma passagem do “não direito” para o “direito”, há determinado caminho em que deve trilhar essa passagem no espaço das dobras do mundo jurídico, onde se revelam valores que nem sempre o próprio sistema reconhece ou incorpora. Os espaços de “não direito” geram fatos que, em certos casos, acabam se impondo ao jurídico, o que gera uma transformação naquilo que foi refinado pela ordem jurídica. Desta certa mudança sem ruptura vem a nova ordem, e o ciclo produtivo das passagens se mantém; lacunas convertem-se em regras, no entendimento do Professor Luiz Edson Fachin. Esta nova ordem nas relações familiares é latente, não se pode perder de vista as consequências jurídicas advindas da formação das famílias monoparentais, das relações homoafetivas, da paternidade socioafetiva etc.

Neste sentido, na normatização, pode-se afirmar, na esteira de Fachin<sup>32</sup>, que pessoas, sujeitos e vínculos perpassam obrigações, coisas, famílias e sucessões. Eis o direito civil contemporâneo que se coaduna perfeitamente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante desta nova realidade, portanto, segundo Maria Celina Bodin de Moraes<sup>33</sup>, o Direito converte-se em arena privilegiada – e seguramente mais legítima – para o debate entre as diversas concepções acerca do

30 FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 45.

31 Aqui vale reproduzir a ideia de Miguel Reale (*Filosofia do Direito*, p. 277), que com muita propriedade diferenciou o individualismo do transpersonalismo e, por fim, do personalismo. O individualismo é caracterizado pelo entendimento de que cada homem, cuidando de seus interesses, protege e realiza, indiretamente, os interesses coletivos. A interpretação da norma protege a autonomia do indivíduo em face do Estado. O transpersonalismo entende que a dignidade da pessoa humana realiza-se no coletivo. Os valores coletivos sobrepõem-se sempre. Por fim, o personalismo busca o equilíbrio entre os valores individuais e os coletivos, distinguindo o indivíduo e a pessoa. A pessoa é um *minimum* que tem primazia incondicional.

32 FACHIN, Luiz Edson. op. cit. p. 56

33 BODIN de MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura Civil-Constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 20.

modo como a pessoa e o grupo social devem interagir, equilibrando-se mutuamente. Pode-se falar, portanto, em *dignidade afetiva*, a fim de nortear a proteção jurídica das famílias recompostas.

## O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO SURGIMENTO DE NOVOS MODELOS JURÍDICOS FAMILIARES

Hodiernamente, a família tem sofrido profundas e importantes transformações, orientadas especialmente pelos novos valores informativos na constituição das estruturas familiares contemporâneas, como o afeto, tendo em vista ser o principal elo de união entre os membros do grupo familiar. É a partir dessa nova orientação que surge a família eudemonista, em detrimento do aspecto econômico da família tradicional, baseada na transpessoalidade.

A partir destas questões, é importante mostrar a mudança de paradigma nas relações familiares, na medida em que o que justifica o estabelecimento de uma relação é o afeto, e não mais a base econômica e seus efeitos, como demonstra o estudo de Silvana Maria Carbonera, em seu trabalho intitulado “O papel jurídico do afeto nas relações de família”, bem como a obra de Luiz Edson Fachin, em **Da paternidade: relação biológica e afetiva**<sup>34</sup>.

De fato, segundo Silvana Carbonera, a família ganhou dimensões significativas e um elemento que anteriormente estava à sombra: o sentimento. E, com ele, a noção de afeto, tomada como um elemento propulsor da relação familiar, revelador do desejo de estar junto a outra pessoa ou pessoas, se fez presente. Diante disto, o Direito paulatinamente curvou-se e demonstrou, através da legislação e da jurisprudência, a preocupação com este “novo” elemento, mesmo que inicialmente de forma indireta<sup>35</sup>.

Para a mesma jurista, “Somente podem ser dignas e iguais as pessoas que respeitam as outras, e isto acontece de forma voluntária quando se unem em virtude do afeto”<sup>36</sup>

A importância deste princípio orientador das relações familiares, aliás, vem insculpido no texto constitucional, ao ampliar o conceito de família, não tipificando os modelos, como outrora ocorria<sup>37</sup>. Ao contrário, incluiu, em seu artigo 226, uma cláusula de inclusão, não sendo possível, neste sentido, desconsiderar estruturas familiares baseadas no princípio da afetividade, na comunhão de vida e solidariedade entre seus membros, na medida em que a “afetividade desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar”<sup>38</sup>.

34 FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

35 CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 286.

36 CARBONERA, Silvana Maria. op. cit., p. 296.

37 Refletindo sobre a afetividade no texto constitucional, Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que “Se a Constituição abandonou o casamento como o único tipo de família juridicamente tutelada é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessário para a realização pessoal de seus integrantes. O advento do divórcio direto (ou a livre dissolução da união estável) demonstrou que apenas a afetividade, e não a lei, mantém unidas essas entidades familiares”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. op. cit., 2002. p. 47.

38 LOBO NETO, Paulo Luiz. A repersonalização das relações de família. In: **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 78.

Pode-se dizer, portanto, que, não obstante a falta do termo “afeto” no ordenamento constitucional, o mesmo encontra-se insculpido no interior de seu texto, ao admitir, superando o modelo tradicional anteriormente adotado pela nossa antiga codificação, a união estável, uma cláusula geral de inclusão, a igualdade dos cônjuges, a igualdade da filiação, tendo por base, ainda, a tutela da dignidade da pessoa humana como princípio orientador de todo o ordenamento brasileiro.

Neste sentido, depreende-se que, no processo de transformação paradigmática do modelo familiar, houve, ao longo das últimas décadas, um nítido direcionamento rumo à construção da afetividade como elemento orientador no interior das estruturas familiares, orientação esta que já se faz sentir na jurisprudência e no ordenamento brasileiro em construção.

Dentro dessa perspectiva, Pietro Perlingieri ensina que a instituição familiar “é formação social, lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes; de maneira que exprime uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes”<sup>39</sup>.

Assim, é neste ambiente valorativo da afetividade que surge a estrutura familiar das famílias recompostas, onde os cônjuges, vindos de outros relacionamentos, tendo a liberdade de não permanecer casados pelos mais diversos motivos, que aqui não cumpre nos debruçarmos, vêm a manter um novo relacionamento, motivados pelo afeto e a intenção de construção de uma vida em comum, trazendo consigo filhos de um e/ou de outro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste sentido, o direito de família contemporâneo ganha novos contornos com a conquista da valorização da afetividade em suas relações, constituindo importante fator a ser considerado na prática judicante, devendo nossos operadores, ante falta de regulamentação específica, adequar as necessidades imanentes do direito de família, por meio de interpretação que venha tutelar a dignidade da pessoa humana aos anseios e necessidades das complexas e novas estruturas familiares de nossa sociedade.

É dentro desse contexto, portanto, que devem ser estudadas as famílias recompostas em nosso país, ou seja, a partir do princípio da afetividade que vem a ser o liame a partir do qual se origina esta forma de estrutura familiar, bem como levar em conta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, representado nesta estrutura pelos papéis dos pais e filhos afins, no sentido de abrir novos horizontes e possibilidade interpretativos para as demandas que possam daí se originar.

Esta nova estrutura familiar surgida a partir da afetividade tem se mostrado cada vez mais presente em nossa sociedade, em início de processo, também, de construção jurídica doutrinária e em fase embrionária no

39 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 178.



aspecto jurisprudencial. É um desafio a ser enfrentado, em breve, pelos operadores do Direito, que devem levar em conta os princípios constitucionais da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina social da igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BODIN de MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura Civil-Constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BOURGAULT-COUDEVYLLÉ, Dorothée; DELOCOURT, Fabienne. **Les familles recomposées**: aspects personnels, aspects alimentaires. In: MEULDERS-KLEIN, Marie Thérèse; THÉRY, Irène. **Les recompositions familiales aujourd'hui**. Paris, Nathan, 1993.
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro. MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família In:
- FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade**. Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: [s. n.], 2000.
- FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FACHIN, Luiz Edson. Prefácio. In: ALMEIDA, Maria Christina. **Investigação de paternidade e DNA**: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**: nova forma de conjugalidade e de parentalidade. Curitiba, 2002. 185 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná – UFPR, [2002].
- KLEIN, Marie Thérèse; THÉRY, Irène. **Les recompositions familiales aujourd'hui**. Paris: Nathan, 1993. p. 257-279.
- LIMA, Fernando Machado da Silva. A projeção econômica do princípio da dignidade humana. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3765/a-projecao-economica-do-principio-da-dignidade-humana>. Acesso em: 24 set. 2021.
- LOBO NETO, Paulo Luiz. A repersonalização das relações de família. In: **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- LOBO NETO, Paulo Luiz. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista de Direito de Família**, n. 12, jan-fev-mar 2002, p. 40-55.
- MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- MELLO, Celso Antonio. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.
- MEULDERS-KLEIN, Marie Thérèse e THÉRY, Irene. Quels repères pour les familles recomposées? **Revue Droit et Société**. Paris: L.G.D.G., 1995.
- NEVES, Alessandra Helena. Direitos fundamentais versus direitos da personalidade: contraposição, coexistência ou complementaridade? **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 352, 24 jun. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5387>. Acesso em: 03 out. 2004.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas questões de Direito de Família na nova Constituição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 639, p. 247-252, jan. 1989.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. O direito à vida. **Scientia Iuris**, v. 7-8, 2003-2004. DOI: <http://dx.doi.org/10.5433/2178-8189.2004v7n0p340>. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11138>. Acesso em: 24 set. 2021.

SANTOS, Marcos André Couto. A delimitação de um conteúdo para o Direito. Em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 172, 25 dez. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4605>. Acesso em: 03 out. 2004.

VILLELA, João Baptista. Família hoje *In*: BARRETO, Vicente (org.). **A nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 71-86.

# CAPÍTULO 6

## A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E OS DESAFIOS PARA A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA FEMININA

Cintia Barudi Lopes

### INTRODUÇÃO

O presente capítulo faz uma interpretação do livre planejamento familiar inserido no art. 226, §7º, da atual Constituição Federal para constatar como que esse direito vem contribuindo para a construção da cidadania feminina, assim como para a diminuição das desigualdades de gênero.

Na primeira parte, abordam-se as principais lutas do movimento feminista no país pelo reconhecimento do direito da mulher de dispor do seu próprio corpo, pela sua liberdade sexual, sua ascensão política, sua valorização salarial, bem como pelo combate à sua opressão em todas as formas.

Na segunda parte do artigo, faz-se uma abordagem da significância do direito ao livre planejamento familiar e sua interpretação constitucional, destacando-se como que a jurisprudência brasileira, em especial a do Supremo Tribunal Federal, tem se manifestado sobre a abrangência na aplicação desse direito.

Na terceira e última parte, destacam-se quais os atuais desafios que a construção da cidadania feminina ainda enfrenta, tais como aqueles referentes aos processos de esterilização e de acesso às técnicas de reprodução assistida, a ausência de políticas públicas efetivas e de capacitação dos profissionais da área, bem como os obstáculos de ordens econômica, moral e até racial que representam um descompasso com os valores de autonomia privada e de paternidade responsável.

A metodologia abordada neste artigo se embasou no método dedutivo-hipotético, em artigos científicos sobre a matéria de pesquisa, em doutrina específica e sites de notícias jornalísticas.

Finalmente, conclui-se que a Constituição Federal de 1988 representa um passo à frente no combate às desigualdades de gênero e que a jurisprudência da Corte Suprema tem desempenhado um papel primordial nesse combate, mas que as lutas pelo empoderamento feminino devem prosseguir a fim de que o direito ao livre planejamento familiar contribua para o fortalecimento da emancipação da mulher em todos os setores sociais.

## 1 A MULHER E A LUTA PELO DIREITO DE DISPOR DO PRÓPRIO CORPO

O direito da mulher de dispor do seu próprio corpo sempre foi um desafio social e jurídico a ser enfrentado. A vida sexual e a liberdade corporal da mulher são direitos que sofrem retaliações desde sua infância com a criação de tabus e convenções sociais que a impedem de conhecer seu corpo, dispor de suas emoções e de fazer suas melhores escolhas.

Por pressão da sociedade vinculada a critérios e padrões patriarcais, muitas mulheres se frustram de assumir suas identidades e de caminhar para suas escolhas, pelo receio do julgamento a que são expostas diante de certas escolhas que cabem só a elas, mas que a sociedade insiste em interferir<sup>1</sup>.

O corpo da mulher sempre esteve muito atrelado à sua capacidade reprodutiva. Lutas sociais de liberdade sexual e corporal foram travadas por vários cenários históricos a fim de que se pudesse estabelecer uma diferença entre sexo e reprodução, reconhecendo-se tais direitos como categorias totalmente autônomas.

A garantia do direito à liberdade sexual e corporal faz parte da construção da autonomia da mulher e compõe um fundamento jurídico indispensável à igualdade de gênero. A trajetória de lutas para empoderamento feminino coloca a mulher como parte central da transformação da sua própria história na busca de uma sociedade mais igualitária em direitos.

No Brasil, o movimento feminista surge no século XIX focado na luta pela abolição da escravidão, pelo direito à educação das mulheres e de seu voto. Durante o Império (1822-1889), passou a ser reconhecido o direito à educação da mulher, área em que seria consagrada Nísia Floresta (Dionísia Gonçalves Pin, 1819-1885), fundadora da primeira escola para meninas no Brasil e grande ativista pela emancipação feminina<sup>2</sup>. Essas lutas representam uma primeira onda do movimento feminista no país.

No século XX, mais propriamente durante o governo de Getúlio Vargas, o voto feminino foi reconhecido, ainda que de forma opcional, assim como o direito à candidatura de mulheres, ambos com previsão expressa no Código Eleitoral Provisório. Porém, essas conquistas só foram plenamente exercidas com a vigência da Constituição de 1946 quando a obrigatoriedade do sufrágio se estendeu também às mulheres.

A luta da mulher pela liberdade de dispor de seu corpo acontece apenas na década de (19)60 cuja ideia central do movimento feminista era o combate à discriminação de gênero. Representando uma segunda onda do movimento feminista, a era é marcada pelo reconhecimento do direito ao corpo e ao prazer femininos. Essa

1 FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES RURAIS AGRICULTORES E AGRICULTORAS FAMILIARES DO ESTADO DO PIAUÍ (FETAG-PI). **Pela autonomia e liberdade das mulheres sobre seu corpo e a sua sexualidade**. 05 ago. 2019. Disponível em: <https://www.fetagpi.org.br/index.php/noticias/item/490-pela-autonomia-e-liberdade-das-mulheres-sobre-o-seu-corpo-e-a-sua-sexualidade>. Acesso em: 05 out. 2020.

2 FAHS, Ana C. Salvatti. **Movimento feminista: história no Brasil**. 19 set. 2016. Disponível em: [https://www.politize.com.br/movimento-feminista/?https://www.politize.com.br/&gclid=EA1aIqobChMIwKXhppCh7AIVhQ6RCh1ATA-NEAAYyAAEgJp\\_PD\\_BwE](https://www.politize.com.br/movimento-feminista/?https://www.politize.com.br/&gclid=EA1aIqobChMIwKXhppCh7AIVhQ6RCh1ATA-NEAAYyAAEgJp_PD_BwE). Acesso em: 06 out. 2020.

época ficou marcada também pela revolução sexual, decorrente do surgimento do primeiro anticoncepcional no ano de 1960 e cujo auge ocorreu com Woodstock e os hippies.<sup>3</sup>

Esta foi uma fase em que as mulheres começavam a se organizar em torno de problemas específicos de sua condição. Ao mesmo tempo, com o surgimento da pílula anticoncepcional, a vida sexual das mulheres começava a se modificar. O tema da sexualidade feminina passava a fazer parte de discussões pouco comuns até então. “Nosso corpo nos pertence”, era uma afirmação geral de mulheres em várias partes do mundo. E elas tornavam-se, assim, conscientes de que poderiam valorizar sua sexualidade e o direito de ter prazer, sem haver o risco de gravidezes não desejadas.<sup>4</sup>

Uma terceira onda do movimento feminista no país se inicia na década de 80 do século XX e se estende até os dias atuais. Nessa última fase do movimento, discute-se o real papel da mulher na sociedade. Lutas no combate da violência contra ela se intensificam. Busca-se punir mais severamente agressores sexuais, assim como os delitos relacionados à violência doméstica que, com a edição da Lei Maria da Penha, ganha contornos definidos na ordem jurídica brasileira.

A lei também altera o Código Penal, incluindo como circunstância agravante genérica da pena o cometimento do crime com violência contra a mulher na forma da lei específica, e o Código de Processo Penal, a fim de possibilitar que agressores tenham sua prisão preventiva decretada quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher e para garantir as medidas protetivas de urgência. A legislação prevê, ainda, inéditas medidas de proteção para a mulher que corre risco de vida, como o afastamento do agressor do domicílio conjunto e a proibição de sua aproximação física junto à mulher agredida e aos filhos. Em 2015, entrou em vigor no Brasil a Lei 13.104, que alterou o Código Penal para incluir mais uma modalidade de homicídio qualificado, o feminicídio, crime praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. De acordo com a novel legislação, o homicídio qualificado por feminicídio ocorrerá em duas hipóteses: a) violência doméstica e familiar; b) menosprezo ou discriminação à condição de mulher.<sup>5</sup>

E apesar de todos os avanços obtidos pelos movimentos feministas, ainda há muito a se conquistar em termos de igualdade entre homens e mulheres. Na sociedade contemporânea, a mulher ainda almeja uma igualdade salarial, sua valorização econômica, sua ascensão política e o combate à sua opressão em todas as formas. Em termos de liberdade sexual e corporal, a despeito de avanços significativos, a mulher ainda luta pelo direito ao aborto, pelo direito de construir ou não uma família e pelo acesso irrestrito às técnicas de reprodução humana.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 deu um grande salto para a construção da cidadania feminina ao consagrar a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, inciso I), a igualdade entre eles na condução da família e da sociedade conjugal (art. 226, §5º), bem como o reconhecimento do direito fundamental ao livre planejamento familiar (art. 226, §7º), tornando-se assim um marco legislativo

3 CONSOLIM, Veronica Homsí. Segunda onda feminista: desigualdade, discriminação e política das mulheres. *Justificando*, 14 set. 2017. Disponível em: <https://www.justificando.com/2017/09/14/segunda-onda-feminista-desigualdades-culturais-discriminacao-e-politicas-das-mulheres/>. Acesso em: 06 out. 2020.

4 DINIZ, Carmen Regina Bauer. *Movimentos feministas da década de sessenta e suas manifestações na arte contemporânea*. 18º Encontro da Associação Nacional de Pesquisadores em Artes Plásticas Transversalidades nas Artes Visuais – 21 a 26/09/2009 – Salvador, Bahia, p. 1543. Disponível em [http://www.anpap.org.br/anais/2009/pdf/chtca/carmen\\_regina\\_bauer\\_diniz.pdf](http://www.anpap.org.br/anais/2009/pdf/chtca/carmen_regina_bauer_diniz.pdf). Acesso em: 07 out. 2020.

5 CONSOLIM, Veronica Homsí. O que pede a terceira onda feminista? *Justificando*, 15 set. 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/09/15/o-que-pede-terceira-onda-feminista/>. Acesso em: 07 out. 2020.

histórico contra a discriminação da mulher e a favor das lutas dos movimentos feministas que se desencadearam por anos na sociedade brasileira.

## 2 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

A Constituição Federal de 1988 inaugura uma nova fase em direitos fundamentais e representa uma grande conquista para as mulheres brasileiras.

Singularmente inovador, para não dizer revolucionário, é o capítulo da constitucionalização da família, um terreno que no passado estava entregue, quase por inteiro, à livre discricção dos seus integrantes, com destaque para a figura paterna, na condição de chefe e condutor dos que gravitavam a seu redor, não só a esposa e os filhos, mas também aqueles que se relacionavam com ele por vínculos de dependência econômica, o que, tudo somado e guardadas as distâncias, fazia lembrar o pater famílias do velho Direito Romano, cujos poderes – a chamada patria potestas – compreendiam, além da apropriação dos bens adquiridos pelos seus filhos, também o direito de puni-los como entendesse adequado, inclusive aplicando-lhes a pena de morte<sup>6</sup>. Com a evolução do tempo e as conseqüentes transformações sociais, aquilo que antes consubstanciava um feixe de prerrogativas unipessoais e autoritárias do chefe da família, de resto compreensíveis no contexto patriarcal em que estavam inseridas, resultou num conjunto de poderes-deveres – o novo poder familiar –, cujo exercício passou a ser dividido com a esposa, como ressaltou Miguel Reale em texto sintético sobre o projeto que veio converter-se no atual Código Civil brasileiro: “As questões essenciais são decididas em comum, sendo sempre necessária a colaboração da mulher na direção da sociedade conjugal. A mulher, em suma, deixa de ser simples colaboradora e companheira – consoante posição que lhe atribui a lei vigente – para passar a ter ‘poder de decisão’, conjuntamente com o esposo.”<sup>7-8</sup>

O Constituinte foi além, ao estipular expressamente, no mesmo capítulo constitucional, o direito ao livre planejamento familiar (art. 226, §7º) como uma decorrência da paternidade responsável. Embasado no fundamentado da República Federativa do Brasil da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), o planejamento familiar passa a ser uma livre decisão do casal, cabendo ao Estado nele não interferir, mas apenas incrementar recursos educacionais e científicos aptos a permitir o seu exercício. A Constituição não se satisfaz com declarar livre o planejamento familiar. Foi mais longe, vedando qualquer forma coercitiva por parte de instituições sociais ou privadas (cf. Lei 9.263, de 12.1.96)<sup>9</sup>.

Trata-se de um direito consagrado pela atual Constituição e que não se restringe ao simples reconhecimento da liberdade de procriação. O planejamento familiar, conforme inserido no texto constitucional, assume um papel que ultrapassa a ideia de liberdade na definição do número de filhos do casal, ou na livre escolha de se constituir ou não uma família. Portanto não se deve limitá-lo ao controle da fecundidade com a utiliza-

6 ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 2. p. 273.

7 REALE, Miguel. **O Projeto de Código Civil**: situação atual e seus problemas fundamentais, São Paulo: Saraiva, 1986. p. 107.

8 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.372.

9 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 850.

ção de métodos contraceptivos, ou ao acesso às técnicas de esterilização. Infelizmente, por questões históricas e culturais o planejamento familiar foi inicialmente implantado no país como política pública de controle populacional e de natalidade.

[...] pode-se dizer que o tema planejamento familiar no Brasil, em outros países periféricos e até em países de primeiro mundo, sempre esteve muito mais ligado ao controle populacional, ou seja, a programas de contracepção, do que a uma visão global de assistência e amparo à família em todas as fases de seu desenvolvimento, que era o seu objetivo inicial. Ainda hoje, observa-se a lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regulamenta o art.226 §7º, da CF/88, e trata sobre planejamento familiar, a tendência de privilegiar o aspecto contraceptivo, relegando a, segundo plano, a questão da fecundidade.<sup>10</sup>

Dessa forma, a melhor interpretação do dispositivo constitucional (art. 226, §7º) é que o direito ao planejamento familiar deve compreender todas as políticas públicas necessárias ao desenvolvimento sadio dos filhos e ao amparo da própria família. Assim, o planejamento familiar no Brasil deve (ou pelos menos deveria) compreender ações também voltadas à educação dos filhos, moradia e saúde da família, segurança, lazer, assistência social e outros.

A **Lei nº 9.263/96**, que regulamenta o dispositivo constitucional em comento, estabelece que o planejamento familiar é “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (art. 2º). Percebe-se que a legislação infraconstitucional caminha em contramão ao texto da Constituição, apresentando uma interpretação bastante limitada ao livre planejamento familiar, restringindo-o ao direito de fecundidade e de esterilização.

Ainda nesse contexto de contrariedade ao texto constitucional, ressalte-se que o §5º do art. 10 da **Lei nº 9.263/96** é impugnado por ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 5097/14) ao exigir, como requisito à esterilização voluntária, durante a vigência da sociedade conjugal, o consentimento expresso de ambos os cônjuges. Questiona-se, assim, por que o cônjuge tem que consentir se o casamento não tem a função principal a reprodução? Por que um cônjuge tem o direito sobre o corpo do outro, se realiza ou não a cirurgia<sup>11</sup>? A **Lei nº 9.263/96** distorce o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres na condução da família e ainda viola a autonomia privada que orienta as relações familiares.

Na mesma linha de discussão, a ADI nº 5911/18, além de discutir a inconstitucionalidade da exigência legal de consentimento do cônjuge para a laqueadura, nas mulheres, e para a vasectomia, nos homens, ainda questiona outro requisito da Lei nº 9.263/96, que impõe como condição à esterilização que o interessado ainda tenha no mínimo 25 anos e dois filhos vivos (art.10, inciso I). A legislação infraconstitucional adota critérios patriarcais com a imposição desses requisitos e ainda dificulta sobremaneira que as políticas públicas de planejamento familiar se efetivem na prática.

10 CHAGAS, Márcia Correia. **Tecnologias médico reprodutivas e direito fundamental ao planejamento familiar**: pressupostos conceituais e normativos para uma reflexão bioética. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Fortaleza, 2005.

11 VILAS-BÔAS, Renata Malta. Da inconstitucionalidade da lei do planejamento familiar: Lei nº 9.263 de 1996. **Jornal Estado de Direito**, 17 abr. 2018. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/lei-do-planejamento-familiar/>. Acesso em: 09 out. 2020.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o direito ao planejamento familiar, consagrando-o como valor inerente à autonomia privada como fruto da livre decisão de cada casal. Assim é que, no julgamento da [ADI nº 3510/2008](#) em que se discutia a inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança Nacional ([Lei nº 11.105/05](#)) e a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos, a Corte Suprema declarou inexistir o dever pelo casal ao aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente viáveis.

No mesmo julgamento, a Corte Constitucional ainda esclarece que o recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do “planejamento familiar” na citada perspectiva da “paternidade responsável”. Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição<sup>12</sup>.

Em outra oportunidade ([RE nº 898.060](#)), a Corte Constitucional ainda declarou como direito decorrente do planejamento familiar e da autodeterminação do indivíduo o reconhecimento concomitante de paternidades afetiva e biológica, sem hierarquia entre elas, com a possibilidade jurídica de duas mães e dois pais. Com isso, reconhece-se a teste de repercussão geral da multiparentalidade aprovada pela Corte que proclama que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Nesse julgamento, o STF traz à baila o direito à busca da felicidade, implícito no art. 1º, inciso III, da CF, ao mesmo tempo que afasta qualquer possibilidade de interferência do Estado nas livres escolhas do indivíduo de se submeter a modelos familiares diferentes daqueles pré-concebidos e que são alheios a qualquer regulação estatal. Acertadamente, a Corte Constitucional entende que a paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos<sup>13</sup>.

Seguindo esse entendimento de autodeterminação, no [RE nº 670.422](#) o Supremo Tribunal Federal consagrou o direito à orientação sexual e à identidade de gênero como fundamentos do processo civilizatório ao se permitir a alteração de registro civil de transexuais, sem a necessidade de realização de cirurgia. A recusa da alteração de gênero de transexual com base na falta de realização de cirurgia de transgenitalização ofende a

12 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ADI 3.510**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 29-5-2008, P, *DJE* de 28-5-2010. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=96&dataPublicacaoDj=28/05/2010&incidente=2299631&codCapitulo=5&numMateria=16&codMateria=1>. Acesso em: 10 out. 2020.

13 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário nº 898.060**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 11 out. 2020.



cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana<sup>14</sup>. A Corte manifestou a necessidade de se combater qualquer forma de discriminação quanto à personalidade e à identidade dos indivíduos.

Quanto à descriminalização do aborto, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF nº 54, considerou que a interrupção da gravidez em casos de anencefalia é causa excludente da ilicitude já prevista no Código Penal. O Ministro Gilmar Mendes, ao votar pela procedência da Arguição, declarou que a anencefalia, todavia, era inimaginável para o legislador de 1940 (ano da edição do Código Penal), em razão das próprias limitações tecnológicas existentes. Com o avanço das técnicas de diagnóstico, prosseguiu o ministro, tornou-se comum e relativamente simples descobrir a anencefalia fetal, de modo que a não inclusão na legislação penal dessa hipótese de excludente de ilicitude pode ser considerada uma omissão legislativa, não condizente com o Código Penal e com a própria Constituição<sup>15</sup>. Nesse julgamento ficou reconhecida mais uma causa legal de aborto, ao se permitir que a mulher, diante do diagnóstico, faça a livre escolha em prosseguir ou não com a gravidez.

E, finalmente, em continuidade à discussão sobre o aborto e o direito da mulher de dispor de seu próprio corpo, a ADPF nº 442 questiona a questão da interrupção voluntária da gravidez nas primeiras 12 semanas de gestação. Por duas vezes, o Supremo já se manifestou sobre o tema de aborto: uma na citada ADPF nº 54 (sobre a gestação e a anencefalia) e a segunda no HC nº 124.306/RJ. Nesse último, três ministros manifestaram entendimento no sentido de que a criminalização da interrupção do parto nos três primeiros meses da gravidez seria incompatível com o sistema constitucional vigente, motivo pelo qual os artigos 124 e 126 do Código Penal, que estabelecem as hipóteses de autoaborto e aborto consentido pela gestante, não teriam sido recepcionados em sua integralidade pela Constituição de 1988<sup>16</sup>.

### 3 OS ATUAIS DESAFIOS PARA A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA FEMININA

Apesar desses avanços consagrados pela jurisprudência brasileira, depois de 32 anos de vigência da atual Constituição Federal o planejamento familiar, como direito de cidadania, ainda se apresenta como um projeto inacabado. Percebe-se que o planejamento familiar no país ainda é marcado por falta de disponibilidade de métodos contraceptivos nos serviços públicos de saúde e ausência de políticas informativas e educativas para adolescentes e jovens brasileiras. A dificuldade na capacitação de profissionais na área é outro dificultador do processo de implementação dessas políticas.

O certo é que demandas para esterilização pelo SUS em algumas regiões do país sequer foram implementadas. Em outras, constata-se que essas demandas cirúrgicas são insuficientes ao atendimento das demandan-

14 A JUSTIÇA E A POSSIBILIDADE DE MUDANÇA DE NOME E GÊNERO POR PESSOAS TRANS. Disponível em: <https://www.sinoreg-es.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NTU2Ng==&filtro=>. Acesso em: 11 out. 2020.

15 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). ADPF nº 54. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 27 set. 2021.

16 SILVA, Davi de Lima Pereira da. O sistema brasileiro de direito fundamentais e a possível descriminalização do aborto pela via jurisprudencial. *Jus.com.br*, jul. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/83782/consideracoes-sobre-a-adpf-442>. Acesso em: 12 out. 2020.

tes. Não são todas as mulheres que conseguem fazer a cirurgia para a laqueadura pelo SUS. O procedimento é demorado e burocrático em várias regiões. No estado do Rio de Janeiro, mesmo quando todos os requisitos da lei são cumpridos, muitas mulheres não conseguem fazer a laqueadura<sup>17</sup>. Essas mulheres têm se socorrido do Poder Judiciário para conseguir realizar a cirurgia. Mulheres que moram em Palmas estão sofrendo com a dificuldade para conseguir fazer cirurgia de laqueadura pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Muitas delas já até perderam a esperança de conseguir o procedimento, já que ainda nem passaram pela triagem<sup>18</sup>.

Outro impedimento à esterilização dessas mulheres pelo SUS é o fato de que a Lei nº 9.263/96 também proíbe que a laqueadura seja realizada durante o parto ou aborto, exceto em casos de comprovada necessidade por sucessivas cesarianas anteriores. A redação confusa da legislação fez com que o Ministério da Saúde regularizasse a questão e proibisse a laqueadura no período pós-parto imediato e que a cirurgia ocorresse apenas 42 dias após. Em razão disso, existe em tramitação um projeto de Lei, PL nº 107/2018, que permite a laqueadura no período pós-parto ou aborto, durante a mesma internação. Para isso, a mulher terá de se manifestar pelo menos 60 dias antes do procedimento, prazo já previsto na lei atual. Além disso, o projeto acaba com a necessidade de consentimento do cônjuge para a esterilização, tanto para mulheres quanto para homens<sup>19</sup>.

Não bastassem esses obstáculos, o que se pode denotar na prática é que o planejamento familiar tem se tornado um ônus de responsabilidade exclusiva da mulher. Dados comparativos entre os procedimentos de laqueadura e de vasectomia no país demonstram que o número de esterilização feminina ultrapassa em muito o da masculina.

Os porquês do maior índice de esterilização voluntária feminina frente à masculina e, ainda, o maior percentual presente nas classes mais baixas, encontram-se na construção da desigualdade de gênero. O que é evidenciado com a exposição de BRAUNER (2002) “[...] são as mulheres que realizam a maioria das esterilizações, em virtude do errôneo entendimento de que a esterilização masculina interfere na potência sexual do homem. [...]” O mito da impotência gera a escusa dos homens e impele as mulheres a traçarem, por elas e sobre elas mesmas, as atitudes concernentes aos métodos utilizados para a contracepção<sup>20</sup>.

Apesar de os números de vasectomias terem apresentado significativo aumento, o fato é que a responsabilidade por evitar uma gravidez indesejável ainda acaba recaindo sob as costas das mulheres. O homem, quando muito, e nem sempre, limita-se a utilizar camisinhas como forma de preservativo, reforçando a cultura de que é a mulher a única responsável pelas medidas de prevenção de gravidez indesejada. Essa cul-

17 VIEIRA, Isabela; FREIRE, Tâmara. Mulheres recorrem à justiça para conseguir a laqueadura de trompas. *Agência Brasil*, 03 fev. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.abc.com.br/geral/noticia/2018-02/mulheres-tem-recorrido-justica-para-conseguir-laqueadura-de-trompas>. Acesso em: 13 out. 2020.

18 MULHERES NÃO CONSEGUEM FAZER LAQUEADURA PELO SUS APÓS ANOS DE ESPERA. *G1 Tocantins*, 23 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2019/07/23/apos-mais-de-um-ano-de-espera-mulheres-nao-conseguem-fazer-laqueadura-pelo-sus.ghtml>. Acesso em: 13 out. 2020.

19 AGÊNCIA SENADO. **Regras do SUS para laqueadura e vasectomia podem mudar**. 03 out. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/10/03/regras-do-sus-para-laqueadura-e-vasectomia-podem-mudar>. Acesso em: 13 out. 2020.

20 LIMA, Lorena Costa. **A mulher e o planejamento familiar**: uma discussão sobre gênero. Disponível em: [https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi\\_encontro/A\\_mulher\\_e\\_o\\_planejamento\\_familiar\\_um\\_discussao\\_sobre\\_genero.pdf](https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/A_mulher_e_o_planejamento_familiar_um_discussao_sobre_genero.pdf). Acesso em: 27 set. 2020.

tura ultrapassada ainda precisa ser desconstruída seja nas relações conjugais, nas familiares e, principalmente, nas sociais.

Mas os desafios para a construção da cidadania feminina não param por aí. Apesar de o SUS disponibilizar gratuitamente tratamentos de reprodução assistida, a busca pela obtenção de uma vaga pode durar anos, uma vez que somente 09 hospitais públicos no país estão capacitados para oferecer esses serviços. A título de exemplo, não existe, até o momento, no Estado do Paraná, nenhum local que ofereça o tratamento de fertilização *in vitro* pelo Sistema Único de Saúde. Somente Estados como Minas Gerais, São Paulo, Rio Grande do Sul, Pernambuco e Distrito Federal possuem esse serviço<sup>21</sup>. Além disso, alguns medicamentos de alto custo que são prescritos durante o tratamento não são custeados pelo SUS, o que acaba por inviabilizar o resultado do programa.

Em função disso, não são poucos os casos já levantados de judicialização – processos judiciais demandando que o Estado pague pela FIV a cidadãos usuários do SUS. Mas inversamente a outros casos de medicamentos e doenças, os juízes vêm negando com elevada frequência o custeio da FIV, sendo um dos argumentos mais utilizados que a ausência de filhos não é uma doença. Ademais, como evidencia o exame da jurisprudência, o entendimento do que seja *planejamento familiar* tem sido restritivo, ficando muito voltado aos direitos de acesso à contracepção, o que não se coaduna com a lei específica, nem com os princípios constitucionais e os do SUS.<sup>22</sup>

Ante esses obstáculos apresentados pelo SUS, na prática, as técnicas de reprodução assistida ainda continuam mais restritas às clínicas privadas, uma vez que os planos privados de saúde também não cobrem esses tratamentos reprodutivos que apresentam custos elevadíssimos. Tendo em vista o valor social da reprodução humana, esta concentração da medicina reprodutiva no setor privado aprofunda desigualdades e agudiza vulnerabilidades de pessoas excluídas do acesso a essas tecnologias<sup>23</sup>.

Diante desses dilemas apresentados, vários questionamentos sobre o planejamento familiar ficam em aberto: quem teria direito ao acesso das tecnologias de reprodução assistida? Seria constitucional exigir que o Estado arcasse apenas com os tratamentos de pessoas de baixa renda? A pobreza pode ser um referencial para isso? E como ficam os casais homossexuais diante dessas tecnologias? Seriam abrangidos por esses tratamentos? E as mulheres lésbicas que desejassem realizar o sonho de maternidade? Percebe-se, pois, que, a despeito do princípio da universalidade do Sistema Único de Saúde e da contemplação do direito à saúde como dever do Estado (art. 196 da CF), os problemas de planejamento familiar no Brasil ainda estão muito arraigados às questões de ordens ética e moral.

21 GUIMARÃES, Luís Gustavo. **A reprodução assistida e o SUS – Sistema Único de Saúde**. Centro de Fertilidade SAAB. Disponível em: <https://centrodefertilidade.com.br/questoes-juridicas/a-reproducao-assistida-e-o-sus-sistema-unico-de-saude/>. Acesso em: 14 out. 2020.

22 CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andrea. Técnicas de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso. *Physis*, v. 25, n. 3, jul./set. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312015000300005>. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/physis/2015.v25n3/753-777/pt/>. Acesso em: 19 out. 2020.

23 CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andrea. Técnicas de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso. *Physis*, v. 25, n. 3, jul./set. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312015000300005>. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/physis/2015.v25n3/753-777/pt/>. Acesso em: 19 out. 2020.

Além disso, como já foi destacado, ao longo das políticas públicas de planejamento familiar desenvolvidas no país, houve uma maior preocupação com os métodos contraceptivos, de modo que as técnicas de fertilização e de concepção foram deixadas para um segundo plano. Os obstáculos de acesso à reprodução assistida no Brasil estão relacionados a vários outros fatores que vão além dos serviços públicos de saúde.

Um dos elementos comuns nas narrativas dessas pessoas é o fato de que essa trajetória é marcada por uma constante superação de obstáculos. Nessa narrativa o serviço de saúde é visto como algo de difícil acesso e que demanda um alto investimento de tempo, emocional e financeiro. Envolve desafios como madrugadas insones, solicitação de afastamento de trabalho, fila para conseguir vaga na ambulância da prefeitura, mais de um ônibus para chegar até a capital, esperas em filas, negociação de preços e expectativas, apreensão de novos códigos e conhecimentos médicos específicos etc.<sup>24</sup>.

Por todas essas considerações, conclui-se que os procedimentos de reprodução assistida no Brasil ainda estão adstritos a uma pequena categoria de pessoas e que as políticas públicas de maternidade ainda estão vinculadas a questões socioeconômicas, culturais e até raciais. Precisamos caminhar muito como sociedade para que as tecnologias dos métodos de fertilização cheguem a todas, sem distinção. Precisamos também investir nas tecnologias mais adequadas para o avanço da medicina reprodutiva a fim de que o sonho de se ter um filho possa ser popularizado.

Nesse contexto, apesar de inúmeros avanços, o planejamento familiar ainda se encontra num estágio embrionário. A Constituição Federal de 1988 foi a primeira responsável para dar um passo no desenvolvimento das políticas públicas nessa área. A jurisprudência dos nossos tribunais, em especial da Corte Suprema, tem desempenhado um papel fundamental nas lutas para a efetivação desse direito.

Mas a construção da cidadania, em especial das mulheres, ainda deve superar desafios de origens diversas. A cultura social sobre a utilização de métodos contraceptivos é que impõe esse ônus como uma responsabilidade exclusiva da mulher. O direito de dispor do corpo como bem lhe convenha ainda é um tabu a se enfrentado. A ampliação dos serviços de fertilização no SUS e dos tratamentos de reprodução assistida, sem que se rediscuta o próprio princípio da universalidade, não será suficiente para que o planejamento familiar se torne algo concreto.

A mobilização das mulheres e as lutas dos movimentos feministas devem continuar para a diminuição da violência contra esse gênero, para que as mulheres ocupem mais seus espaços públicos e a vida política do Estado o qual integram. Ao Estado cabe romper a conduta de neutralidade diante das desigualdades de gêneros e adotar um posicionamento de ruptura das injustiças sociais e de apoio ao empoderamento feminino.

24 NASCIMENTO, Pedro Francisco Guedes do. **Reprodução, desigualdade e políticas públicas de saúde**: uma etnografia da construção do “desejo de filhos”. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009. p. 82. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/17216/000708345.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 out. 2020.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao livre planejamento familiar no Brasil ainda se apresenta como um projeto embrionário e inacabado. Lutas dos movimentos feministas por liberdade sexual e corporal, por ascensão política das mulheres, por valorização econômica e do seu trabalho, assim como o combate à toda e qualquer forma de opressão continuam na pauta dos dias atuais.

A Constituição Federal de 1988 representa um marco legislativo de combate às discriminações de gênero já que o seu texto consagra valores de igualdade entre homens e mulheres, de autonomia privada nas relações familiares e de paternidade responsável. Por sua vez, a jurisprudência da Corte Suprema e sua interpretação dada ao art. 226, §7º, da CF vem fazendo diferença na implementação das políticas públicas de empoderamento feminino.

A utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos, o reconhecimento do direito da mulher de optar por prosseguir ou não com a gravidez em caso de anencefalia, o direito à multiparentalidade, busca da felicidade do indivíduo de se submeter a modelos familiares distintos daqueles pré-concebidos e o afastamento da intervenção estatal na livre escolha do casal são algumas das interpretações acertadas que a Corte Suprema vem declarando e que representam um fortalecimento das políticas públicas de efetivação do planejamento familiar no país.

Os desafios para a construção da cidadania feminina ainda se apresentam como barreiras das mais diversas ordens que vão desde tabus sociais, preconceitos raciais, até questões de natureza moral e econômica. A despeito dos avanços constitucionais, as lutas dos movimentos feministas não devem parar.

As políticas sanitárias de esterilização precisam ser intensificadas. O Sistema Único de Saúde deve aprimorar o acesso às cirurgias de laqueadura e de vasectomia. As técnicas de reprodução assistida devem ser repensadas em consonância com os valores de universalização do SUS. A maternidade deve ser um sonho destinado a todas as mulheres, sem exceção. É preciso também investir nas tecnologias mais adequadas para a medicina reprodutiva a fim de que o sonho de se ter um filho possa ser popularizado.

Enfim, os movimentos feministas devem prosseguir e, aliados às políticas estatais de combate à violência contra a mulher e de sua emancipação nas mais diversas áreas sociais, espera-se concretizar uma efetiva política de ruptura das desigualdades de gênero, colocando-se as mulheres como protagonistas das suas livres escolhas em relação ao seu corpo, a suas vidas e de suas famílias.

## REFERÊNCIAS

A JUSTIÇA E A POSSIBILIDADE DE MUDANÇA DE NOME E GÊNERO POR PESSOAS TRANS. Disponível em: <https://www.sinoreg-es.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NTU2Ng==&filtro=>. Acesso em: 11 out. 2020.

AGÊNCIA SENADO. **Regras do SUS para laqueadura e vasectomia podem mudar**. 03 out. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/10/03/regras-do-sus-para-laqueadura-e-vasectomia-podem-mudar>. Acesso em: 13 out. 2020.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ADI 3.510**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 29-5-2008, P, *DJE* de 28-5-2010. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=96&dataPublicacaoDj=28/05/2010&incidente=2299631&codCapitulo=5&numMateria=16&codMateria=1>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ADPF nº 54**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário nº 898.060**. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 11 out. 2020.

CHAGAS, Márcia Correia. **Tecnologias médico reprodutivas e direito fundamental ao planejamento familiar**: pressupostos conceituais e normativos para uma reflexão bioética. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Fortaleza, 2005.

CONSOLIM, Veronica Homs. **O que pede a terceira onda feminista? Justificando**, 15 set. 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/09/15/o-que-pede-terceira-onda-feminista/>. Acesso em: 07 out. 2020.

CONSOLIM, Veronica Homs. **Segunda onda feminista: desigualdade, discriminação e política das mulheres. Justificando**, 14 set. 2017. Disponível em: <https://www.justificando.com/2017/09/14/segunda-onda-feminista-desigualdades-culturais-discriminacao-e-politicas-das-mulheres/>. Acesso em: 06 out. 2020.

CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andrea. Técnicas de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso. **Physis**, v. 25, n. 3, jul./set. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312015000300005>. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/physis/2015.v25n3/753-777/pt/>. Acesso em: 19 out. 2020.

DINIZ, Carmen Regina Bauer. **Movimentos feministas da década de sessenta e suas manifestações na arte contemporânea**. 18º Encontro da Associação Nacional de Pesquisadores em Artes Plásticas Transversalidades nas Artes Visuais – 21 a 26/09/2009 – Salvador, Bahia, p. 1543. Disponível em [http://www.anpap.org.br/anais/2009/pdf/chtca/carmen\\_regina\\_bauer\\_diniz.pdf](http://www.anpap.org.br/anais/2009/pdf/chtca/carmen_regina_bauer_diniz.pdf). Acesso em: 07 out. 2020.

FAHS, Ana C. Salvatti. **Movimento feminista**: história no Brasil. 19 set. 2016. Disponível em: [https://www.politize.com.br/movimento-feminista/?https://www.politize.com.br/&gclid=EA1aIQobChMIwKXhppCh7AIVhQ6RCh1ATA-NEAAYyAAEgJp\\_PD\\_BwE](https://www.politize.com.br/movimento-feminista/?https://www.politize.com.br/&gclid=EA1aIQobChMIwKXhppCh7AIVhQ6RCh1ATA-NEAAYyAAEgJp_PD_BwE). Acesso em: 06 out. 2020.

FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES RURAIS AGRICULTORES E AGRICULTORAS FAMILIARES DO ESTADO DO PIAUÍ (FETAG-PI). **Pela autonomia e liberdade das mulheres sobre seu corpo e a sua sexualidade**. 05 ago. 2019. Disponível em: <https://www.fetagni.org.br/index.php/noticias/item/490-pela-autonomia-e-liberdade-das-mulheres-sobre-o-seu-corpo-e-a-sua-sexualidade>. Acesso em: 05 out. 2020.

GUIMARÃES, Luís Gustavo. **A reprodução assistida e o SUS – Sistema Único de Saúde**. Centro de Fertilidade SAAB. Disponível em: <https://centrodefertilidade.com.br/questoes-juridicas/a-reproducao-assistida-e-o-sus-sistema-unico-de-saude/>. Acesso em: 14 out. 2020.

LIMA, Lorena Costa. **A mulher e o planejamento familiar**: uma discussão sobre gênero. Disponível em: [https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi\\_encontro/A\\_mulher\\_e\\_o\\_planejamento\\_familiar\\_um\\_discussao\\_sobre\\_genero.pdf](https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/A_mulher_e_o_planejamento_familiar_um_discussao_sobre_genero.pdf). Acesso em: 27 set. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MULHERES NÃO CONSEGUEM FAZER LAQUEADURA PELO SUS APÓS ANOS DE ESPERA. **G1 Tocantins**, 23 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2019/07/23/apos-mais-de-um-ano-de-espera-mulheres-nao-conseguem-fazer-laqueadura-pelo-sus.ghtml>. Acesso em: 13 out. 2020.

NASCIMENTO, Pedro Francisco Guedes do. **Reprodução, desigualdade e políticas públicas de saúde**: uma etnografia da construção do “de-sejo de filhos”. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/17216/000708345.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 out. 2020.

REALE, Miguel. **O Projeto de Código Civil**: situação atual e seus problemas fundamentais, São Paulo: Saraiva, 1986.

SILVA, Davi de Lima Pereira da. O sistema brasileiro de direito fundamentais e a possível descriminalização do aborto pela via jurisprudencial. **Jus.com.br**, jul. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/83782/consideracoes-sobre-a-adpf-442>. Acesso em: 12 out. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEIRA, Isabela; FREIRE, Tâmara. Mulheres recorrem à justiça para conseguir a laqueadura de trompas. **Agência Brasil**, 03 fev. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2018-02/mulheres-tem-recorrido-justica-para-conseguir-laqueadura-de-trompas>. Acesso em: 13 out. 2020.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Da inconstitucionalidade da lei do planejamento familiar: Lei nº 9.263 de 1996. **Jornal Estado de Direito**, 17 abr. 2018. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/lei-do-planejamento-familiar/>. Acesso em: 09 out. 2020.

# CAPÍTULO 7

## ISONOMIA ENTRE OS CÔNJUGES: UMA CONQUISTA DA MULHER RECONHECIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Isa Gabriela de Almeida Stefano

Sandra Ligian Nerling Konrad

### INTRODUÇÃO

A condição jurídica da mulher dentro das relações sociais passou por um longo período de desigualdade decorrente do modelo familiar patriarcal, em que a mulher era vista como um ser inferior que, enquanto menina, pertencia ao pai e, quando casada, estava submissa ao marido.

Essa situação de desigualdade foi constatada tanto nas relações sociais como no ordenamento jurídico que amparava e legalizava o tratamento discriminatório, considerando, muitas vezes, a mulher como sendo uma pessoa incapaz.

O presente trabalho tem por finalidade analisar a evolução histórica da conquista dos direitos da mulher casada por meio da história e da evolução legislativa no ordenamento jurídico brasileiro e a relevância do texto constitucional para o reconhecimento de direitos.

### UM BREVE HISTÓRICO DA MULHER NAS RELAÇÕES FAMILIARES

A origem da família gera discussões e divergências entre os estudiosos, pois há diversos aspectos em relação ao tema. Friedrich Engels destacou-se classificando as espécies de agrupamentos familiares:

- Família consanguínea – Caracterizada pela poligamia entre irmãos e primos;
- Família punaluaana – Deixava de aceitar o relacionamento entre irmãos, mas tem como característica a poligamia;
- Família sindiásmica – Proibia relacionamento entre parentes e iniciava o conceito de relação monogâmica, mas ainda havia a poligamia. Apesar de iniciar a monogamia aceitava-se a traição masculina de forma esporádica e tinha como característica o predomínio da mulher na casa e na criação dos filhos, sendo assim, a mulher era livre quanto às tomadas de decisões.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*: trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p. 38-40 e 49.

Os direitos femininos foram perdidos a partir do momento em que se introduziu a estrita monogamia, com a subordinação da mulher ao homem, que passou a ter a certeza de sua prole, detendo todo poder patrimonial.

Nesse sentido Engels afirma que a monogamia causou:

O desmoronamento do direito materno, a grande derrocada histórica do sexo feminino em todo o mundo. O homem apoderou-se também da direção da casa; a mulher viu-se degradada, convertida em servidora, em escrava da luxúria do homem, em simples instrumento de reprodução. [...]. Para assegurar a fidelidade da mulher e, por conseguinte, a paternidade dos filhos, aquela é entregue, sem reservas, ao poder do homem: quando este a mata, não faz mais do que exercer o seu direito.<sup>2</sup>

A classificação dada por Engles pôde ser observada na evolução das mais diversas sociedades, inclusive na sociedade romana, que é a base da estrutura familiar brasileira.

No estado romano, a origem da família está diretamente ligada aos preceitos religiosos, em que os laços familiares não eram estruturados no afeto e na consanguinidade, pois a principal herança era poder conhecer e dar continuidade às cerimônias e cultos familiares. Para que isso ocorresse, o filho deveria ser do pai e da esposa, crescendo, então, diante das crenças destes familiares.

Fustel de Coulanges afirma que:

Os historiadores do direito romano, tendo justamente notado que nem o afeto, nem o parentesco eram o fundamento da família romana, julgaram que tal fundamento devia residir no poder do pai ou do marido [...] a partir do casamento, diz um antigo, a mulher não tem mais nada em comum com a religião doméstica dos pais: ela passa a sacrificar aos manes do marido.<sup>3</sup>

O casamento, celebrado em uma cerimônia sagrada no lar do marido, foi “a primeira instituição criada pela religião doméstica” (fundada em deuses domésticos – pertencente às crenças familiares)<sup>4</sup>.

Em razão de os vínculos familiares estarem ligados às crenças religiosas, a partir do momento em que a mulher se casava, deixava de pertencer à família de seu pai e passava a pertencer à família de seu marido, pois tinha que vincular-se aos preceitos religiosos da nova família da qual ela passou a fazer parte, o que justifica a orientação de que todo homem deveria ter um filho do sexo masculino<sup>5</sup>.

Conclui-se que a finalidade do casamento era de unir duas pessoas para que viessem a ter filhos mantendo o culto familiar; sendo assim, a família que não tivesse filhos não dava andamento em sua religião. Nesse sentido, Conrado Paulino da Rosa afirma que:

Tinha-se como base o poder paterno sustentado pelo culto religioso. O morto que não havia deixado filhos era ‘condenado à fome perpétua’. A indissolubilidade das entidades familiares tem seu princípio com essa

2 ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**: trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p. 61-62.

3 FOUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 2006. p. 35-36.

4 FOUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 2006. p. 36-40.

5 FOUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 2006. p. 34 e 44.



tradição, vez que havia ‘troca perpétua de favores entre os vivos e os mortos de cada família. O antepassado recebia de seus descendentes uma série de banquetes fúnebres, únicos prazeres usufruídos na segunda vida.’ O descendente alcançava do antepassado o auxílio e a força de que necessitava nesta vida. O vivo não podia passar sem o morto, nem este sem aquele. Por esse motivo, poderoso laço se estabelecia, unindo todas as gerações de uma mesma família, constituindo-se ela um corpo eternamente inseparável.<sup>6</sup>

Diante da necessidade de dar continuidade aos cultos familiares, os filhos eram vistos como fundamentais nos casamentos. O divórcio era o remédio indicado para os casos de esterilidade feminina, e, em contrapartida, se o marido fosse estéril, “um irmão ou parente do marido devia substituí-lo” e o filho seria considerado do marido, não podendo a mulher requerer o divórcio. Se o marido falecesse prematuramente, também era substituído por um parente, pois a família precisava ser preservada da extinção<sup>7</sup>.

Dentro da relação familiar, todo o poder de decisão cabia ao marido, que era o *pater familias*. Ele detinha o poder absoluto sobre o comando da família, podendo, inclusive, decidir sobre a vida e morte dos filhos:

A princípio a família não se aplicava ao par de cônjuges e aos filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* quer dizer escravo doméstico e a família é o conjunto dos escravos pertencentes ao mesmo homem. [...]. A expressão foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social, cujo chefe mantinha sob seu poder a mulher, os filhos e certos números de escravos, com o pátrio poder romano e o direito de vida e morte sobre todos eles.<sup>8</sup>

A família antiga era regida por seus próprios cultos e regras, era considerada como uma unidade isolada, isto é, uma unidade política, e tinha o *pater familias* no comando total, assim, pode-se afirmar que:

O *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos o direito de vida e morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração de sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio* perpétua que se justificava *propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido. Somente o *pater* adquiria bens, exercendo a *domenica potestas* (poder sobre o patrimônio familiar) ao lado e como consequência da *patria potestas* (poder sobre a pessoa dos filhos) e da *manus* (poder sobre a mulher).<sup>9</sup>

A família romana deixou de ser autônoma a partir do século IV, quando Constantino adotou a religião cristã e o culto passou a ser oficial e não de cada família, assim como a ordem moral passou a ser imposta pela Igreja. Esse modelo de família foi adotado pela família portuguesa e brasileira que se caracterizam pelas preocupações de ordem moral e forte influência do cristianismo.

6 ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 22.

7 FOUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 2006. p. 42-44 e 46.

8 ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**: trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p. 96.

9 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 24. ed. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 30.

## TRATAMENTO JURÍDICO CONFERIDO À MULHER ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A primeira Constituição brasileira foi a de 1824 e tinha como característica a vinculação do Estado à Igreja católica e por isso não trouxe regulamentação do casamento, pois cabia à Igreja regulamentar as relações familiares<sup>10</sup>.

A Constituição do Império trouxe a previsão do princípio da igualdade, e quanto às relações familiares se restringiu a tratar a família no que se referia à família real e sua dotação. Previa que, com relação à sucessão do trono, este seria designado ao primogênito e, caso não houvesse descendente direto do Imperador, a sucessão seria estabelecida entre concorrentes de mesmo grau, mantendo preferência pelo sexo masculino. As normas regulamentadoras da família eram de natureza infraconstitucional<sup>11</sup>.

Com a vinda de D. João para o Brasil, as normas portuguesas foram aplicadas e reunidas em diplomas normativos denominados Ordenações, nomeadas pelos monarcas, que exerciam o poder ao tempo de sua publicação. Assim, as normas vigentes ao tempo de D. João eram as Ordenações Filipinas<sup>12</sup>. Ainda de acordo com a autora citada no parágrafo anterior, o aspecto patrimonial do casamento era previsto no 4º livro das Ordenações Filipinas, § 1º do título 46, que estabelecia que “quando marido e mulher forem casados por palavras de presente à porta da Igreja, ou por licença do Prelado fora dela, havendo cúpula carnal, serão meeiros em seus bens e fazenda”. Desta forma, o regime legal era o da comunhão universal de bens, entretanto, regime diverso poderia ser estabelecido por via contratual.

Assim, para que se firmasse a comunhão patrimonial decorrente do casamento, havia dois requisitos: a autorização da Igreja e a consumação do ato sexual<sup>13</sup>. Às relações informais não eram reconhecidos direitos e eram chamadas de concubinato<sup>14</sup>.

No Título XLVIII, do Livro IV das Ordenações Filipinas, havia a previsão da necessidade da outorga uxória para os negócios que recaíssem sobre bens imóveis, independente do regime de bens. A falta da autorização da mulher era causa de anulação do negócio jurídico<sup>15</sup>.

10 COSTA, Dilvanir José da. **A família nas Constituições**. Brasília, a. 43, n. 169, p. 1-7, jan./mar. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92305/Costa%20Dilvanir.pdf?sequence=6>. Acesso em: 20 dez. 2020.

11 VIEIRA, Flávia David. **Memórias e efeitos de sentido do casamento indissolúvel nas constituições brasileiras e na legislação infraconstitucional**. Dissertação (Mestre em Memória: Linguagem e Sociedade) – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Vitória da Conquista, 2013. Disponível em: <http://www2.uesb.br/ppg/ppgmls/wp-content/uploads/2017/06/Disst-F1%C3%A1via-David-Vieira.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

12 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O legado do Código Civil de 1916. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 111, p. 85-100, jan./dez. 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133495>. Acesso em: 28 set. 2021; QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas. O Direito de Família no Brasil-Império. **IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 18 de outubro de 2010. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/artigos/687/O+Direito+de+Fam%C3%ADlia+no+Brasil-Imp%C3%A9rio>. Acesso em: 20 dez. 2020.

13 QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas. O Direito de Família no Brasil-Império. **IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 18 de outubro de 2010. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/687/O+Direito+de+Fam%C3%ADlia+no+Brasil-Imp%C3%A9rio>. Acesso em: 20 dez. 2020.

14 OLIVEIRA, Amanda Muniz; BASTOS, Rodolpho Alexandre Santos Melo. A família de ontem, a família de hoje: considerações sobre o papel da mulher no direito de família brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar**, n. 1, v. 17, p. 246, jan./abr. 2017. Disponível em:

<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5284>. Acesso em: 20 dez. 2020.

15 VIEIRA, Ricardo Pereira. **Direito e enunciados sobre a família no ordenamento jurídico brasileiro: uma questão de memória**. Tese (Doutorado em Memória: Linguagem e Sociedade) – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Vitória da Conquista, 2018. Disponível em: <http://www2.uesb.br/ppg/ppgmls/wp-content/uploads/2019/03/Tese-de-Ricardo-Pereira-Vieira.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

Esclarece ainda o autor citado no parágrafo anterior que, quanto à criação dos filhos, o Título XCIX do Livro IV das Ordenações Filipinas previa que, enquanto o casamento estivesse vigente, o filho legítimo deveria ser criado por ambos os genitores e, caso houvesse a dissolução do casamento sem que fosse pela morte, o dever de criar o filho seria da mãe, cabendo ao pai as despesas necessárias para a criação.

Entretanto, pode-se notar da leitura do Título XCV que o chefe da família era o homem e tinha todo o poder sobre o patrimônio, e a mulher só atuaria sobre o patrimônio com a morte do marido. Uma vez de posse do patrimônio, a mulher poderia perder sua administração se viesse a gastar indevidamente a herança, sendo-lhe nomeado um curador por vir a ser tida como pródiga, mas referida previsão não era encontrada para o homem que viesse a gastar a sua herança<sup>16</sup>.

Sendo assim, as regras das Ordenações Filipinas quanto ao tratamento da família possuem cunho patrimonialista<sup>17</sup> e paternalista, em que a mulher era vista como pessoa com menor capacidade de compreensão e, por isso, a ela caberia o direito de tomada de decisão negocial e patrimonial de forma excepcional, e o princípio da igualdade ficava previsto como norma constitucional não aplicável às relações matrimoniais.

Em 1858 entrou em vigor a Consolidação das Leis Civis, elaborada por Teixeira de Freitas, que teve por finalidade reorganizar as Ordenações Filipinas e adequar a nova legislação à jurisprudência e aos costumes<sup>18</sup>.

O Código Civil de 1916 estabeleceu em seu art. 9º que a aquisição da capacidade civil se dava aos vinte e um anos, mas, se a mulher viesse a se casar, ela passaria a ser considerada como relativamente incapaz, dependendo da autorização do marido para a prática de certos atos, nos termos do art. 242 do mesmo diploma legal.

A distinção entre a capacidade do homem e da mulher é explicada por Loureiro:

Como porém a boa ordem exige imperiosamente que haja um chefe nesta sociedade, e não pode ser senão um dos dois; e como, por outra parte, a mesma natureza indica ser o homem, por ser o mais inteligente, o mais experimentado, o mais ágil em todos os negócios da vida e, ao mesmo tempo o mais forte; com razão e justiça devem competir a este alguns direitos especiais, os quais constituem o poder marital.<sup>19</sup>

Outra diferença quanto ao tratamento da mulher para com o homem era a possibilidade de o pai deserdar a filha solteira que não mais fosse virgem (CC/1916, art. 1.744, III). Uma vez deserdada, os pais só poderiam reabilitá-la a herdar se não houvesse irmãos ou outros descendentes legítimos.

16 VIEIRA, Ricardo Pereira. **Direito e enunciados sobre a família no ordenamento jurídico brasileiro: uma questão de memória**. Tese (Doutorado em Memória: Linguagem e Sociedade) – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Vitória da Conquista, 2018. Disponível em: <http://www2.uesb.br/ppg/ppgmls/wp-content/uploads/2019/03/Tese-de-Ricardo-Pereira-Vieira.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

17 OLIVEIRA, Amanda Muniz; BASTOS, Rodolpho Alexandre Santos Melo. A família de ontem, a família de hoje: considerações sobre o papel da mulher no direito de família brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar**, n. 1, v. 17, p. 246, jan./abr. 2017. Disponível em:

<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5284>. Acesso em: 20 dez. 2020. p. 245.

18 OLIVEIRA, Amanda Muniz; BASTOS, Rodolpho Alexandre Santos Melo. A família de ontem, a família de hoje: considerações sobre o papel da mulher no direito de família brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar**, n. 1, v. 17, p. 246, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5284>. Acesso em: 20 dez. 2020. p. 249.

19 LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de direito civil brasileiro** – vol. I. Brasília: História do Direito Brasileiro, 2004. p. 115-116.

O artigo 985 da Consolidação previa causa de extinção da deserdação se a filha viesse a se casar com marido notoriamente conhecido por melhor do que aquele que o pai escolhera.

Quanto às questões que envolviam os filhos, o pai era o chefe da família e, desta forma, era responsável unicamente pelas tomadas de decisões, sendo assim, o pátrio poder da família, decidindo como os filhos seriam educados, com quem se casariam, a profissão que teriam, que bens receberiam e se deveriam morrer ou permanecer vivos<sup>20</sup>.

O não exercício do poder da mãe sobre os filhos é inspirado na concepção familiar romana em que a esposa ocupava posição semelhante à da filha e, por isso, não poderia ter pátrio poder<sup>21</sup>. A mãe só teria o exercício do pátrio poder se fosse viúva e não viesse a contrair novo matrimônio (CC/1916, art. 393), mas, ainda assim, a autorização da mãe não tinha relevância em relação ao casamento do filho menor, pois neste caso era necessária apenas a autorização do juiz, que era do sexo masculino, pois as mulheres não faziam parte do Poder Judiciário e nem da política.

As relações familiares não sofreram alterações significativas com a Proclamação da República. A principal mudança foi a ruptura do Estado com a Igreja e o casamento passou a ser civil, pois o Estado assumiu o poder de regulamentar todos os assuntos de interesse da sociedade<sup>22</sup>.

Esse foi o sentido aplicado pela Constituição de 1891 em seu artigo 72, § 4º, que estabelecia: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. Apesar de haver a previsão do princípio da igualdade e da forma de celebração do casamento, a Constituição em questão nada estabeleceu sobre a família e nem a ela dedicou um capítulo específico.

O tratamento das relações familiares continuou relegado à legislação infraconstitucional, que teve o seu primeiro Código Civil Brasileiro publicado em 1º de janeiro de 1916, escrito pelo jurista Clóvis Beviláqua.

A nova legislação se baseou nas legislações anteriormente vigentes, sem mudanças significativas quanto ao papel da mulher nas relações familiares.

O Código Civil, ao estabelecer as relações familiares, se pautou nos modelos em que os cônjuges possuem obrigações mútuas, mas ocupando espaços hierarquicamente distintos, inspirados na corrente filosófica de Augusto Comte:

As mulheres, nesta corrente de pensamento, eram consideradas guardiãs da moral da família, responsáveis pela manutenção da ordem da casa, pela educação da prole, além de servirem de musas inspiradoras para o marido e para os filhos. Regina Caleiro argumenta que os positivistas republicanos pleiteavam ‘a complementaridade biológica, mental e social entre homens e mulheres, mas apesar de companheiras, as

20 SCAFF, Fernando Campos. Considerações sobre o Poder Familiar. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu *et al.* (org.). **Direito de família no novo milênio**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 572.

21 PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. p. 248.

22 COSTA, Dilvanir José da. **A família nas Constituições**. Brasília, a. 43, n. 169, p. 1-7, jan./mar. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92305/Costa%20Dilvanir.pdf?sequence=6>. Acesso em: 20 dez. 2020.

mulheres não eram iguais aos homens'. Neste sentido, o Código Civil de 1916 só foi aprovado depois de terem sido retiradas as 'disposições liberais' como aquelas que ampliavam os direitos das mulheres dentro da família e o divórcio. Ele não só legislou o status, mas funcionou no sentido de manter a desigualdade e a hierarquia.<sup>23</sup>

As desigualdades entre os cônjuges se mantiveram. Desta forma, a mulher casada continuou a ser relativamente incapaz, dependendo da autorização do marido, inclusive para trabalhar (art. 6º, II); a chefia da família era de responsabilidade do marido, cabendo a ele administrar, inclusive, os bens da esposa (art. 233); ao se casar, a mulher adotava o sobrenome do marido (art. 240); o marido podia pedir a anulação do casamento caso sua esposa já não fosse mais virgem e se este fato fosse por ele ignorado (art. 219, IV) e; o pai podia deserdar a filha que não fosse mais virgem e que morasse em seu lar (art. 1744; em caso de desquite, a mulher só teria direito a receber alimentos se o término do casamento não tivesse ocorrido por sua culpa e se fosse pobre (art. 320).

A família só passou a ter tratamento constitucional a partir da Constituição de 1934, que trouxe um capítulo dedicado a ela.

Em seu artigo 113, prevê o princípio da igualdade, com previsão expressa de ser vedada a distinção entre sexos, o que demonstra o intuito do Constituinte em proteger a situação jurídica da mulher:

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

No tratamento da família<sup>24</sup>, a Constituição de 1934 disciplina o casamento religioso com efeitos civis e inova ao trazer como garantia constitucional a assistência à maternidade. Entretanto, apesar de haver expressa previsão da igualdade, a própria Constituição faz distinção entre os filhos, prevendo o reconhecimento somente dos naturais como isentos de quaisquer selos e emolumentos.

Quanto à aplicação do Código Civil, em que pese a Constituição ter garantido a igualdade entre sexos, as distinções no tratamento da mulher no casamento continuaram a ser aplicadas sem que houvesse qualquer adequação à norma constitucional.

23 MAIA, Maria Cláudia de Jesus. **A invenção da solteirona**: conjugalidade moderna e terror moral: Minas Gerais (1890-1948). Tese (Doutorado) – Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília: Brasília, 2007. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/2331/1/2007\\_ClaudiadeJesusMaia.PDF](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/2331/1/2007_ClaudiadeJesusMaia.PDF). Acesso em: 08 dez.2020.

24 Art 144. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único – A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo.

Art 145. A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País.

Art 146. O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

Parágrafo único – Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juizes Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas.

Art 147. O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.

Com o advento da Constituição de 1937, o princípio da igualdade foi previsto, mas com retrocesso, por ter retirado a previsão de não haver distinção entre os sexos e deixar um capítulo para a família em que manteve o tratamento desigual entre os filhos, não aplicando a igualdade entre eles<sup>25</sup>.

As Constituições de 1946, 1967 e 1969 trouxeram a previsão do princípio da igualdade assim como foi feito na Constituição de 1934, mas ao tratarem da família não estabeleceram distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos.

Quanto à interpretação das leis infraconstitucionais, as diferenças entre os filhos e a mulher continuaram a ser aplicadas sem que houvesse qualquer interpretação conforme a Constituição e a garantia do cumprimento do princípio da igualdade.

A mulher começa a conquistar alguns direitos dentro das relações familiares a partir dos anos (19)60, em decorrência da segunda onda do movimento feminista que deu origem ao Estatuto da Mulher Casada – **Lei n. 4.121/62**<sup>26</sup>.

Com a entrada em vigor do referido Estatuto, a mulher casada deixou de depender das autorizações do marido para trabalhar, sendo vista como plenamente capaz e, em razão deste marco inicial, em relação aos direitos femininos, foi criado o chamado “bens reservados”, isto é, os frutos de seu trabalho estavam protegidos das dívidas familiares contraídas pelo marido, ainda que em proveito do casal<sup>27</sup>.

Ainda de acordo com os autores mencionados no parágrafo anterior, a partir do Estatuto da Mulher Casada, a mulher deixou de ser vista como auxiliar e passou à condição de colaboradora na administração da sociedade conjugal, e, se viuvasse e casasse novamente, continuava a exercer o pátrio poder em relação aos filhos do relacionamento anterior.

Entretanto, algumas diferenças foram mantidas, a saber:

- O marido continuou como o detentor do pátrio poder e sempre que houvesse divergência de opiniões a vontade dele prevalecia;

25 Art. 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

Art. 125. A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

Art. 126. Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

Art. 127. A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

26 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima Rodrigues. A travessia da autonomia da mulher na pós-modernidade: da superação de vulnerabilidades à afirmação de uma pauta positiva de emancipação. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 3, p. 1-20, jul./set. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2018.7777>. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7777>. Acesso em: 20 dez. 2020.

27 OLIVEIRA, Amanda Muniz; BASTOS, Rodolpho Alexandre Santos Melo. A família de ontem, a família de hoje: considerações sobre o papel da mulher no direito de família brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar**, n. 1, v. 17, p. 246, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5284>. Acesso em: 20 dez. 2020. p. 254.

- Cabia ao marido estabelecer o domicílio do casal e a mulher continuou obrigada a adotar o sobrenome do marido<sup>28</sup>.

Em 1967, foi publicada a Lei do Divórcio (**Lei n. 6.515/77**), que previu a extinção do vínculo matrimonial por ato de vontade entre os cônjuges, alterou o regime de bens para o da comunhão parcial, autorizou que o homem pedisse alimentos à ex-cônjuge e garantiu às mulheres o direito de optar quanto ao uso ou não do nome de casada<sup>29</sup>.

Ainda que ao longo do tempo a mulher tenha conquistado alguns direitos, até o advento da Constituição de 1988 ela era vista como uma pessoa inferior perante o homem e, quando casada, ficava subordinada aos seus mandamentos. A mulher só conquistou a igualdade formal e material nas relações familiares com o advento da Constituição Federal de 1988, que suprimiu do Direito de Família “o caráter autoritário da prevalência da função masculina”, eliminando “as relações de subordinação até então existentes entre os integrantes do grupo familiar”<sup>30</sup>.

## A PROTEÇÃO DA MULHER NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A Constituição de 1988 é um marco para o nosso ordenamento jurídico por buscar uma sociedade mais solidária, justa, humana e livre de quaisquer preconceitos. Sofre influência do chamado neoconstitucionalismo, em que a Constituição deve ser efetivamente aplicada com vistas a garantir a efetivação dos direitos fundamentais. Desse modo, o Estado deve atuar para reduzir as diferenças sociais (políticas públicas), pois é preciso concretizar os valores constitucionalizados, especialmente o da dignidade da pessoa humana.

Diante desse novo cenário, a família passa a estar ligada, diretamente, ao conceito de dignidade da pessoa humana, com maior foco no ser humano e não na proteção patrimonial.

Nesse sentido, Rolf Madeleno afirma que:

Em verdade a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. E a família passou a servir como espaço de instrumento de proteção à dignidade da pessoa humana, de tal sorte que todas as disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas à luz do Direito Constitucional.<sup>31</sup>

28 OLIVEIRA, Amanda Muniz; BASTOS, Rodolpho Alexandre Santos Melo. A família de ontem, a família de hoje: considerações sobre o papel da mulher no direito de família brasileiro. *Revista Jurídica Cesumar*, n. 1, v. 17, p. 246, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5284>. Acesso em: 20 dez. 2020. p. 245.

29 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima Rodrigues. A travessia da autonomia da mulher na pós-modernidade: da superação de vulnerabilidades à afirmação de uma pauta positiva de emancipação. *Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 3, p. 1-20, jul./set. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2018.7777>. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7777>. Acesso em: 20 dez. 2020.

30 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 21.

31 MADALENO, Rolf. *Manual de direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 28.

Pela primeira vez no ordenamento jurídico constitucional há a previsão expressa de que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações<sup>32</sup>.

Na lição de Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva, “o Código Civil de 1916 mantinha discriminação entre os sexos que colidia frontalmente com a regra de isonomia ditada pelo art. 226, § 5º da Lei Maior, que estabeleceu o ‘princípio da absoluta igualdade entre homens e mulheres nas relações conjugais’”<sup>33</sup>.

Esclarecem os autores citados no parágrafo anterior que o Código Civil de 1916 previa direitos e deveres do marido e da mulher, cabendo a chefia da sociedade conjugal ao homem (art. 233), atuando a mulher como “mera colaboradora do marido nos encargos da família”<sup>34</sup>.

O arrimo na dignidade da pessoa humana fez com que o princípio da igualdade passasse a ter um duplo significado: a) igualdade formal (igualdade perante a lei); b) e igualdade material, que efetiva a equiparação dos seres humanos mediante constatação de desigualdades fáticas, utilizando a lei como instrumento de concretização das igualdades<sup>35</sup>.

Na busca da concretização dos valores constitucionais, a norma infraconstitucional passou a ser interpretada em conformidade com o viés constitucional. Por conseguinte, o Código Civil de 1916 teve todos os seus artigos discriminatórios não recepcionados, derogados ou ab-rogados pelo texto constitucional<sup>36</sup>. Surge o direito civil constitucional:

Não mais se pode reconhecer ao Código Civil o valor de direito comum. É tempo de se reconhecer que a posição ocupada pelos princípios gerais de direito passou a ser preenchida pelas normas constitucionais, notadamente, pelos direitos fundamentais. [...] Na hermenêutica do Código Civil destacam-se hoje os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impõem às relações interprivadas, aos interesses particulares, de modo a fazer prevalecer uma verdadeira ‘constitucionalização’ dos direitos privados.<sup>37</sup>

Com vistas a consolidar as conquistas da mulher e adequar a legislação ao novo ordenamento constitucional, o Código Civil de 2002, dessa forma, trouxe termos e regras que se adequam à nova realidade, em que não se aceita a discriminação de gênero. O termo “pátrio poder” foi substituído por “poder familiar” (art. 1.631); o defloramento da mulher deixou de ser causa de anulação do casamento e de deserdação; a chefia da família passou a ser do casal e nas situações de divergência não há vontade predominante entre eles, a decisão deve ser do juiz (arts. 1.567 e 1.631); o casal pode estabelecer se irá adotar o nome de casado (art. 1.565, §1º); os di-

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

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição [...]

33 MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito de família**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 23.

34 MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito de família**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 26.

35 MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 21.

36 MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito de família**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

37 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 24. ed. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 18-19.



reitos e deveres na relação conjugal passam a ser os mesmos (art. 1.566); o domicílio do casal será escolhido por ambos (art. 1.569).

A partir da vigência da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro passou a ser elaborado e interpretado em conformidade com o texto constitucional, na busca de uma sociedade livre de preconceitos e que objetiva a concretização dos direitos fundamentais. Contudo, como bem observa Rolf Madaleno, o modelo patriarcal não foi efetivamente extinto da organização social e jurídica de nosso país. Como exemplo podemos citar os múltiplos casos de violência física e moral contra a mulher e o considerável número de mulheres dedicadas exclusivamente ao serviço doméstico, sem o devido acesso à informação e ao conhecimento<sup>38</sup>.

## CONCLUSÕES

A discriminação de gênero para com a mulher perdurou por centenas de anos, em que pese todas as Constituições brasileiras terem previsto expressamente o princípio da igualdade.

A equidade da mulher nas relações familiares só foi conquistada com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe um novo olhar para os métodos de interpretação. Assim, as normas infraconstitucionais passaram a ser aplicadas em conformidade com os valores e preceitos fundamentais, buscando garantir a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

O Código Civil de 2002 retrata a evolução da materialização do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana decorrente da evolução da aplicação dos direitos fundamentais ao longo das Constituições brasileiras, ao prever direitos e deveres a ambos os cônjuges ou companheiros, sem identificar homem ou mulher; possibilitou que um possa adotar o sobrenome do outro; não mais estabeleceu a possibilidade de invalidação do casamento ou deserção no caso de defloramento da mulher; determinou a igualdade em relação aos filhos e administração da sociedade conjugal; não mais considerou a mulher casada como incapaz.

Ainda temos um longo caminho de conscientização e esclarecimentos para tornar efetiva a nossa legislação.

## REFERÊNCIAS

COSTA, Dilvanir José da. **A família nas Constituições**. Brasília, a. 43, n. 169, p. 1-7, jan./mar. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92305/Costa%20Dilvanir.pdf?sequence=6>. Acesso em: 20 dez. 2020.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**: trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

FOUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 2006.

<https://ibdfam.org.br/artigos/687/O+Direito+de+Fam%C3%ADlia+no+Brasil+Imp%C3%A9rio>. Acesso em: 20 dez. 2020.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de direito civil brasileiro** – vol I. Brasília: História do Direito Brasileiro, 2004.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

38 MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 22.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 28.

MAIA, Maria Cláudia de Jesus. **A invenção da solteirona: conjugalidade moderna e terror moral: Minas Gerais (1890-1948)**. Tese (Doutorado) – Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília: Brasília, 2007. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/2331/1/2007\\_ClaudiadeJesusMaia.PDF](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/2331/1/2007_ClaudiadeJesusMaia.PDF). Acesso em: 08 dez.2020.

MONTEIRO, Whashington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito de família**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Amanda Muniz; BASTOS, Rodolpho Alexandre Santos Melo. A família de

ontem, a família de hoje: considerações sobre o papel da mulher no direito de família brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar**, n. 1, v. 17, p. 246, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5284>. Acesso em: 20 dez. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 24. ed. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas. O Direito de Família no Brasil-Império. **IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 18 de outubro de 2010. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/687/O+Direito+de+Fam%C3%ADlia+no+Brasil-Imp%C3%A9rio>. Acesso em: 20 dez. 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

SCAFF, Fernando Campos. Considerações sobre o Poder Familiar. *In*: CHINELLATO,

Silmara Juny de Abreu *et al.* (org). **Direito de família no novo milênio**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 571– 582.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima Rodrigues. A travessia da autonomia da mulher na pós-modernidade: da superação de vulnerabilidades à afirmação de uma pauta positiva de emancipação. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 3, p. 1-20, jul./set. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2018.7777>. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7777>. Acesso em: 20 dez. 2020.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O legado do Código Civil de 1916. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 111, p. 85-100, jan./dez. 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133495>. Acesso em: 28 set. 2021.

VIEIRA, Flávia David. **Memórias e efeitos de sentido do casamento indissolúvel nas constituições brasileiras e na legislação infraconstitucional**. Dissertação (Mestre em Memória: Linguagem e Sociedade) – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Vitória da Conquista, 2013. Disponível em: <http://www2.uesb.br/ppg/ppgmls/wp-content/uploads/2017/06/Disst-FI%C3%A1via-David-Vieira.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

VIEIRA, Ricardo Pereira. **Direito e enunciados sobre a família no ordenamento jurídico brasileiro: uma questão de memória**. Tese (Doutorado em Memória: Linguagem e Sociedade) – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Vitória da Conquista, 2018. Disponível em: <http://www2.uesb.br/ppg/ppgmls/wp-content/uploads/2019/03/Tese-de-Ricardo-Pereira-Vieira.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

# CAPÍTULO 8

## DIREITOS REPRODUTIVOS DAS MULHERES A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Zenaide Maia

As duas décadas que precederam a instauração da última Assembleia Nacional Constituinte no Brasil foram de especial efervescência no debate dos direitos das mulheres em todo o mundo.

A Organização das Nações Unidas havia estabelecido que 1975 seria o “Ano Internacional da Mulher”, ao mesmo tempo em que determinava o intervalo de 1976 a 1985 como a “Década da Mulher”.

Nas Conferências Mundiais da Mulher que ocorreram a cada cinco anos entre 1975 e 1995, representantes de dezenas de países traçaram diretrizes para orientar a comunidade internacional nos esforços pelo fim da discriminação de gênero e por maiores investimentos nos serviços sociais de apoio à mulher, entre outros temas.

Mais especificamente, em 1984 aconteceu o Congresso Internacional de Saúde e Direitos Reprodutivos, na cidade holandesa de Amsterdã, com importantes efeitos sobre o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher vigente à época no Brasil.

A confluência de todos esses debates gerou grandes expectativas por parte dos movimentos em favor dos direitos das brasileiras, quando um grupo de 26 deputadas se sentou lado a lado na Sessão de Abertura dos trabalhos de criação da Carta Magna que seria promulgada em 1988.

Eram poucas, apenas 5% do total de 556 parlamentares. Formaram uma frente poderosa, múltipla de ideias e posições políticas, unida em torno da missão comum de lutar por igualdade para as mulheres, dar-lhes voz e garantir a constitucionalização de seus direitos fundamentais, particularmente os sexuais e reprodutivos.

Atuaram com afinco em torno de uma abrangente pauta de reivindicações enumeradas na “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes”. Propunham a igualdade plena entre cônjuges em todas as decisões reprodutivas e alertavam para o imperativo de que o Estado assegurasse os mecanismos para o desempenho da maternidade e da paternidade responsáveis, de modo a prover aos filhos educação, saúde, alimentação e segurança.

No âmbito da saúde, queriam a garantia de uma assistência integral à saúde da mulher em todas as fases da sua vida. Questões fundamentais eram a livre opção pela maternidade, o acesso à assistência pré-natal, parto e pós-parto, a proteção do direito ao aleitamento materno e à prerrogativa de evitar ou interromper a gravidez.

Tal demanda dependia, em grande medida, de que o Estado oferecesse, de forma gratuita, métodos anticoncepcionais, e promovesse ações educativas para esclarecer os resultados, indicações, contraindicações, vantagens e desvantagens de cada método de acordo com a individualidade de cada mulher e o momento específico de sua história de vida.

Era imperativo que o Estado fiscalizasse, também, a produção e a comercialização de meios químicos e hormonais de contracepção, além de determinar a proibição a toda e qualquer entidade pública ou privada de promover controle compulsório de natalidade.

Os objetivos das Constituintes estendiam-se ao âmbito do trabalho ao exigir a salvaguarda, para a mulher gestante, do direito ao emprego; à creche no local de trabalho e moradia para as crianças de 0 a 6 anos – filhos de mulheres e homens trabalhadores; à licença paternidade nos períodos natal e pós-natal; e à percepção do salário família.

A voz das mulheres ecoou inequívoca no Congresso Nacional, ainda que por meio de um reduzido grupo de valentes representantes do gênero. As conquistas foram muitas e decisivas.

Leis arcaicas e discriminatórias, como o Estatuto da Mulher Casada, vigente desde 1962, entre outros diplomas infraconstitucionais, pereceram diante da grandeza da nova norma que se criava. Levaram consigo, para gavetas esquecidas do passado, anacronismos sem lugar como “o marido é o chefe da sociedade conjugal”, o não menos triste *caput* “a mulher não pode, sem autorização do marido”, e a abstrata, porém enormemente depreciativa, expressão “mulher honesta”.

Marco temporal e legal na construção dos direitos reprodutivos femininos, a Constituição Cidadã de 1988 consignou, no inciso I do artigo 5º, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

Mais adiante, o inciso L tratou especificamente de garantir que às presidiárias fossem asseguradas condições para que pudessem permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

A proteção à maternidade e à infância aparece, pela primeira vez no texto constitucional, na lista de direitos sociais elencados no *caput* do artigo 6º. Conscientes da importância do tema, os Constituintes voltariam a afirmá-la em mais de um momento ao longo das dezenas de artigos da Carta hoje vigente.

Ainda no Capítulo II, que trata dos Direitos Sociais, o artigo 7º instituiu, no inciso XII, o salário-família, direito dos trabalhadores urbanos e rurais; no XVIII, a licença à gestante com a duração de cento e vinte dias; no XIX, licença-paternidade; no XX, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos; e no XXV, a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas.

No âmbito previdenciário, reforçou-se a necessidade de proteção à família, à maternidade e, especialmente, à gestante nos artigos 201 e 203 das Seções que tratam, respectivamente, da Previdência e Assistência Social.

Dada a relevância crucial do tema, o legislador dedicou, no Título VIII, Da Ordem Social, todo um Capítulo ao agrupamento familiar. É nesse trecho da Constituição, no artigo 226, que se decretou de forma assertiva que “a família é a base da sociedade, merecedora de especial proteção do Estado”.

Ponto de partida para legislação infraconstitucional de grande alcance e imensa importância, o parágrafo 7º do mesmo artigo estabeleceu que: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

De forma complementar, o artigo 227, parágrafo 1º, inciso I determinou a “aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil”, indicando o caminho para o financiamento das ações em cumprimento às novas determinações relativas aos direitos reprodutivos das mulheres.

Nas Disposições Transitórias, proibiu-se a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, e estabeleceu-se a licença-paternidade de cinco dias, até que legislação específica dispusesse sobre o tema.

Ainda que pareçam breves e algo fragmentadas as menções aos direitos reprodutivos das mulheres na Constituição Cidadã de 1988, os efeitos que tiveram sobre a forma como o Estado e a sociedade enxergam hoje tais direitos são incontestáveis. A partir de então, razoável cabedal normativo se formou.

Em 1992, a [Lei nº 8.560](#) passa a regular a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Símbolo de uma nova era, de nova atitude normativa, determinava inclusive que as certidões de nascimento não registrassem indícios de a concepção haver sido decorrente de relação extraconjugal, evitando que a criança viesse a ser vítima de inúmeros preconceitos.

A fundamental atribuição ao casal das decisões quanto à geração de filhos, de forma igualitária, determinada ainda na Constituição, teve ação transformadora extraordinária, com a criação da [Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996](#), conhecida como Lei do Planejamento Familiar.

A norma trouxe, em seu art. 2º, a definição: “entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Reforçou-se a vedação a qualquer tipo de controle de natalidade que não seja decisão exclusiva do casal, e atribui ao Sistema Único de Saúde (SUS) a obrigação de oferecer programa de atenção integral à saúde da mulher em todos os seus ciclos vitais.

Foram contempladas, nesse sentido, a assistência à concepção e contracepção; o atendimento pré-natal; a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato; o controle das doenças sexualmente transmissíveis; e o controle e prevenção do câncer cérvico-uterino e do câncer de mama.

A promoção de campanhas educacionais e a divulgação de informações técnicas e científicas que assegurem o exercício consciente do planejamento familiar passaram a constar na lista de atribuições do SUS.

Parte significativa da norma se dedicou ao tema da esterilização cirúrgica, impondo limites sanitários e sociais à prática e tornando crime a realização do procedimento caso a paciente seja induzida de forma dolosa.

Outro descendente direto da Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sancionado em 1990, tratou, no art. 8º, de assegurar a todas as mulheres “o acesso aos programas e às políticas de saúde e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde”.

Diversas questões foram contempladas no Estatuto, como o direito a assistência psicológica à gestante e à mãe, inclusive àquelas que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção. Também foram abordadas a orientação sobre aleitamento materno e alimentação saudável, a prevenção da gravidez na adolescência e a custódia de filhos em unidades de privação de liberdade.

Em 1995, a [Lei nº 9.029](#) proibiu que se exigisse das mulheres atestados de gravidez e esterilização para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

Orientada para as especificidades da primeira infância, devido à relevância desse período no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, em 2016, o Congresso Nacional sancionou a [Lei nº 13.257](#).

O dispositivo veio complementar a [Constituição Federal](#), alterar e atualizar o [Estatuto da Criança e do Adolescente](#), o [Código de Processo Penal](#) e a [Consolidação das Leis do Trabalho](#), estabelecendo princípios para a formulação de políticas públicas orientadas para a proteção dos direitos da criança até o sexto ano de vida.

Merece referência a ampliação do conceito de desenvolvimento integral da criança, para abarcar múltiplas áreas como saúde, nutrição, educação, assistência social, cultura, habitação e meio ambiente.

A inovação refletiu-se, por exemplo, na permissão ao trabalhador, sem prejuízo do salário, de não comparecer ao serviço por até dois dias para acompanhar consultas médicas e exames complementares durante o período de gravidez de sua esposa ou companheira, e por um dia por ano para acompanhar filho de até seis anos em consulta médica.

A licença-maternidade prevista na Constituição dilatou-se por mais 60 dias, permitindo que a mãe se dedique a cuidar do recém-nascido por um total de 180 dias, e que o pai possa auxiliá-la nos primeiros 20 dias.

A existência de filhos passa a ser considerada para fins de interrogatório e lavratura do auto de prisão em flagrante no Código de Processo Penal, com o objetivo de assistir o menor cuja mãe, pai ou responsável esteja em conflito com a lei.

O arcabouço infraconstitucional de proteção aos direitos reprodutivos da mulher e à primeira infância robustecia-se e se consolidava, como consequência indubitável da abordagem pontual dos temas no texto da Constituição, com resultados práticos verificáveis.

O uso de métodos contraceptivos e o estímulo ao planejamento familiar foi tema de inúmeras campanhas direcionadas ao público em geral e cartilhas feitas para orientar os profissionais de saúde. Em 2003, por exemplo, milhares de unidades do manual “Assistência em Planejamento Familiar” chegaram a mais de 4.900 Municípios brasileiros, levando a médicos e enfermeiros informações e sugestões sobre como abordar tais questões.

Em 2008, a distribuição gratuita de pílulas anticoncepcionais e preservativos na rede pública de saúde finalmente chegou a todos os Municípios do País. Nas farmácias, esses produtos passaram a ser encontrados a preços acessíveis.

Segundo dados da Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde de 2006, dois terços das mais de 3 milhões de mulheres que foram cirurgicamente esterilizadas no Brasil entre 2000 e 2006 obtiveram o procedimento gratuitamente pelo SUS. Em 2019, foram realizadas 73.658 laqueaduras pela rede pública de saúde.

O número de gestações na adolescência caiu significativamente no País, de 721.564 casos, em 2000, para 434.573, em 2018. Embora os índices brasileiros ainda estejam levemente acima da média latino-americana, é indiscutível que houve avanços.

Consequência inevitável das ações de planejamento familiar e controle de natalidade, a taxa de fecundidade total caiu de 2,89 filhos por mulher em 1990 para 1,72 em 2015.

Cerca de 80% dos partos realizados no Brasil ocorrem em uma unidade pública de saúde. Um dado curioso é que, em 2018, 96.223 mulheres que possuíam plano de saúde realizaram consultas pré-natais em hospitais e clínicas particulares, mas fizeram seus partos na rede pública.

O percentual de gestantes com pelo menos sete consultas pré-natais chegou a quase 67% em 2015, frente aos 2,2% de futuras mães que não receberam nenhum tipo de atendimento médico antes do parto.

Em tendência de queda desde o ano 2000, a taxa de mortalidade materna atingiu o valor mínimo de 59,7 por mil nascidos vivos em 2015.

Iniciativa do SUS, o programa Estratégia Saúde da Família (EFS), em seus oito anos de vigência, reduziu a mortalidade infantil em 34%.

Considerando que os direitos reprodutivos abarcam também a assistência à concepção, o Sistema Único de Saúde passou a oferecer gratuitamente tratamentos de reprodução assistida, tais como a fertilização *in vitro*, inseminação intrauterina, indução da ovulação, como consignado em Portaria do Ministério da Saúde de 2005 e do próprio SUS em 2012.

Infelizmente, nem tudo é motivo para comemorar. A licença-maternidade de 180 dias, por exemplo, só é obrigatória para o serviço público e uma pequena parcela de empresas participantes do programa Empresa Cidadã. Para os pais, os 20 dias de licença são respeitados em um número limitado de empreendimentos privados em todo o País.

Segundo informações do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apenas 34% das crianças de 0 a 3 anos encontraram vagas em creches públicas e privadas em 2017.

Aclamado à época de sua criação, o salário família aprovado para vigência a partir de 1º de janeiro de 2020 é de modestos R\$ 48,62 por filho.

O acompanhamento psicológico ou psiquiátrico para gestantes nas unidades do SUS, que havia sido previsto no ECA em 1990, apenas começa a se tornar realidade com o Projeto de Lei nº 4.432, apresentado na Câmara dos Deputados em setembro de 2020.

Especialmente entre os jovens, doenças sexualmente transmissíveis vêm aumentando no Brasil. Na última década, o contágio pelo HIV dobrou entre jovens de 15 a 19 anos, passando de 2,8 para 5,8 casos por 100 mil habitantes.

O número de casos de sífilis, doença grave e que pode ser transmitida pela mãe para o bebê, causando graves sequelas, praticamente triplicou entre os anos de 2015 e 2017.

Agrava a situação geral o fato de que a pandemia do novo coronavírus demandou redirecionamento dos recursos da saúde, recursos esses que já se haviam reduzido na previsão orçamentária para 2020, ameaçando de forma significativa a continuidade da assistência integral à mulher.

Acresce-se aos problemas que a legislação não consegue sanar novos desafios que demandam igual e urgente atenção do poder público.

Entre eles estão as chamadas epidemias de partos cirúrgicos e de nascimentos prematuros. Pelo menos 55% dos nascimentos no Brasil acontecem por cesárea, contrariando a recomendação da Organização Mundial de Saúde de, no máximo, 15% desse tipo de parto.

A prematuridade é, em parte, consequência do número de cesarianas realizadas principalmente na rede hospitalar privada, e está relacionada à morbimortalidade neonatal e ao comprometimento do desenvolvimento intelectual do bebê e ao longo da infância.

Entendida como abuso, desrespeito ou maus-tratos ocorridos durante o parto, o novo conceito da violência obstétrica e os modos de combatê-la incorporaram-se à pauta das reivindicações das mulheres.

Engavetado em 2007, volta à discussão na Câmara dos Deputados, em 2019, o polêmico Estatuto do Nascituro, que proíbe a interrupção da gravidez mesmo em casos de violência sexual ou de inviabilidade do feto.

Algo tão básico como o direito da lactante de amamentar seu filho quando houver demanda, independentemente de estar ou não em lugar público, gerou críticas e provocou debate acalorado. A intervenção do Senado Federal foi necessária, com a aprovação, em regime de urgência, ainda em 2019, do Projeto de Lei nº 514, de 2015, que transformou em crime a sua violação, ensejando indenização por danos morais à vítima.



Como é consenso entre estudiosos, a trajetória dos direitos humanos, dentro e fora do Brasil, não é linear. Colecionam-se avanços que se pretende manter e consolidar, mas também há retrocessos que se alternam ao sabor de ventos políticos, sociais e econômicos.

O mesmo acontece com os direitos reprodutivos das mulheres, exigindo da sociedade, do Parlamento e das diversas entidades de defesa da mulher vigilância constante, acompanhamento das conquistas alcançadas e, principalmente, contínuo esforço pela consecução de objetivos legalmente garantidos, mas que, na prática, não são respeitados.

O impulso dado pela Constituição Federal de 1988 é inegável, mas ainda há muito o que buscar até que se garanta às meninas, às adolescentes e às mulheres das gerações futuras a proteção e o pleno exercício de tais direitos, condição incontornável para a construção de um Brasil verdadeiramente democrático e igualitário.

## CAPÍTULO 9

### DIREITO À REPRODUÇÃO É UM DIREITO SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO?

Camila Santos Cury

O direito à reprodução, embora não previsto de forma expressa na Constituição Federal, está inserido no direito ao planejamento familiar, bem como decorre do direito fundamental à saúde.

O capítulo em comento fará uma análise do direito à reprodução enquanto um direito da mulher, especialmente em relação àquelas que não puderam engravidar por meio da concepção natural, seja em virtude de um problema de saúde ou de uma circunstância da vida.

Assim, partindo da premissa de que algumas mulheres não conseguem exercer seu direito reprodutivo naturalmente, é notório que a medicina, hoje, oferece alternativas por meio de processos de fertilização *in vitro*.

Tais procedimentos são utilizados em diferentes situações por aquelas mulheres que, como dito, não conseguiram engravidar, ou em virtude de problemas relacionados à saúde e dificuldades para reprodução, ou motivadas por questões sociais que levaram ao adiamento da maternidade.

A questão é que a concepção artificial decorre de procedimentos de custos altos e que, em regra, somente são acessíveis às mulheres que possuem uma condição financeira confortável, que lhes permita arcar com todas as despesas relativas ao tratamento. Entretanto, há que se dizer que atualmente já existe a previsão legal de que procedimentos de fertilização *in vitro* sejam custeados pelo Sistema Único de Saúde.

No entanto, trata-se ainda de uma alternativa não disponível para todas aquelas que pretendem exercer seu direito à maternidade, sendo que, em muitas ocasiões, as mulheres têm que ingressar com demandas perante o Poder Judiciário para que possam efetivamente ter acesso ao tratamento custeado pelo Estado.

Assim, a partir destas ideias, este artigo abordará, na primeira parte, a saúde, como um direito fundamental de esfera social e constitucionalmente previsto. Da mesma forma, abordará também o direito ao planejamento familiar. Como dito acima, o direito à reprodução decorre destes dois direitos previstos constitucionalmente.

Na segunda parte será abordada a questão das mulheres que pretendem exercer seu direito à reprodução e que, em virtude de problemas de saúde ou questões sociais, não conseguem concretizá-lo, razão pela qual necessitam submeter-se a tratamentos de concepção artificial.

Finalmente, ao final, será analisado se há, de fato, uma obrigação do Poder Público garantida constitucionalmente a oferecer alternativas de concepção artificial para todas as mulheres que dele necessitem, seja por

questões de saúde, seja em virtude de outras questões que inviabilizaram o direito de tornarem-se mães. É certo que, de um lado, temos um tratamento de alto custo e, de outro, um Estado que não dispõe de recursos infinitos.

Assim, o texto se concentrará nestas ideias acima expostas, tentando responder aos seguintes questionamentos: o Poder Público tem o dever de arcar com tratamentos de inseminação artificial? As mulheres têm, de fato, o direito de serem mães garantido constitucionalmente?

## DIREITO À SAÚDE E O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O direito à saúde está previsto no art. 6º da Constituição Federal. Dentre suas características, está o fato de ser um direito de acesso universal, ou seja, todos os brasileiros, bem como estrangeiros que residam no Brasil ou mesmo estejam de passagem, terão a prestação de atendimento nas ações necessárias para a prevenção de doenças e reparação da saúde.

Há que se destacar que o direito à saúde é amplo, à medida que prevê ações para prevenção de doenças, como vacinação e saneamento básico, bem como reparadoras, que envolvem: atendimento médico; tratamentos; fornecimento de medicamentos.

Ademais, trata-se de um direito social e sua previsão constitucional vincula o Estado a conceder os meios necessários, sejam eles preventivos ou reparadores, para todo o cidadão.

Luis Roberto Barroso afirma que:

Direitos sociais estão ligados à superação das falhas e deficiências do mercado, à proteção contra a pobreza e à promoção da justiça social. Seu objetivo é assegurar a tais indivíduos vida digna e acesso às oportunidades em geral. Idealmente, são direitos que devem ser satisfeitos, não por prestações individuais, mas por serviços públicos de qualidade disponíveis para todos. O reconhecimento e a exigibilidade dos chamados direitos sociais constituem uma das questões mais tormentosas do direito constitucional contemporâneo.<sup>1</sup>

A vinculação do Estado à prestação dos direitos sociais em favor do cidadão é também uma consequência do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, Paulo Bonavides afirma:

Foi esse Estado o degrau decisivo que fez da democracia direito positivo do povo e do cidadão. Concretizou ele uma doutrina constitucional onde a democracia é colocada primeiro na dimensão de jus naturalis e, em seguida, legitimada na esfera da positividade por imperativo da justiça e da razão humana.<sup>2</sup>

1 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 85.

2 BONAVIDES. Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Ed. Malheiros. Brasil, 2001. p. 163.

Os direitos reprodutivos compõem o direito à saúde. Encontram-se previstos tanto no Texto Constitucional quanto na legislação infraconstitucional.

Neste sentido, Flávia Piovesan e Wilson Ricardo Buquetti Pirotta afirmam o seguinte:

Na ordem jurídica brasileira encontram-se normas concernentes aos direitos reprodutivos em diversos ramos do Direito, tanto no âmbito constitucional quanto infraconstitucional, incluindo, dentre os diplomas legais, a Constituição Federal, o Código Penal, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Consolidação das Leis do Trabalho.<sup>3</sup>

O planejamento familiar também está previsto constitucionalmente. O art. 226, § 7<sup>o</sup>, preceitua que se trata de um direito do casal e que compete ao Estado oferecer os meios educacionais e científicos para seu exercício.

Neste cenário, o que se tem é que o casal, ao ter garantido seu direito de planejamento familiar, poderá se valer de tratamentos a serem custeados pelo Estado caso pretenda ter filhos e, por algum problema de saúde, não possa tê-los naturalmente.

Flávia Piovesan e Wilson Ricardo Buquetti Pirotta afirmam que:

Na ordem internacional são firmados os contornos conceituais dos direitos reprodutivos, cujo exercício está estreitamente vinculado à liberdade e desenvolvimento da personalidade. Os direitos reprodutivos fundamentam-se no reconhecimento do direito básico dos indivíduos de decidir livremente e de maneira informada sobre sua vida reprodutiva e exercer o controle voluntário e seguro de sua fecundidade. Os direitos reprodutivos incluem os direitos das mulheres e dos homens de assumir decisões no campo de reprodução, livres de discriminação, coerção, violência, assim como o direito de dispor dos níveis mais altos de saúde sexual e reprodutiva, tendo direito à autodeterminação no exercício da sexualidade. Todas as pessoas têm assim o direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva.<sup>5</sup>

Dessarte, não restam dúvidas que tanto o direito à reprodução quanto o direito ao planejamento familiar estão previstos constitucionalmente e na legislação infraconstitucional, bem como na legislação internacional. Configuram-se como direitos humanos fundamentais.

A partir desta premissa, então, surge um questionamento de grande relevância: o direito ao planejamento familiar não pode ser exercido por um homem ou uma mulher que não façam parte de um casal?

Esta questão será melhor explorada adiante.

O art. 2<sup>o</sup> da Lei 9.263/96<sup>6</sup> determina que o direito de planejamento familiar é garantido ao homem e à mulher.

3 PIOVESAN, Flávia. PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Temas de Direitos Humanos, 11). p. 487.

4 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

5 7<sup>o</sup> Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

5 PIOVESAN, Flávia. PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Temas de Direitos Humanos, 11). p. 507.

6 Art. 2<sup>o</sup>. Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Soma-se a isto o fato de que a Constituição Federal, no art. 226, inciso IV, determina que a família também poderá ser formada por qualquer dos pais e descendentes, a chamada família monoparental. Aliás, conforme entendimento jurisprudencial, até mesmo a família formada apenas por parentes colaterais será considerada como tal, sendo chamada de anaparental.

Para Paulo Lôbo, o direito ao planejamento da filiação é garantido a um dos pais pelo Texto Constitucional. Neste sentido, afirma que:

A Constituição Federal (art. 226, § 7º) estabelece que, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, “o planejamento familiar é livre decisão do casal”, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Não apenas do casal, mas de qualquer dos pais, uma vez que a entidade monoparental é constituída por apenas um dos pais e seus filhos.<sup>7</sup>

Destarte, na legislação, não há óbices para que a mulher solteira planejasse ter filhos para constituir sua família. Pelo contrário, a Constituição Federal garante este direito à pessoa independentemente de seu estado civil.

Ainda neste sentido, o Conselho Federal de Medicina na Resolução nº 2.01/2013 reconhece que a técnica de reprodução assistida poderá ser realizada por todas as pessoas capazes, que não tenham outras limitações etárias ou biológicas.

Prossegue afirmando a permissão do uso de técnicas para as pessoas solteiras, conforme abaixo colacionado:

#### II – PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 – Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.

2 – É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.<sup>8</sup>

Neste sentido, Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto, Carlos Henrique Félix Dantas e Carolina Valença Ferraz assim afirmam:

O direito das famílias hodierno, como já foi bem ressaltado anteriormente, preocupa-se com o bem-estar dos membros do núcleo familiar e, também, com o pleno desenvolvimento de suas potencialidades. Logo, com vistas a proteger tal instituto jurídico, não impõe um modelo familiar hermeticamente fechado, tampouco tenta padronizar suas formas de constituição. Dessa maneira, não há como estabelecer hierarquias entre as entidades familiares, pois são todas dignas de igual proteção.<sup>9</sup>

7 LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 215.

8 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução n.º 2.013/2013**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 01 abr 2020.

9 SILVA NETTO, Manuel Camelo Ferreira da; DANTAS, Carlos Henrique Félix; FERRAZ, Carolina Valença. O dilema da “produção independente” de parentalidade: é legítimo escolher ter um filho sozinho? **Revista Direito GV**, v. 14, n. 3, set./dez. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201841>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/78030/74760>. Acesso em: 28 set. 2021. p. 1126.

A questão que surge é, se o acesso ao tratamento de fertilização *in vitro* deveria ser custeado pelo Estado em favor de quem dele necessitar ou podem ser impostos requisitos como a exigência de que a mulher tenha tentado de forma natural e não tenha conseguido em razão de problemas relacionados à saúde.

Há que se destacar que o ordenamento jurídico admite a adoção por pessoas independentemente do seu estado civil, consoante previsto no art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ainda, há que se mencionar que, em situações que envolvem a filiação e os direitos da criança e do adolescente, deverá sempre prevalecer o melhor interesse dos últimos, tendo em vista serem sujeitos em fase de formação.

Porém, assim como na adoção unilateral, não é possível dizer que haverá qualquer óbice para que uma mulher solteira pretenda ter filhos por meio de procedimento de inseminação artificial.

Neste sentido, Maria Berenice Dias afirma que:

De modo bastante frequente, mulheres sozinhas que desejam engravidar fazem uso de inseminação artificial. A família monoparental proveniente de inseminação em mulheres solteiras, pelo fato de a criança já nascer sem pai, tem gerado opiniões controversas. É no mínimo preconceituosa a postura doutrinária que sustenta que mulher solteira não deve fazer uso de método reprodutivo assexual por se prestar a interesses egoísticos. Como não lhe é vedado o direito de adotar, nada a impede de gerar o filho do próprio ventre. O reconhecimento da igualdade não admite negar a uma mulher o uso de técnicas de procriação assistida somente pelo fato de ser solteira.<sup>10</sup>

Necessário ponderar que a pretensa genitora poderá oferecer ao filho a educação, amor e preparo para que se desenvolva de forma plena. Há que se destacar que, como em qualquer formação familiar, o interesse da criança é primordial e tem que ser observado com total prioridade. Diante deste cenário, tendo a genitora meios de oferecer todo o amparo necessário para desenvolvimento do filho em um ambiente saudável, não há qualquer óbice que impeça o desenvolvimento desta unidade familiar, inclusive porque, na maioria das vezes não por escolha, a família monoparental com a figura materna à frente é uma realidade comum em nosso país.

No entanto, é importante considerar que poderá decorrer um outro problema desta situação: o filho poderá questionar futuramente seu estado de filiação em relação à paternidade?

Ora, em situações como essa, o procedimento ocorrerá por meio de doação anônima de material genético do homem. A situação é que não haverá qualquer relação de filiação entre esta criança gerada e o doador.

Esta situação poderia ocasionar um dano ao direito de identidade do filho?

Paulo Lôbo esclarece a questão:

No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, sem implicação no

<sup>10</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

parentesco, até como necessidade de concretização e prevenção do direito à saúde, e o direito à relação de parentesco, quando este já se estabeleceu, fundado no princípio jurídico da afetividade.<sup>11</sup>

Existem muitos questionamentos ainda a serem respondidos. Porém, há que se buscar uma solução que atenda aos interesses da genitora de poder planejar a constituição de família, sem que com isso se permita a inobservância ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Porém, fato é que não existem limitações, seja em decorrência de critérios médicos, seja em virtude de lei, que impeçam a mulher solteira de submeter-se à referida técnica.

Resta incontroverso, portanto, o direito da mulher solteira de planejar a constituição de família, sem que para isso lhe seja imposta a obrigação de ter um parceiro ou uma parceira.

## A INFERTILIDADE COMO UM PROBLEMA DA SAÚDE

A infertilidade é considerada um problema de saúde. Diante disso, cabe ao Estado fornecer os meios necessários para a recuperação do referido problema.

O presente artigo está embasado no direito da mulher à fertilização *in vitro* a ser custeada pelo Estado. Desta forma, a mulher pode apresentar determinados problemas de saúde que ocasionem a infertilidade. À título de exemplo, um deles é a endometriose.

Segundo informações publicadas no endereço eletrônico do Hospital Santa Joana, a endometriose é uma das causas mais frequentes de infertilidade, constituindo cerca de 50% (cinquenta por cento) dos casos ou até mais.

Ela causa um processo inflamatório que pode alterar o funcionamento dos ovários, interferindo na qualidade da ovulação, na fecundidade do espermatozoide com o óvulo, no percurso do ovo (produto da união do óvulo com o espermatozoide) e na aderência do ovo na cavidade uterina, processo que determina o desenvolvimento da gestação. Se o diagnóstico for de endometriose profunda, que é a forma mais grave da doença, o sistema reprodutor feminino pode sofrer danificações mais severas com o tempo, resultando no acometimento das trompas e impedindo a união do óvulo com o espermatozoide.<sup>12</sup>

Diante disso, a questão que surge é: a mulher acometida por endometriose e que pretenda constituir família terá como alternativa a fertilização *in vitro*?

No entanto, na ausência de recursos financeiros, poderá buscar que o Estado arque com referido procedimento. Há que se destacar que o direito à saúde é constitucionalmente garantido. Com isso, a mulher solteira que pretenda exercer a maternidade, mas que tenha algum problema de saúde e não tenha condições financei-

11 LÓBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

12 HOSPITAL E MATERNIDADE SANTA JOANA. **Centro de endometriose**. Disponível em: <https://www.santajoana.com.br/servicos/centro-de-endometriose>. Acesso em: 28 set. 2021.

ras para arcar com os custos da técnica de reprodução assistida, poderá fazê-lo por meio do Sistema Único de Saúde.

Entretanto, existe a possibilidade de ser considerado um procedimento não essencial, especialmente à luz dos custos que seriam gerados ao Estado e na escassez de recursos do sistema público.

Ademais, se a busca desta técnica não decorrer de um problema de saúde, mas da ausência de um parceiro, não parece ser possível que a mulher que não disponha de recursos financeiros consiga se submeter à técnica custeada pelo Sistema Único de Saúde. No entanto, há que se analisar se essa negativa poderia resultar em uma ofensa ao direito à isonomia da mulher solteira poder exercer de fato seu direito à reprodução, se não dispuser de recursos financeiros para tanto.

## **OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE PRESTAR ATENDIMENTO À INFERTILIDADE FEMININA COMO MEIO DE VIABILIZAÇÃO DO DIREITO À MATERNIDADE**

A saúde, como mencionado acima, é um direito social fundamental, previsto constitucionalmente e que deverá ser prestado de forma universal, ou seja, a todo e qualquer cidadão que necessite, seja por meio de medidas preventivas ou de recuperação.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:

os direitos sociais prestacionais, por sua vez, necessitariam de concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza socioeconômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando ao legislador a indispensável liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora. (SARLET, 2012, *E-book*)<sup>13</sup>

A questão é que: poderia o direito da mulher ao tratamento de fertilização *in vitro* custeado pelo Estado ficar à mercê da vontade ou da possibilidade de concretização pelo administrador público?

Sobre o papel do Estado na efetivação deste direito, Flávia Piovesan e Wilson Ricardo Buquetti Pirotta afirmam o seguinte:

[...] o efetivo exercício dos direitos reprodutivos demanda políticas públicas, que assegurem a saúde sexual e reprodutiva. Nesta ótica, essencial é o direito ao acesso a informações, meios e recursos seguros, disponíveis e acessíveis. Essencial também é o direito ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva e sexual, tendo em vista a saúde não como uma ausência de enfermidades e doenças, mas como a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e reproduzir-se com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que frequência. Inclui-se ainda o direito ao acesso ao progresso científico e o direito de receber educação sexual. Portanto, aqui se requer a interferência do Estado, no sentido de que implemente políticas públicas garantidoras do direito à saúde sexual e reprodutiva.<sup>14</sup>

13 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. *E-book*.

14 PIOVESAN, Flávia. PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Temas de Direitos Humanos, 11). p. 507.



Portanto, o que se tem é que o Estado, para garantir o direito à saúde, no aspecto relativo aos direitos reprodutivos, tem que implementar políticas públicas, nas palavras de Piovesan e Pirotta:

voltadas a assegurar a toda e qualquer pessoa um elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva, o que implica garantir acesso a informações, meios, recursos dentre outras medidas. Por outro lado, exige a omissão do Estado em área reservada à decisão livre e responsável dos indivíduos acerca de sua vida sexual e reprodutiva, de forma a vedar a interferência estatal, coerção, discriminação e violência em domínio da liberdade, autonomia e privacidade do indivíduo.<sup>15</sup>

Portanto, em decorrência do Texto Constitucional, o Estado tem o dever de garantir não apenas o direito ao planejamento familiar e às ações relativas à prevenção ligadas à saúde. Tem o dever também de informar os indivíduos sobre tais direitos e de oferecer meios para que eles se concretizem. Assim, o direito à inseminação artificial está aí previsto.

Neste sentido, Rita de Cássia Barros de Menezes e Victor Fonseca de Oliveira mencionam que:

[...] todas as pessoas possuem o direito de decidir se terão ou não filhos, e o Estado tem o dever de oferecer acesso a recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem a prática e a efetividade do planejamento familiar, uma vez que o referido arranjo familiar tem origem governamental e é dotado de natureza promocional.

Assim, sabe-se que o Estado tem por obrigação assegurar ao indivíduo um livre planejamento familiar, além de garantir, não só os métodos anticonceptivos, mas, também, oferecer programas sociais que possam contribuir para a garantia dos métodos de concepção, sendo estes naturais ou artificiais, porque, caso contrário, poderá gerar um conflito entre o disposto na Constituição Federal e os atos do Estado, enquanto interventor nas situações que envolvem políticas públicas de planejamento familiar.<sup>16</sup>

No entanto, não se pode perder de vista que o Estado não dispõe de recursos financeiros suficientes para prestação dos direitos sociais de forma adequada, especialmente em razão de seu caráter universal.

Diante disso, é crescente o número de ações judiciais que buscam diversas medidas relacionadas ao direito à saúde, tais quais: concessão de medicamentos; prestação de tratamentos médicos, dentre outras.

Neste cenário, resta claro que a mulher goza do direito de, em situação de infertilidade comprovada por meio de laudos médicos, buscar que o Estado custeie o tratamento para que possa engravidar por meio da fertilização *in vitro* utilizando o Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, há que se destacar que caberá ao SUS arcar com referido procedimento, ainda que seja custoso.

Há que se destacar também que referido direito não deverá estar vinculado ao estado civil da mulher ou mesmo ao fato de estar ou não em um relacionamento. Se o planejamento familiar é direito constitucionalmen-

15 PIOVESAN, Flávia. PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Temas de Direitos Humanos, 11). p. 507.

16 MENEZES, Rita de Cássia Barros de; DE OLIVEIRA, Victor Fonseca. Políticas Públicas de acessibilidade de inseminação artificial: planejamento familiar como efetivação de dignidade humana. **Revista Direitos Fundamentais e Alteridade**, Salvador, v. 2, n. 2, p. 257-274, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ucs.br/index.php/direitosfundamentaisalteridade/article/view/514>. Acesso em: 28 set. 2021.

te garantido, é certo que o direito de concretizar seu objetivo e ter um filho por meio da fecundação artificial deverá ser garantido à mulher independentemente da situação que vivencie afetivamente.

Entretanto, a busca pela prestação do tratamento poderá resultar de um problema de saúde, mas não em decorrência da ausência de um parceiro que impeça a concepção natural. Ora, não se pode perder de vista que se trata de uma questão ainda delicada em virtude da insuficiência de recursos estatais para a prestação do direito à saúde de forma universal, especialmente nos casos de tratamentos custosos como a fecundação artificial.

É cediço que o ente público não dispõe de recursos infinitos. Assim, em situações nas quais se pretenda que o Estado arque com procedimentos médicos custosos, certamente serão encontrados óbices para a concretização do direito.

Em havendo a judicialização desta questão, o argumento de defesa do ente público é a reserva do possível. Esta expressão de origem alemã é utilizada aqui no Brasil para explicitar a limitação de recursos do ente estatal em relação ao implemento de direitos sociais. Este argumento é comumente utilizado para afastar a judicialização.

Entretanto, ainda que se saiba que os recursos estatais são restritos, a negativa ao custeio de referido tratamento nos casos das mulheres que apresentam quadros de infertilidade é uma ofensa ao direito à saúde.

No entanto, o planejamento familiar deve ser uma decisão do casal ou da pessoa solteira, que, conforme já dito, tem direito garantido de constituição de família. É necessário aqui que se faça uma leitura da Constituição Federal de forma integrativa, valendo-se dos princípios constitucionais. É incontestável que o Estado já reconhece a família monoparental como uma entidade familiar.

Portanto, à luz da Constituição Federal, será que o Estado também não teria o dever de arcar com o procedimento de fertilização em favor de mulheres solteiras que pretendam exercer seu direito à reprodução e ao planejamento familiar, muito embora não disponham de recursos?

A questão é bastante complexa e exige reflexão, à medida que é incontestável o direito da mulher à reprodução, inclusive de submeter-se às técnicas de inseminação artificial por necessidade ou por opção.

Por força do princípio da igualdade e do acesso universal à saúde prestada pelo Estado, é certo que poderia ser ponderado o direito da mulher solteira de buscar o tratamento de inseminação artificial a ser custeado pelo Estado em uma situação em que, embora sem problemas de saúde, não pudesse ter um filho em virtude da inexistência de um parceiro em sua vida.

Entretanto, a realidade brasileira não permite a análise desta situação amparada apenas no princípio da igualdade e no direito social à saúde. Isto porque, embora no Brasil exista um serviço de saúde estruturado, não há recursos suficientes sequer para prestar aquilo de mais básico que a população necessita.

Neste sentido, Norberto Bobbio afirma o seguinte:

[...] descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade.<sup>17</sup>

Assim, a questão do direito da mulher solteira de buscar técnicas de reprodução assistida a ser custeada pelo Estado parece não encontrar prioridade no Sistema Único de Saúde, que apenas consegue arcar com tratamentos mais urgentes, podendo ser sustentada a obrigação de seu custeio apenas quando decorre de problemas relacionados à saúde da mulher que impeçam a concepção natural.

Diante disto, a realidade que se impõe é que, embora se possa defender o direito da mulher a buscar técnicas de reprodução para conquistar seu direito à formação de uma família, compelir o Estado a arcar com tal prática médica quando inexistem problemas de saúde relacionados à concepção, neste momento, não parece razoável.

## CONCLUSÃO

A saúde é um direito constitucionalmente garantido. No Texto Constitucional há previsão de que caberá ao Estado, por meio de políticas sociais e econômicas, a redução dos agravos, bem como garantir de forma universal e igualitária o acesso às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Como mencionado acima, também é garantido constitucionalmente, a todo cidadão, o direito ao planejamento familiar.

Em assim sendo, é indiscutível que em caso de problemas de saúde, como a endometriose, que tenham como consequência a infertilidade, as mulheres terão direito a buscar, por meio do Estado, a prestação de tratamento de fertilização artificial.

É cediço, porém, que, em virtude da limitação de recursos financeiros, é complexa a obtenção de procedimentos médicos a serem prestados por meio do Sistema Único de Saúde, especialmente na situação relatada neste artigo, da fertilização *in vitro*.

Ocorre, porém, que o direito da mulher de poder realizar o sonho de ter um filho e constituir família não poderá ficar à mercê das possibilidades financeiras do Estado.

Em razão disso, é certo que a mulher tem direito à obtenção do referido tratamento a ser custeado pelo gestor público, ainda que, para tanto, necessite socorrer-se de uma ação judicial.

Ademais, há que se ressaltar que este direito deverá ser estendido a todas as mulheres independentemente de seu estado civil. Afinal, não há que se estabelecer como requisito para o planejamento familiar que a mu-

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 60.

lher tenha um relacionamento, sendo perfeitamente aceitável que se trate de uma mulher que pretenda exercer a maternidade de forma individual.

O importante é que é necessária a análise da questão a partir da ponderação de outros princípios constitucionais, pois, embora seja indiscutível que o direito à reprodução e o direito ao planejamento familiar estejam previstos na Constituição Federal, o Estado não dispõe de recursos infinitos e deve ser priorizada a prestação de alguns direitos em detrimento de outros, em relação à saúde.

Diante disto, embora seja inequívoco que a mulher, independentemente do seu estado civil, tenha direito ao planejamento familiar, e que se possa defender seu acesso às técnicas de fertilização artificial custeadas pelo Estado, resta claro que, para que a prestação do direito seja efetiva, é necessário que sejam estabelecidos determinados requisitos. Assim, a busca pelas técnicas de fertilização pelo SUS poderá ser realizada quando houver problemas de saúde para a concepção e não em decorrência de uma situação social vivenciada pela mulher.

Talvez, daqui alguns anos, seja, de fato, possível e viável buscar que o Estado garanta o acesso amplo às alternativas da medicina para reprodução sem que, para tanto, o desejo de ser mãe esteja apenas relacionado aos problemas de saúde que envolvem a concepção.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Ed. Malheiros. Brasil, 2001.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 30 mar 2020.
- BRASIL, **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm). Acesso em: 26 mar. 2020.
- BRASIL, **Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. **Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm). Acesso em: 30 mar 2020.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução n.º 2.013/2013**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resolucao-cfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 01 abr 2020.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- HOSPITAL E MATERNIDADE SANTA JOANA. **Centro de endometriose**. Disponível em: <https://www.santajoana.com.br/servicos/centro-de-endometriose>. Acesso em: 28 set. 2021.
- LÓBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MENEZES, Rita de Cássia Barros de; DE OLIVEIRA, Victor Fonseca. Políticas Públicas de acessibilidade de inseminação artificial: planejamento familiar como efetivação de dignidade humana. **Revista Direitos Fundamentais e Alteridade**, Salvador, v. 2, n. 2, p. 257-274, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ucsul.br/index.php/direitosfundamentaisalteridade/article/view/514>. Acesso em: 28 set. 2021.
- PIOVESAN, Flávia. PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Temas de Direitos Humanos, 11).

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. *E-book*.

SILVANETTO, Manuel Camelo Ferreira da; DANTAS, Carlos Henrique Félix; FERRAZ, Carolina Valença. O dilema da “produção independente” de parentalidade: é legítimo escolher ter um filho sozinho? **Revista Direito GV**, v. 14, n. 3, set./dez. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201841>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/78030/74760>. Acesso em: 28 set. 2021.

# CAPÍTULO 10

## A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO DE JANAÍNA APARECIDA QUIRINO

Fernanda Garcia Escane  
Terezinha de Oliveira Domingos

### INTRODUÇÃO

A Constituição Federal estabeleceu vários direitos e garantias individuais, entre eles, o direito ao próprio corpo, à intimidade, à privacidade, o direito de ser informado, o livre planejamento familiar, entre tantas conquistas que, no momento histórico de seu nascimento, faziam necessárias profunda e detalhada previsão de cada um dos direitos.

Com igual cuidado, cuidou a Constituição da família, bem como do planejamento familiar, sendo este último exercido sem qualquer ingerência do Estado.

Mesmo em face da riqueza e dos profundos e detalhados direitos nela consagrados, ainda é pouco para perceber a vulnerabilidade, especialmente, das mulheres e, o pior, das que estão inseridas socialmente num ambiente que, por si só, gera preconceitos e violências sem igual.

Embora tenhamos outros casos, no Brasil, de esterilizações forçadas, a praticada com Janaína Aparecida Quirino chamou a atenção para o que, em silêncio, ocorria: a total violação da Constituição Federal, sem quaisquer gravames para aqueles que não a observam.

No que toca ao planejamento familiar, a Constituição também deixou à carga das pessoas. A esterilização é vedada no Brasil, para fins de controle de natalidade.

Sendo ela compulsória, não resta dúvida do impacto em face das pessoas a ela submetidas, bem como da responsabilidade civil que deverá ser imputada para todos os que dela façam uso, mesmo que “em nome da lei”.

Aborda-se, neste ensaio, ainda que não de maneira a esgotar todas as reflexões ensejadoras, o acórdão proferido pela 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 1001521-57.2017.8.26.0360, da Comarca de Mococa, figurando como apelante a Prefeitura Municipal de Mococa e, apelado, o Ministério Público do Estado de São Paulo, sendo a interessada Janaina Aparecida Quirino.

A ação civil pública foi promovida com pedido de tutela antecipada, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em face da Municipalidade de Mococa, com o objetivo (alcançado, ao final, vale dizer) de realização de esterilização compulsória, como se verá no curso do presente capítulo.

Ressalta-se que a finalidade precípua é a de despertar, em você, reflexões sobre os limites do Estado, compreendido em suas três esferas: Poder Judiciário, Executivo e Legislativo.

## 1 A ESTERILIZAÇÃO

No Brasil, a esterilização está prevista por meio da [Lei nº 9.263/96](#), amplamente de acordo com os ditames constitucionais, legislações infraconstitucionais e tratados internacionais.

A esterilização é compreendida, na medicina legal, como o “ato cirúrgico efetuado para impedir a reprodução”<sup>1</sup>. Na análise do caso concreto, percebemos que o significado de esterilizar foi adotado como o definido no Dicionário Houaiss: “castrar”<sup>2</sup>, de maneira compulsória, aviltando toda a legislação que do tema se ocupa.

Quão delicada é a percepção da esterilização no ordenamento brasileiro que a própria Lei nº 9.263/96, ao regular o parágrafo 7º, do artigo 226, da Constituição Federal, assim determina:

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional – [Mensagem nº 928, de 19.8.1997](#))

I – em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II – risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro conceito, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

§ 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.

§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

1 DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. v. 2. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, [s.d.]. p. 495.

2 HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. H, p. 833.

§ 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei.<sup>3</sup>

A leitura atenta do dispositivo legal revela inexistir quaisquer condições para que ocorra a esterilização compulsória.

Aliás, fácil é concluir que é muito diverso disso: o legislador se preocupou em permitir a esterilização apenas em circunstâncias excepcionais, já consagrando em seu texto, especificamente no § 3º, que quaisquer formas de manifestação da vontade externada sob a influência de drogas, especificamente situação do caso concreto, deverá ser desconsiderada.

Constitucionalmente, o artigo 226, em seu § 7º, preceitua:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.<sup>4</sup>

O Código Civil, no mesmo sentido do disposto na Constituição Federal, regulamentando o direito fundamental, disciplina: “§ 2º *O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas*”<sup>5</sup>.

Nos autos da Apelação nº 1001521-57.2017.8.26.0360<sup>6</sup>, se constatou a ocorrência da esterilização compulsória, contrariando todos os ditames legais.

Embora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tenha dado provimento ao pleito da Municipalidade, a qual se opunha a realizar o procedimento à revelia da interessada Janaína, o acórdão proferido não impediu que a violência se perpetrasse, haja vista ter sido proferido meses após a ocorrência da esterilização.

Nada impede a reflexão de pessoas que possam questionar a impossibilidade financeira ou quaisquer outras argumentações que versem sobre a capacidade de gerar e amparar a pessoa dos filhos.

No entanto, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil e tantos outros diplomas que poderiam ser exaustivamente citados contemplam previsões de assistência para as famílias que dela necessitem, sem quaisquer penalidades por conta da situação econômica e/ou social.

Quando se depara com a seguinte informação: “TJ/SP reverte decisão que mandou esterilizar mulher compulsoriamente, mas procedimento já tinha sido feito. MP/SP ingressou com ACP diante da situação da mu-

3 BRASIL, Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm). Acesso em: 30 mar 2020.

4 BRASIL, Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm). Acesso em: 30 mar 2020.

5 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Capítulo IX – Da Eficácia do Casamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 28 set. 2021.

6 Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905857754/apelacao-civel-ac-10015215720178260360-sp-1001521-5720178260360/inteiro-teor-905857907?ref=serp>. Acesso em: 10 nov. 2021.



lher, que é pobre, dependente química e já tem filhos menores”<sup>7</sup>, impossível não pensar na imensa diferença em que a situação econômica e social de uma pessoa poderá, ou não, influenciar na violência experimentada de maneira cotidiana.

A Janaína, infelizmente, não é a única. Há outros casos de esterilizações compulsórias realizadas em nosso país<sup>8</sup>.

E o mais desafiador é chegar à conclusão de que até mesmo a questão da igualdade de gênero acaba por se constatar: quais homens foram esterilizados em face do elevado número de filhos e/ou pela falta de recursos financeiros?

Obviamente, a pergunta é provocativa; afinal de contas, não é para ocorrer nem com homem, nem com mulheres.

Se, um dia, somente como exemplo, o Poder Legislativo entenda ser viável a adoção no Brasil de controle de natalidade, alterando-se a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, poder-se-ia possibilitar a esterilização compulsória.

O destaque é o Poder Judiciário violar todo o ordenamento jurídico para viabilizar, sem quaisquer formas de recompor a vítima em estado anterior, a esterilização compulsória de quem, de fato, precisava da assistência do Estado, em sua plenitude. O Estado promove leis para que ele mesmo deixe de cumpri-las. E não só: vale dizer que, sendo ele o causador de danos (em nosso sentir, irreparáveis, no caso), tem de reparar, nem que seja por meio de pagamento de indenizações, já que o *statu quo ante* é impossível de se viabilizar.

## 2 O DIREITO AO PRÓPRIO CORPO

As reflexões decorrentes do planejamento familiar e do direito ao próprio corpo não estão adstritas à esfera de uma única área do direito.

No Brasil, em 2002, houve a proposta de um projeto de lei que previa a pena de castração com recursos químicos, para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor (castração química)<sup>9</sup>, por conta da violência sexual experimentada, especialmente, por crianças, adolescentes e mulheres. Não logrou êxito, sendo arquivado o projeto.

A Constituição Federal, em seu artigo 1<sup>o</sup><sup>10</sup>, explicita que a dignidade da pessoa humana compõe um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, informando, no artigo 3<sup>o</sup>, que são os objetivos: *I – construir*

7 MIGALHAS. TJ/SP reverte decisão que mandou esterilizar mulher compulsoriamente, mas procedimento já tinha sido feito. 11 jun. 2018. Disponível: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/281580/tj-sp-reverte-decisao-que-mandou-esterilizar-mulher-compulsoriamente--mas-procedimento-ja-tinha-sido-feito>. Acesso: 20 nov. 2020.

8 CRUZ, Eliana Alves. ‘O caso Janaína me lembrou que o Brasil já fez esterilização em massa – com apoio dos EUA’. *The Incerpet Brasil*, 18 jul. 2018. Disponível em: <https://theintercept.com/2018/07/18/laqueaduras-esterilizacao-forcada-mulheres/>. Acesso em: 25 nov. 2020.

9 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º de 2002 (Do Sr. Wigberto Tartuce)**. Modifica os arts. 213 e 214 do DecretoLei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal Brasileiro. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=57981&filename=Tramitacao-PL+7021/2002](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=57981&filename=Tramitacao-PL+7021/2002). Acesso em: 25 nov. 2020.

10 Art. 1<sup>o</sup>. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]III – a dignidade da pessoa humana; [...]

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

Se não fosse (como parece não ser mesmo) o suficiente, o Brasil informa que suas relações internacionais são regidas, entre outros princípios constantes no artigo 4º, da Constituição Federal, pelo da [...] II – prevalência dos direitos humanos [...].

O artigo 5º, discorrendo sobre os direitos e garantias individuais, em seu *caput*, assim dispõe: *Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.*

A primeira reflexão que se propõe é sobre a inviolabilidade ao próprio corpo.

O artigo 15, do Código Civil, estabelece: *Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.*

Bem observa Silvio de Salvo Venosa, esse singelo artigo traz toda uma gigantesca problemática sobre a Ética Médica, o dever de informação ao paciente e a responsabilidade civil dos médicos<sup>11</sup>, e, na temática apresentada, a responsabilidade civil estatal, uma vez que, “levando em conta que qualquer cirurgia apresenta maior ou menor risco de vida, sempre haverá, em tese, necessidade de autorização do paciente ou de alguém por ele”<sup>12</sup>.

Há de se considerar que a autorização do paciente apenas é delegada para terceira pessoa se sua capacidade civil não for plena. Do contrário, como é sabido, será o próprio paciente responsável pela autorização.

O Código Civil ainda preceitua:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.<sup>13</sup>

A esterilização, sem qualquer dúvida, é procedimento que importa diminuição permanente da integridade física da pessoa a ela submetida.

Assim, com uma superficial e desatenta leitura, é possível perceber que os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, bem como a previsão no Código Civil, garantem à pessoa a não violação do seu próprio corpo, se não for sua vontade.

11 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 194.

12 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 194.

13 BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 28 set. 2021.

Embora a maioria da doutrina verse, quando da análise do artigo 13, do *Código Civil*, sobre a *Lei nº 9.434/97* (Lei de Transplantes), cabe observar as várias questões relacionadas ao próprio corpo, como o ato de esterilização e planejamento familiar, previstos na *Lei nº 9.263/96*, que devem ser analisados, com o fim de se atender o princípio geral, “*no sentido de que ninguém pode ser constrangido à invasão de seu corpo contra sua vontade. Quanto aos atos de disposição do próprio corpo a limites morais e éticos que são recepcionados pelo direito*”<sup>14</sup>.

Embora a Constituição Federal também estabeleça que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, não se encontra uma decisão judicial sequer que um homem tenha sido compelido a se submeter à esterilização compulsória.

Desta forma, pensar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” torna-se irreal, haja vista que o próprio Estado é o maior violador das normas por ele mesmo estabelecidas.

E não só – ratificando a literalidade da Constituição, convém destacar que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Questiona-se: não é desumano violar lei para realizar esterilização à revelia? Não é degradante determinar que o Município cumpra uma ordem (ilegal) judicial, sob imposição de pena pecuniária e que a pessoa interessada seja “procurada” para desonerar o Município do pagamento da referida multa?

Se a Constituição Federal consagra como “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, como não pensar nas consequências provocadas por meio do próprio Estado?

E, para finalizar as questões provocativas que incomodam ao analisar a esterilização compulsória, nos termos em que ocorreu, pergunta-se: se “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, qual o fundamento legal para que o membro do Ministério Público alegue a hipossuficiência da interessada Janaína e o número de filhos que ela já tinha?

Inegável a vulnerabilidade encontrada no caso em questão.

Embora não encontrado em bibliografia ou qualquer outra referência de que a pobreza seja moléstia genética, “não resta dúvida” a aparência de estarmos diante de esterilização eugênica por conta da terrível moléstia da pobreza e das pessoas invisíveis em nosso país.

### 3 DAS INÚMERAS BARBÁRIES LEGAIS

<sup>14</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 191.

A íntegra do processo está disponibilizada por meio do link: <https://exame.com/brasil/nao-quer-que-isso-aconteca-com-mais-nenhuma-mulher/><sup>15</sup>.

Analisando todo o processo, decorrem inúmeras reflexões, por meio das argumentações utilizadas pelo Ministério Público, de maneira a rasgar a Constituição Federal, como se denota:

a) “A requerida já é mãe de cinco filhos”<sup>16</sup>.

A Lei nº 9.263/96 regula o planejamento familiar, como bem descrito pelo MP, como também regula o § 7º, do artigo 226, da Constituição Federal.

Claríssimo é o artigo primeiro, ao preceituar: “o planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei”.

Entretanto, o artigo 2º prescreve que “entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, sendo em seu parágrafo único destacada a proibição da “utilização das ações a que se refere o *caput* para qualquer tipo de controle demográfico”.

O controle demográfico entende-se como controle populacional ou, noutros termos, como o controle de natalidade.

Entende-se como controle de natalidade “a limitação do nascimento de crianças, evitando-se a concepção por meios naturais ou pelo uso de anticoncepcionais”<sup>17</sup>.

Horripilante é perceber as interpretações realizadas ferindo a legislação.

Inicialmente, cabe destacar que há violação direta ao princípio da dignidade humana, bem como ao planejamento familiar, aos direitos fundamentais.

b) “A mãe não teria condições de prover as necessidades básicas de seus rebentos, além de colocá-los, frequentemente, em potencial risco em razão do uso de álcool e outras drogas”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no artigo 23, preceitua: “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar”.

Aliás, o próprio artigo, em um dos seus parágrafos, determina: “§ 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção”.

15 ANJOS, Anna Beatriz. “Não quero que isso aconteça com mais nenhuma mulher”. *Exame*, 12 ago. 2018. Disponível em: <https://exame.com/brasil/nao-quer-que-isso-aconteca-com-mais-nenhuma-mulher/>. Acesso em: 28 set. 2021.

16 Disponível: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905857754/apelacao-civel-ac-10015215720178260360-sp-1001521-5720178260360/inteiro-teor-905857907?ref=serp>. Acesso em: 11 nov. 2021.

17 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*: v. 2. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 1066.

O ECA é uma das raríssimas leis brasileiras reconhecidas internacionalmente como a melhor para proteção de crianças e adolescentes<sup>18</sup>.

Nele se encontram dispositivos ensejadores de medidas que promovam o tratamento, inclusive, da família, para o desenvolvimento pleno das crianças e dos adolescentes pertencentes àquela família.

Aliás, a própria Constituição Federal garante o amparo estatal, em face da hipossuficiência da família.

Se não fosse suficiente, destaca-se que nem mesmo pode haver destituição do poder familiar, por conta da falta de recursos dos genitores que possam interferir no sustento dos filhos.

c) “constantemente é encontrada perambulando pelas ruas da cidade com claros sinais de uso abusivo de álcool e drogas”.

O artigo 10, da Lei nº 9.263/96, especificamente em seu § 3º, prevê: *Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente*<sup>19</sup>.

Nelson Rosenvald bem explica a diferenciação entre competência e capacidade:

Enquanto a capacidade é o critério legal que autoriza a pessoa capaz a tomar decisões autônomas e válidas, a competência traduz um conceito clínico de possuir habilidade para a tomada de decisões válidas em relação ao tratamento. A capacidade exprime um significado estático. Ela está ou não presente em todas as circunstâncias e exprime um prejulgamento do ordenamento jurídico sobre a viabilidade do consentimento da pessoa ser tido como relevante. A outro lado, o conceito de competência utilizado pelos profissionais de saúde é dinâmico e mutável, pois inclui fatores adicionais de extrema importância no julgamento clínico, como a consistência na expressão das decisões durante o tempo e a comparação entre a personalidade antes da doença e o estado emocional atual no impacto no processo da tomada de decisões.<sup>20</sup>

Manifestação de vontade válida é o que se requer. Nada que possa caracterizar quaisquer dos vícios do consentimento, tais como erro, dolo e coação poderiam prevalecer. Ainda mais quando se observa estar a pessoa sob a influência de quaisquer substâncias que ensejam distorções da realidade.

E mais, fundamentando-se na capacidade civil, seria caso de considerá-la relativamente incapaz, como preconiza o artigo 4<sup>o21</sup>, do CC?

18 PARANÁ (MINISTÉRIO PÚBLICO). **Especial 30 anos ECA**. 17 jul. 2020. Disponível em: <https://mppr.mp.br/2020/07/22778,10/Pandemia-de-Covid-19-traz-impactos-para-a-aplicacao-do-ECA.html>. Acesso em: 22 nov. 2020. “Passadas três décadas da sua promulgação, o Estatuto da Criança e do Adolescente ainda é visto como referência mundial na defesa dos direitos da infância e da adolescência. Mesmo assim, ele não está livre de atualizações e complementações”.

19 BRASIL, **Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. **Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm). Acesso em: 30 mar 2020.

20 ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord.). **Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária**. Estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013. p.155.

21 Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV – os pródigios.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Sendo ela viciada, não deveria, minimamente, ter sido considerada a hipótese de tratamento médico, como a internação, sugerida como parâmetro jurisprudencial, antes de quaisquer decisões que versassem sobre o direito ao próprio corpo?

Citou o MP: “Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do Colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como se vê, por exemplo, no seguinte julgado: “APELAÇÃO – Obrigação de fazer – Dependente químico. Direito à saúde (artigos 5º e 196, ambos da CF) – Dever do poder público de prestar assistência – Tratamento Médico – Internação involuntária – Obrigação dos órgãos públicos de garantir atendimento salutar a quem deles necessitar. Cabimento. Decisão mantida. Recursos negados”. (TJ-SP, Apelação nº 0000147-98.2014.8.26.0369, Rel. Des. Danilo Panizza, j. 19.05.2015, v.u.)”.

Se devidamente tratada, poderia ter tomado decisão que fosse melhor para ela, ou seja, em primeiro lugar, cuidar dela, e, posteriormente, após devida orientação, explicação e conscientização dos danos que, sem sombra de dúvida, experimentam não apenas ela, mas igualmente seus filhos, aí sim poderia ter condições físicas e mentais de decidir a respeito da esterilização.

E qualquer que fosse a decisão, em hipótese alguma poderia ferir a legislação.

O que causa arrepios (a nosso ver, inclusive ao arrepio da lei) é saber que Janaína, “em determinados momentos, manifesta vontade em realizar o procedimento de esterilização; noutros, demonstra desinteresse ao não aderir aos tratamentos e ao descumprir as mais simples orientações dos equipamentos da rede protetiva”, ou seja, mesmo sem ter absoluta certeza, manifestando-se com o não, na dúvida, o não deveria ter prevalecido, com a observância ao ordenamento jurídico.

O pior é a análise da sociedade estratificada, haja vista que o MP ainda descreve que “percebe-se que, em razão de sua condição”, a Janaína, “não demonstra discernimento para avaliar as consequências de uma gestação”.

- Ignora-se o fato de ser a Janaína uma mulher, que tem direito ao próprio corpo;
- Ignora-se o fato de Janaína ser pessoa, dotada de dignidade;
- Ignora-se o fato de Janaína ser usuária de drogas e, aos olhos do Código Civil, ser considerada relativamente incapaz;
- Ignoram-se todas as dúvidas em diversos momentos, pois, como o próprio MP descreve, Janaína não tem certeza de querer se submeter à cirurgia;
- Ignora-se o fato de Janaína integrar a classe da minoria do nosso país;
- Ignora-se que Janaína seja uma pessoa, nos termos da lei, e, assim, faz-se o procedimento, com a chancela vergonhosa do Poder Judiciário.

## 4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, EM FACE DAS ESTERILIZAÇÕES

A Constituição Federal, no parágrafo 6º, do artigo 37, estabelece a responsabilidade do Estado, nos seguintes termos: *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*<sup>22</sup>.

Para se observar a vasta e inquestionável responsabilidade estatal, colaciona-se a ementa do julgado do caso em tela:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Pretensão do Ministério Público voltada a compelir o Município a realizar cirurgia de laqueadura em dependente química. Legitimidade ativa “ad causam” delineada na espécie Incidência do disposto nos arts. 127, parte final, e 129 da CF. Acolhimento pronunciado em primeiro grau que, todavia, não pode subsistir. Inadmissibilidade, diante do ordenamento jurídico pátrio, da realização compulsória de tal procedimento. Pleno e autônomo consentimento não manifestado pela requerida aos órgãos da rede protetiva. Interdição judicial, outrossim, que não foi decretada a qualquer tempo. Lei nº 9.263/96 que limita até mesmo a esterilização voluntária (v. art. 10). Apelo da Municipalidade provido.<sup>23</sup>

Destaca-se, assim, pontos a serem refletidos:

A Lei nº 9.263/96 dispõe:

Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei. (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) [Mensagem nº 928, de 19.8.1997](#)

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.

Parágrafo único – A pena é aumentada de um terço se a esterilização for praticada:

I – durante os períodos de parto ou aborto, salvo o disposto no inciso II do art. 10 desta Lei.

II – com manifestação da vontade do esterilizado expressa durante a ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente;

III – através de histerectomia e ooforectomia;

IV – em pessoa absolutamente incapaz, sem autorização judicial;

V – através de cesária indicada para fim exclusivo de esterilização.<sup>24</sup>

O membro do Ministério Público ou o da Magistratura, pessoalmente, responderão nos termos referidos acima?

Há responsabilidade do Estado em decorrência de erro judiciário?

Entende-se por erro judiciário o

[...] ocorrido no julgamento, tanto no cível como no criminal, que dá origem à responsabilidade do Estado de reparar economicamente o lesado. Assim, apensar da presunção de verdade que cobre a coisa julgada, não obstante a responsabilidade pessoal, civil ou penal do juiz, é dever do Estado reparar o dano causado à

22 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 set. 2021.

23 <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905857754/apelacao-civel-ac-10015215720178260360-sp-1001521-5720178260360/inteiro-teor-905857907?ref=serp>

24 BRASIL, Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm). Acesso em: 30 mar 2020.

vítima de erro judiciário. Essa responsabilidade estatal funda-se no risco social, baseando-se, obviamente, não só no princípio da igualdade dos encargos públicos perante o Estado, como também no dever estatal de assistência e de solidariedade social. Com a indenização, a vítima poderá reingressar na vida social, mas é preciso deixar bem claro que o Estado deverá fazer o possível para restabelecer a situação anterior ao erro judiciário, dando ao condenado injustamente uma reparação patrimonial proporcional à privação da liberdade e às lesões morais e econômicas que sofreu, visto que foi atingido em sua honra, reputação, liberdade, crédito etc. Se o magistrado que prolatou a sentença impugnada no processo de revisão agiu com dolo ou culpa, o Estado tem o dever de propor contra ele ação regressiva<sup>25</sup>.

A reflexão sobre erro judiciário, na maioria da doutrina, se refere ao âmbito criminal, com base no inciso LXXV, do artigo 5º da Constituição Federal: LXXV – “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Conquanto a Constituição Federal se refira ao condenado, há de se realizar, com base no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, interpretação analógica, haja vista que erro judiciário também ocorre na esfera cível.

Luiz Hentz, citado por Rui Stoco, destaca que

[...] (as) principais causas do erro judiciário são: a) erro ou ignorância; b) dolo, simulação ou fraude; c) erro judiciário decorrente da culpa; d) decisão contrária à prova dos autos; e) erro provocado não imputável ao julgador; f) errada interpretação da lei; g) erro judiciário decorrente da aplicação da lei.<sup>26</sup>

No caso apreciado no presente capítulo, constata-se afronta direta à Constituição Federal, bem como aos demais diplomas, o que, difícil crer, seja algo decorrente de mero erro.

Admitindo-se, apenas para provocar reflexões, buscando amparo no âmbito civil-constitucional, vale destacar, em tese, violações gravíssimas ao direito de personalidade, tanto na esfera constitucional quanto na cível, e entre tantos outros exemplos, também crime de lesão corporal pelos agentes públicos, que, por meio de ordem judicial, determinam a esterilização forçada.

Como retornar ao estado anterior, em face da esterilização? Como reparar?

Haveria possibilidade de se responsabilizar, civilmente (nos afastaremos da análise criminal e administrativa, muito embora se saiba que há elementos para apuração), o promotor de justiça e o juiz, pessoalmente, numa responsabilidade solidária?

Rui Stoco, ao se referir à responsabilidade civil dos membros do Ministério Público, afirma ser ela admitida:

[...] apenas nas hipóteses de dolo ou fraude, na consideração de que a redação constante dos arts. 85 e 133, I, do CPC é a mesma e sua atuação é essencial à função jurisdicional do Estado (CF/88, art. 127), de sorte a merecer, nesse plano subjetivo, o mesmo tratamento concedido aos juízes, não como benefício ou vantagem pessoal ou por mera equiparação, mas para a proteção e garantia dessa atividade que, estreme de dúvida, se conecta, em última ratio, com a realização da atividade jurisdicional, seja atuando

25 DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**: v. 2. 2. ed, rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 422.

26 STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1187.



como parte ou como custos legis, exigindo aplicação restrita e imposição de responsabilidade pessoal cum granus salis.

Cabe, por fim, acrescentar que há decisão antiga da Suprema Corte, proferida ainda na vigência da Constituição anterior, que se dirigiu no sentido de afirmar que a Fazenda Pública não responde civilmente por ato opinativo do Ministério Público. Todavia, à luz do art. 37, § 6º, da CF/88, se o membro dessa instituição tiver autuado nos autos, dando parecer opinativo, com dolo ou fraude, ou seja, com a deliberada intenção de favorecer ou agravar a situação da parte, responderão pelos prejuízos causados tanto o Poder Público quanto aquele, na condição de agente do Estado<sup>27</sup>.

Conquanto haja o posicionamento acima prevalente, data vênua, divergimos.

O Ministério Público, ao ingressar com a ação civil pública, tem de ser responsabilizado pelas consequências dos pedidos por ele mesmo formulados, ainda mais quando a Constituição Federal determina a função de *custos legis*<sup>28</sup>.

Se a lei é para todos, com maior razão os integrantes do Ministério Público e da Magistratura devem ser responsabilizados, haja vista que toda a formação é para isso, ainda mais por haver afronta direta ao disposto no artigo 15<sup>29</sup>, da Lei nº 9.263/96, que dispõe, como visto anteriormente, a pena de reclusão, se a esterilização cirúrgica não for realizada dentro dos ditames legais.

Ministério Público, que age fora dos regramentos legais, age com dolo?

Integrantes da Magistratura que, no mesmo sentido, decidem pela esterilização, mesmo havendo, minimamente, divergência na manifestação válida da vontade da interessada Janaína, em total discordância com a lei, não agem com dolo?!

Com respeito que há pelas opiniões divergentes, não há como isentar da responsabilidade pessoal, inclusive. Sem desconsiderar, obviamente, a responsabilidade objetiva do Estado preconizada pela Constituição Federal.

27 STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1186.

28 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

29 Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei. (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) [Mensagem nº 928, de 19.8.1997](#)

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.

Parágrafo único – A pena é aumentada de um terço se a esterilização for praticada:

I – durante os períodos de parto ou aborto, salvo o disposto no inciso II do art. 10 desta Lei.

II – com manifestação da vontade do esterilizado expressa durante a ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente;

III – através de histerectomia e ooforectomia;

IV – em pessoa absolutamente incapaz, sem autorização judicial;

V – através de cesária indicada para fim exclusivo de esterilização.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, observa-se que embora o ordenamento jurídico tutele o planejamento familiar e a lei que regulamenta tal planejamento preveja hipótese de esterilização, essa deve ocorrer desde que com a anuência do paciente; convém, porém, destacar a ocorrência de casos ao arrepio da lei.

A esterilização ocorrida no caso da Janaína se trata de método contraceptivo irreversível, ocorrendo por meio de procedimento cirúrgico, com todos os riscos inerentes a toda e qualquer cirurgia.

A proposta de analisar o caso da Janaína tem o intuito de demonstrar os fundamentos que culminaram em sua esterilização, bem como toda a fundamentação utilizada, ainda que tardiamente, para decidir contrariamente a esterilização (embora já efetuada, como dito alhures).

Ademais, o caso é de repercussão até pelo fato de se mostrar, mesmo que de forma indireta, esterilizações que ocorrem em decorrência da hipossuficiência financeira e do total desamparo estatal.

No momento em que se afirma que há o direito ao próprio corpo, especialmente no exercício da sexualidade e da fertilidade, destaca-se o direito personalíssimo de cada pessoa, não sendo possível qualquer intervenção estatal.

Fato é que se estampam as diferenças sociais, de gênero, entre tantas outras questões que reverberam em decisões judiciais, demonstrando a real impotência que tem uma única pessoa de se opor ao comando estatal, ainda que ilegal.

Não há como negar a reponsabilidade estatal, mas, a nosso ver, com todo respeito que merecem as ideias em contrário, inclusive a pessoal dos integrantes do Ministério Público e/ou da Magistratura, é inegável que a esterilização compulsória se mostra como uma violência, uma violação à dignidade da pessoa humana, atentando, ainda, à esfera mais íntima de toda e qualquer pessoa: intimidade e privacidade.

Enquanto não houver a observância da lei para todos, inclusive no que toca à aplicabilidade da lei para quem a viola, não haverá modificações relevantes para a defesa das mulheres que, historicamente, ainda se mostram vulneráveis.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, **Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm). Acesso em: 30 mar 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º de 2002 (Do Sr. Wigberto Tartuce)**. Modifica os arts. 213 e 214 do DecretoLei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal Brasileiro. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=57981&filename=Tramitacao-PL+7021/2002](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=57981&filename=Tramitacao-PL+7021/2002). Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Capítulo IX – Da Eficácia do Casamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 28 set. 2021.

CRUZ, Eliana Alves. 'O caso Janaína me lembrou que o Brasil já fez esterilização em massa – com apoio dos EUA'. **The Incerpet Brasil**, 18 jul. 2018. Disponível em: <https://theintercept.com/2018/07/18/laqueaduras-esterilizacao-forcada-mulheres/>. Acesso em: 25 nov. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**: v. 2. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. H, p. 833.

MIGALHAS. TJ/SP reverte decisão que mandou esterilizar mulher compulsoriamente, mas procedimento já tinha sido feito. 11 jun. 2018. Disponível: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/281580/tj-sp-reverte-decisao-que-mandou-esterilizar-mulher-compulsoriamente--mas-procedimento-ja-tinha-sido-feito>. Acesso: 20 nov. 2020.

PARANÁ (MINISTÉRIO PÚBLICO). **Especial 30 anos ECA**. 17 jul. 2020. Disponível em: <https://mppr.mp.br/2020/07/22778,10/Pandemia-de-Covid-19-traz-impactos-para-a-aplicacao-do-ECA.html>. Acesso em: 22 nov. 2020.

ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. *In*: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord.). **Direito & justiça social**: por uma sociedade mais justa, livre e solidária. Estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1187.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

# CAPÍTULO 11

## O PRINCÍPIO DA IGUALDADE À LUZ DO § 5º DO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A REALIDADE JURÍDICO-SOCIAL DA MULHER NO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR<sup>1</sup>

Clarice Moraes Reis

### INTRODUÇÃO

Considerado como ramo do direito civil, o direito de família está ligado a todos os cidadãos, sendo visto como a exteriorização de seus anseios frente à sociedade, no qual as suas normas podem ser consideradas como um recorte da vida privada. Nesta seara, o poder familiar é instituto de suma importância, uma vez que se encontra consagrado como função dos pais no encargo de assegurar a seus filhos todos os direitos que lhes são reconhecidos como pessoa.

Tal instituto deve ser observado sempre em consonância com as disposições da Constituição Federal, pois prioritariamente alcança o rol de direitos e garantias asseguradas aos menores, bem como com os demais diplomas legais (Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente).

### EVOLUÇÃO DO PAPEL DA MULHER NA SOCIEDADE E NA FAMÍLIA

No decorrer dos séculos, a família sofreu importantes alterações, levando os agrupamentos humanos a se apresentarem sob diversas formas. Observa-se que, num primeiro momento histórico, não havia normas disciplinadoras das uniões, inexistindo entre os homens e as mulheres vínculo de exclusividade; subsistia, por exemplo, a poligamia e os matrimônios em grupo, caracterizados pela união coletiva de algumas mulheres com alguns homens<sup>2</sup>.

Nesse período, as famílias eram agrupamentos chamados de “horda”, onde os homens e as mulheres viviam de forma nômade, sem regras orientadoras de convivência, sendo muito comum a promiscuidade entre eles. Para Caio Mario da Silva Pereira, as obras de Spencer e Morgan retratam isso com fidelidade, e Spencer relata

<sup>1</sup> Publicado anteriormente na dissertação da autora “O poder familiar na nova realidade jurídico social” – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). 2005.

<sup>2</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* – direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. volume V. p. 24; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991.

que, “num período de transição do estágio animal para o humano, cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres”, configurando o chamado matrimônio por grupos (endogamia)<sup>3</sup>.

Porém, com a evolução da sociedade, a família mudou e as relações matrimoniais passaram do estágio grupal para a formação de novos grupos familiares trazidos por novas religiões e novas culturas. Neste momento histórico, a Igreja exercia forte influência, impondo dogmas que deveriam ser seguidos. Com o passar dos tempos, os homens, que antes eram nômades, começaram a estabelecer moradas permanentes e viver da agricultura, erigindo a mulher como autoridade máxima, o que foi chamado de matriarcado. Neste período, a mulher exercia o papel de chefe da família, e era venerada pelos homens que a comparavam com a terra, a geradora da vida e a supridora das necessidades humanas<sup>4</sup>.

Embora muitos neguem a existência de um matriarcado diante dos poucos registros históricos, Clóvis Beviláqua e Caio Mário da Silva Pereira admitem que, nas tribos da África, da América e da Ásia, as famílias desenvolviam-se a partir da matriarca, que administrava e dirigia o grande núcleo familiar<sup>5</sup>.

Nessa época, segundo a maioria da doutrina, subsistia em todas as sociedades, principalmente diante da influência da Igreja, o patriarcado, onde o homem exercia a liderança do núcleo familiar. Sistema que perdurou no Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988 e que ainda subsiste no seio de algumas famílias mais tradicionais.

Nesse contexto histórico, a família romana exerce importante papel porque é considerada o embrião do que hoje conhecemos como família. No Direito Romano, a família era unificada na pessoa do pater família e possuía alguns posicionamentos sobre o pátrio poder, sobre o casamento e seus efeitos e sobre a tutela e a curatela.

O *pater familias* era o administrador, o sacerdote, o dirigente e o magistrado, sendo a família composta pela mulher e filhos. O poder era todo unificado na pessoa do homem, estando todos sob o domínio do pátrio poder.

Como se vê, o homem exercia a liderança da família romana, criando-se com isto um novo sistema familiar fundado exclusivamente na autoridade masculina. A expressão “família” deriva do latim *famulus* e se refere ao conjunto de escravos domésticos e bens postos à disposição do pater, o qual adquiria e administrava os bens da família, bem como exercia o *patria potestas* (poder sobre a pessoa dos filhos), a *manus* (poder sobre a mulher) e o *domenica potestas* (poder sobre o patrimônio)<sup>6</sup>.

3 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** – direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. volume VI.

p. 17; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. volume V. p. 38.

4 Sílvio de Salvo Venosa afirma que “A monogamia desempenhou um papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno [...] Essa situação vai-se reverter somente com a Revolução Industrial, que faz surgir um novo modelo de família [...] Perdendo seu papel econômico, sua função relevante transfere-se ao âmbito espiritual, fazendo-se da família a instituição na qual mais se desenvolvem os valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre seus membros.” (2003, p. 17-18).

5 BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 19. No mesmo sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. volume V. p. 25.

6 José Cretella Júnior, Curso de direito romano, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.106. Ensina José Carlos Moreira Alves (Direito Romano, Rio de Janeiro: Forense, vol. II, 2003, p. 249): “Os poderes do pater famílias sobre as pessoas a ele submetidas se designam a princípio, com uma única palavra: *manus*. Mais tarde, criam-se denominações específicas para indicar sua *potestas* sobre determinadas espécies de pessoas que constituem a família: a *manus maritalis* (ou *potestas maritalis*) traduz o poder marital (dele sobre a esposa ou dele sobre as esposas dos sujeitos à sua *patria potestas*); a *patria potestas*, o pátrio poder (dele sobre seus descendentes ou adotados); a *potestas* (a expressão *dominica potestas* não é romana, mas moderna), o poder sobre os escravos; e o *mancipium*, o poder sobre as pessoas *in mancipio*.”

O homem, como chefe da família, exercia e tinha responsabilidade do pater. Desta forma, ele exercia uma jurisdição paralela à estatal, onde o Estado Romano praticamente não interferia no grupo familiar. Os romanos acreditavam que a família era a representação celular do Estado, onde o homem exercia o domínio na família que era também considerada uma unidade política, jurídica, econômica e religiosa que se erigia em torno da figura masculina<sup>7</sup>.

A família ganha destaque e relevância no Direito Romano, sendo que, a partir de então, a união entre homem e mulher ganha também forças no mundo jurídico e passa a gerar efeitos. Pela *conventio in manum*, a mulher e seu patrimônio passavam a pertencer e ser administrados pelo marido (*manus maritalis*). Esta forma de união se dava de três formas: pela *confarreatio*, pela *coemptio* e pelo *usus*<sup>8</sup>.

Em Roma, a família era organizada sobre o princípio da autoridade e abrangia, tantos quantos a ela submetidos. O casamento, para os romanos, estava ligado à perenidade da união (*consortium omnis vitae*), bem como à comunhão de direito humano e divino<sup>9</sup>. O que predominava na concepção romana do matrimônio era mais a ideia de relação jurídica do que de celebração.

É do direito romano que advém também a figura do *concubinatus*, admitida com as Lex Julia de *adultteriis*, a qual formava o quase-casamento, mas que não garantia os efeitos decorrentes do casamento, assegurando apenas alguns efeitos legais, como a regularização da prole comum<sup>10</sup>.

Essa forma de união, denominada concubinato, era muito comum diante das imposições legais para se casar, pois era proibido o casamento entre plebeus e patrícios. No período romano, buscou-se, de todas as formas, acabar com o concubinato e transformá-lo em casamento, pois os romanos faziam alusão à divindade do matrimônio<sup>11</sup>.

A partir do século IV, o Imperador Constantino instalou no direito romano a concepção cristã da família. Posteriormente, sob o manto mais moderno do conceito de família, a mesma recebe contribuição do direito germânico, acolhendo a espiritualidade cristã, reduzindo o grupo familiar aos pais e filhos, assumindo cunho mais sacramental que jurídico.

Pode-se dizer que, dentre tantas outras contribuições, o direito germânico substituiu a organização autocrática pela democrática-afetiva, deslocando o centro da constituição da família, ou seja, retirando o princípio da autoridade e submissão, na qual o homem deveria sempre estar submisso à mulher diante de seu caráter superior. Neste contexto, cumpre ressaltar que as relações de parentesco permutam o fundamento político da *agnatio* pela vinculação biológica da consanguinidade (*cognatio*)<sup>12</sup>.

7 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* – direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. volume V. p. 18.

8 DINIZ, Maria Helena. *Direito civil* – direito de família. São Paulo: Saraiva, 2003. vol V. p. 41.

9 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* – direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. volume V. p. 51.

10 CRETTELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 121-123.

11 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* – direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. volume V. p. 51.

12 Nesse sentido, segundo Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit. p. 28, os pais passaram a exercer o pátrio poder, no interesse da prole menos como direito do que como complexo de deveres (poder-dever, em lugar de poder-direito). Hoje em dia a expressão “poder marital” é considerada um eufemismo vazio do antigo conteúdo, desde que o

Após essa concepção da família patriarcal, percebe-se que a mulher passa a ser valorizada e seu papel na família ganha relevância. Isto porque o problema da família não é simplesmente jurídico, mas também político, sociológico e moral<sup>13</sup>. E a despeito dessas influências, a mulher passa a exercer papel de maior relevância, já que não é só pura e simplesmente propriedade de seu cônjuge, mas é, também, mantenedora e chefe da família. Muitas mulheres são assim reconhecidas pela sua independência financeira e liberdade.

Entretanto essa revolução não foi simples. Para chegar ao estágio em que a sociedade se encontra hoje, muitas foram as barreiras e dificuldades transpostas.

A mulher, no decorrer da história, enfrentou dificuldades de se impor tanto no aspecto familiar, como no profissional, materno e liberal. No curso da história, a mulher foi impedida de exercer seu papel de mulher, de mãe (como possuidora da palavra final), sem falar das barreiras profissionais que tivera que enfrentar.

A partir da segunda metade do século XIX, a família patriarcal foi sendo solapada em suas bases, enfraquecendo-se até a morte. A urbanização acelerada, os movimentos de emancipação das mulheres e dos jovens, a industrialização, as revoluções tecnológicas, as profundas modificações econômicas e sociais ocorridas na realidade brasileira e as imensas transformações comportamentais havidas, puseram fim à instituição familiar nos moldes patriarcais. A esses fatores, somem-se as separações entre a Igreja e o Estado e a adoção do casamento civil, decorrentes da Proclamação da República ([Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890](#); [Constituição Federal de 1891](#)).

Acerca do processo de modificação da família, são válidas as observações de Carlos Alberto Bittar, que asseverava: “Com a Revolução Industrial, na segunda metade do século XIX, o trabalho da mulher em fábricas e, posteriormente, em outras atividades econômicas deflagrou o processo crescente de desagregação familiar, acelerado com o êxodo rural que se lhe seguiu. A Revolução Tecnológica de nosso século, os movimentos de igualização da mulher e, mais recentemente, a denominada Revolução etária, com a liberação dos jovens, acabaram por conferir à idéia de família a sua visão atual, de caráter nuclear, restrita a certo número de pessoas. Assim, a família de nossos dias é integrada apenas pelas pessoas que, com os pais, formam o grupo submetido à comunhão de vida, de domicílio e de patrimônio (pais e filhos não casados), em especial nos grandes centros urbanos”<sup>14</sup>.

Com essa revolução chega-se, finalmente, à análise da instituição familiar como vista atualmente: organizada de modo nuclear; restrita a um número reduzido de pessoas, buscando, progressivamente, maior privacidade. A família extensa foi definitivamente suplantada pela família nuclear, principalmente nas grandes cidades do País.

---

texto constitucional de 1988 equiparou os direitos e deveres dos cônjuges nas relações matrimoniais (art. 226, § 5º), o que foi recentemente reforçado pelo Código Civil (art. 1.511). Cumpre destacar, que as leis gregas também priorizavam a figura do pai, dando-lhe poderes ilimitados, como chefe religioso responsável pela continuidade do culto e da própria família.

13 GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 34.

14 BITTAR, Carlos Alberto. *Novos rumos do direito de família. In: O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 3.

Antes submetida ao poder absoluto do patriarca, a família encontra-se hoje profundamente regulada por normas de ordem pública. Os interesses de ordem individual e privada cederam espaço a uma regulamentação marcada pelo interesse público. O coletivo, no campo da ordenação jurídica do direito de família, suplantou o individual.

## PERFIL DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE BRASILEIRA

No direito brasileiro, as mudanças se iniciam com o advento do Estatuto da Mulher Casada, que passa a outorgar direitos à mulher. Esta deixa de ser relativamente capaz, para ser juridicamente independente, dando início à sua situação atual e à própria mudança da instituição familiar.

Como bem observa Arnaldo Wald, a [Lei n. 4.121/62](#) emancipa a mulher casada, reconhecendo-lhe direitos iguais aos do marido e o mesmo *status* jurídico, restaurando o poder familiar para a mulher viúva (**Curso de direito civil brasileiro**: o novo direito de família, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 23).

O passo seguinte na modificação desses conceitos foi obtido com a promulgação da Lei do Divórcio (Lei Federal 6.515, de 26 de dezembro de 1977), a qual também deixa sua marca na revolução da família. Yussef Said Cahali observa que após a Emenda Constitucional n. 9, que deu nova redação ao parágrafo 1º do artigo 175 da Constituição Federal de 1946, introduzindo a dissolução do casamento, a regulamentação do divórcio em lei ordinária foi rápida<sup>15</sup>.

Com o advento, por sua vez, da Constituição Federal de 1988 (artigos 226 e seguintes), o direito de família foi substancialmente modernizado.

Nessa seara também importa destacar que a união estável entre o homem e a mulher foi elevada à condição de entidade familiar, gênero do qual igualmente faz parte a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (família monoparental). A igualdade quanto aos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal é um dos pilares sobre os quais se sustenta o novo Direito de Família.

O legislador Constituinte de 1988 positivou aquilo que já era de costume, ou seja, deixa claro que a família não se constitui somente pelo casamento. Essas inovações traduziram modernidade e nova visão ao direito de família, ao cuidar do tema de forma mais abrangente, enaltecendo a família como base da sociedade.

Com efeito, a partir da Carta de 1988 as famílias naturais ou de fato passaram a receber cuidados estatais; e hoje, com a matéria disposta em sede constitucional, não se pode mais declarar que outras modalidades de se constituir família, como a união estável e a família monoparental, devam ficar à margem da lei. Também foram vedadas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Além de juridicamente iguais, os filhos hoje gozam de especial atenção da ordem constitucional, devendo-lhes ser assegurada a plena proteção dos direitos fundamentais.

<sup>15</sup> CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. p. 40-41.



Ensina Alexandre de Moraes que “A Constituição anterior, em seu artigo 153, parágrafo 1º, também já vedava qualquer tipo de distinção entre as pessoas; o que a vigente constituição fez foi apenas e tão-somente reforçar a igualdade do tratamento que pessoas de sexos diferentes devem receber. Assim, inexistente diferença entre os dois dispositivos. Ambos expressam o mesmo princípio, de forma diversa. Tanto faz dizer todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, quanto todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, destacando-se que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. O princípio da isonomia não pode ser entendido em termos absolutos; o tratamento diferenciado é admissível e se explica do ponto de vista histórico, também considerado pela Constituinte de 1988, já que a mulher foi, até muito pouco tempo, extremamente discriminada. O que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas”<sup>16</sup>.

A alteração constitucional exigiu que se estabelecesse um conceito mais amplo de entidade familiar, assim a **Lei nº 8.069**, datada de 13 de julho de 22 Alexandre de Moraes, Direito, cit. p. 65. 23 Celso Antônio Bandeira de Mello, O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, São Paulo: Malheiros. 1993. p. 18. 13 1990, em seu artigo 25 explica que a família natural é formada pelos pais ou quaisquer deles e seus descendentes.

## FAMÍLIA E PODER FAMILIAR NO SÉCULO XXI

O conceito de família, no que tange à sua estrutura, não se modificou na lei. Para o legislador do Código Civil, como para qualquer legislador moderno, a família é grupo constituído pelos cônjuges e pela prole, posto que a família disciplinada na lei civil é a família conjugal, aquela sociedade natural a que se referiam alguns legisladores.

Vê-se, daí, que esse ainda é um conceito atrasado, posto que hoje, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988 que reconheceu o pluralismo familiar, ampliaram-se as formas de constituição da família, não se podendo ignorar que a relação entre homem e mulher encontra-se em um patamar mais amplo.

Por certo que a evolução da sociedade e a mudança de paradigmas fizeram com que a formação de lares pelo simples elo da convivência apontasse para um novo modelo de família. Tão comuns tornaram-se as uniões livres, que a sociedade as aceita e quase não as diferencia do casamento, e, como ensina Aida Maria Loredo Moreira de Souza, o amor tornou-se mais importante do que a legalidade<sup>17</sup>.

A sociedade não se preocupa mais com a forma ou legalidade do ato com que está fundada a relação entre homem e mulher, pois, como as uniões livres crescem a cada dia, teve a legislação que se adaptar ao cotidiano, sob pena de tornar-se obsoleta diante das aspirações humanas. Desta forma, o novo Código Civil apresenta-se em vários aspectos em consonância com a realidade atual das uniões livres.

16 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 65.

17 SOUZA, Aida Maria Loredo Moreira de. **Aspectos polêmicos da união estável**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2000. p. 1.

A família moderna ganhou contornos e caracteres diversos daqueles inspirados no direito germânico: substituiu-se a organização autocrática pela orientação democrático-afetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor, e nessa seara, como enfatiza Caio Mário da Silva Pereira, as relações de parentesco permutaram o fundamento político do *agnatio* pela vinculação biológica da consanguinidade (*cognatio*), e os pais exercem pátrio poder, identificado no novo Código Civil como “Poder Familiar”, no interesse da prole menos como direito do que como complexo de deveres (poder-dever, em lugar de poder-direito).

Verificava-se, outrora, que o poder marital já se considerava um eufemismo vazio do antigo conteúdo, desde que o texto constitucional de 1988 equiparou os direitos e deveres dos cônjuges nas relações matrimoniais (art. 226, § 5º), o que foi recentemente reforçado pelo Código Civil (art. 1.511).

Não há controvérsia de que a família seja a célula básica de toda e qualquer sociedade, e esta tem despertado interesse de todos os povos, em todos os tempos, posto que entendê-la é preservar a continuidade da sociedade e do Estado.

A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu art. XVI, 3, estabeleceu que: “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Da mesma forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos assinada na Costa Rica, ratificado no Brasil pelo [Decreto nº 678](#), datado de 6 de novembro de 1992.<sup>18</sup>

Modernamente, o grupo familiar se reduz numericamente, as necessidades econômicas ou a simples conveniência leva a mulher a exercer atividades fora do lar, o que enfraquece o dirigismo no seu interior. Problemas habitacionais e de espaço, e atrações frequentes exercem nos filhos maior fascínio do que as reuniões e os jogos domésticos do passado.

A família atual está calcada na relação de afeição, solidariedade e da dignidade dos seus membros, e de acordo com o art. 226 da Constituição Federal a família necessita de maior proteção do Estado, na medida que mais adiantado é um país, quanto mais eficiente sua proteção à família. Esta proteção se traduz em um direito subjetivo oponível *erga omnes* e num princípio universalmente aceito.

Nos Tribunais e no âmbito político-administrativo, a proteção da família é centrada especialmente nos filhos menores, e orientada, a cada dia, pelo princípio do melhor interesse da criança como um novo paradigma, valorizando a convivência familiar dentro ou fora do casamento.

Houve, pois, sensível mudança nos conceitos básicos. A família transformou-se profundamente e ainda está se transformando sob os nossos olhos, de modo que não se podem definir as suas linhas precisas de contorno. Não se deve, porém, falar em desagregação, nem proclamar verdadeiramente uma crise. Como organismo natural, a família não acaba.

<sup>18</sup> “Art. 17, 1. a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.”

## CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 tem como grande marca revolucionária o capítulo sobre a família, mas evidente que esses dispositivos não surgiram de uma hora para a outra; são consequência e tradução de um contexto histórico, onde a desigualdade de direitos, especialmente entre homens e mulheres, não poderia ter mais lugar.

Uma nova concepção de família se constrói em nossos dias, mesmo diante das chamadas crises da família. Nessa seara, desaparece a organização patriarcal, a qual vigorou no Brasil por todo o século XX, não apenas no direito, mas, sobretudo, nos costumes. O pai, como um pater romano, exercia autoridade plena sobre os filhos que, como já destacado, nada faziam sem a sua permissão. Escolhia-lhes a profissão, elegia o noivo da filha, e estava sempre presente em toda a vida de uns e de outros, a cada momento. Hoje, a ideia de família se abriu, ampliando em direção a um conceito mais verdadeiro e real, impulsionado pela própria realidade.

Por consequência, o instituto do pátrio poder também muito se modificou, acompanhando a trajetória histórica da própria família, inclusive no tocante à sua terminologia, poder familiar, mais adequada à igualdade jurídica dos cônjuges.

Com efeito, o rigor do pátrio poder pouco a pouco foi cedendo lugar à nova família formada a partir do afeto e pautada nos princípios da afeição, da dignidade, da solidariedade, da liberdade, da igualdade jurídica dos cônjuges ou companheiros e de todos os filhos, do poder familiar, do respeito e consideração mútuos, na realização pessoal de seus membros, ou seja, instrumento de felicidade.

Nesse contexto, ganha espaço o diálogo e uma considerável melhoria na relação afetiva entre todos os sujeitos da relação familiar<sup>19</sup>. O afeto no qual se reúne a nova família se traduz como valor sócio-afetivo que funda uma sociedade conjugal, matrimonializada ou não, que sustenta a vontade de permanecer junto a alguém na construção de objetivos comuns que transcendem as questões individuais.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 2.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.
- BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do direito de família. In: BITTAR, Carlos Alberto. **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- DINIZ, Maria Helena. **Direito civil – direito de família**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. volume VI.
- DINIZ, Maria Helena. **Direito civil – direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2003. vol V.
- GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

<sup>19</sup> Segundo José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreria Muniz: “Acentuam-se as relações de sentimento entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais” (Direito de família: direito matrimonial, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p. 11).

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

MARKY, Thomas. Curso Elementar de direito romano, São Paulo: Saraiva, 1995

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2001.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família**: direito matrimonial. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. volume V.

SOUZA, Aida Maria Loredo Moreira de. **Aspectos polêmicos da união estável**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** – direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. volume VI.

WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro**: o novo direito de família. São Paulo: Saraiva, 2000.

# CAPÍTULO 12

## DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS: HISTÓRICOS, GARANTIAS E OBSTÁCULOS NO BRASIL

Amanda Luize Nunes Santos

Ana Carolina Lessa Dantas

Bruna Santos Costa

### INTRODUÇÃO

Em 1994, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), comunicadores, ativistas sociais e representantes oficiais de diversos países reuniram-se para pactuar uma agenda de ações globais em torno do desenvolvimento humano sustentável, justo e responsável. Naquele momento, registrou-se o que, para muitas de nós, pode parecer óbvio: nenhum avanço em grande escala pode acontecer sem considerar a saúde reprodutiva de mulheres e meninas, elemento fundamental para a igualdade entre gêneros.

Conforme o parágrafo 7.2 da Plataforma de Cairo, relatório da CIPD, a *saúde reprodutiva* é um estado de completo bem-estar físico, mental e social relativo a todo o sistema reprodutivo. Ela está diretamente ligada ao exercício de uma vida sexual segura e satisfatória e à capacidade de decidir livremente sobre a própria reprodução<sup>1</sup>.

Associada à noção de saúde reprodutiva está a de *direitos reprodutivos*, os quais têm como referência, segundo o parágrafo 7.3<sup>2</sup>, o “direito base de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva”<sup>3</sup>.

Hoje considerada um marco significativo na agenda progressista, a consolidação desses conceitos durante a CIPD só foi possível devido a um longo processo de negociações e de pressões políticas estratégicas por parte dos movimentos feministas. Observar esse processo nos ajuda a lembrar que as conquistas no campo dos direitos sociais não são dadas; ao contrário, precisam ser objeto de batalha diuturna.

1 FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Conferência do Cairo)*. 05 a 13 set. 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

2 FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Conferência do Cairo)*. 05 a 13 set. 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

3 Tomando emprestados estes conceitos, procuramos, a todo momento, ampliá-los e enriquecê-los, razão pela qual usaremos neste trabalho o binômio *direitos sexuais e reprodutivos (DSRs)*, de modo a também fazer referência aos direitos que todos os indivíduos possuem de exercer, de forma livre, segura e prazerosa, sua sexualidade.

Nos últimos anos, diante das crescentes barreiras encontradas no Legislativo e no Executivo, os movimentos feministas encontraram no Poder Judiciário um espaço para a disputa por direitos sexuais e reprodutivos.

Partindo desses conceitos e premissas, objetivamos, neste trabalho, apresentar o histórico de consolidação dos direitos sexuais e reprodutivos e a proteção que a Constituição Federal de 1988 oferece a esses direitos. Ainda, buscamos apresentar as principais decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema e os desafios atuais para a concretização da justiça reprodutiva e da expressão livre da sexualidade. Para tanto, utilizamos análise bibliográfica e documental.

Em um primeiro momento, recuperamos brevemente o histórico de mobilizações sociais que levou à inscrição dos DSRs em cartas de direitos internacionais.

Em seguida, investigamos os artigos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que asseguram esses direitos, bem como os mecanismos constitucionais que permitem aos cidadãos e às organizações da sociedade civil o acesso à justiça para reivindicá-los. Debruçamo-nos, ainda, sobre casos paradigmáticos em que o Supremo Tribunal Federal garantiu o respeito aos direitos sexuais e reprodutivos com fundamento nos princípios constitucionais.

Por fim, consideramos os principais desafios e obstáculos colocados pelo cenário político recente para a concretização dos direitos sexuais e reprodutivos, tendo em vista o crescimento de uma onda conservadora no País.

## DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS: UMA TRAJETÓRIA DE CONSTRUÇÃO COLETIVA

As demandas pela livre decisão sobre se, como e quando se relacionar e se reproduzir fazem parte das disposições de movimentos feministas desde, pelo menos, os anos 1830, na Inglaterra<sup>4</sup>. Longe de estar associada apenas ao desejo (ou não) por filhos, os movimentos de mulheres já identificavam na autodeterminação reprodutiva potencialidades de emancipação social e política, bem como de autonomia sobre sua sexualidade.

No século XX, particularmente entre os anos de 1970 e 1980, este enfoque é ampliado por movimentos de mulheres que surgiram na América do Norte, na América Latina, na Ásia e na Europa. Trata-se de uma perspectiva que concebe os direitos sexuais e reprodutivos como indissociáveis de contextos sociais e que reivindica que as mulheres, para que possam controlar sua sexualidade e sua reprodução, necessitam de capacidades básicas de cidadania, como acesso a serviços públicos de saúde, educação, moradia e infraestrutura.<sup>5</sup>

4 CORRÊA, Sonia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1-2, p. 147-177, 1996. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73311996000100008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/K7L76NSSqymrLxfsPz8y87F/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 29 set. 2021.

5 CORRÊA, Sonia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1-2, p. 147-177, 1996. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73311996000100008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/K7L76NSSqymrLxfsPz8y87F/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 29 set. 2021.

O termo “direitos reprodutivos” foi empregado pela primeira vez apenas em 1984, na Conferência Internacional sobre a Mulher e a Saúde, em Amsterdã, quando a Campanha Internacional pelo Direito ao Aborto – composta por ativistas europeias e norte-americanas – adotou o nome de Rede Global de Mulheres por Direitos Reprodutivos<sup>6-7</sup>.

A reivindicação pelo direito de exercer a sexualidade de forma emancipatória e livre de coerções – o que hoje costumamos chamar de “direitos sexuais” –, embora já fosse pautada e conceituada, especialmente pela comunidade gay e lésbica, enfrentou maior resistência, na medida em que esta é uma pauta que desafia profundamente concepções hegemônicas relacionadas ao gênero e ao comportamento sexual. Foi somente na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, que ocorreu em Pequim no ano de 1995, que as mulheres foram reconhecidas como detentoras do direito à liberdade sexual<sup>8</sup>.

Assim, desde a década de 1980, as questões associadas à autonomia e ao cuidado reprodutivos vêm colhendo crescente notoriedade, ganhando corpo teórico e político e somando-se a pautas interseccionais, como as demandas específicas de mulheres negras, de pessoas com deficiência e de sujeitos LGBTI+.

No Brasil, os direitos sexuais e reprodutivos estão na agenda do movimento feminista desde, pelo menos, a década de 1970, apesar de somente terem se estabelecido na década de 1980, com a descompressão do regime militar e afrouxamento da aliança de movimentos de esquerda e feministas com a Igreja Católica, devido à qual havia pouco ou nenhum espaço para falar sobre o assunto durante o regime<sup>9</sup>. Assim, na década de 1980, teve início um processo de fortalecimento dos movimentos de mulheres, que foi crucial para o surgimento, em 1985, de conselhos a nível estadual e nacional com o objetivo de defesa dos direitos das mulheres, como o Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres – CNDM<sup>10</sup>. Nesse momento, já havia sido criado o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher, que data de 1983, mas a atuação de movimentos de mulheres foi fundamental para a sua efetivação, através de um trabalho qualificado junto às instituições públicas de saúde.

O Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres, dentre outros projetos, atuou na Campanha Mulher e Constituinte, de 1985, e articulou a redação da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes<sup>11</sup>. Entre 1985 e

6 CORRÊA, Sonia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1-2, p. 147-177, 1996. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73311996000100008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/K7L76NSSqymrLxfsPz8y87F/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 29 set. 2021.

7 MATTAR, Laura Davis; DINIZ, Carmen Simone Grilo. Hierarquias reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres. **Interface – Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu, v. 16, n. 40, pp. 107-120, jan./mar. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-32832012005000001>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/icse/a/XqxCrSPzLQSyTJsFQMdwjb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 set. 2021.

8 ÁVILA, Maria Betânia. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). **Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

9 ÁVILA, Maria Betânia. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). **Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

10 COSTA, Ana Maria. Participação social na conquista das políticas de saúde para mulheres no Brasil. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 4, p. 1073-1083, ago. 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232009000400014>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/x7HVb8dmb9wRHNC3JgJT6yQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 set. 2021.

11 AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. “Lobby do Batom”: uma mobilização por direitos das mulheres. **Revista Trilhas da História**, v. 3, n. 5, p. 72-85, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/RevTH/article/view/444>. Acesso em: 29 set. 2021.

1987, foram apresentadas, pelo CNDM, mais de 120 propostas e emendas substitutivas ao Congresso Nacional<sup>12</sup>, as quais se mostraram decisivas para a incorporação de temas caros à saúde reprodutiva na Constituição Federal de 1988. As demandas continuaram nos anos que se seguiram à promulgação da CF/88. Na década de 1990, o movimento de feministas negras pelo fim da esterilização em massa de mulheres pretas e pobres impactou o cenário político e jogou nova luz sobre a necessidade de controle de meninas e mulheres sobre seus próprios corpos, culminando na elaboração da Lei nº 9.263/1996, conhecida como Lei do Planejamento Familiar<sup>13</sup>.

A nível internacional, na década de 1990, podemos apontar dois marcos de consolidação e difusão dos direitos sexuais e reprodutivos, dentro do chamado Ciclo Social da Organização das Nações Unidas (ONU), o qual promoveu encontros sobre desenvolvimento social no final do século XX e início do século XXI<sup>14</sup>: a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), conhecida como “Conferência de Cairo”, em 1994, e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, ou apenas “Conferência de Pequim”, em 1995. Todas essas ocasiões, marcadas pela intensa participação de movimentos sociais e por demandas de ampliação de direitos, possibilitaram que o antigo paradigma do controle populacional – cuja preocupação principal girava em torno do suposto crescimento demográfico descontrolado e do aumento da miséria social em países periféricos – fosse gradativamente substituído por questões associadas à integralidade da saúde, aos direitos de livre determinação sexual e reprodutiva e ao acesso a serviços de contracepção e de aborto<sup>15</sup>.

Mais do que garantir a liberdade formal de decisão sobre o corpo, a sexualidade e a parentalidade dos indivíduos, os direitos sexuais e reprodutivos se construíram na perspectiva de uma obrigação positiva dos Estados, no sentido de garantir que todas e todos possam realizar seus projetos de vida de forma segura, autônoma, socialmente amparada e, sempre que possível, gratuita. Corrêa e Petchesky<sup>16</sup> traduziram estas demandas em quatro princípios, que, longe de se pretenderem impositivos, procuraram guiar a formulação de políticas públicas que melhor compreendessem os interesses de mulheres e meninas<sup>17</sup>. São eles: integridade corporal; autonomia pessoal; igualdade; e diversidade. Em linhas gerais, tais princípios procuram sintetizar reivindicações que, embora múltiplas, são complementares, como o direito à segurança física e ao controle sobre o próprio corpo, o direito à identidade pessoal e à cidadania, e o direito à igualdade de condições e de oportunidades.

12 PITANGUY, Jacqueline. O movimento nacional e internacional de saúde e direitos reprodutivos. In: GIFFIN, Karen; COSTA, Sarah Hawker. **Questões da saúde reprodutiva**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999. p. 19-39.

13 DAMASCO, Mariana Santos; MAIO, Marcos Chor; MONTEIRO, Simone. Feminismo negro: raça, identidade e saúde reprodutiva no Brasil (1975-1993). **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 133-151, jan./abr. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2012000100008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/NLv5Bs6zRGHhZCZ8859x9dS/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

14 CORRÊA, Sonia; ALVES, José Eustáquio Diniz; JANNUZZI, Paulo de Martino. Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores. In: CAVENAGHI, Suzana (org.). **Indicadores municipais de saúde sexual e reprodutiva**. Rio de Janeiro: ABEP, Brasília: UNFPA, 2006. p. 27-62.

15 CORRÊA, Sonia; ALVES, José Eustáquio Diniz; JANNUZZI, Paulo de Martino. Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores. In: CAVENAGHI, Suzana (org.). **Indicadores municipais de saúde sexual e reprodutiva**. Rio de Janeiro: ABEP, Brasília: UNFPA, 2006.

16 CORRÊA, Sonia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1-2, p. 147-177, 1996. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73311996000100008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/K7L76NSSqymrLxfsPz8y87F/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 29 set. 2021.

17 Embora, no texto original, as autoras não façam esta menção explícita, compreendemos os princípios como instrumentos para a proteção alargada de sujeitos em situação de desigualdade ou de vulnerabilidade reprodutiva, a saber pessoas com deficiência, racializadas, LGBTI+, dentre outros.



O conceito de direitos sexuais e reprodutivos é resultado de uma luta histórica que ampliou gradativamente o seu significado, de modo a reconhecer cada vez mais aspectos da vida necessários para um exercício livre da reprodução e da sexualidade. De uma perspectiva de controle populacional, o debate sobre os direitos sexuais e reprodutivos, ao longo dos anos, passou a incluir as mulheres como sujeitos, e não objetos de programas de controle da sua sexualidade e reprodução. Com a atuação de mulheres negras e de mulheres de países do Sul global, o conceito se amplia para incluir também questões estruturais que restringem as escolhas das mulheres, de modo a abranger pautas como a redução da mortalidade materna, o fim de esterilizações forçadas e a garantia de políticas públicas de amparo à maternidade<sup>18</sup>.

A ação política, nacional e internacional, de diferentes movimentos sociais, bem como a elaboração teórica dos direitos sexuais e reprodutivos, foram fundamentais para conferir juridicidade e institucionalidade a essas pautas. Embora a inscrição no texto legal seja apenas uma das etapas da proteção integral de direitos, é fundamental compreender de que formas o texto constitucional constrói uma base de garantias para a saúde sexual e reprodutiva dos indivíduos, sobre a qual os movimentos sociais podem seguir avançando.

## CONSTRUÇÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS NO BRASIL

No campo constitucional brasileiro, a garantia dos direitos sexuais e reprodutivos não está expressa de forma literal no texto da Constituição, mas se dá pela articulação de diversos princípios e direitos constantes na carta constitucional, tanto os de caráter civis e políticos, como econômicos, sociais e culturais.<sup>19</sup> Trata-se de direitos e garantias que protegem dimensões da vida humana que dependem da (ou tornam possível a) garantia do exercício livre e saudável da sexualidade e da reprodução, dentre os quais estão a proteção da dignidade humana, da cidadania, da igualdade, da vida privada, da intimidade e dos direitos e liberdades fundamentais, livres de qualquer discriminação (art. 1º, II e III; art. 5º, *caput*, I, X, XLI). A possibilidade de controlar a reprodução e a sexualidade livre de restrições baseadas em estereótipos de gênero também é amparada pelo objetivo fundamental de promoção de uma sociedade livre, justa, sem preconceitos e discriminações (art. 3º, I e IV).

No âmbito dos direitos sociais, há uma série de normas que garantem o acesso integral e universal à saúde e que amparam o exercício da maternidade e da paternidade: o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado (art. 196, *caput*), o direito de proteção à maternidade (art. 6º, *caput*) – incluindo a licença maternidade e paternidade (art. 7º, XVIII, XIX) –, o direito de assistência gratuita aos filhos e dependentes, desde o nascimento até os cinco anos de idade, em creches e pré-escolas (art. 7º, XXV), e a proibição de diferença salarial

18 CORRÊA, Sonia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1-2, p. 147-177, 1996. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73311996000100008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/K7L76NSSqymrLxfsPz8y87F/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 29 set. 2021.

19 CORRÊA, Sonia; ALVES, José Eustáquio Diniz; JANNUZZI, Paulo de Martino. Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores. In: CAVENAGHI, Suzana (org.). *Indicadores municipais de saúde sexual e reprodutiva*. Rio de Janeiro: ABEP, Brasília: UNFPA, 2006. p. 27-62.

por motivo discriminatório (art. 7º, XXX). Dada a importância histórica da participação social na efetivação do direito à saúde, pode-se dizer que a garantia da participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde (art. 198, III) é também crucial, sobretudo quando se considera que a representação política feminina, apesar de ter crescido ao longo dos últimos anos, ainda é insatisfatória, o que perpetua a lógica histórica de exclusão da perspectiva das mulheres. Além disso, a representação política nem sempre é garantia de que as demandas de mulheres – em especial as das classes populares – serão contempladas, sendo a participação social central na construção democrática.

O planejamento familiar, além de ser garantido pelo art. 226, § 7º, da Constituição federal, é regulamentado pela Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que prevê, expressamente, direitos imprescindíveis à promoção e à garantia dos direitos sexuais e reprodutivos, dentre os quais encontram-se: a assistência à concepção e contracepção (art. 3º, I), o atendimento pré-natal (art. 3º, II), a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato (art. 3º, III), o controle das doenças sexualmente transmissíveis (art. 3º, IV), o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis (art. 3º, V), além de ações preventivas e educativas para garantia de acesso igualitário a informações nesses temas (art. 4º, *caput*) e limitações à esterilização cirúrgica (art. 10, *caput*, e *incisos*).

Além disso, há uma gama de tratados, princípios e plataformas internacionais que protegem os direitos sexuais e reprodutivos e a saúde sexual e reprodutiva (ou cujos mecanismos de monitoramento já os interpretaram no sentido de abrangerem a proteção a esses direitos), tais como a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW), a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Brasil em 2009 com o *status* de emenda constitucional, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), os princípios das Plataformas de Pequim e de Cairo e os princípios de Yogyakarta.

O sistema de justiça brasileiro pode realizar o controle de convencionalidade com base em tratados internacionais que garantem os direitos sexuais e reprodutivos assinados pelo país. Como entendeu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, tratados de direitos humanos ratificados e internalizados no ordenamento jurídico brasileiro possuem caráter supralegal – superior à legislação interna, mas inferior à Constituição – quando não submetidos ao processo legislativo previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, e caráter de emenda constitucional quando submetidos ao referido processo. Se é verdade que nem todos possuem o status de *hard law* no Brasil, também é verdade que o art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988 os acolhe como decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, e que tais direitos e princípios vêm sendo reconhecidos pela jurisprudência brasileira como conteúdo dos direitos e garantias constitucionalmente estabelecidos.

Dentre os temas que se relacionam com os direitos sexuais e reprodutivos sobre os quais o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou, estão a fertilização *in vitro* (ADI 3510), a união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADPF 132), o aborto (ADPF 54 e HC 124.306), a alteração de registro civil por pessoas transgênero sem mudança de sexo (ADI 4275), a possibilidade de remarcação de teste de aptidão em concurso público em razão de gestação (RE 1.058.333), o trabalho de mulheres gestantes em condições de insalubridade (ADI 5938), a doação de sangue por homens que mantêm relações sexuais com outros homens (ADI 5543), e a exclusão, por lei municipal, de referência à diversidade de gênero e à orientação sexual da política de ensino do município (ADPF 460 e ADPF 467).

Na ADI 3510, pela primeira vez, o STF se pronunciou sobre a abrangência conferida pelo direito constitucional à vida, o que impactaria na argumentação das ações que discutiram o direito ao aborto em seguida. A ação pedia a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05), que autoriza a pesquisa e o tratamento com células-tronco embrionárias. Ao apreciar o suposto conflito entre a pesquisa com células-tronco embrionárias e o direito à vida, a Corte concluiu que a Constituição, quando fala de direitos e garantias individuais, refere-se à pessoa nascida com vida, argumentando que a proteção à vida em potencial não é absoluta, mas proporcional a cada etapa de desenvolvimento. Apesar de não ser o objeto principal da discussão, a Corte também entendeu que a proibição do uso de embriões para a fertilização *in vitro*, especificamente, violaria o direito ao planejamento familiar, que impõe ao Estado o dever de promover recursos educacionais e científicos para a sua efetivação.

Em 2011, na decisão que julgou procedente a ADPF 132, dando interpretação constitucional ao Art. 1.723, do Código Civil, para excluir qualquer significado que pudesse impedir o reconhecimento jurídico da união estável entre pessoas do mesmo sexo como família, foram citados os princípios de Yogyakarta, um dos principais marcos internacionais no reconhecimento dos direitos sexuais, como fundamento para o direito de todas as pessoas de constituir família, independente de orientação sexual ou identidade de gênero. Em 2020, tais princípios foram também um dos fundamentos utilizados nas decisões das ADPFs 460 e 467, nas quais foi argumentado que a proibição à menção ao gênero e à orientação sexual na política de ensino e orientação nega o pluralismo social e viola os princípios da solidariedade e da não discriminação, além de liberdade de ensino e aprendizagem, e na ADI 5543, na qual se considerou que a proibição da doação de sangue com base em orientação sexual reforça estigmas contra pessoas LGBTI+ e viola o direito ao reconhecimento e ao respeito da identidade pessoal.

Como fruto de litígio estratégico de organizações feministas, com protagonismo da Anis – Instituto de Bioética, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar sobre o direito à antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia<sup>20</sup>, no âmbito do julgamento da ADPF 54. Em 2012, a Corte, por maioria,

<sup>20</sup> Debora Diniz relata que a utilização da categoria de “antecipação terapêutica do parto” surgiu “da escuta do processo decisório das mulheres”, pois “Tanto no hospital quanto no gabinete do promotor, as mulheres não se referiam ao procedimento médico como “aborto”, tal como descrito pela moral religiosa ou pela retórica penal e médica. Elas diziam

julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Na decisão, o STF enquadrou, pela primeira vez, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres como direitos humanos e, ainda que não tenha utilizado a expressão “aborto” para garantir a interrupção da gravidez em casos de anencéfalos, com essa decisão “tornou-se uma das duas cortes constitucionais da América Latina, junto à Corte Constitucional colombiana, que expandiram os limites da lei do aborto, criando novos direitos neste campo” (RUIBAL, 2020, p. 1.183).

Na decisão da ADPF 54, os direitos sexuais e reprodutivos foram situados no processo de reconhecimento e consolidação dos direitos básicos das mulheres – isto é, de seus direitos humanos –, tendo sido afirmado que a questão do aborto em caso de anencefalia envolvia a capacidade das mulheres de controlarem a própria fecundidade e de decidir sobre questões relativas a sua sexualidade, com fundamento nas conferências promovidas pela Organização das Nações Unidas na década de 1990. Além disso, foi citado o art. 4º, da CEDAW, para argumentar que obrigar mulheres a levarem adiante gestações contra a sua vontade viola seus direitos humanos à integridade física, mental e moral, à liberdade, à dignidade e a não ser submetida a tortura.

Em 2018, na decisão do RE 1.058.333, foi pontuado que a gestação não é sinônimo de inaptidão e muito menos um problema de saúde. Portanto, não poderia limitar oportunidades de vida. A remarcação de testes de aptidão para concursos públicos não seria um tratamento diferenciado discriminatório, mas uma readequação para a promoção da igualdade de gênero, pois não se deixaria de exigir – finda a gestação – a aptidão física da mulher. Na ADI 5938, que declarou, em 2019, a inconstitucionalidade de disposições contidas no art. 394-A, II e III, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), as quais permitiam a permanência de mulheres gestantes ou lactantes em atividades insalubres, igualmente se entendeu que a garantia da saúde sexual e reprodutiva abrange a segurança de mulheres gestantes no ambiente de trabalho e que a igualdade requer que as diferenças não sejam ignoradas, mas consideradas como forma de garantir providências adequadas à vida das mulheres, sem as quais não conseguem exercer seus direitos.

No *Habeas Corpus* 124.306<sup>21</sup>, julgado em 2016, o Ministro Luís Roberto Barroso argumentou que os direitos sexuais e reprodutivos impedem que mulheres sejam obrigadas a levar adiante gestações contra a sua vontade. Em sua decisão, o Ministro citou a definição de direitos sexuais e reprodutivos consolidada no marco internacional de proteção aos direitos humanos, que consiste em garantir às mulheres que possam decidir se e quando ter filhos e que tenham sua saúde sexual e reprodutiva protegida. Interessante notar, novamente, a definição de igualdade contida na ideia de que a capacidade de gestar não pode ser limitadora dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, mas sim considerada como um aspecto que diz respeito aos seus corpos e que os impacta diretamente, não podendo ser tratada como um tabu.

<sup>21</sup> “eu quero tirar; eu quero acabar com isso; eu quero antecipar o parto” (DINIZ, 2014, p. 168).

21 O HC foi impetrado em favor de uma mulher e um homem que foram presos preventivamente por manterem uma clínica clandestina de aborto.

Na ADI 5581, que, dentre seus diversos pedidos, postulava a garantia de interrupção da gravidez para mulheres infectadas pelo vírus *zika* para a proteção de sua saúde mental, a questão da descriminalização do aborto foi novamente levantada pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Embora a ação tenha sido rejeitada sem julgamento de mérito em 2020, o Ministro apresentou um voto em separado em que enquadra a interrupção da gestação em caso de infecção por *zika* como medida que alcança os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres de uma forma geral. Mencionando seu entendimento no HC 124.306 acerca da desproporcionalidade da criminalização do aborto, o Ministro afirmou que o fato de ter útero não coloca a mulher “a serviço da sociedade”, e enquadrou o aborto como uma questão de saúde pública, na medida em que a descriminalização tem o potencial de reduzir o número de abortos e proteger a vida das mulheres.

Como pudemos ver, há um conjunto de normas e entendimentos jurisprudenciais que protegem os direitos sexuais e reprodutivos no ordenamento jurídico brasileiro. Muitas das ações mencionadas acima foram produto da mobilização social, ou ao menos contaram com a participação de movimentos sociais – tais como o movimento feminista e LGBTI+ – em seus debates. Assim, esses marcos jurídicos têm sido cruciais para a mobilização do direito em favor de grupos que são vulneráveis a sofrerem restrições ao livre exercício de sua sexualidade e reprodução.

## OBSTÁCULOS E RESISTÊNCIAS NA GARANTIA DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

Apesar da gama de proteção conferida não só pelo direito nacional, como também por compromissos assumidos pelo Brasil por meio de tratados e princípios internacionais de direitos humanos, os direitos sexuais e reprodutivos continuam sendo alvos de constantes tentativas de retrocessos na política brasileira, especialmente nos últimos anos.

No Brasil, essa ofensiva tem se intensificado no contexto de uma onda conservadora que ganha força na América Latina desde pelo menos 2010, com o declínio de governos de centro-esquerda. Essa onda resultou em um aumento, a partir de 2014, do número de deputados de direita e contrários às pautas de direitos humanos – e, notadamente, de gênero – no Congresso Nacional e, em 2018, na eleição de Jair Bolsonaro<sup>22</sup>. Como afirma Biroli<sup>23</sup>, as reações contra o gênero fazem parte de processos de erosão das democracias, na medida em que o pluralismo ético mobilizado pela agenda de direitos contrasta com as concepções unitárias impulsionadas pela agenda conservadora de defesa da família tradicional e da ordem sexual.

Sobretudo no Poder Legislativo, mas também no Poder Executivo, o discurso hegemônico tem se apoiado na “defesa da família” e “da vida”, em detrimento da afirmação dos direitos individuais e do aborto como

22 ALMEIDA, Ronaldo de. Bolsonaro presidente: conservadorismo, evangelismo e a crise brasileira. *Novos estud. CEBRAP*, v. 38, n. 1, p. 185–213, jan./abr. 2019. DOI: <https://doi.org/10.25091/S01013300201900010010>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/rTCrZ3gHfM5FjHmzd48MLYN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 set. 2021.

23 BIROLI, Flavia. Gênero, “valores familiares” e democracia. In: BIROLI, Flavia; MACHADO, Maria das Dores Campos; VAGGIONE, Juan Marco (org.). *Gênero, neoconservadorismo e democracia*. São Paulo: Boitempo, 2020.

uma questão de saúde, autonomia e cidadania das mulheres<sup>24</sup>. A construção intelectual da “ideologia de gênero” pela Igreja Católica na década de 1990 é um dos principais motores dessa ofensiva, sendo utilizada não apenas por atores religiosos, mas também por neoliberais de extrema-direita para justificar a redução do Estado na correção de desigualdades sociais<sup>25</sup>. Fundada em uma suposta complementaridade nata entre homem e mulher, a mobilização contra a chamada “ideologia de gênero” se opõe a qualquer avanço na desconstrução das desigualdades de gênero.

A pesquisa de Biroli (2020) sobre protestos contra a “ideologia de gênero” na América Latina revela os seguintes enquadramentos principais: movimentos feministas e LGBTI+ atentariam contra as crianças e “a família”, liderariam uma “neocolonização” contra valores e tradições do “povo” e contra a qual os políticos deveriam se opor, ao ouvir a vontade da maioria.

O governo brasileiro sob a presidência de Jair Bolsonaro, em diversas oportunidades, atuou para o desmonte das conquistas no campo dos direitos sexuais e reprodutivos e demonstrou que o discurso moral conservador não se trata de mera retórica. Essas ofensivas se dão em muitas frentes, como no investimento em políticas públicas que priorizam a abstinência sexual em detrimento do amplo acesso à contracepção<sup>26</sup>; na exoneração de servidores responsáveis pela elaboração de recomendações em saúde reprodutiva no Ministério da Saúde<sup>27</sup>; na inscrição de “direitos do nascituro” e do “direito à vida desde a concepção” em textos oficiais<sup>28</sup>; na suspensão de exames de HIV e hepatite no SUS<sup>29</sup>; e na sabotagem de acordos internacionais que versem sobre direitos sexuais e reprodutivos<sup>30-31</sup>, apenas para citar alguns exemplos.

Em 27 de agosto de 2020, foi publicada a Portaria nº 2.282 – posteriormente revogada e substituída pela quase idêntica Portaria nº 2.561/2020 – pelo Ministério da Saúde, que tratava de novos procedimentos de justificação e autorização da interrupção da gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde. Dentre as medidas previstas estavam a obrigação dos profissionais de saúde de notificarem as autoridades policiais acerca dos casos de pacientes vítimas de estupro e a de guardar as evidências materiais do crime

24 MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia; MARIANO, Rayani. O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro: a ofensiva conservadora na Câmara dos Deputados. **Opinião Pública**, Campinas, v. 23, n. 1, p. 230–260, jan./abr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/1807-01912017231230>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/c6f4WXNbj6bTV7cn9Kymsb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 set. 2021.

25 BIROLI, Flávia. Gênero, “valores familiares” e democracia. In: BIROLI, Flávia; MACHADO, Maria das Dores Campos; VAGGIONE, Juan Marco (org.). **Gênero, neocconservadorismo e democracia**. São Paulo: Boitempo, 2020.

26 CARMO, Marcia. Damares defende que escolas discutam abstinência sexual e critica Popeye. **BBC News Brasil**, São Paulo, 31 maio 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48479429>. Acesso em: 05 dez. 2020.

27 CARNEIRO, Mariana; SETO, Guilherme; ZANINI, Fábio. Após pressão de Bolsonaro, Pazuello exonera funcionários que assinaram nota sobre saúde da mulher. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 5 jun. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2020/06/apos-pressao-de-bolsonaro-pazuello-exonera-funcionarios-que-assinaram-nota-sobre-saude-da-mulher.shtml>. Acesso em: 05 dez. 2020.

28 DELLA COLLETA, Ricardo. Em ofensiva contra aborto, governo estabelece em diretriz o direito à vida desde a concepção. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 27 out. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/10/em-ofensiva-contraborto-governo-estabelece-em-diretriz-o-direito-a-vida-desde-a-concepcao.shtml>. Acesso em: 05 dez. 2020.

29 VARGAS, Matheus. Governo suspende exames de HIV, aids e hepatites no SUS. **Terra**, São Paulo, 07 dez. 2020. Disponível em: <https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/governo-suspende-exames-de-hiv-aids-e-hepatites-no-sus,438fa5751d19576d89a2d7ac3af3ed29t3wupdvc.html>. Acesso em: 08 dez. 2020.

30 MELLO, Igor. Eleição na ONU: país omite LGBTs, direitos reprodutivos e combate à tortura. **UOL**, São Paulo, 11 jul. 2019. Política. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/07/11/onu-direitos-humanos-bolsonaro.htm>. Acesso em: 29 set. 2021.

31 CHADE, Jamil. Brasil leva religião à ONU e mina projetos que citam educação sexual. **UOL**, São Paulo, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/07/15/evangelicos-dao-o-tom-da-postura-internacional-do-brasil.htm>. Acesso em: 05 dez. 2020.

– como fragmentos do embrião ou do feto – para entregarem às autoridades policiais, a fim de auxiliar na identificação da autoria do crime por meio de confronto genético. Ainda, havia previsão de que a equipe médica deveria informar a mulher sobre a possibilidade de visualizar o feto ou embrião por meio de ultrassonografia.

As portarias criam obstáculos para o acesso aos serviços de aborto legal ao vincular a decisão de interromper a gestação ao dever de iniciar investigações contra o agressor. Assim, deixam de priorizar a saúde das vítimas e reduzem a violência sexual ao seu aspecto criminal. Desse modo, violam o dever de confidencialidade médico, o que pode significar a desistência na busca por aconselhamento e tratamento e, dessa maneira, afetar a saúde e integridade física das meninas e mulheres. Ainda, retiram da mulher a decisão de acionar os serviços de segurança pública, interferindo diretamente em sua liberdade de escolha e negando o seu direito à autonomia. Diante disso, cinco partidos políticos ajuizaram a ADPF 737 para questionar a constitucionalidade da Portaria nº 2.282/2020 – aditada para contemplar a Portaria nº 2.561/2020 – perante o Supremo Tribunal Federal, na qual o Cravinas<sup>32</sup> atua enquanto *amicus curiae*.

Contudo, essas tentativas de retrocessos não se dão sem resistências, para as quais todo o esforço interpretativo construído ao longo dos últimos anos em torno dos direitos sexuais e reprodutivos é extremamente valioso.

Na temática de aborto, a percepção do tema como um problema de saúde pública é um dos fatores que tem fortalecido a movimentação discursiva, como aponta Fanti<sup>33</sup> ao afirmar que o judiciário brasileiro se tornou mais receptivo ao tema quando os movimentos feministas passaram a enquadrá-lo dentro dessa perspectiva. Esse é um fenômeno que não é exclusivo da realidade brasileira, tendo ocorrido em países como a Colômbia, que, assim como o Brasil, possui forte influência religiosa. No país, o debate que conduziu à descriminalização se concentrou especialmente em argumentos de saúde pública<sup>34</sup>. Essa perspectiva é acolhida na ADPF 442, em que as principais evidências mobilizadas tanto pelo PSOL e pela Anis – Instituto de Bioética na petição inicial, quanto pelos *amici curiae*, giram em torno dos impactos da criminalização do aborto para a vida e para a saúde das mulheres, que ficam impedidas de ter acesso a um procedimento que pode ser realizado de forma segura quando feito em condições de legalidade, por profissionais habilitados, com recursos adequados e em condições de higiene<sup>35</sup>.

Além disso, no contexto da ADPF 442, em 2018, foi criada a campanha “Nem presa, nem morta”, com a finalidade de dar visibilidade ao litígio, a qual recebeu a adesão de grupos feministas de todo o Brasil, mui-

32 Projeto de extensão e clínica de direitos humanos da Faculdade de Direito da UnB, com foco em questões de direitos sexuais e reprodutivos. Linhas de atuação e trabalhos desenvolvidos: <https://projetcravinas.wordpress.com/>

33 FANTI, Fabiola. **Mobilização social e luta por direitos**: um estudo sobre o movimento feminista. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2016.

34 RUIBAL, Alba. A controvérsia constitucional do aborto no Brasil: inovação na interação entre movimento social e Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1166-1187, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50431>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/bYnPL7nMpYNmzL5wBRnNVpC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 set. 2021.

35 NUNES, Amanda. Uso de evidências no debate constitucional sobre aborto: o conceito de direito à vida nos *amici curiae* da ADPF 442. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, n. 18, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/30783>. Acesso em: 29 set. 2021.

tos dos quais estiveram presentes no Festival pela Vida das Mulheres, organizado por grupos feministas de Brasília para dar visibilidade ao debate que estava acontecendo na audiência pública. No evento, além de ter sido transmitida ao vivo a audiência, foram realizadas rodas de conversa, oficinas, shows e atos públicos. Um desses atos foi uma vigília inter-religiosa na frente do STF, que contou com a presença de grupos como a Frente Evangélica pela Legalização do Aborto, para exigir a laicidade da corte no enfrentamento do tema.

Mesmo durante um contexto marcado pelo conservadorismo, foi julgada procedente, no dia 08 de maio de 2020, pelo Supremo Tribunal Federal, a ADI 5543, para autorizar a doação de sangue por pessoas homossexuais e bissexuais, a partir de um voto, do Ministro Edson Fachin, que reconhece “a atuação do Movimento LGBTI+ como um intérprete da Constituição” e como algo que torna o “processo de interpretação constitucional mais legítimo e democrático”. No mês seguinte, no dia 29 de junho de 2020, a Corte julgou procedente a mencionada ADPF 460, que também contou com a atuação, como *amicus curiae*, de organizações feministas e LGBTI+.

Na ADI 5581, proposta com o suporte técnico da Anis – Instituto de Bioética, apesar do desfecho desfavorável, a mobilização feminista conseguiu levar a discussão sobre o aborto e o *zika* para o debate público. Merece destaque o fato de o enquadramento discursivo da ação ter sido acolhido pela Procuradoria-Geral da República, que, não obstante tenha concluído pela ilegitimidade da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP) para a propositura da ação, analisou os requerimentos da ação minuciosamente em seu parecer, manifestando-se favoravelmente ao pedido de interrupção da gravidez para a proteção da saúde mental das mulheres infectadas pelo vírus *zika*.

Esses são alguns exemplos de como a mobilização feminista e LGBTI+ tem conseguido, mesmo em um contexto difícil e na interação com atores religiosos e conservadores, movimentar discursivamente o debate sobre direitos sexuais e reprodutivos, trazendo o tema para o cenário nacional e conquistando a aceitação de atores relevantes para a discussão.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a mobilização social das mulheres e de grupos LGBTI+ em espaços de deliberação pública e política tem sido, há muito, catalisadora de mudanças paradigmáticas no campo dos direitos sociais, como revelam análises do desenvolvimento das políticas nacionais e internacionais em direitos sexuais e reprodutivos. Se, durante a segunda metade do século XX, ela foi fundamental para a construção e consolidação de normativas e de políticas públicas, hoje ela o é, também, para impedir que essas políticas sejam objeto de desmonte.

Neste processo, a Constituição Federal de 1988, ainda que não disponha de forma literal sobre os direitos sexuais e reprodutivos, traz um amplo repertório de direitos e princípios que dão conteúdo à proteção da igualdade e da liberdade na esfera da vida reprodutiva e no exercício da sexualidade, e que permitem compor



as demandas das organizações da sociedade civil. Somado a isso estão os tratados, os princípios e as plataformas internacionais que protegem os direitos sexuais e reprodutivos e a saúde sexual e reprodutiva.

Como visto, o cenário político recente tem apresentado riscos crescentes de retrocessos na legislação e nas políticas públicas sobre os direitos sexuais e reprodutivos, que compreendem desde a sabotagem a normativas internacionais até o desmonte de políticas públicas sociais. No entanto, mesmo diante do conservadorismo religioso presente no poder Legislativo e Executivo, foi possível que alguns avanços ocorressem por meio do acionamento do Poder Judiciário e da participação dos movimentos feministas e LGBTI+ em ações de litígio estratégico.

Entendemos ser necessário o fortalecimento das organizações sociais e dos instrumentos de incidência perante as instituições estatais para a proteção e expansão das garantias constitucionais sobre os direitos sexuais e reprodutivos em favor de mulheres, meninas e demais sujeitos em situação de vulnerabilidade sexual e reprodutiva.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Ronaldo de. Bolsonaro presidente: conservadorismo, evangelismo e a crise brasileira. **Novos estud. CEBRAP**, v. 38, n. 1, p. 185–213, jan./abr. 2019. DOI: <https://doi.org/10.25091/S01013300201900010010>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/rTCrZ3gHfM5fjHmzd48MLYN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 set. 2021.
- AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. “Lobby do Batom”: uma mobilização por direitos das mulheres. **Revista Trilhas da História**, v. 3, n. 5, p. 72-85, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/RevTH/article/view/444>. Acesso em: 29 set. 2021.
- ÁVILA, Maria Betânia. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). **Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.
- BIROLI, Flavia. Gênero, “valores familiares” e democracia. In: BIROLI, Flavia; MACHADO, Maria das Dores Campos; VAGGIONE, Juan Marco (org.). **Gênero, neoconservadorismo e democracia**. São Paulo: Boitempo, 2020.
- BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Aborto e Democracia**. São Paulo: Alameda, 2016.
- CARMO, Marcia. Damares defende que escolas discutam abstinência sexual e critica Popeye. **BBC News Brasil**, São Paulo, 31 maio 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48479429>. Acesso em: 05 dez. 2020.
- CARNEIRO, Mariana; SETO, Guilherme; ZANINI, Fábio. Após pressão de Bolsonaro, Pazuello exonera funcionários que assinaram nota sobre saúde da mulher. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 5 jun. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2020/06/apos-pressao-de-bolsonaro-pazuello-exonera-funcionarios-que-assinaram-nota-sobre-saude-da-mulher.shtml>. Acesso em: 05 dez. 2020.
- CHADE, Jamil. Brasil leva religião à ONU e mina projetos que citam educação sexual. **UOL**, São Paulo, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/07/15/evangelicos-dao-o-tom-da-postura-internacional-do-brasil.htm>. Acesso em: 05 dez. 2020.
- CORRÊA, Sonia; ALVES, José Eustáquio Diniz; JANNUZZI, Paulo de Martino. Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores. In:
- CAVENAGHI, Suzana (org.). **Indicadores municipais de saúde sexual e reprodutiva**. Rio de Janeiro: ABEP, Brasília: UNFPA, 2006. p. 27-62.
- CORRÊA, Sonia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1-2, p. 147-177, 1996. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73311996000100008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/K7L76NSSqymrLxfsPz8y87F/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 29 set. 2021.
- COSTA, Ana Maria. Participação social na conquista das políticas de saúde para mulheres no Brasil. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 4, p. 1073-1083, ago. 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232009000400014>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/x7HVb8dmB9wRHNC3JgjT6yQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 set. 2021.

CRAVINAS– CLÍNICA DE DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS. Disponível em: <https://projetcravinas.wordpress.com/>. Acesso em: 29 set. 2021.

DAMASCO, Mariana Santos; MAIO, Marcos Chor; MONTEIRO, Simone. Feminismo negro: raça, identidade e saúde reprodutiva no Brasil (1975-1993). **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 133-151, jan./abr. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2012000100008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/NLv5Bs6zRGHhZCZ8859x9dS/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

DELLA COLLETA, Ricardo. Em ofensiva contra aborto, governo estabelece em diretriz o direito à vida desde a concepção. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 27 out. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/10/em-ofensiva-contra-aborto-governo-estabelece-em-diretriz-o-direito-a-vida-desde-a-concepcao.shtml>. Acesso em: 05 dez. 2020.

DINIZ, Debora. A arquitetura de uma ação em três atos – anencefalia do STF. **Revista Direito.UnB**, v. 1, n. 2, p. 161-183, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24593>. Acesso em: 29 set. 2021.

FANTI, Fabiola. **Mobilização social e luta por direitos**: um estudo sobre o movimento feminista. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2016.

FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Conferência do Cairo)**. 05 a 13 set. 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. **Sur – Revista internacional de direitos humanos**, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 60-83, jun. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452008000100004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/CwLVRN4HBQzfcPsGb8WJc9q/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 set. 2021.

MATTAR, Laura Davis; DINIZ, Carmen Simone Grilo. Hierarquias reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres. **Interface – Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu, v. 16, n. 40, pp. 107-120, jan./mar. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-32832012005000001>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/icse/a/XqxCrSPzLQSyTjjsFQMdwjb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 set. 2021.

MELLO, Igor. Eleição na ONU: país omite LGBTs, direitos reprodutivos e combate à tortura. **UOL**, São Paulo, 11 jul. 2019. Política. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/07/11/onu-direitos-humanos-bolsonaro.htm>. Acesso em: 29 set. 2021.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia; MARIANO, Rayani. O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro: a ofensiva conservadora na Câmara dos Deputados. **Opinião Pública**, Campinas, v. 23, n. 1, p. 230–260, jan./abr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/1807-01912017231230>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/c6f4WXNbjJ6bTV7cn9Kymsb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 set. 2021.

NUNES, Amanda. Uso de evidências no debate constitucional sobre aborto: o conceito de direito à vida nos amici curiae da ADPF 442. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, n. 18, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/30783>. Acesso em: 29 set. 2021.

PITANGUY, Jacqueline. O movimento nacional e internacional de saúde e direitos reprodutivos. In: GIFFIN, Karen; COSTA, Sarah Hawker. **Questões da saúde reprodutiva**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999. p. 19-39.

RUIBAL, Alba. A controvérsia constitucional do aborto no Brasil: inovação na interação entre movimento social e Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1166-1187, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50431>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/bYnPL7nMpYNmzL5wBRnNVpC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 set. 2021.

VARGAS, Matheus. Governo suspende exames de HIV, aids e hepatites no SUS. **Terra**, São Paulo, 07 dez. 2020. Disponível em: <https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/governo-suspende-exames-de-hiv-aids-e-hepatites-no-sus,438fa5751d19576d89a2d7ac3af3ed29t3wupdvc.html>. Acesso em: 08 dez. 2020.

# CAPÍTULO 13

## AVANÇOS E RECUOS NA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA E GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO EM PORTUGAL

Cristina Dias

Rossana Martingo Cruz

### 1 NOTAS PRÉVIAS

É nosso propósito com este texto apresentar a situação jurídica atual, em Portugal, da gestação de substituição. Mas falar de gestação de substituição pressupõe o conhecimento prévio da regulamentação legal da procriação medicamente assistida em Portugal ([Lei n.º 32/2006, de 26 de julho](#), com alterações introduzidas pelas [Leis n.º 59/2007](#), de 4 de setembro, n.º 17/2016, de 20 de junho, n.º 25/2016, de 22 de agosto, n.º 58/2017, de 25 de julho, n.º 49/2018, de 14 de agosto e n.º 48/2019, de 8 de julho – LPMA), sobretudo das técnicas de procriação medicamente assistida admitidas e os seus beneficiários. A LPMA sofreu alterações sucessivas nos últimos tempos, desde o alargamento do leque de beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida (PMA) à admissibilidade da gestação de substituição em certos casos (e que aqui estudaremos).

O Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 225/2018, de 24 de abril, pronunciando-se quanto à constitucionalidade de algumas das normas da LPMA, decidiu “[d]eclarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas dos n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, e, conseqüentemente, das normas dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excepcional e mediante autorização prévia, por violação do princípio da determinabilidade das leis, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, e 165, n.º 1, alínea b), da Constituição da República Portuguesa, por referência aos direitos ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família, consagrados nos seus artigos 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1; b) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até a entrega da criança aos beneficiários, por violação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamen-

te, com os artigos 1.º e 26.º, n.º 1, por um lado, e com o artigo 36.º, n.º 1, por outro, todos da Constituição da República Portuguesa; c) Declarar a inconstitucionalidade consequente, com força obrigatória geral, da norma do n.º 7 do artigo 8.º da mesma Lei; d) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação do direito à identidade pessoal da criança previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, do princípio da segurança jurídica decorrente do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da mesma Constituição, e, bem assim, do dever do Estado de proteção da infância, consagrado no artigo 69.º, n.º 1, do mesmo normativo; e) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso à dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, com o artigo 26.º, n.º 1, ambos da Constituição da República Portuguesa”.

Procuraremos, assim, analisar a LPMA e a gestação de substituição à luz desta decisão do Tribunal Constitucional e, com isso, aferirmos do estado da arte em Portugal.

## 2 A LPMA – AS TÉCNICAS E OS BENEFICIÁRIOS

O art. 2.º, n.º 1, da LPMA (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com alterações subsequentes, referidas supra), apresenta como técnicas de PMA a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, a injeção intracitoplasmática de espermatozoides, a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos, o diagnóstico genético pré-implantação e outras técnicas laboratoriais de manipulação genética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias<sup>1</sup>. Acrescenta depois o n.º 2 do mesmo artigo, introduzido pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto (que regulou o acesso à gestação de substituição), que a presente lei se aplica ainda às situações de gestação de substituição previstas no seu art. 8.º.

Podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual (art. 6.º, n.º 1, da LPMA). As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e desde que não exista uma sentença de acompanhamento que vede o recurso a tais técnicas (n.º 2)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Os arts. 3.º a 18.º da referida lei aplicam-se a todas as técnicas. Só são reguladas especificamente a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e o diagnóstico genético pré-implantação, determinando o art. 47.º a aplicação das normas da fertilização *in vitro* às restantes técnicas.

<sup>2</sup> Aquele que, sendo maior, seja impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia de acompanhamento (art. 138.º do Código Civil). O acompanhamento é decidido pelo tribunal (n.º 1 do art. 139.º).

Deixando de parte algumas considerações que se justificariam em torno de tal solução face ao princípio da igualdade e da não discriminação em razão do sexo, julgamos que a lei parte do princípio de que só uma mulher pode gerar uma criança e, por isso, só admite o recurso às técnicas de PMA às mulheres (sós ou casadas ou unidas de facto com pessoa de sexo diferente ou do mesmo sexo). Admitir que um homem só possa recorrer a tais técnicas implicaria uma diferente forma de regular e admitir a gestação de substituição, o que não foi pretendido pelo legislador.

Poderá discutir-se a compatibilidade do acesso a técnicas de PMA a todas as mulheres com o princípio da subsidiariedade dos métodos de PMA, previsto no art. 4.º, n.º 1, da LPMA. Sem aprofundarmos esta questão, sempre podemos dizer que a própria lei ressalva, no n.º 3 do mesmo art. 4.º, a utilização das técnicas de PMA por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade. Com esta previsão legal, o princípio em causa, que era regra geral na redação original da lei, apenas se aplica aos casos de recurso às técnicas de PMA por casais de sexo diferente (apesar de a lei não ser muito explícita quanto a isto). Ou seja, a regra é a de que todas as mulheres, inférteis ou não, podem recorrer às técnicas de PMA quando, por serem sós ou estarem casadas ou unidas de facto com outra mulher, não tenham outra forma de procriar. Na verdade, o recurso a técnicas de PMA passa a ser mais um método alternativo de procriação e não tanto subsidiário.

Seguindo lógica idêntica (de que só a mulher pode gerar um ser humano) o art. 8.º, com a redação dada pela [Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto](#), regula o acesso à gestação de substituição em casos excepcionais, mantendo-se a regra de que os negócios de gestação de substituição são nulos.

Apenas quase um ano depois dessa lei, pelo [Decreto Regulamentar n.º 6/2017](#), de 31 de julho, o legislador regulamentou a gestação de substituição, nos termos que veremos de seguida.

A LPMA permite o recurso a técnicas de procriação homólogas e heterólogas, ou seja, com recurso às células reprodutoras dos beneficiários ou com recurso a dador. A utilização de técnicas com recurso a dador coloca, desde logo, o problema da confidencialidade ou não quanto à identidade desse dador<sup>3</sup>.

O art. 10.º da LPMA admite as técnicas heterólogas ao determinar que pode recorrer-se a ovócitos, espermatozoides ou embriões doados por terceiros quando, face aos conhecimentos médico-científicos objetivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez ou gravidez sem doença genética grave através do recurso a qualquer técnica que utilize os gametas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade de gametas. Em relação ao estabelecimento da filiação, o n.º 2 da mesma norma dispõe que os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer.

---

Em regra, o exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente serão livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário (n.º 1 do art. 147.º). São considerados direitos pessoais, por exemplo, os direitos de casar, procriar, perflhar, adotar, etc. (n.º 2 do mesmo preceito 147.º). Assim, existindo uma sentença de acompanhamento que vede o recurso a estas técnicas, o maior não poderá ser beneficiário delas, tal como dispõe o n.º 2 do art. 6.º da LPMA. Sobre o regime do maior acompanhado, cfr. arts. 138.º e ss. do Código Civil português.

3 Coloca-se também o problema da eventual contrapartida económica, que o art. 18.º da LPMA resolve no sentido de considerar proibida a compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões ou de qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA.

Quanto à confidencialidade, o atual art. 15.º (norma que – na redação anterior, dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto – foi objeto de análise quanto à sua inconstitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional, como analisaremos) exige que quem, por alguma forma, tomar conhecimento da identidade de participantes em técnicas de PMA, incluindo as situações de gestação de substituição, está obrigado a manter o sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA (n.º 1). As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, bem como, desde que possuam idade igual ou superior a 18 anos, obter junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida informação sobre a identificação civil do dador (n.º 2). Ademais, as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA, com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, desde que possuam idade igual ou superior a 16 anos, podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento (n.º 3). E, para efeitos do n.º 2, por identificação civil entende-se o nome completo do dador ou dadora (n.º 4). Ainda, e sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial (n.º 5). Todavia, o assento de nascimento não pode, em caso algum, incluindo nas situações de gestação de substituição, conter indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA (n.º 6).

Na versão anterior, este artigo 15.º dispunha que todos aqueles que, por alguma forma, tomassem conhecimento do recurso a técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos, ficavam obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA. As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podiam, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes dissessem respeito, excluindo a identificação do dador (n.º 2). Além disso, podiam tais pessoas obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento, junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, exceto se este expressamente o permitisse (n.º 3). Podiam ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial (n.º 4). O assento de nascimento não podia, em caso algum, incluindo nas situações de gestação de substituição, conter indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA (n.º 5 do art. 15.º).

Denotamos, logo aqui, uma evolução entre as duas redações no que aos limites da confidencialidade diz respeito. Tal surge na sequência do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 7 de maio, que abordaremos adiante e que levou à alteração deste art. 15.º pela mão da Lei n.º 48/2019, de 8 de julho.

A procriação medicamente assistida toca várias questões que não são apenas jurídicas e a forma de as solucionar denota um dado posicionamento ético do legislador. Veja-se, por exemplo, as soluções encontradas quanto ao destino dos embriões excedentários ou quanto à inseminação *post mortem*.

O art. 24.º da LPMA determina que na fertilização *in vitro* apenas deve haver lugar à criação dos embriões em número considerado necessário para o êxito do processo, de acordo com a boa prática clínica e os princípios do consentimento informado, sendo o número de ovócitos a inseminar em cada processo adequado à situação clínica do casal e à indicação geral de prevenção da gravidez múltipla.

Os embriões que, nos termos desse artigo, não tiverem de ser transferidos, devem ser criopreservados, comprometendo-se os beneficiários a utilizá-los em novo processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos (art. 25.º, n.º 1). A pedido dos beneficiários, em situações devidamente justificadas, o diretor do centro pode assumir a responsabilidade de alargar o prazo de criopreservação dos embriões por um novo período de três anos (n.º 2). Decorrido o prazo de três anos referido no n.º 1, sem prejuízo das situações previstas no n.º 2, podem os embriões ser doados a outras pessoas beneficiárias cuja indicação médica de infertilidade o aconselhe, sendo os factos determinantes sujeitos a registo, ou doados para investigação científica nos termos previstos no art. 9.º (n.º 3). Este último destino dos embriões só pode verificar-se mediante o consentimento dos beneficiários originários ou do que seja sobrevivivo, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 1 do art. 14.º (n.º 4). Não ficam sujeitos ao disposto no n.º 1 os embriões cuja caracterização morfológica não indique condições mínimas de viabilidade (n.º 5). Consentida a doação nos termos previstos no n.º 3, sem que nos seis anos subsequentes ao momento da criopreservação os embriões tenham sido utilizados por outros beneficiários ou em projeto de investigação aprovado ao abrigo do art. 9.º, podem os mesmos ser descongelados e eliminados, por determinação do diretor do centro (n.º 6). Se não for consentida a doação nos termos previstos no n.º 3, logo que decorrido qualquer um dos prazos indicados no n.º 1 ou no n.º 2, podem os embriões ser descongelados e eliminados, por determinação do diretor do centro, comunicada previamente ao Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida (n.º 7).

A inseminação artificial *post mortem* está prevista nos arts. 22.º e 23.º da LPMA<sup>4</sup>. De referir que as normas aplicam-se também à fertilização *in vitro*, por força do art. 26.º da mesma lei.

O art. 22.º da LPMA distingue consoante exista ou não um embrião. Dispõe a norma que, após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, ainda que este haja consentido no ato de inseminação. O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen.

Havendo violação da referida proibição, e daí resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido. Mas se, à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento

<sup>4</sup> Como refere PAULO NASCIMENTO, “Procriação medicamente assistida *post mortem*: efeitos familiares e sucessórios”, In AAVV, *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, Porto Alegre, Magister Editora, 2008, p. 222 e nota 10, a questão discute-se a propósito da inseminação *post mortem* face ao progenitor masculino, uma vez que, senão impossível, são raríssimas as situações de nascimento de filho após a morte do progenitor feminino. Reporta o autor o caso de Susan Torres, nos EUA: estando grávida de 17 semanas, foi-lhe diagnosticado um cancro cerebral e considerada “cerebralmente morta” pela equipa médica. A manutenção artificial das suas funções vitais permitiu o nascimento de uma criança do sexo feminino.

ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, nos termos do art. 14.º da LPMA, dê o seu consentimento a tal ato, será este considerado como pai da criança, aplicando-se ao caso o disposto no n.º 3 do art. 1839.º do Código Civil.

Já será, porém, lícita a transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão (art. 22.º, n.º 3, da LPMA).

Vários problemas podem resultar desta solução legal, nomeadamente do ponto de vista sucessório, da validade do consentimento do progenitor *de cuius* ou da não existência de um prazo e que já tivemos oportunidade de analisar num outro estudo<sup>5</sup>.

No momento em que finalizamos este texto, discute-se – na Assembleia da República – possibilidade de alterar os arts. 22.º e 23.º relativamente à inseminação *post mortem*. Veja-se, a este propósito, os Projetos de Lei n.ºs 214/XIV, 223/XIV, 237/XIV e 572/XIV.

O Projeto de Lei n.º 572/XIV aventa uma nova redação para os artigos 22.º e 23.º da LPMA. Nos termos desta iniciativa, o n.º 1 do art. 22.º passaria a dispor que, existindo um projeto parental claramente definido e convencionado por escrito, a circunstância de ocorrer a morte do marido ou do homem com quem a mulher vive em união de facto permite que esta utilize determinadas técnicas de procriação medicamente assistida. Por sua vez, o n.º 2, do mesmo artigo, determinaria que as técnicas de procriação medicamente assistida previstas no número anterior consistem na inseminação da mulher com sémen do falecido ou na transferência *post mortem* de embrião, e só podem ser realizadas em momento posterior ao prazo tido como adequado à indispensável ponderação da referida decisão. Em consequência, no n.º 3 ficaria a constar que a inseminação *post mortem* é aplicável nas situações em que se verifique fundado receio de diagnóstico de esterilidade, e em que o sémen é recolhido com o propósito de ser usado para inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem vive em união de facto, e este vier a falecer no decurso do período estabelecido para a conservação do sémen. Quanto ao art. 23.º da LPMA, a alteração passaria somente por, nos termos do n.º 1, passar a constar que se, da realização das técnicas de procriação medicamente assistida referidas no artigo anterior resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é nos termos da lei filha do falecido. O n.º 2 do mesmo artigo não sofreria alterações.

Já o Projeto n.º 214/XIV sugere a seguinte redação: “1– Para permitir a realização de um projeto parental, claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai e decorrido que seja, após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão é lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, se este tiver claramente consentido no ato

<sup>5</sup> V., CRISTINA DIAS, “Aspetos sucessórios da procriação medicamente assistida – algumas reflexões”. In: AAVV, *Atas da I Conferência Internacional de Direito e Bioética, Temas de Direito e Bioética. Novas questões do Direito da Saúde*, vol. I, coordenação de Benedita Mac Crorie, Miriam Rocha e Sónia Moreira, ebook, Braga, DH-CII – Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018, pp. 45-62.



de inseminação. 2– O previsto no número anterior aplica-se também aos casos em que o sémen com fundado receio de futura esterilidade seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto e o mesmo vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen. 3– É igualmente lícita a transferência post mortem de embrião para permitir a realização de um projeto parental, claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão”. O art. 23.º sofreria somente alteração no seu n.º 1 nos mesmos termos do Projeto de Lei n.º 572/XIV.

Na mesma esteira, o Projeto de Lei n.º 237/XIV avança, igualmente, para uma alteração no art. 22.º, nos seguintes termos: “Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, é lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, para permitir a realização de projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento e decorrido o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão. 2– O estabelecido no número anterior é aplicável aos casos em que o sémen, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação da pessoa com quem o homem esteja casado ou viva em união de facto e o dador vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen. 3– É igualmente lícita a transferência post mortem de embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão”. A alteração do n.º 1 do art. 23.º seria idêntica às referidas supra.

Por fim, damos conta que o Projeto de Lei n.º 223/XIV propõe a seguinte redação: “1– Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito o recurso à inseminação com sémen do falecido, salvo o disposto no n.º 3. 2– O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação é destruído se o dador vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen, salvo o disposto no n.º 3. 3– É lícita a inseminação com sémen da pessoa falecida ou a transferência post mortem de embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, nomeadamente aquele manifestado no documento em que é prestado o consentimento informado, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão”. Por seu turno, a alteração no art. 23.º já seria de maior envergadura que as anteriores, no sentido em que a redação passaria a ser: “1– Se, em virtude da inseminação realizada nos termos do n.º 3 do artigo anterior, resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido. 2– [Atual n.º 1]. 3– Cessa o disposto nos números anteriores se, à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, nos termos do artigo 14.º, dê o seu consentimento a tal ato, caso em que se aplica o disposto no n.º 3 do artigo 1839.º do Código Civil”.

Conforme pudemos constatar, estas iniciativas legislativas são similares no seu objeto. Todavia, no momento em que escrevemos estas linhas, não sabemos se as mesmas serão acolhidas, pelo que apenas damos nota da sua existência<sup>6</sup>.

### **3 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO – ANÁLISE DO ART. 8.º DA LPMA, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 25/2016, DE 22 DE AGOSTO, E DA SUA ADMISSIBILIDADE**

A redação original do art. 8.º da LPMA considerava nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição (na altura, maternidade de substituição)<sup>7</sup>. Em consequência, e além das sanções criminais que estavam previstas no art. 39.<sup>08</sup>, a mulher que suportasse uma gravidez de substituição de outrem era havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que viesse a nascer (traduzindo o princípio geral do direito da filiação de que a maternidade resulta do facto biológico do nascimento – arts. 1796.º, n.º 1, e 1803.º do Código Civil). E seria assim mesmo que esse vínculo não correspondesse à verdade biológica, já que as células reprodutoras poderiam provir da mãe de receção ou até de uma terceira dadora. Se a mãe de gestação fosse casada, a paternidade estabelecer-se-ia por via da presunção da paternidade do marido da mãe (art. 1826.º do Código Civil). Caso contrário, poderia estabelecer-se por reconhecimento voluntário (perfilhação) ou judicial, nos termos gerais do Código Civil.

A alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, e regulamentada pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, regulou o acesso à gestação de substituição, não em termos gerais, mas apenas nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez ou em situações clínicas que o justifiquem (art. 1.º da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto).

Começa o art. 8.º por dar uma noção de gestação de substituição, no seu n.º 1, como sendo qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade. Trata-se, portanto, de um acordo mediante o qual “uma das partes (a mãe portadora ou de gestação) assume perante a outra (mãe ou casal de receção) três obrigações principais: iniciar e completar uma gravidez; entregar à mãe de receção a criança resultante

<sup>6</sup> Podendo ser acompanhada a evolução desta discussão através do site <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=45419>

<sup>7</sup> A mudança terminológica tem, no nosso entendimento, razão de ser. Na verdade, não há maternidade de substituição, mas uma gestação para outrem. A maternidade implica o estabelecimento de um vínculo jurídico de filiação e não é isso que aqui está em causa. Trata-se de uma gestação de substituição, já que a mulher que a ela se submete suporta uma gravidez por conta de outrem que, esta sim, será a mãe da criança. Não há uma maternidade de substituição, uma vez que esta será estabelecida desde sempre a favor da mãe de receção.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, no seu parecer n.º 63/CNECV/2012, apreciando os projetos de lei relativos à PMA e à gestação de substituição, referia que “a expressão ‘maternidade de substituição’, apesar de muito divulgada e de vir consagrada na nossa lei e nos dois projetos de lei em apreciação, pode ser indiciadora de equívocos e ambiguidades éticas e antropológicas, por supor como tacitamente aceite a fragmentação da maternidade biológica (genética e uterina), social e jurídica. O CNECV optou pela expressão gestação de substituição e gestante de substituição, que traduzem as realidades objetivas que medeiam o processo que pode decorrer entre a transferência/implantação uterina do embrião humano e eventual parto no fim da gravidez evolutiva” (v., <https://www.cnecv.pt/pt/pareceres/parecer-sobre-procriacao-medicamente-assistida-e-gestacao-de-sub>, consultado a 7 de junho de 2018).

<sup>8</sup> De destacar que, sendo ambos nulos, a lei apenas sancionava, e sanciona, criminalmente os negócios onerosos, nos termos do art. 39.º da LPMA.

da gestação; e reconhecer a mãe de recepção como mãe jurídica, abstendo-se da reivindicação de quaisquer direitos parentais sobre o menor”<sup>9</sup>.

Este acordo deve ser feito por escrito e configura um contrato de prestação de serviço atípico (a gestação por conta de outrem).

A admissibilidade ou não do contrato de gestação de substituição varia de ordenamento jurídico para ordenamento jurídico, em paralelo com os limites ao princípio da liberdade contratual desse mesmo ordenamento. Conforme refere Jorge Duarte Pinheiro, o sistema romano-germânico contém mais restrições à autonomia privada do que o sistema anglo-americano. Por isso, não será de estranhar a separação que se observa entre os ordenamentos de um e de outro sistema no que toca à gestação de substituição. “No sistema anglo-americano, há uma oscilação entre a permissão e a proibição. No sistema romano-germânico, predomina a orientação contrária à figura da mãe portadora”<sup>10</sup>. Portugal seguia, até a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, a tendência manifestada nos países com maior proximidade sociocultural, determinando a nulidade dos negócios jurídicos de maternidade de substituição.

Não pretendemos aqui analisar os argumentos contra ou a favor da realização deste contrato, já que é nosso propósito analisar a solução legal atual, mas convém apontar, pelo menos, os principais argumentos a favor da gestação de substituição<sup>11</sup>. Assim, um dos principais argumentos prende-se com o princípio de favorecimento da vida humana [art. 24.º da Constituição da República Portuguesa (CRP)], multiplicando as hipóteses de nascimento de um ser humano.

Por outro lado, e este seria um segundo argumento, só o contrato de gestação de substituição permite o acesso à maternidade das mulheres que não conseguem completar com sucesso uma gravidez, “evitando que elas sejam discriminadas relativamente àquelas que, graças às técnicas de PMA, acabam por gerar crianças que nem sequer conseguiriam conceber pela prática de relações sexuais”<sup>12</sup>. Respeitar-se-ia, assim, o direito de constituir família em condições de plena igualdade, que abarca o direito de procriar (art. 36.º, n.º 1, da CRP).

Finalmente, a gestação de substituição está de acordo com o princípio da autonomia privada, que a própria Constituição da República Portuguesa tutela no âmbito do direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º da CRP) ou à liberdade (art. 27.º, n.º 1, da CRP). Contra este argumento sempre se poderá invocar a ordem pública ou os bons costumes (art. 280.º, n.º 1, do Código Civil) para ferir de nulidade os negócios que a contrariem. Tal afetaria, sem dúvida, os contratos de gestação de substituição a título oneroso (que atentam contra o valor da dignidade humana: “a gestação é tida como um serviço qualquer, ignorando-se totalmente

9 PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*. 7. ed. Coimbra: Gestlegal, 2020. p. 220.

10 PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*. 7. ed. Coimbra, Gestlegal, 2020. p. 222.

11 Sobre a matéria, v., VERA LÚCIA RAPOSO, *De mãe para mãe – questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 63-88, que indica também os argumentos contra a gestação de substituição (mesma obra, pp. 47-61).

12 JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, p. 224. O autor critica os argumentos apresentados, já que quer a criação da vida humana quer a procriação não são valores absolutos.

a sua natureza íntima, e a criança é equiparada a um objecto, ao resultado de uma actividade”<sup>13</sup>. Já o contrato de gestação de substituição a título gratuito poderá ser válido se a mãe de receção for a mãe genética, “por não haver colisão com aquele que seria o critério exclusivo ou predominante de estabelecimento da filiação (o critério biológico)”<sup>14</sup>. Evitar-se-ia, assim, uma discriminação dos casais compostos por mulheres impossibilitadas de concluir uma gestação com sucesso, que não poderiam ter filhos, perante os casais inférteis, que já poderiam ter filhos mediante o recurso às técnicas de procriação assistida<sup>15</sup>.

Paralelamente, alguns autores defendiam a nulidade do contrato, tal como determinava a lei, por impor a uma das partes que ela suporte uma gestação, havendo uma instrumentalização do corpo de uma pessoa para que outra pessoa venha a receber um filho. Resultaria, assim, do princípio da dignidade da pessoa humana a inadmissibilidade da gestação de substituição<sup>16</sup>.

Como já referimos, a redação atual do art. 8.º da LPMA, e antes da declaração de inconstitucionalidade pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/ 2018, de 24 de abril, admitia a gestação de substituição, mas apenas nas condições nele previstas. Ou seja, a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só era possível a título excepcional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem (n.º 2).

Nos termos do seu n.º 3, a gestação de substituição só podia ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante. Elimina-se, assim, os argumentos relacionados com o estabelecimento da maternidade e o princípio da verdade biológica.

A possibilidade de celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição estava sujeita a autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, entidade que supervisiona todo o processo, a qual seria sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos e apenas podia ser concedida nas situações previstas no n.º 2 (n.º 4).

Admitia-se apenas a celebração de contratos de gestação de substituição gratuitos, sendo proibido qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio (n.º 5)<sup>17</sup>.

13 JORGE DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, p. 225. FERNANDO ARAÚJO, *Procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 42 e 43, parece admitir, por seu lado, os contratos de gestação de substituição mesmo onerosos (“aluguer de útero”), ao referir, numa altura em que ainda não existia a LPMA, que poderia até introduzir-se “alguma medida de regulamentação, de supervisão ou de licenciamento dos respectivos contratos”.

14 PINHEIRO, Jorge Duarte. **O direito da família contemporâneo**. 7. ed. Coimbra, Gestlegal, 2020.

15 PINHEIRO, Jorge Duarte. **O direito da família contemporâneo**. 7. ed. Coimbra, Gestlegal, 2020. p. 225 e 226.

16 V., por exemplo, Jorge Duarte Pinheiro. **O direito da família contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 255.

17 Considerava Jorge Duarte Pinheiro, **O direito da família contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 256, numa altura em que a gestação de substituição não era permitida, que, existindo um contrato de gestação de substituição a título oneroso, o contrato seria nulo, havendo a obrigação de restituição de tudo que tivesse sido prestado (art. 289.º,

Não era permitida a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas (n.º 6).

Celebrado o contrato, impõe-se determinar o modo de estabelecer a filiação da criança que venha a nascer. Nos termos do n.º 7 do mesmo artigo, a criança que viesse a nascer através do recurso à gestação de substituição era tida como filha dos respetivos beneficiários<sup>18</sup>.

Quanto aos requisitos materiais e formais do negócio de gestação de substituição, dispunham os n.ºs 8 a 12 do art. 8.º. Assim, impunha o n.º 8 que, no tocante à validade e eficácia do consentimento das partes, ao regime dos negócios jurídicos de gestação de substituição e dos direitos e deveres das partes, bem como à intervenção do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e da Ordem dos Médicos, era aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no art. 14.º da presente lei. Também os direitos e os deveres previstos nos arts. 12.º e 13.º eram aplicáveis em casos de gestação de substituição, com as devidas adaptações, aos beneficiários e à gestante de substituição.

A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição seria feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, onde deviam constar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez (n.º 10). Tal contrato não podia impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentassem contra os seus direitos, liberdade e dignidade (n.º 11).

Assim sendo, apenas os contratos de gestação de substituição celebrados nestes termos seriam válidos, sendo nulos todos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitassem o disposto no art. 8.º (n.º 12). São ainda nulos os contratos celebrados nos termos referidos mas celebrados a título oneroso.

n.º 1, do Código Civil). Mas o facto de deverem ser restituídas as quantias pagas a título de retribuição pelo serviço de gestação por conta de outrem, isso não significava que a mãe de gestação fosse absolutamente vedado o direito a uma compensação pelas despesas e danos decorrentes da celebração e cumprimento de um contrato nulo, se estivessem preenchidos os requisitos da responsabilidade civil pré-contratual (art. 227.º do Código Civil) e não houvesse motivo para excluir a indemnização com base em culpa da lesada (art. 570.º do Código Civil).

Continuando a ser nulo o contrato de gestação de substituição oneroso, julgamos ser de aplicar a mesma solução proposta pelo autor, que, aliás, a refere na mesma obra já citada, PINHEIRO, Jorge Duarte. **O direito da família contemporâneo**. 7. ed. Coimbra, Gestlegal, 2020. p. 228, nota 421.

18 A lei regula assim os casos em que o contrato de gestação de substituição é válido. RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida”, in AAVV, *Atas do Seminário Internacional Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Porto, FDUP/CIJE, 2017, pp. 165 e 166, e “The dawn of a brave new world in Portugal? A critical overview of the new legal framework applicable to medically-assisted procreation”, in AAVV, *The International Survey of Family Law*, Inglaterra, LexisNexis, 2017, p. 279, questiona o facto de o negócio padecer de algum vício que o torne inválido, ou seja, se o negócio for nulo aplicar-se-á o n.º 7 do art. 8.º e a criança que vier a nascer será tida como filha dos beneficiários? Invocando a Declaração Interpretativa do Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida ([https://www.cnpma.org.pt/Documents/Declara%C3%A7%C3%B5es/DeclaracaoInterpretativa\\_Art16-A.pdf](https://www.cnpma.org.pt/Documents/Declara%C3%A7%C3%B5es/DeclaracaoInterpretativa_Art16-A.pdf), consultado a 5 de junho de 2018), parece que a solução valerá mesmo no caso de o negócio ser nulo, e mesmo perante a sanção criminal prevista no art. 39.º da LPMA. “Aqueles que serão qualificados, juridicamente, como pais responderão criminalmente pelo ato praticado e que lhes possibilitou converterem-se em pais [...]: dá-se à criança assim gerada os pais que, pelo comportamento que subjaz ao ato procriativo, desrespeitaram aqueles valores e que, por isso, são censurados penalmente. Estranha forma de se tutelar o superior interesse da criança!”. A solução oposta não assegurará também o superior interesse da criança, ainda que seja a que, nos termos gerais, resultará da celebração de um negócio nulo. A maternidade e a paternidade estabelecer-se-ão de acordo com as regras do Código Civil e a mãe será a gestante (mesmo que não queira ser mãe!). A autora citada tende para a primeira solução, apesar dos inconvenientes referidos. De facto, o n.º 7 do art. 8.º da LPMA não distingue se a solução se aplica apenas ao negócio válido e o intérprete não deve distinguir em homenagem ao superior interesse da criança. “A verdade intencional prevalecerá em abono do bem da pessoa que deverá nortear as soluções jurídicas neste âmbito: a criança” (mesma autora e obra, p. 166). Em sentido contrário, considerando que em caso de nulidade do contrato de gestação de substituição a maternidade passa a reger-se pela lei geral, sendo a gestante considerada mãe da criança, v. o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril de 2018, e que será analisado seguidamente.

A este propósito, dispõe o art. 39.º da LPMA que quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias (n.º 1); quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de multa até 240 dias (n.º 2); quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.ºs 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias (n.º 3); quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.ºs 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de multa até 120 dias (n.º 4); quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a celebração de contratos de gestação de substituição fora dos casos previstos nos n.ºs 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 2 anos (n.º 5); quem, em qualquer circunstância, retirar benefício económico da celebração de contratos de gestação de substituição ou da sua promoção, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, é punido com pena de prisão até 5 anos (n.º 6). A tentativa é punível (n.º 7).

O art. 3.º da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, previa a adoção da necessária regulamentação, no prazo máximo de 120 dias após a publicação da lei. Com considerável atraso, apenas cerca de um ano depois surgiu o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, regulamentando a lei que regula o acesso à gestação de substituição.

A Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, estabelecia, como vimos, as condições em que seria possível recorrer à gestação de substituição, apenas concebida para situações absolutamente excecionais e com requisitos de admissibilidade estritos. Ou seja, o recurso à gestação de substituição só era possível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero e de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem, e sempre sujeito à celebração de contratos de gestação de substituição, que dependia de autorização do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) e audição prévia da Ordem dos Médicos.

Pode ler-se no preâmbulo do referido Decreto Regulamentar que a “necessidade imperiosa de cumprimento dos requisitos já legalmente fixados exige, portanto, que a regulamentação concretize as condições indispensáveis à plena aplicação das soluções legislativas adotadas, garantindo-se que a mesma não cria constrangimentos adicionais que não constem de lei expressa, sob pena de violação da reserva de lei.

Assim, atendendo à necessidade de assegurar a unidade e coerência legislativa, foram envolvidos na regulamentação da referida Lei os mesmos especialistas que estiveram na base da regulamentação da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, através do Despacho n.º 11613/2016, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 188, de 29 de setembro [...]

[...] [I]mporta através do presente decreto regulamentar definir o procedimento de autorização prévia a que se encontra sujeita a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição, assim como o próprio contrato de gestação de substituição, cuja supervisão compete ao CNPMA, devendo garantir-se que os contratos de gestação de substituição asseguram a prevalência dos interesses da criança sobre quaisquer outros e que os interesses da mulher gestante são tidos em devida consideração.

Destaca-se a importância de privilegiar a ligação da mãe genética com a criança, ao longo do processo de gestação de substituição, designadamente no âmbito da celebração e da execução do próprio contrato, circunscrevendo-se a relação da gestante de substituição com a criança nascida ao mínimo indispensável, pelos potenciais riscos psicológicos e afetivos que essa relação comporta. Isto, obviamente, sem prejuízo das situações em que a gestante de substituição é uma familiar próxima, em que poderá existir, habitualmente, uma relação entre a gestante de substituição e a criança nascida. Procura-se, ainda, assegurar a máxima segurança médica possível, acautelando o envolvimento de todas as partes, numa decisão alicerçada na tutela de interesses comuns e, em especial, dos interesses da criança.

Seguindo o princípio de equilíbrio e prevenção de possíveis complicações físicas e psicológicas para a gestante de substituição, deve ser garantida à mesma, no âmbito do próprio contrato, um acompanhamento psicológico antes e após o parto.

Por fim, dada a necessidade de PMA no âmbito das situações de gestação de substituição, é premente assegurar o princípio da igualdade de tratamento no recurso às técnicas de PMA, em especial, no contexto do Serviço Nacional de Saúde, entre os beneficiários desta alternativa terapêutica e os beneficiários que reúnam os requisitos previstos nos artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.ºs 59/2007, de 4 de setembro, 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto, assim como a correta qualificação da gestante de substituição e do casal beneficiário para efeitos de aplicação do regime de proteção de parentalidade”.

O art. 8.º, n.º 4, da LPMA, sujeitava a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição a autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. O art. 2.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, dispõe que o pedido de autorização prévia para a celebração de contratos de gestação de substituição é apresentado ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) através de formulário disponível no respetivo sítio da internet (<http://www.cnpma.org.pt/>), cujo modelo é criado por este Conselho, subscrito conjuntamente pelo casal beneficiário e pela gestante de substituição (n.º 1). Tal pedido de autorização prévia devia ser acompanhado dos seguintes elementos e documentação: a) Da identificação do casal beneficiário e da gestante de substituição, escolhida por aquele casal; b) Da aceitação das condições previstas no contrato-tipo de gestação de substituição por parte do casal beneficiário e da gestante de substituição; c) Da documentação médica, com origem no centro de PMA no qual a técnica de PMA ou técnicas de PMA necessárias à concretização da gestação de substituição serão efetuadas, destinada a comprovar que a mulher elemento do casal beneficiário se encontra nas condições previstas nos n.ºs 2 e 3 do art. 8.º

da LPMA; d) De uma declaração de psiquiatra ou psicólogo favorável à celebração do contrato de gestação de substituição; e) De uma declaração do Diretor do centro de PMA no qual a técnica ou técnicas de PMA necessárias à concretização da gestação de substituição serão efetuadas, aceitando a concretização nesse centro do ou dos tratamentos a realizar (n.º 2).

Nos termos do n.º 3 do art. 2.º, no prazo máximo de 60 dias a contar da apresentação do pedido de autorização prévia, o CNPMA deliberaria sobre a admissão ou rejeição do pedido de autorização prévia e, em caso de admissão, enviaria a documentação referida na al. c) do número anterior à Ordem dos Médicos, solicitando o respetivo parecer dessa entidade, observadas as necessárias garantias de confidencialidade. No decurso desse prazo de 60 dias, o CNPMA podia excepcionalmente solicitar ao requerente informações ou documentos complementares ao pedido apresentado, suspendendo-se o prazo até a receção das informações ou documentos (n.º 4).

A Ordem dos Médicos teria um prazo máximo de 60 dias, a contar da receção da documentação referida no n.º 3, para apresentar o seu parecer ao CNPMA (n.º 5), que não tinha carácter vinculativo (n.º 6). No caso de a Ordem dos Médicos não emitir o seu parecer no prazo fixado pelo n.º 5, podia o procedimento prosseguir e vir a ser decidido sem o parecer (n.º 7).

O CNPMA devia decidir se autorizava ou rejeitava a celebração do respetivo contrato de gestação de substituição, no prazo máximo de 60 dias a contar da receção do parecer da Ordem dos Médicos ou da expiração do prazo referido no n.º 5, no caso de a Ordem dos Médicos não apresentar o seu parecer no prazo fixado (n.º 8). Para esse efeito, o CNPMA devia tomar as diligências que considerasse adequadas e necessárias para a decisão, designadamente, a realização de uma reunião com a gestante de substituição e o casal beneficiário, e a realização de uma avaliação completa e independente do casal beneficiário e da gestante de substituição, por uma equipa técnica e multidisciplinar designadamente na área da saúde materna e da saúde mental (n.º 9).

Determina o art. 3.º do Decreto Regulamentar que o CNPMA aprovaria o contrato-tipo de gestação de substituição, que conteria os elementos essenciais do contrato, disponibilizando-o no respetivo sítio da internet. Por acordo das partes, podiam ser aditadas cláusulas ao referido contrato-tipo (n.º 2).

Constariam do contrato-tipo, entre outras, cláusulas tendo por objeto: a) As obrigações da gestante de substituição no que respeita ao cumprimento das orientações médicas do obstetra que segue a gravidez e a realização dos exames e atos terapêuticos por este considerados indispensáveis ao correto acompanhamento clínico da gravidez, tendo em vista assegurar a evolução normal da gravidez e o bem-estar da criança; b) Os direitos da gestante de substituição na participação nas decisões referentes à escolha do obstetra que segue a gravidez, do tipo de parto e do local onde o mesmo terá lugar; c) O direito da gestante de substituição a um acompanhamento psicológico antes e após o parto; d) As obrigações e os direitos da gestante de substituição, tais como a possibilidade de recusa de se submeter a exames de diagnóstico, como a amniocentese, ou a possibilidade de realizar viagens em determinados meios de transporte ou fora do país no terceiro trimestre de gestação; e)



A prestação de informação completa e adequada sobre as técnicas clínicas e os seus potenciais riscos para a saúde; f) A prestação de informação ao casal beneficiário e à gestante de substituição sobre o significado e as consequências da influência do estilo de vida da gestante no desenvolvimento embrionário e fetal; g) As disposições a observar sobre quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação, quer a nível fetal, quer a nível da gestante de substituição; h) As disposições a observar em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez em conformidade com a legislação em vigor; i) A possibilidade de denúncia do contrato por qualquer das partes, no caso de se vir a verificar um determinado número de tentativas de gravidez falhadas e em que termos tal denúncia pode ter lugar; j) Os termos de revogação do consentimento ou do contrato e a suas consequências; k) A gratuidade do negócio jurídico e a ausência de qualquer tipo de imposição, pagamento ou doação por parte do casal beneficiário a favor da gestante de substituição por causa da gestação da criança, para além do valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes; l) Os subsistemas ou seguros de saúde que podem estar associados ao objeto de contrato; m) A forma de resolução de conflitos a adotar pelas partes em caso de divergência que se suscite sobre a interpretação ou execução do negócio jurídico (n.º 3).

As declarações negociais da gestante de substituição e dos beneficiários manifestadas no contrato de gestação de substituição são livremente revogáveis até ao início dos processos terapêuticos de PMA, sem prejuízo do disposto na al. e) do n.º 1 do art. 142.º do Código Penal (que determina que não é punível a interrupção da gravidez efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando for realizada, por opção da mulher, no caso gestante de substituição, nas primeiras 10 semanas de gravidez) – art. 4.º.

Impunha-se também regular os direitos parentais, ou seja, quem beneficia do regime de proteção de parentalidade (subsídios nas situações de risco clínico durante a gravidez, de interrupção da gravidez, de risco específico, de nascimento de filhos, de adoção e de assistência a filhos e a netos). Assim, dispõe o art. 6.º, n.º 1, do Decreto Regulamentar em análise que, no que respeita ao casal beneficiário, o parto da gestante de substituição seria considerado como seu para efeitos de licença parental. No que respeita à gestante de substituição, o seu parto beneficiaria de regime equivalente ao previsto para situação de interrupção da gravidez, no âmbito da aplicação do regime de proteção de parentalidade (n.º 2). O regime das faltas e dispensas relativas à proteção na parentalidade seria aplicável à gestante de substituição, e ao casal beneficiário, na qualidade de pais da criança (n.º 3).

Uma última nota para referir que o acesso a técnicas de PMA no âmbito do Serviço Nacional de Saúde pelo casal beneficiário e a gestante de substituição, nos termos legalmente definidos, deveria obedecer aos mesmos critérios que são aplicados aos beneficiários com acesso a técnicas de PMA ao abrigo da LPMA, e não podia ser objeto de tempos de espera distintos dos aplicáveis a esses beneficiários (art. 5.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho).

Não podemos deixar de referir ainda o facto de resultar do art. 8.º da LPMA a limitação dos beneficiários no acesso à gestação de substituição. Isto é, da redação do art. 8.º da LPMA deduz-se que apenas poderiam recorrer à gestação de substituição casais (do mesmo ou de diferente sexo), uma vez que se refere a “beneficiários”. Assim, apesar de o art. 6.º da LPMA permitir o acesso a técnicas de procriação medicamente assistida a mulheres sós, estas não poderão recorrer à gestação de substituição<sup>19</sup>, ainda que preenchendo os estritos requisitos da lei, o que poderia configurar uma diferenciação e tratamento discriminatório.

À luz da referida regulamentação, foram autorizados e estavam já em curso dois casos de gestação de substituição.

Entretanto, e por iniciativa de um grupo de trinta Deputados à Assembleia da República veio requerer-se, ao abrigo do disposto no art. 281.º, n.º 1, al. a), e n.º 2, al. f), da CRP, a declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de algumas normas da LPMA, na redação dada pelas Leis n.ºs 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto, de entre elas o art. 8.º, relativo à gestação de substituição, e das normas ou de parte das normas da LPMA que se refiram à gestação de substituição. Impõe-se, assim, uma análise do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, que se pronuncia quanto à referida (in)constitucionalidade.

#### **4 O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 225/2018, DE 24 DE ABRIL, E A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E DA CONFIDENCIALIDADE DO DADOR DE GÂMETAS**

Lê-se no relatório do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 as razões da apreciação da inconstitucionalidade de algumas das normas da LPMA<sup>20</sup>. Assim, a declaração de inconstitucionalidade decorre de um pedido apresentando por um grupo de trinta Deputados à Assembleia da República, ao abrigo do disposto no art. 281.º, n.º 1, al. a), e n.º 2, al. f), da CRP, que requereu a declaração da inconstitucionalidade, “com força obrigatória geral, dos seguintes preceitos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na redação dada pelas Leis n.ºs 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto:

- a) Artigo 8.º, sob a epígrafe «Gestação de substituição», n.ºs 1 a 12, por violação do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição), do dever do Estado de proteção da infância (artigo 69.º, n.º 1, da Constituição), do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição) e do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição); e, conseqüentemente, «das normas ou de parte das normas» da LPMA que se refiram à gestação de substituição (artigos 2.º, n.º 2, 3.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, 14.º, n.ºs 5 e 6, 15.º, n.ºs 1 e 5, 16.º, n.º 1, 30.º, alínea p), 34.º, 39.º e 44.º, n.º 1, alínea b) );

<sup>19</sup> Neste sentido v., a Deliberação do CNPMA n.º 20-II/2017, de 20 de outubro de 2017 <https://www.cnpma.org.pt/Documents/Delibera%C3%A7%C3%B5es/Deliberacao20-II.pdf> consultado a 7 de junho de 2018).

<sup>20</sup> O acórdão está publicado em Diário da República (1.ª série, n.º 87, de 7 de maio de 2018) e disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/115226940>, consultado a 5 de junho de 2018.

- b) Artigo 15.º, sob a epígrafe «Confidencialidade», n.ºs 1 e 4, em conjugação com os artigos 10.º, n.ºs 1 e 2, e 19.º, n.º 1, por violação dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (artigo 26.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição), do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição), do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição) e do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição);
- c) Artigo 20.º, sob a epígrafe «Determinação da parentalidade», n.º 3, por violação dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (artigo 26.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição), do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição), do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição) e do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição)”.

Consideram, assim, os requerentes “que a considerável abertura à inseminação heteróloga com sémen de dadores, que é levada a cabo pela nova redação dos artigos 10.º e 19.º da Lei da PMA, quando interpretada em conjunto com a norma do artigo 15.º da mesma Lei, que condiciona a obtenção de conhecimento sobre a identidade do dador – por parte de pessoa nascida de PMA – à instauração de processo judicial e à existência de razões ponderosas para a quebra do regime de confidencialidade, têm potencial para violar o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1.º e artigo 67.º, n.º 2, alínea e) da Constituição da República Portuguesa; o princípio da igualdade, previsto no art.º 13.º da Constituição da República Portuguesa; o princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa; e, bem assim, o conteúdo fundamental do direito à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, previstos no artigo 26.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa e o direito à identidade genética previsto no n.º 3 dessa mesma disposição constitucional.

Pelas mesmas exatas razões, consideram os signatários que a nova redação do artigo 20.º, n.º 3, da Lei da PMA, na parte em que dispensa a instauração da averiguação oficiosa da paternidade quando apenas houve lugar ao consentimento da pessoa sujeita a PMA, viola igualmente as referidas disposições da Constituição da República Portuguesa.

Consideram ainda os requerentes que a nova redação do artigo 8.º, bem como toda a regulamentação da gestação de substituição que no mesmo é vertida, não salvaguarda adequadamente os direitos da criança e da mulher gestante, admitindo que a mesma é suscetível de violar o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1.º e artigo 67.º, n.º 2, alínea e) da Constituição da República Portuguesa; o princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa; do direito à proteção da infância por parte do Estado, previsto no artigo 69.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa; e, bem assim, do conteúdo fundamental do direito à identidade pessoal e ao livre desenvolvimen-

da personalidade, previstos no artigo 26.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa e o direito à identidade genética previsto no n.º 3 dessa mesma disposição constitucional”.

Tratando-se de normas constantes do mesmo diploma e de a gestação de substituição pressupor o recurso a técnicas de PMA, considerou o Tribunal Constitucional existir uma conexão entre as normas cuja apreciação da inconstitucionalidade se pretende. Todavia, entendeu o mesmo tribunal efetuar uma apreciação autónoma das três questões em causa: 1) a admissibilidade do direito a constituir família com recurso à gestação de substituição, nos casos em que o projeto de parentalidade não seja concretizável de outro modo em consequência de situações clínicas impeditivas da gravidez; 2) o direito daqueles que nascem em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões de conhecerem a identidade do ou dos dadores e, bem assim, no caso de pessoas nascidas através do recurso à gestação de substituição, de conhecerem a identidade da respetiva gestante; e, 3) a legitimidade da dispensa da instauração da averiguação oficiosa da paternidade relativamente a criança nascida de uma mulher que tenha recorrido, a título individual, ou seja, fora do contexto de um casamento ou de uma união de facto, a técnicas de PMA para engravidar. E a justificação para tal tratamento autónomo das referidas questões, “primariamente fundado na sua própria natureza e nos diferentes grupos de interesses em causa relativamente a cada uma delas, surge reforçada atentas as vicissitudes dos procedimentos legislativos que culminaram na LPMA na versão ora em análise e, outrossim, em virtude de a questão do conhecimento da identidade dos dadores de gâmetas já ter sido objeto de apreciação por parte deste Tribunal, ainda que num contexto jurídico-normativo diferente (cfr., o Acórdão n.º 101/2009, acessível, assim como os demais adiante citados, em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>)”.

Como já referimos, a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, foi objeto de alterações subsequentes efetuadas, para o que aqui releva, pelas Leis n.º 17/2016, de 20 de junho, e n.º 25/2016, de 22 de agosto. E é a redação das normas resultante destas alterações legislativas que se questiona<sup>21</sup>.

A Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, alargou o âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA, com o objetivo de garantir o acesso de todas as mulheres à PMA. Para esse efeito, passou a prever-se, no art. 4.º, n.º 3, da LPMA, que as técnicas de PMA podem ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade, e, no art. 6.º, n.º 1, que podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual.

Por seu lado, a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, regula o acesso à gestação de substituição, limitando-o aos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez ou, ainda, em situações clínicas que o justifiquem.

21 Como já referido supra, a LPMA foi também alterada pelas Leis n.º 58/2017, de 25 de julho, n.º 49/2018, de 14 de agosto e n.º 48/2019, de 8 de junho. Contudo, para a análise que, neste momento, importa atentamos nas alterações de 2016.

O surgimento da admissibilidade da gestação de substituição, nos termos desta última lei, é apresentado no acórdão do Tribunal Constitucional, como se reproduz:

Uma primeira versão do projeto que esteve na origem desta Lei foi objeto de veto do Presidente da República, nos termos do artigo 136.º, n.º 1, da Constituição, considerando que o decreto enviado para promulgação não acolhia as condições cumulativas enunciadas pelo Conselho Nacional de Ética e para as Ciências da Vida (“CNECV”) em duas deliberações com quatro anos de diferença, e com composições diversas do Conselho, as quais «traduziram sempre a perspetiva mais aberta a uma iniciativa legislativa neste domínio». As mencionadas condições – que os requerentes transcreveram no seu pedido – foram enunciadas no Parecer n.º 63/CNECV/2012 e, na medida em que não foram contempladas no projeto de diploma então em análise, referidas no n.º 2 do Parecer n.º 87/CNECV/2016 («[o] Conselho entende ainda que o texto proposto não responde à maioria das objeções e condições que o Conselho, já no seu parecer 63/CNECV/2012, tinha considerado cumulativamente indispensáveis, de que se destacam: [...]»; os pareceres em causa podem ser acedidos em <http://www.cnecv.pt/pareceres.php?p=0>). Com efeito, diferentemente do que sucedera na apreciação realizada em 2012 – em que o CNECV aceitou, por maioria, a legitimidade da gestação de substituição a título excecional e desde que fossem observadas as referidas condições –, no Parecer de 2016, o mesmo Conselho considerou, desde logo, e por unanimidade, que no regime da gestação de substituição então apreciado – que visava «essencialmente levantar a proibição vertida no artigo 8.º» da LPMA – «não estão salvaguardados os direitos da criança a nascer e da mulher gestante, nem é feito o enquadramento adequado do contrato de gestação» (v. o respetivo n.º 1). No que se refere à perspetiva mais aberta implícita nas condições cumulativas exigidas pelo CNECV, o Presidente referiu, por comparação, e a título de exemplo, a Resolução do Parlamento Europeu 2015/2229 (INI), de 17 de dezembro de 2015, «aprovada por 421 votos a favor, 86 contra e 116 abstenções, que condenou no seu parágrafo 115. a gestação de substituição e defendeu a sua proibição» (é o seguinte o teor do parágrafo em questão: «[c]ondena a prática da gestação para outrem, que compromete a dignidade humana da mulher, pois o seu corpo e as suas funções reprodutoras são utilizados como mercadoria: considera que a prática de gestação para outrem, que envolve a exploração reprodutiva e a utilização do corpo humano para ganhos financeiros ou outros, nomeadamente de mulheres vulneráveis em países em desenvolvimento, deve ser proibida e tratada com urgência em instrumentos de direitos humanos»). Subsequentemente, o projeto foi reformulado e objeto de reapreciação pela Assembleia da República. Após a nova aprovação, o Presidente da República entendeu promulgar a nova lei, com base na seguinte consideração:

«[A] análise das modificações introduzidas pelo legislador do Decreto que, agora, deve ser apreciado, revela que, apesar de o texto alterado não corresponder totalmente ao que deveria ser a solução mais completa à luz dos Pareceres acima mencionados, ainda assim o veto presidencial determinou a reponderação substancial pela Assembleia da República de larga parte das condições por aquele Conselho recomendadas, cumprindo, nessa medida, no quadro parlamentar existente, a segunda função que assiste a um veto político do Presidente da República».

Assim, a gestação de substituição, anteriormente proibida em todos os casos (cfr. os artigos 8.º, n.º 1, e 39.º da LPMA, na sua redação originária, que se referiam à “maternidade de substituição”), passou a ser admitida no ordenamento jurídico português, a título excecional e desde que realizada com respeito por determinados requisitos, positivos e negativos.

A Lei n.º 17/2016 foi objeto de regulamentação pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de dezembro, que, de acordo com o respetivo preâmbulo, visa «assegurar o princípio da igualdade de tratamento entre os novos beneficiários» da PMA e aqueles que já o eram, à luz da legislação anterior, «favorecendo-se a equidade no acesso às técnicas de PMA», e garantindo-se «uma prestação de serviços adequada, segura e não discriminatória, conforme plasmado na Lei n.º 17/2016, de 20 de junho».

Por seu turno, a Lei n.º 25/2016 foi regulamentada pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho. De assinalar que, conforme previsto no artigo 4.º, n.º 2, daquela Lei, o início de vigência das alterações aos artigos 8.º e 39.º da LPMA – justamente os que relevam mais direta e imediatamente em matéria de gestação de substituição –, ficara dependente da entrada em vigor de tal regulamentação. Na sequência

do previsto no artigo 3.º, n.º 1, do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, o Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida (“CNPMA”) aprovou o contrato-tipo de gestação de substituição e disponibilizou-o no seu sítio da internet (cfr. [http://www.cnpma.org.pt/Docs/ContratoTipo\\_GS.pdf](http://www.cnpma.org.pt/Docs/ContratoTipo_GS.pdf)). Adotou também diversas deliberações com incidência direta ou indireta na matéria da gestação de substituição (acessíveis a partir de [http://www.cnpma.org.pt/cnpma\\_documentacao.aspx](http://www.cnpma.org.pt/cnpma_documentacao.aspx)), como por exemplo:

- Deliberação n.º 15-II/17, de 20 de outubro de 2017 (estabelece um limite etário para o acesso às técnicas de PMA por parte das mulheres beneficiárias: até aos 50 anos);
- Deliberação n.º 16-II/17, de 20 de outubro de 2017 (estabelece um limite etário para o acesso às técnicas de PMA por parte dos parceiros masculinos dos casais beneficiários: até aos 60 anos);
- Deliberação n.º 18-II/17, de 8 de setembro de 2017 (procedimento de autorização prévia para a celebração do contrato de gestação de substituição);
- Deliberação n.º 20-II/17, de 20 de outubro de 2017 (interpretação do conceito de beneficiários para efeitos de recurso a gestação de substituição: só casais heterossexuais ou casais formados por duas mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges);
- Deliberação n.º 21-II/17, de 24 de novembro de 2017 (estabelece o limite de idade da gestante no âmbito da gestação de substituição: menos de 45 anos, salvo se se tratar de mãe ou irmã de algum dos membros do casal beneficiário, caso em que o referido limite será de menos de 50 anos);
- Deliberação n.º 22-II/17, de 15 de dezembro de 2017 (estabelece diversos aspetos técnicos relativos à celebração e execução do contrato de gestação de substituição)

Nestes termos, e como pode também ler-se no acórdão em análise, o Tribunal Constitucional apreciou a inconstitucionalidade das normas da LPMA: 1) que admitem o recurso à gestação de substituição e que constam dos n.ºs 1 a 12 do art. 8.º (“e, consequentemente, das normas ou de parte das normas que se refiram à gestação da maternidade de substituição, a saber: arts. 2.º, n.º 2, 3.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, 14.º, n.ºs 5 e 6, 15.º, n.ºs 1 e 5, 16.º, n.º 1, 30.º, al. p), 34.º, 39.º e 44.º, n.º 1, al. b)”); 2) que impedem o direito daqueles que nascem em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões de conhecerem a identidade do ou dos dadores e, bem assim, no caso de pessoas nascidas através do recurso à gestação de substituição, de conhecerem a identidade da respetiva gestante, ou seja, as dos seus arts. 15.º, n.ºs 1 e 4, em conjugação com os arts. 10.º, n.ºs 1 e 2, e 19.º, n.º 1; e 3) que dispensam a instauração da averiguação oficiosa da paternidade relativamente a criança nascida em consequência do recurso a técnicas de PMA, nos termos do respetivo art. 20.º, n.º 3.

1) Quanto à gestação de substituição (primeira questão), faz o Tribunal Constitucional a caracterização do que chama “*modelo português de gestação de substituição*”. Enquanto instituto jurídico, a gestação de substituição “reveste carácter subsidiário e excecional, assume uma natureza meramente gestacional, pressupõe o consentimento autónomo dos interessados destinado a garantir a sua voluntariedade e tem de ser formalizada por via de um contrato a título gratuito, previamente autorizado, encontrando-se tal competência autorizativa atribuída ao CNPMA”.

1.1) O primeiro problema que analisa a este propósito é o da compatibilidade da gestação de substituição com o princípio da dignidade da pessoa humana [que pode “colocar-se diretamente, com referência às soluções do ordenamento interno, ou indiretamente, a propósito de problemas como o do reconhecimento da fi-

liação estabelecida no estrangeiro, como sucedeu, por exemplo, na Alemanha e em Itália (e, no mesmo plano de análise, mas sem referência imediata à compatibilidade com a dignidade humana, também em França)”. Para os requerentes do pedido de inconstitucionalidade, “a gestação de substituição consubstancia uma inaceitável mercantilização do ser humano, quer no que respeita à gestante, cujo corpo se transformaria num objeto ao serviço dos beneficiários, quer relativamente à criança, que desde antes do nascimento seria objeto de um negócio jurídico”. Haveria uma instrumentalização da gestante de substituição ao serviço de um desejo de ter filhos dos beneficiários incompatível com a sua dignidade. Assim, a violação da dignidade da pessoa humana será uma consequência necessária da gestação de substituição, na medida em que envolve uma “inaceitável exploração reprodutiva e a utilização do corpo da mulher”.

Quanto a este ponto da exploração da gestante, chama a atenção o Tribunal Constitucional para a necessária consideração da natureza gratuita dos contratos de gestação de substituição, únicos permitidos pela LPMA. Como entende o tribunal, a “gratuidade é mais uma garantia de que a atuação da gestante é verdadeiramente livre e, como tal, uma expressão da sua autonomia”. A par disso, a intervenção da gestante em tais contratos e no “projeto parental dos beneficiários é co-constitutiva, já que o mesmo não pode assentar exclusivamente no desejo de ter filhos destes últimos [...] Para haver gestação de substituição de acordo com as disposições da LPMA, os beneficiários têm de querer ser pais e a gestante tem de querer que os beneficiários sejam pais. E, por isso mesmo, ao aceitar colaborar ativamente com os beneficiários, a gestante, apesar de se submeter a técnicas de PMA, não assume um projeto parental próprio [...] visando antes possibilitar a concretização do projeto parental daqueles [...]: os beneficiários e a gestante querem todos que os primeiros tenham uma criança que seja sua filha, não obstante ter sido dada à luz pela segunda (cfr. o artigo 8.º, n.ºs 1 e 7, da LPMA). E é com base nesta convergência de vontades – *rectius*: é reconhecendo a sobredita convergência de vontades no pressuposto de a mesma ser válida e eficaz – que a lei prevê um regime especial de estabelecimento da filiação que afasta a regra geral do artigo 1796.º, n.º 1, do Código Civil”.

Por outro lado, o legislador estabeleceu condições mínimas que asseguram o requisito da gratuidade da gestação de substituição: “proíbe pagamentos e doações à gestante, excetuadas as compensações de despesas efetivamente incorridas (artigo 8.º, n.º 5, da LPMA) e exige que as partes do contrato de gestação de substituição não tenham entre si vínculos de subordinação económica (n.º 6 do mesmo preceito). Nada na lei impede que o clausulado contratual reforce estes aspetos, embora também não imponha qualquer tipo de cláusulas especificamente votadas a tal desiderato. Mas, em todo o caso, o legislador sanciona civil e penalmente a onerosidade daquele tipo de contratos ou o aproveitamento económico dos mesmos por parte de terceiros (artigos 8.º, n.º 12, e 39.º, n.ºs 1, 2 e 6, da mesma Lei)”.

Assim, considerou o Tribunal Constitucional que a gratuidade da gestação de substituição consagrada no ordenamento português é um dos seus traços essenciais e o legislador adotou medidas efetivas tendentes a

garanti-la minimamente, pelo que o argumento invocado quanto à exploração económica da gestante não procede em face do modelo português de gestação de substituição.

Quanto à questão da instrumentalização da gestante de substituição, reconhece o Tribunal Constitucional que “a gravidez, enquanto processo biológico, psicológico e potencialmente afetivo, é um estado da mulher no seu todo que, inclusivamente, se projeta na sua interação com aqueles que lhe são mais próximos e, bem assim, com a sociedade em geral. Por isso mesmo, valorizando tal estado, ao mesmo tempo que reconhece a maior vulnerabilidade que lhe está associada, a Constituição prevê um estatuto de especial proteção para as mulheres durante a gravidez (artigo 68.º, n.º 3) [...] Se é verdade que «a mulher grávida toma diariamente incontáveis decisões das quais não se desliga do seu estado, mas que são decisões da sua vida, tendo em consideração que está grávida» [...], não é menos verdade que o rumo da sua vida não tem de mudar só porque engravidou [...]. Assumir o contrário corresponde a uma redução – ainda que temporária – da condição de mulher livre, ativa e socialmente comprometida (enquanto trabalhadora, empreendedora, criadora ou mãe) a um estado incapacitante. Ora, a gravidez, implicando vulnerabilidade e exigindo cuidados especiais, não corresponde a uma incapacidade. A mulher grávida, no essencial, continua tão livre e autodeterminada nos planos intelectual e físico (incluindo neste a dimensão sexual) como antes, não representando os mencionados cuidados mais do que condicionamentos limitados, que se justificam em razão do bem-estar da criança que vai nascer e da própria grávida”.

Assim, considerou manifestamente exagerado entender-se que a gestação de substituição implica uma subordinação da gestante em todas as dimensões da sua vida ao interesse dos beneficiários, como se se tratasse de uma situação de apropriação, equivalente a “escravatura temporária” consentida. Além disso, a gestante de substituição, como já o referimos, atua num projeto de vida próprio, ou seja, a intervenção no projeto parental dos beneficiários não se esgota no proveito para estes últimos, retirando também a gestante benefícios para a sua personalidade, desenvolvendo, assim, o modo como se determina perante si e os outros e, com isso, elevando-se. “Ora, a elevação da gestante de substituição, perante si mesma e os beneficiários e, porventura, perante o círculo dos seus mais próximos, é o oposto da sua degradação. Com efeito, entendida como atuação de uma solidariedade ativa – ou até como entrega por amizade ou amor –, a gestação de substituição não pode deixar de ser vista como exercício da liberdade de exteriorização da personalidade ou liberdade de ação de acordo o projeto de vida e a vocação e capacidades pessoais próprias – uma das dimensões do direito ao desenvolvimento da personalidade consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição [...] Deste modo, a dignidade humana daquela que se assume como gestante de substituição não é violada [...]”.

A questão da dignidade é colocada também pelos requerentes em relação à criança que nasça na sequência do recurso à gestação de substituição, na medida em que será objeto de um negócio jurídico, determinando, assim, a sua coisificação. Entende, neste contexto, o Tribunal Constitucional, suportado por vários autores, que os acordos e contratos que são celebrados e que respondem às exigências formais da gestação de substi-



tuição não têm como objeto a criança em si mesma. E uma vez “nascida, essa criança integra-se numa família, tal como as demais crianças que nascem na sequência da reprodução por via de ato sexual. A prévia celebração dos contratos que regulam as técnicas de PMA ou a gestação de substituição, que foram indispensáveis para que tal criança nascesse, em nada afetam a sua dignidade. Pelo exposto, é justificado um paralelismo com o que ocorre em relação à PMA: tal como nesta, o recurso à gestação de substituição para concretizar um projeto parental, só por si, também não viola a dignidade da criança nascida na sequência de tal forma de reprodução”. Entende o tribunal que só se poderia falar de uma afetação da criança na sua dignidade, caso a gestação de substituição implicasse, por si só, uma necessária afetação negativa do novo ser em termos de comprometer o seu desenvolvimento integral num ambiente familiar normal (art. 69.º, n.ºs 1 e 2, da CRP). Não seria constitucionalmente admissível uma intervenção no âmbito da vida intrauterina que intencional e necessariamente resultasse num ser humano diminuído e sem plena capacidade de autodeterminação. Aí ocorreria “uma instrumentalização *ab initio* do novo ser às finalidades de tal prática que não poderia deixar de se qualificar como degradante. Porém, não existe a evidência de uma necessária lesão da criança causada pela sua separação da mulher que a deu à luz”.

Analisa ainda o Tribunal Constitucional possíveis objeções constitucionais à gestação de substituição do ponto de vista do superior interesse da criança. E, neste contexto, começa por resolver a eventual violação do dever de proteção da infância, constitucionalmente consagrado no art. 69.º da CRP. “Na base de tal posição está a aludida possibilidade de a quebra de vínculo entre o recém-nascido e a gestante causar danos psicológicos e emocionais durante o desenvolvimento do primeiro, os quais poderão acompanhá-lo ao longo de toda a vida [...] Daí que o superior interesse da criança exigisse a salvaguarda dessa ligação, devendo este interesse prevalecer sobre o dos pais intencionais e da própria gestante”. Considerou o tribunal que “o perigo inerente à gestação de substituição para o desenvolvimento da criança nascida com recurso à mesma reveste um grau de abstração elevado e de significativa incerteza [...] Num tal quadro de incerteza quanto aos riscos para o desenvolvimento da criança e de certeza positiva quanto aos benefícios da gestação de substituição para os beneficiários e a própria gestante, não pode deixar de reconhecer-se ao legislador um significativo espaço de avaliação e de conformação [...] Permitir a gestação de substituição ou proibi-la, corresponde simplesmente a uma opção do legislador, a adotar num quadro de ausência de certezas absolutas sobre se as vantagens sobrelevam as desvantagens ou vice-versa [...]. Consequentemente, a consagração da gestação de substituição no artigo 8.º da LPMA, por si só, não viola o dever de proteção da infância”.

1.2) Por outro lado, e em conexão com a defesa do superior interesse da criança, analisa o tribunal a questão do ponto de vista da eventual criação de famílias monoparentais por via da gestação de substituição. A questão já havia sido colocada anteriormente a propósito da existência da PMA heteróloga<sup>22</sup>. Ao alargar o âmbito

22 V., o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, de 3 de março de 2009 (Diário da República n.º 64/2009, Série II, de 1 de abril de 2009). Excluindo-se a paternidade do dador e ao permitir que o marido ou o companheiro unido de facto à mulher sujeita à técnica de PMA possa impugnar a presunção de paternidade, provando que não prestou

dos beneficiários das técnicas de PMA, a Lei n.º 17/2016 garantiu o acesso de todas as mulheres à PMA (v., art. 6.º, n.º 1, da LPMA). Ora, a questão da monoparentalidade pode também colocar-se no contexto da gestação de substituição, mas “não é um *problema específico* de tal modo de procriação”. Na verdade, a possibilidade de constituição de famílias monoparentais com recurso a técnicas de PMA resulta apenas do art. 6.º, n.º 1, da LPMA. E, como refere o Tribunal Constitucional, a constitucionalidade deste preceito não foi questionada pelos requerentes, nessa ou em qualquer outra dimensão, razão por que o Tribunal, em obediência ao princípio do pedido, não pode conhecer de tal questão.

1.3) O Tribunal Constitucional não considerou que existisse uma incompatibilidade do nosso modelo de gestação de substituição com a CRP, mas considerou dever apreciar algumas normas do seu regime jurídico. Ou seja, não está em causa o modelo em si mas apenas certas “soluções adotadas na sua concretização legislativa”. Assim, e atendendo às soluções adotadas, o tribunal pronunciou-se quanto a algumas matérias que podem colidir com princípios constitucionais.

(I) A primeira questão prende-se com os limites à livre revogabilidade do consentimento da gestante. Assim, “cumpre analisar a efetividade da garantia de autonomia ética e pessoal da gestante de substituição, indispensável à preservação da sua dignidade, que age no âmbito de um processo biológico, psíquico e potencialmente emocional-afetivo como a gravidez. Com efeito, se a gestação de substituição é legítima, do ponto de vista da gestante, enquanto exercício da sua liberdade de exteriorização da personalidade – uma liberdade de agir de acordo com um projeto de vida próprio e autoconformador da própria personalidade (...) – importa assegurar que o sentido de tal atuação não seja invertido e que, a meio do processo, se converta em mero instrumento ao serviço da vontade dos beneficiários. O legislador foi ao encontro desta preocupação por duas vias: exigindo, por um lado, como pressuposto do próprio contrato de gestação de substituição, que a gestante seja informada dos benefícios e riscos conhecidos, bem como das implicações éticas, sociais e jurídicas do compromisso que se propõe assumir e que a mesma preste um consentimento expresso, autónomo e antecipado; e, por outro, permitindo a revogação de tal consentimento «até ao início dos processos terapêuticos de PMA» (cfr. os artigos 8.º, n.º 8, e 14.º, ambos da LPMA; v. também supra os n.ºs 8 e 29). Mas será que tal é suficiente?”.

O consentimento da gestante para a eficácia do contrato de gestação de substituição é essencial e, mesmo que já exista um contrato assinado entre as partes (gestante e beneficiários), qualquer uma delas pode revogar o consentimento previamente dado (v., art. 14.º, n.ºs 4 e 5) e, com isso, falhando o pressuposto da celebração do contrato, determinando a sua ineficácia. E o consentimento prestado no quadro da gestação de substituição é “mais complexo, porque exige uma declaração de consentimento dos beneficiários e outra da gestante, as quais não se dirigem apenas ao médico responsável, mas também aos próprios interessados: os beneficiários consentem, também perante a gestante, que nesta seja implantado um embrião constituído com recurso a gâ-

---

consentimento para a mesma (ou que a criança não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado), a criança poderá ser juridicamente considerada apenas filha da mulher que se submeteu à técnica de PMA.

metas de, pelo menos, um deles; e a gestante consente, também perante os beneficiários, em que lhe seja implantado esse mesmo embrião”. E é também “mais abrangente, uma vez que o seu objeto é não só a aplicação de uma técnica de PMA, mas todo o processo gestacional e o próprio parto. Daí a previsão no artigo 14.º, n.º 6, de que “os beneficiários e a gestante de substituição [sejam] ainda [– isto é, para além das informações respeitantes aos benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização de técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas –] informados, por escrito, do significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal”.

Ora, o art. 14.º, n.º 4, aplicável à gestação de substituição por força do n.º 5 do mesmo artigo, admite a revogabilidade do consentimento até ao início dos processos terapêuticos de PMA. “A questão que este preceito suscita, depois, é a de saber se tal garantia, do ponto de vista da salvaguarda da dignidade da gestante, é suficiente.” O consentimento da gestante é prestado antes do início do processo terapêutico de PMA e abrange toda a gestação. “Tal consentimento baseia-se nas informações a que se reportam os n.ºs 2 e 6 do artigo 14.º: respetivamente, benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas; e significado da influência da gestante no desenvolvimento embrionário e fetal (...). Sucede que a gestação é um processo complexo, dinâmico e único, em que se cria uma relação entre a grávida e o feto que se vai desenvolvendo no seu seio. Daí poder questionar-se até que ponto é que um consentimento prestado ainda antes da gravidez, relativamente a todo o processo da gestação de substituição, desde a implantação do embrião até ao parto e, mesmo depois, até à entrega da criança aos beneficiários, é verdadeiramente informado quanto à totalidade desse mesmo processo”. Defende o Tribunal Constitucional que estas características da gravidez “condicionam decisivamente a possibilidade de um esclarecimento cabal ou de uma informação completa *ex ante* e, conseqüentemente, a própria posição da gestante face aos beneficiários: não sendo possível antecipar e prever o que vai ocorrer nas várias fases, desde a implantação do embrião até à entrega da criança, pode duvidar-se da existência de um consentimento suficientemente informado e, como tal, adotado com plena consciência de todas as possíveis conseqüências. Inexistindo um esclarecimento suficiente, a escolha realizada também não poderá considerar-se verdadeiramente livre. Em tais condições, caso a gestante se venha a opor à execução do contrato de gestação de substituição, é de concluir que uma eventual execução forçada do mesmo, ou uma penalização pecuniária pelo seu incumprimento devem ser consideradas, como uma afetação não realmente consentida da sua personalidade”. Pode, além do mais, existir uma alteração das circunstâncias que determinaram o consentimento da gestante, fazendo com que o projeto parental inicial não corresponda mais à sua vontade, ou pode a gestante não querer levar a gestação até ao fim (realizando uma interrupção voluntária da gravidez)<sup>23</sup> ou querer levar a gravidez até ao fim e assumir um

23 O Tribunal Constitucional analisa autonomamente esta questão da interrupção voluntária da gravidez (IVG), acabando por concluir que, no quadro da gestação de substituição, “a opção de realizar uma IVG, nos casos e nos termos em que a lei geral a admite, corresponde a uma garantia essencial da efetividade do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante. Mas essa opção, devido à impossibilidade de revogação do consentimento, não se encontra salvaguardada em toda a sua amplitude (desde logo, por exemplo, no que se refere à exclusão de penalizações [...]).”

projeto parental próprio. Assim, “quer a *insuficiência de informação* eventualmente viciante do consentimento inicial da gestante, quer a *alteração posterior e imprevisível da sua vontade em razão de vicissitudes ocorridas durante a gestação ou o parto*, justificam a possibilidade da ocorrência de situações não consideradas no consentimento por ela previamente prestado e, por isso mesmo, incompatíveis com a afirmação da sua personalidade. Ou seja, tendo a gestante deixado de querer continuar no processo de gestação de substituição tal como delineado no correspondente contrato, deixa também de poder entender-se que a sua participação em tal processo corresponde ao exercício do seu direito ao desenvolvimento da personalidade”. Por isso, a revogabilidade do consentimento inicialmente prestado é a única garantia de que o cumprimento das obrigações específicas de cada fase daquele processo continua a ser voluntário e, por isso, a corresponder ao exercício do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante. Havendo um limite à revogação do consentimento, não sendo inadequado nem desnecessário à proteção do projeto parental dos beneficiários, é, “todavia, *excessivo*, pelo sacrifício que impõe a um direito fundamental da gestante de substituição”. Forçar o cumprimento das obrigações resultantes do contrato de gestação de substituição nestas circunstâncias “implicaria instrumentalizar a gestante ao mesmo projeto parental, interferindo gravemente com a sua capacidade de autodeterminação e, em última análise, com a sua dignidade pessoal [...] Daí a importância de acautelar a permanência de tal vontade ao longo de todo o processo, o que só é possível mediante a admissão da livre revogabilidade do consentimento da gestante até ao cumprimento integral de todas as obrigações essenciais do contrato de gestação de substituição. Do lado dos beneficiários, a admissão de tal revogação implica subordinar o destino do projeto parental por eles concebido – e para o qual também contribuíram decisivamente fornecendo gâmetas essenciais à formação do embrião transferido para o útero da gestante – a uma disposição de vontade da gestante, frustrando, desse modo, expectativas legítimas quanto à possibilidade de ter uma família com filhos seus. Mas, a verdade é que o projeto em causa depende desde o início da solidariedade ativa da gestante; nunca é autónomo”.

Por tudo isto, deve relevar, de acordo com a posição do tribunal, a revogação pela gestante do seu consentimento inicial antes de entregar voluntariamente a criança que deu à luz ao casal beneficiário. “Depois desse momento, estabelece-se uma nova relação entre estes últimos e o recém-nascido, deixando a gestante de ter argumentos que justifiquem voltar atrás (analogamente, quanto à adoção, v. o artigo 1983.º, n.º 1, do Código Civil)”.

“Em suma, a limitação à revogabilidade do consentimento da gestante estabelecida em consequência das remissões dos artigos 8.º, n.º 8, e 14.º, n.º 5, da LPMA para o n.º 4 deste último, é inconstitucional por restringir excessivamente o direito da gestante ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, e o seu direito de constituir família (artigos 1.º e 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição), estendendo-se tal juízo consequencialmente, e pelas mesmas razões, à norma do n.º 7 do artigo 8.º daquela Lei, segundo a qual a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é sempre tida como filha dos respetivos beneficiários. Na verdade, esta última norma, ao estabelecer um critério especial de filiação da criança nascida através do recurso à gestação de substituição no pressuposto de que a gestante prestou o seu consentimento livre e esclarecido a tal modo de procriação, não ressalva a possibilidade de revogação

desse mesmo consentimento – revogação essa que, por sua vez, implica a aplicabilidade do critério geral de filiação previsto no Código Civil – que, conforme referido, constitui uma condição necessária da salvaguarda do direito ao desenvolvimento da gestante ao longo de todo o processo de gestação de substituição.”

(II) A segunda questão analisada, neste contexto, pelo Tribunal Constitucional tem a ver com o regime da nulidade do contrato de gestação de substituição gratuito. O “regime da nulidade previsto no n.º 12 do artigo 8.º da LPMA, privando de eficácia o contrato de gestação de substituição, afeta a filiação estabelecida nos termos do n.º 7 de tal preceito com base nesse contrato. Suscitam-se, por isso, dúvidas, quanto ao respeito das exigências de segurança jurídica numa matéria tão importante como a da filiação, atenta a invocabilidade a todo o tempo e por qualquer interessado da nulidade. Tais dúvidas estendem-se ainda à questão de saber se, e em que medida, o interesse da criança nascida na sequência de uma gestação de substituição pode ser objeto de ponderação autónoma, em caso de nulidade do pertinente contrato, seja ele gratuito ou oneroso”.

O problema prende-se com o facto de, em consequência da eliminação dos efeitos do contrato de gestação de substituição, decorrente da sua nulidade (art. 8.º, n.º 12, da LPMA)<sup>24</sup>, e não havendo regulamentação específica, o estabelecimento da filiação da criança deixa de poder ocorrer em relação aos beneficiários (um dos efeitos pretendidos com o contrato). A matéria passará a reger-se pela lei geral, ou seja, a maternidade resulta do facto do nascimento (art. 1796.º, n.º 1, do Código Civil). Assim, a gestante de substituição passa a ser considerada mãe da criança. Entendeu o Tribunal Constitucional que “a previsão de um mero regime de nulidade do contrato de gestação para a hipótese de o mesmo violar o regime aplicável da LPMA, sem se regular de forma cuidadosa as eventuais consequências que possam decorrer desse negócio nulo em matéria de filiação da criança, poderá colocar gravemente em causa o seu superior interesse”.

E repare-se que a gestante não pretendeu, ao participar no projeto parental, ser a mãe da criança. “A densidade problemática da situação agrava-se, caso o embrião tenha sido gerado também a partir de um ovócito da beneficiária: a ‘mãe genética e social’ com um projeto parental para a criança perde a maternidade para a ‘mãe jurídica’ que, todavia, não pretende sê-lo nem tem qualquer projeto parental relativamente à mesma criança. Naturalmente, é fácil compreender que a incerteza e as inúmeras implicações legais, familiares e sucessórias para a criança, numa situação deste tipo, são de extrema relevância, e que cabe ao Estado protegê-la, na medida do possível, através de uma modelação adequada do regime legal.”

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) – v., parecer n.º 63/CNECV/012 – já havia sugerido, neste contexto, que, alternativamente à consideração inflexível da gestante como a mãe jurídi-

<sup>24</sup> Chama a atenção o tribunal para a rigidez excessiva inerente à invocabilidade da nulidade sem limite de tempo. Na verdade, pode decorrer muito tempo depois da entrega da criança aos beneficiários e só nessa altura se deteta que o contrato padece de uma nulidade. “Deve tudo regressar ao início abstraindo dos laços de convivência entretanto estabelecidos?” Tal solução criará um grau de incerteza e indefinição quanto à filiação já estabelecida, o que não é compatível com a segurança jurídica exigível em matéria de estatuto das pessoas.

ca, fosse deixada ao juiz a busca da solução mais adequada atendendo às circunstâncias do caso, pelo menos para efeitos de tutela e guarda.

“O regime consagrado no n.º 12 do artigo 8.º da LPMA, [...] não diferencia em função do tempo ou da gravidade as causas invocadas para justificar a declaração de nulidade. Tal solução mostra-se, por isso, incompatível com o princípio da segurança jurídica decorrente do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da Constituição. Por outro lado, o mesmo regime, na sua abstração e com o automatismo dos efeitos legais que lhe estão associados, também não permite acautelar a solução que, em concreto, se revele como a mais adequada ao desenvolvimento integral da criança nascida na sequência de um contrato de gestação de substituição nulo. Ora, a solução indiferenciada e com efeitos *ex lege* própria do regime da nulidade obsta à consideração deste interesse fundamental da criança concretamente em causa – o respetivo direito à identidade pessoal previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição –, podendo concluir-se que na sua adoção o legislador não tomou «primacialmente em conta o superior interesse da criança», conforme exigido pelo artigo 3.º, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos das Crianças. Nessa mesma medida, o legislador violou o dever do Estado de proteção da infância, consagrado no artigo 69.º, n.º 1, da Constituição.”<sup>25</sup>

(III) Finalmente, ainda que num plano diferente, coloca-se a questão da indeterminabilidade do regime legal do contrato de gestação de substituição. Está em causa o problema da suficiência e determinabilidade do regime legal estabelecido quanto ao contrato de gestação de substituição (v., n.ºs 4, 10 e 11 do art. 8.º da LPMA). O legislador prescindiu de intervir no tocante à conformação do conteúdo das cláusulas contratuais, limitando-se a prever a existência necessária de disposições sobre certas matérias e a proibir disposições que imponham “restrições de comportamentos à gestante de substituição” ou “normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade”. Paralelamente, reconhece que o contrato é “supervisionado” pelo CNPMA e tem de ser pelo mesmo previamente autorizado. “Ou seja, e sem prejuízo do início de vigência do regulamento referido no artigo 4.º, n.º 2, da Lei n.º 25/2016, ao abdicar nos termos referidos de intervir na conformação do conteúdo do contrato de gestação de substituição, o legislador acabou por remeter para o CNPMA a competência de delimitar positiva e negativamente o âmbito do exercício da autonomia privada das partes em tal contrato.” Assim, a questão de inconstitucionalidade a analisar é a da legitimidade de, em termos materiais ou substanciais, remeter para atos infralegislativos a definição das condições essenciais de acesso dos cidadãos à gestação de substituição. Os “n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º da LPMA não oferecem uma medida jurídica com densidade suficiente para estabelecer parâmetros de atuação previsíveis relativamente aos particulares interessados em celebrar contatos de gestação de substituição nem, tão pouco, critérios materiais suficientemente precisos e controláveis para o CNPMA exercer as suas competências de supervisão e de autorização prévia. O que resulta claramente de tais preceitos é a sujeição do contrato de gestação de substituição a autorização administrativa prévia – por isso que a respetiva celebração só é admitida a título excepcional, conforme estatuído no n.º 2 do artigo 8.º – e a atribuição de poderes administrativos formais àquele Conselho: a supervisão do

<sup>25</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril (Diário da República (1.ª série, n.º 87, de 7 de maio de 2018) e disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/115226940>, consultado a 5 de junho de 2018).

conteúdo do contrato e a competência para autorizar previamente o mesmo”. Considerou o tribunal que, devido à sua indeterminação, a LPMA não oferece uma medida jurídica apta a estabelecer regras de conduta para os beneficiários e para a gestante de substituição ou a fixar orientações com densidade suficiente para balizar a definição pelo CNPMA dos critérios de autorização prévia do contrato a celebrar entre os primeiros e a segunda. Tal indeterminação, além de tornar imprevisíveis, à luz da lei, os critérios que este órgão deve fixar, também não permite um controlo jurisdicional da sua legalidade adequado à importância da matéria em causa. “Tratando-se de disciplina de sentido restritivo quanto ao exercício de direitos, liberdades e garantias, tanto por parte da gestante, como dos beneficiários – e, por conseguinte, matéria de reserva de lei parlamentar ex vi artigos 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1 alínea b), da Constituição –, aquela indeterminação não é compatível com a exigência de precisão ou determinabilidade das leis, decorrente do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da Constituição.” Carecendo os n.ºs 4, 10 e 11 do art. 8.º da LPMA, que se reportam aos limites a estabelecer à autonomia das partes do contrato de gestação de substituição, assim como aos limites às restrições admissíveis dos comportamentos da gestante a estipular no mesmo contrato, de tal precisão ou determinabilidade, são inconstitucionais, “por violação do princípio da determinabilidade da lei, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, e 165, n.º 1, alínea b), ambos da Constituição, por referência aos direitos ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família da gestante e dos beneficiários consagrados nos artigos 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, do mesmo normativo”.

Fica, assim, prejudicada a possibilidade de celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição na ordem jurídica portuguesa até que o legislador parlamentar venha estabelecer para os mesmos um regime constitucionalmente adequado. “Por isso, tal juízo de inconstitucionalidade estende-se consequencialmente às normas dos n.ºs 2 e 3 do artigo 8.º da LPMA, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excepcional e mediante autorização prévia. Com efeito, sendo a celebração daqueles negócios jurídicos possível tão-somente a título excepcional e desde que previamente autorizados (cfr. os citados n.ºs 2 e 3 do artigo 8.º da LPMA), a falta de uma entidade com competência para os autorizar e, bem assim, a ausência de definição legal de critérios de autorização determina a sua inadmissibilidade.” A este propósito, o tribunal considerou ter de justificar, até por razões de clareza e de segurança jurídica, a razão desta declaração de inconstitucionalidade. “Na verdade, representaria, mais do que um paradoxo, uma inaceitável contradição valorativa admitir a continuação da possibilidade de celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição na ordem jurídica portuguesa, ao abrigo de um qualquer outro regime ainda menos determinado ao nível de uma lei da Assembleia da República do que aquele que agora é censurado.”

2) Um segundo conjunto de questões suscitadas pelos requerentes no seu pedido respeita ao direito daqueles que nascem em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões de conhecerem a identidade do ou dos dadores e, bem assim, no caso de pessoas nascidas através do recurso à

gestação de substituição, de conhecerem a identidade da respectiva gestante. Nesse sentido, requerem a fiscalização da constitucionalidade das normas dos n.ºs 1 e 4 do art. 15.º da LPMA, em conjugação com os seus arts. 10.º, n.ºs 1 e 2, e 19.º, n.º 1, na medida em que as mesmas não permitem à pessoa fruto de técnicas de PMA heteróloga ou nascida através do recurso à gestação de substituição o conhecimento da sua ascendência genética e/ou da identidade da mulher que a deu à luz. Repare-se que não se requer a inconstitucionalidade de toda a norma, apenas dos n.ºs 1 e 4 do art. 15.º (apesar de os n.ºs 2 e 3 também estabelecerem a confidencialidade do dador). Por isso, o tribunal, antes de se pronunciar quanto à inconstitucionalidade de tais normas, advertiu que, resultando de uma eventual declaração de inconstitucionalidade a eliminação da obrigação de sigilo absoluto constante do n.º 1 do art. 15.º, relativamente a quem nasceu em consequência de processos de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição (e, desse modo, afastando também a impossibilidade absoluta de acesso à identidade da gestante de substituição por parte da pessoa nascida com recurso à gestação de substituição), e a consequente eliminação da necessidade de apresentação de “razões ponderosas” para que o interessado possa ter acesso à identidade dos dadores atualmente prevista no n.º 4 daquele preceito, “será conveniente uma intervenção legislativa destinada não apenas a eliminar as contradições sistémicas que podem resultar da combinação da permanência em vigor do artigo 15.º, n.ºs 2 e 3, com os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mas também a regular os termos em que os interessados poderão aceder às informações necessárias ao conhecimento das suas origens”.

A questão da inconstitucionalidade assenta na incompatibilidade da atual redação da lei “com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais à identidade e ao desenvolvimento da personalidade da pessoa nascida através do recurso a técnicas de PMA heteróloga, incluindo nas situações de gestação de substituição”.

O Tribunal Constitucional começou, a este propósito, por apreciar os interesses fundamentais em conflito, ou seja, por um lado, estará o direito da pessoa que nasce por recurso a técnicas de PMA heterólogas, incluindo gestação de substituição, de conhecer a sua origem genética, e, por outro lado, o interesse na manutenção da paz e tranquilidade da família em que essa pessoa se integra, bem como a manutenção do anonimato por parte de quem tenha sido o doador do material genético ou de quem tenha sido a gestante de substituição. “De um lado, invoca-se o interesse dos pais em nada contar. Durante muito tempo, prevaleceu a ideia da necessidade de proteger a intimidade da vida privada e familiar. Além disso, argumenta-se, o anonimato encoraja a doação de gâmetas e é uma garantia para os pais da impossibilidade de o dador reclamar quaisquer direitos sobre o filho biológico. Ademais, a revelação da identidade dos dadores de gâmetas poderia conduzir ao surgimento de relações de paternidade e maternidade despidas de um projeto real de assunção dessas mesmas relações, o que seria uma situação a evitar. Por fim, sustenta-se ainda que a regra do anonimato dos dadores é um elemento essencial para assegurar a existência de dadores e, consequentemente, a própria viabilidade da PMA heteróloga.



Do outro lado, defende-se o direito da pessoa a conhecer a sua história e a sua identidade, sendo a origem biológica e genética uma parte importante dessa mesma identidade. Com a mudança das concepções sociais e uma maior aceitação do recurso aos tratamentos de infertilidade, o interesse dos pais em guardar segredo sobre o recurso à PMA começa, agora, a dar lugar a uma maior atenção aos direitos da pessoa nascida na sequência da utilização de técnicas de PMA. Disso mesmo é exemplo a evolução de várias ordens jurídicas, no sentido de uma progressiva abertura à tutela do direito ao conhecimento das próprias origens, e até ao abandono, por completo, da regra do anonimato dos dadores<sup>26</sup>. Depois da devida análise do direito internacional e das soluções de outros ordenamentos jurídicos<sup>26</sup> e da doutrina e jurisprudência nacionais, concluiu o tribunal no sentido de a confidencialidade prevista no art. 15.º não ser, como está prevista, incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas violar os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética. Analisando a evolução verificada neste contexto, reconhece o tribunal que “de um tempo em que o segredo sobre as origens se considerava justificado e até desejável, passou-se a um quadro concetual que promove a transparência nas relações humanas, incluindo as relações familiares. Por toda a Europa se assiste a um progressivo reconhecimento, em termos amplos, do direito a aceder aos dados sobre a própria origem, incluindo a identidade dos dadores, como decorrência necessária da proteção constitucional conferida ao direito à identidade e à historicidade pessoal.

Assim, é difícil compreender que o legislador português [...] continue a optar por uma solução que se centra nos gâmetas, isoladamente considerados, apagando, por regra, a identidade do dador, e presumindo, sem que para tal se descortine fundamento suficiente, que este rejeitará o reconhecimento do seu papel na criação de vida humana, ou que a assunção da sua existência pode minorizar, de alguma forma, o essencialíssimo papel dos pais – pais no plano jurídico e no plano fáctico – da pessoa nascida de PMA com recurso a gâmetas de terceiro”. E estas considerações aplicam-se igualmente para a questão do conhecimento da identidade da gestante de substituição. A “gestação é uma vivência pessoal diferenciadora, pelo que é compreensível a pretensão de conhecer a identidade de quem a suportou, por razões análogas às que fundamentam a pretensão do conhecimento das origens genéticas”.

Reconhece ainda o Tribunal Constitucional que as próprias concepções políticas e sociais nacionais também têm evoluído naquele sentido, sendo de destacar, a esse propósito, “a garantia do acesso ao conhecimento das origens, a solicitação expressa do adotado com idade igual ou superior a 16 anos, consagrada no artigo 6.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro (cfr. também o artigo 1990.º-A do Código Civil, aditado pela referida Lei)”.

<sup>26</sup> A questão do anonimato dos dadores e do direito da pessoa que nasce com recurso a técnicas de PMA a conhecer a sua origem genética é controversa e as soluções encontradas nos ordenamentos jurídicos europeus são muito díspares. P. ex., na Alemanha o conhecimento da origem genética é reconhecido como um direito fundamental decorrente da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade constitucionalmente garantidos. No mesmo sentido, apontam os ordenamentos jurídicos do Reino Unido ou da Suíça, Holanda, Suécia, Noruega, Islândia ou Finlândia (este últimos aboliram completamente a regra do anonimato dos dadores). Pelo contrário, em Espanha ou em França vigora a regra do anonimato.

Assim, a opção seguida pelo legislador no art. 15.º, n.ºs 1 e 4, da LPMA, de estabelecer como regra, ainda que não absoluta, o anonimato dos dadores, no caso da procriação heteróloga, e, bem assim, o anonimato das gestantes de substituição (e aqui como regra absoluta), merece censura constitucional. “Efetivamente, mal se compreende, hoje, que o regime regra permaneça o do anonimato, que constitui uma afetação indubitavelmente gravosa dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados no artigo 26.º, n.º 1, da CRP. Combinando as exigências emanadas do núcleo essencial destes direitos com o padrão imposto pelo princípio da proporcionalidade, consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, e repetidamente mobilizado e explicado por este Tribunal, afigura-se desnecessária tal opção, mesmo no que respeita à salvaguarda de outros direitos fundamentais ou valores constitucionalmente protegidos, que sempre poderão ser tutelados de maneira adequada, através de um regime jurídico que consagre a regra inversa: a possibilidade do anonimato dos dadores e da gestante de substituição apenas – e só – quando haja razões ponderosas para tal, a avaliar casuisticamente.”

3) Os requerentes do pedido de apreciação ao Tribunal Constitucional questionavam ainda a dispensa da averiguação oficiosa da paternidade, nos termos do art. 20.º, n.º 3, da LPMA. A norma aplica-se apenas nos casos em apenas uma mulher, nos termos do art. 6.º da LPMA (cuja inconstitucionalidade não foi alegada), sem estar no contexto de um casamento ou união de facto, recorrer a técnicas de PMA. Permite-se, assim, a constituição, por recurso a técnicas de PMA, de uma família monoparental. Ora, e atendendo à solução do art. 10.º, n.º 2, da LPMA, não tem sentido a averiguação oficiosa da paternidade, uma vez que, ainda que pudesse ser conhecida a identidade do dador, este não poderia ser tido como progenitor da criança nascida. Assim, o tribunal não considerou a solução do art. 20.º, n.º 3, da LPMA, violadora do princípio da igualdade, já que se opta, face aos filhos de mães que não recorreram a técnicas de PMA e que terão, assim, um pai cuja identidade deve ser apurada, por uma regra diferente para uma realidade também diferente, no que à geração de uma criança diz respeito. Por outro lado, “a norma em causa afigura-se razoável e proporcional, tendo em mente a necessidade de salvaguarda de direitos fundamentais, quer da mãe, quer da própria criança gerada por mulher sozinha com recurso a PMA, designadamente, o respeito pela sua vida privada e familiar”.

4) Entendeu ainda o Tribunal Constitucional limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas em causa, ou seja, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não se aplicam aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida. Na verdade, reconheceu o tribunal que, atendendo ao período de tempo decorrido entre a entrada em vigor das alterações ao art. 8.º da LPMA e a apreciação pelo tribunal da constitucionalidade, é possível que se encontrassem já em execução contratos de gestação de substituição. Assim, “no caso de já terem sido iniciados os processos terapêuticos de PMA em execução de contratos de gestação de substituição autorizados pelo CNPMA, é elevada a probabilidade de já existirem gâmetas recolhidos ou embriões formados em vista da concretização de

processos concretos de gestação de substituição. É igualmente possível que já tenha ocorrido a transferência uterina de embriões com a consequente gravidez.

Dado o valor intrínseco de todos esses bens, e outrossim o respeito pela saúde e integridade física de quem já foi objeto de atos médicos correspondentes à utilização de técnicas de PMA, justifica-se, por imperativos de segurança jurídica, tendo em conta os valores fundamentais envolvidos, em especial, nos casos em que já exista vida humana extrauterina ou intrauterina, o dever do Estado de proteção da infância, limitar os efeitos da declaração da inconstitucionalidade dos n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º da LPMA relativamente a tais contratos e, bem assim, da inconstitucionalidade consequente dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo; assim como, limitar os efeitos da declaração da inconstitucionalidade do n.º 8 desse artigo, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, e, por isso, também da inconstitucionalidade consequente do n.º 7 do citado artigo 8.º<sup>27</sup>. Repare-se que a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade abrange apenas a problemática da gestação de substituição, não se estendendo à questão da confidencialidade do art. 15.<sup>27</sup>. Não sabemos, assim, o que acontece com o material genético de dador já recolhido e criopreservado, o que inevitavelmente gera uma grande instabilidade e insegurança aos dadores (que doaram material genético numa altura em que vigorava a confidencialidade) e às clínicas que praticam técnicas de PMA. Teria sido conveniente estender a limitação de efeitos também à questão da confidencialidade do dador.

5) Assim, e a título de resumo, o Tribunal Constitucional declarou **(a)** a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas dos n.ºs 4, 10 e 11 do art. 8.º da LPMA, e, consequentemente, das normas dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excecional e mediante autorização prévia, por violação do princípio da determinabilidade das leis, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos arts. 2.º, 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, al. b), da CRP, por referência aos direitos ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família, consagrados nos seus arts. 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1; **(b)** a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 8 do art. 8.º da LPMA, em conjugação com o n.º 5 do art. 14.º da mesma lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários, por violação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos, conforme decorre da conjugação do art. 18.º, n.º 2, respetivamente, com os arts. 1.º e 26.º, n.º 1, por um lado, e com o art. 36.º, n.º 1, por outro, todos da CRP; **(c)** a inconstitucionalidade consequente, com força obrigatória geral, da norma do n.º 7 do art. 8.º da mesma lei; **(d)** a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 12 do art. 8.º da LPMA, por violação do direito à identidade pessoal da criança previsto no art. 26.º, n.º 1, da CRP, do princípio da segurança jurí-

<sup>27</sup> Em algumas das declarações de voto de vencido do acórdão em análise alerta-se precisamente para o facto de que a decisão da limitação dos efeitos deveria ter-se estendido à declaração de inconstitucionalidade do art. 15.º, n.ºs 1 e 4, da LPMA.

dica decorrente do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no art. 2.º da mesma Constituição, e, bem assim, do dever do Estado de proteção da infância, consagrado no art. 69.º, n.º 1, do mesmo normativo; (e) a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do art. 15.º da LPMA, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do art. 18.º, n.º 2, com o art. 26.º, n.º 1, ambos da CRP. Determinou ainda, ao abrigo do disposto no art. 282.º, n.º 4, da CRP, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas referidas não se apliquem aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida.

Esta decisão do Tribunal Constitucional foi objeto de várias declarações de voto que podem ler-se no próprio acórdão, mas que não inviabilizam o resultado principal da posição do tribunal, ou seja, todos os juizes do tribunal Constitucional votaram unanimemente a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas dos n.ºs 4, 8, 10 e 11 do art. 8.º da LPMA, e, conseqüentemente, das normas dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, o que impossibilita a celebração de negócios de gestação de substituição nos termos previstos no art. 8.º da LPMA. Na verdade, apenas os n.ºs 1, 5, 6, e 9 (norma de remissão)<sup>28</sup> não foram objeto de uma declaração de inconstitucionalidade, mas também não têm qualquer aplicação sem as normas declaradas inconstitucionais. Caberá agora ao legislador efetuar a necessária alteração da lei, adequando a gestação de substituição à decisão do tribunal. Na verdade, não se pôs em causa a admissibilidade da gestação de substituição, mas apenas as concretas soluções jurídicas plasmadas no art. 8.º da LPMA.

## **5 O PONTO DA SITUAÇÃO APÓS O IMPASSE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 225/2018: ALGUMAS PALAVRAS SOBRE A LEI N.º 48/2019, DE 8 DE JULHO, E O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 465/2019, DE 18 DE SETEMBRO**

Conforme já tivemos oportunidade de explicar, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril, pôs em causa vários aspetos relativos à gestação de substituição. Desde então, já tivemos algumas iniciativas legislativas e jurisprudenciais dignas de nota<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> As normas constantes dos n.ºs 7 e 12 do art. 8.º da LPMA foram também consideradas inconstitucionais, mas tal declaração não foi unânime.

<sup>29</sup> Não referiremos a alteração legislativa levada a cabo pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, uma vez que esta veio apenas proceder à eliminação dos institutos da interdição e inabilitação e substituir pelo regime do maior acompanhado.

Sobre a problemática referente ao regime de confidencialidade nas técnicas de procriação medicamente assistida, a Lei n.º 48/2019, de 8 de julho, altera o art. 15.º da LPMA como, aliás, já referimos supra.

Este art. 15.º, na sua versão originária, continha uma “orientação mitigada do anonimato do dador”<sup>30</sup>, na medida em que, em regra, impunha o sigilo quanto à identidade dos participantes nos processos de PMA, mas permitia exceções: por razões ponderosas reconhecidas por sentença e para informação sobre eventual existência de impedimento matrimonial.

Na redação dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, a alteração deste art. 15.º foi, essencialmente, no sentido de o conformar face à gestação de substituição. Nessa medida, o n.º 1 passava a dispor que: “Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos, estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA”. Os n.ºs 2, 3 e 4 (na versão de então) não sofreram alterações e o n.º 5 contemplava que “[o] assento de nascimento não pode, em caso algum, incluindo nas situações de gestação de substituição, conter indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA”.

Como vimos, em 2018, o Tribunal Constitucional decidiu pela inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do n.º 1 e do n.º 4 deste art. 15.º por violação de direitos fundamentais, como a identidade pessoal e o livre desenvolvimento da personalidade.

Em consequência, surge a redação dada pela Lei n.º 48/2019, de 8 de julho, que, pese embora mantenha o sigilo, sagra agora uma “exceção ampla”<sup>31</sup> no n.º 2, sem prejuízo das já existentes exceções agora previstas nos n.ºs 3 e 5. Vejamos, de seguida, a atual redação do art. 15.º.

Se alguém, por alguma forma, tomar conhecimento da identidade de participantes em técnicas de PMA, incluindo as situações de gestação de substituição, estará obrigado a manter o sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA (n.º 1). Por sua vez, agora, as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, não só obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito (como sucedia anteriormente), mas também, desde que possuam idade igual ou superior a 18 anos, obter junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida informação sobre a identificação civil do dador (n.º 2).

As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA, com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, desde que possuam idade igual ou superior a 16 anos, podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento (n.º 3). E, para efeitos do n.º 2, por identificação civil entende-se o nome completo do dador ou dadora (n.º 4). Ainda, e sem prejuízo do disposto nos números anteriores,

30 PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*. 7. ed. Coimbra, Gestlegal, 2020. p. 214.

31 PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*. 7. ed. Coimbra, Gestlegal, 2020. p. 215.

podem também ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial (n.º 5). Todavia, o assento de nascimento não pode, em caso algum, incluindo nas situações de gestação de substituição, conter indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA (n.º 6).

Como forma de dar resposta às outras inquietações e óbices referidos no acórdão de 2018, em particular sobre a gestação de substituição, a Assembleia da República aprovou, em 19 de julho de 2019, o Decreto n.º 383/XIII, que procedia à sétima alteração da LPMA. Este Decreto propunha nova redação para os artigos 8.º e 39.º da LPMA, bem como o aditamento dos arts. 13.º-A e 13.º-B. Nestes termos, o art. 8.º consagraria:

“1 – Entende-se por «gestação de substituição» qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade. (Anterior n.º 1).

2 – A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher.

3 – Pode ser gestante de substituição a mulher que já tenha sido mãe.

4 – A gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante. (Anterior n.º 3).

5 – A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição carece de autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), entidade que supervisiona todo o processo, a qual é sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos e apenas pode ser concedida nas situações previstas no n.º 2, desde que observadas as disposições contratuais previstas no n.º 15.

6 – O pedido de autorização prévia para a celebração de contratos de gestação de substituição é apresentado ao CNPMA através de formulário disponível no respetivo sítio eletrónico, cujo modelo é criado por este Conselho, subscrito conjuntamente pelos beneficiários e pela gestante de substituição, devendo ser acompanhado da seguinte documentação:

a) Identificação dos beneficiários e da gestante de substituição;  
b) Aceitação das condições previstas no contrato de gestação de substituição por parte dos beneficiários e da gestante de substituição;

c) Documentação médica, com origem no centro de PMA no qual a técnica ou técnicas de PMA necessárias à concretização da gestação de substituição serão efetuadas, destinada a comprovar que estão preenchidas as condições previstas nos n.ºs 2 e 3;

d) Parecer prévio favorável à celebração do contrato de gestação de substituição da parte da Ordem dos Psicólogos quanto à aptidão psicológica da gestante e dos beneficiários para esse efeito;

e) Declaração do diretor do centro de PMA no qual a técnica ou técnicas de PMA necessárias à concretização da gestação de substituição serão efetuadas, aceitando a concretização nesse centro do ou dos tratamentos a realizar.

7 – É proibido qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio. (Anterior n.º 5).

8 – Pode ser gestante de substituição a mulher que seja, preferencialmente, parente em linha reta até ao 2.º grau ou até ao 4.º grau na linha colateral, afim até ao 2.º grau ou adotante de pelo menos um dos beneficiários.

9 – Não é permitida a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas. (Anterior n.º 6).

- 10 – A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários. (Anterior n.º 7).
- 11 – (Revogado).
- 12 – (Revogado).
- 13 – No tocante à validade e eficácia do consentimento das partes, ao regime dos negócios jurídicos de gestação de substituição e dos direitos e deveres das partes, bem como à intervenção do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e da Ordem dos Médicos, é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 14.º da presente lei. (Anterior n.º 8).
- 14 – Os direitos e os deveres previstos nos artigos 12.º e 13.º são aplicáveis, com as devidas alterações, aos beneficiários dos contratos de gestação de substituição, sendo os direitos e os deveres da gestante de substituição os que se encontram previstos nos artigos 13.º-A e 13.º-B.
- 15 – A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição é feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo CNPMA, onde consta, obrigatoriamente, entre outras, cláusulas tendo por objeto:
- a) As obrigações da gestante de substituição no que respeita ao cumprimento das orientações médicas do obstetra que segue a gravidez e a realização dos exames e atos terapêuticos por este considerados indispensáveis ao correto acompanhamento clínico da gravidez, tendo em vista assegurar a evolução normal da gravidez e o bem-estar da criança;
  - b) Os direitos da gestante de substituição na participação nas decisões referentes à escolha do obstetra que segue a gravidez, do tipo de parto e do local onde o mesmo terá lugar;
  - c) O direito da gestante de substituição a um acompanhamento psicológico antes e após o parto;
  - d) As obrigações e os direitos da gestante de substituição, tais como a possibilidade de recusa de se submeter a exames de diagnóstico, como a amniocentese, ou a possibilidade de realizar viagens em determinados meios de transporte ou fora do país no terceiro trimestre de gestação;
  - e) A prestação de informação completa e adequada sobre as técnicas clínicas e os seus potenciais riscos para a saúde;
  - f) A prestação de informação ao casal beneficiário e à gestante de substituição sobre o significado e as consequências da influência do estilo de vida da gestante no desenvolvimento embrionário e fetal;
  - g) As disposições a observar sobre quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação, quer a nível fetal, quer a nível da gestante de substituição;
  - h) As disposições a observar em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez, em conformidade com a legislação em vigor;
  - i) A possibilidade de denúncia do contrato por qualquer das partes, no caso de se vir a verificar um determinado número de tentativas de gravidez falhadas e em que termos tal denúncia pode ter lugar;
  - j) Os termos de revogação do consentimento ou do contrato em conformidade com a presente lei;
  - k) A gratuitidade do negócio jurídico e a ausência de qualquer tipo de imposição, pagamento ou doação por parte do casal beneficiário a favor da gestante de substituição por causa da gestação da criança, para além do valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes;
  - l) Os subsistemas ou seguros de saúde que podem estar associados ao objeto de contrato;
  - m) A forma de resolução de conflitos a adotar pelas partes em caso de divergência que se suscite sobre a interpretação ou execução do negócio jurídico.”

Por sua vez, o art. 39.º passaria a dispor:

- “1 – Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.
- 2 – Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de multa até 240 dias.
- 3 – Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição, a e 9 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias.
- ”

4 – Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.ºs 2, 4, 5, 7 e 9 do artigo 8.º é punido com pena de multa até 120 dias.

5 – Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a celebração de contratos de gestação de substituição fora dos casos previstos nos n.ºs 2, 4, 5, 7 e 9 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 2 anos.

6 – Quem, em qualquer circunstância, retirar benefício económico da celebração de contratos de gestação de substituição ou da sua promoção, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, é punido com pena de prisão até 5 anos.

7 – A tentativa é punível.”

Além destas alterações, seriam aditados os artigos 13.º-A e 13.º-B com, respetivamente, os direitos e deveres da gestante. Assim:

“Artigo 13.º-A – Direitos da gestante de substituição

1 – Constituem direitos da gestante de substituição, designadamente:

- a) Ser corretamente informada sobre as implicações médicas, sociais e jurídicas prováveis resultantes da celebração do presente contrato, nomeadamente dos riscos de potenciais complicações da gravidez;
  - b) Ver concretizada a transferência de embrião em centro de PMA devidamente autorizado;
  - c) Ser assistida em ambiente médico idóneo que disponha de todas as condições materiais e humanas necessárias e adequadas ao acompanhamento da gestação resultante do cumprimento do presente contrato;
  - d) Ter acompanhamento psicológico antes e após o parto;
  - e) Seguir as prescrições determinadas pelo médico responsável pelo acompanhamento de doença de que venha a padecer durante a gravidez, ainda que tal possa comprometer a viabilidade da gestação.
- 2 – A celebração, por parte da gestante de substituição, de negócios jurídicos de gestação de substituição através de contrato escrito não diminui o exercício dos direitos fundamentais legalmente conferidos à mulher grávida ou puerpera, nomeadamente os de natureza social, laboral ou de qualquer outra.”

Em consequência, o artigo seguinte contemplaria os deveres da gestante, nos seguintes termos:

“Artigo 13.º-B – Deveres da gestante de substituição

Constituem deveres da gestante de substituição:

- a) Prestar todas as informações que lhe sejam solicitadas pela equipa médica responsável pela transferência do embrião e todas as outras informações que entenda serem relevantes para o êxito da técnica a que vai submeter-se;
- b) Seguir todas as prescrições médicas determinadas pela equipa médica referida na alínea a);
- c) Prestar todas as informações que lhe sejam solicitadas pelo médico responsável pelo acompanhamento da gravidez e seguir todas as prescrições médicas por este determinadas;
- d) Observar os cuidados considerados normais, de acordo com as boas práticas médicas, da sua condição de grávida, incluindo o que respeita à realização de viagens em determinados meios de transporte ou fora do país no terceiro trimestre da gestação e ao estilo de vida a manter durante a gestação;
- e) Informar os beneficiários da verificação de qualquer facto impeditivo ou modificativo do modo de cumprimento do presente contrato, nomeadamente qualquer alteração no seu estado de saúde que possa comprometer a viabilidade da gravidez.”

Como se verifica, o esforço legislativo foi no sentido de ultrapassar as censuras vertidas no acórdão de 2018. No entanto, o Presidente da República, em processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade, submeteu à apreciação do Tribunal Constitucional duas normas constantes do artigo 2.º daquele Decreto supra identificado, em particular a norma do art. 2.º na parte em que mantinha em vigor o n.º 8 do art. 8.º, que – com a renome-



ração – passa a constar no n.º 13; e a norma, também do art. 2.º, na parte em que adita a alínea *j*) ao n.º 15 do art. 8.º. Ou seja, invoca o Presidente da República que a alteração legislativa não cumpre a decisão do Tribunal Constitucional, desde logo, no que concerne à revogabilidade do consentimento (na medida em que não alterou o art. 14.º e para este remete). Em consequência, o Tribunal Constitucional – no acórdão 465/2019, de 18 de setembro – alude a que “ao reproduzir, sem qualquer alteração, o teor do n.º 8 do artigo 8.º da LPMA, relativo à «gestação de substituição», sem introduzir concomitantemente qualquer modificação nos n.ºs 4 e 5 do respetivo artigo 14.º, referentes ao regime do «consentimento», o artigo 2.º do Decreto propõe-se reintroduzir na ordem jurídica o modelo decorrente das alterações levadas a cabo pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, na parte em que limitava a possibilidade de revogação do consentimento prestado pela gestante ao início dos processos terapêuticos de procriação medicamente assistida. Apesar de consubstanciar uma nova manifestação do poder legislativo no âmbito da definição do regime jurídico da gestação de substituição, o Decreto n.º 383/XIII propõe-se retomar, assim, quanto à possibilidade de revogação do consentimento da gestante de substituição, a mesma exata solução que foi objeto de apreciação no Acórdão n.º 225/2018. Isto é, “a limitação à revogabilidade do consentimento da gestante estabelecida em consequência das remissões dos artigos 8.º, n.º 8 [n.º 13, na renumeração operada pelo artigo 2.º do Decreto], e 14.º, n.º 5, da LPMA, para o n.º 4 deste último», que o Tribunal considerou ser inconstitucional «por restringir excessivamente o direito da gestante ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, e o seu direito de constituir família (artigos 1.º e 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição)». A norma constante da alínea *j*) do n.º 15 do artigo 8.º da LPMA, aditado pelo artigo 2.º do Decreto, constitui uma mera decorrência dessa opção legislativa.” (...) Em síntese: ao retomar, no proposto n.º 13 do artigo 8.º da LPMA, a proibição de revogação do consentimento da gestante após o início dos processos terapêuticos de procriação medicamente assistida, o legislador optou por não consagrar a «única garantia» que o Tribunal Constitucional considerou apta a assegurar que «a gestante não seja instrumentalizada» no âmbito do processo de gestação de substituição — justamente a salvaguarda da «possibilidade de a gestante revogar o seu consentimento para além do início dos processos terapêuticos de PMA», sem a qual ocorreria a violação do seu «direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade», «interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana» (Acórdão n.º 225/2018, ponto 46). Apesar de inexistir qualquer tipo de impedimento, processual ou de outra ordem, à possibilidade de reversão do sentido do julgamento levado a cabo no Acórdão n.º 225/2018, o certo é que não se verificam quaisquer circunstâncias, objetiva ou subjetivamente supervenientes, que justifiquem a reabertura da discussão para que remetam as alterações ao regime da gestação de substituição a que se propõe a manifestação do exercício do poder legislativo consubstanciada no Decreto”. Concluindo, assim, pela inconstitucionalidade das normas que integram o objeto do pedido de constitucionalidade.

Em suma, o acórdão pronunciou-se pela inconstitucionalidade “por violação do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direi-

to de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamente, com os artigos 1.º e 26.º, n.º 1, por um lado, e com o artigo 36.º, n.º 1, por outro, todos da Constituição da República Portuguesa, da norma constante do artigo 2.º do Decreto n.º 383/XIII da Assembleia da República: a) na parte em que reintroduz o n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.ºs 59/2007, de 4 de setembro, 17/2016, de 20 de junho, 25/2016, de 22 de agosto, 58/2017, de 25 de julho, 49/2018, de 14 de agosto, e 48/2019, de 8 de julho, fazendo-o transitar para o n.º 13 daquele mesmo artigo, de acordo com a renumeração simultaneamente efetuada; e, em consequência, b) na parte em que, através do aditamento do n.º 15, alínea *j*), ao artigo 8.º da citada Lei, prevê que os termos da revogação do consentimento prestado pela gestante tenham lugar em conformidade com a norma mencionada em a).”

Ou seja, este acórdão manteve a indefinição nascida com o acórdão n.º 225/2018, pelo que continuamos a aguardar desenvolvimentos legislativos nesta matéria, não sendo operante – neste momento – a gestação de substituição em Portugal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A gestação de substituição é proibida na generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus e até em alguns estados dos EUA<sup>32</sup>. Essa proibição não impede, todavia, o recurso à gestação de substituição em países que a admitem e os problemas daí decorrentes, ou seja, o estabelecimento da filiação de uma criança assim gerada. Estará em causa a transcrição do registo de nascimento de uma criança nascida em país que admite a gestação de substituição (como é o caso, por exemplo, da Rússia, da Ucrânia, dos EUA)<sup>33</sup> e cuja maternidade e paternidade estão estabelecidas a favor dos beneficiários da gestação de substituição<sup>34</sup>.

A abertura dada pelo nosso ordenamento jurídico, na redação da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, ao art. 8.º da LPMA, à admissibilidade da gestação de substituição não traduz, como vimos pela análise do seu regime jurídico, qualquer aceitação de todos os contratos de gestação de substituição ou o “aluguer de útero”. Na verdade, a sua admissibilidade está restrita a situações excecionais e claramente definidas na lei (e que exigiam uma resposta médica e científica no contexto da PMA).

32 De facto, e ainda que com diferentes modelos legislativos, proibindo expressamente ou não, a gestação de substituição não é admitida, por exemplo, na Alemanha, Áustria, Espanha, França, Itália, Bulgária, Malta, Noruega, Dinamarca, Finlândia, Suécia, etc. Para uma análise breve de alguns destes ordenamentos jurídicos, v., o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril, anteriormente citado, e disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/115226940>.

33 Outros países admitem a gestação de substituição mas com algumas restrições quanto aos beneficiários, exigindo que se trate de nacionais ou estrangeiros legalmente residentes no país (é o caso da Índia, do Nepal ou da Tailândia).

34 Quanto a esta questão os tribunais nacionais de vários países, que proíbem a gestação de substituição, têm decisões contraditórias e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) tem admitido o estabelecimento da filiação quando exista uma relação genética com a criança. O TEDH tem entendido que o não reconhecimento da filiação a favor dos beneficiários implica para a criança um dano intolerável para o seu direito à vida privada. De destacar os casos *Menesson v. França* (Queixa n.º 65192/11), de 26 de junho de 2014, *Labassee v. França* (Queixa n.º 65941/11), de 26 de junho de 2014, *Foulon v. França* (Queixa n.º 9063/14), de 21 de julho de 2016, e *Bouvet v. França* (Queixa n.º 10410/10), de 21 de julho de 2016. Para um resumo quanto a esta questão e ao posicionamento de alguns ordenamentos jurídicos, v. o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril, anteriormente citado, e disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/115226940>, consultado a 5 de junho de 2018.

Ainda antes da declaração de inconstitucionalidade da referida norma, pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, apontámos algumas fragilidades à referida regulamentação<sup>35</sup>. Destacámos o facto de o art. 8.º, n.º 8, da LPMA, remeter para o art. 14.º, quanto aos requisitos do consentimento, determinando que o consentimento prestado para a gestação de substituição, nomeadamente pela gestante de substituição, é livremente revogável até ao início dos processos terapêuticos (n.º 4). O Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, veio referir, no art. 3.º, n.º 3, al. j), que o contrato de gestação de substituição deve prever os termos da revogação do consentimento e as suas consequências, e acrescentar, no art. 4.º, a possibilidade de revogação das declarações negociais até ao início dos processos terapêuticos de PMA, mas sem prejuízo da possibilidade conferida à gestante de substituição de interromper voluntariamente a gravidez, por sua opção, nas primeiras 10 semanas de gravidez. Daqui podem decorrer alguns problemas, já que a gestante de substituição que interrompe a gravidez, ainda que coberta legalmente e, portanto, licitamente, não cumpre o contrato celebrado com o casal beneficiário, pelo que seria importante saber que cláusulas contratuais quanto a esta matéria seriam aceites pelo CNPMA.

Outra questão problemática, e abordada por Rafael Reis num artigo publicado no *Jornal Público*, a 20 de julho de 2016, diz respeito à não consagração legal do direito ao arrependimento da mãe portadora após o nascimento. A legislação sobre a gestação de substituição estará em contradição com um princípio basilar da livre revogabilidade das restrições voluntárias aos direitos de personalidade, garantido pelo Código Civil. De facto, “o casal beneficiário, após o nascimento, pode, nem que seja à força (utilizando a via judicial), arrancar dos braços da mãe portadora a criança acabada de nascer, como se esta fosse propriedade sua e, portanto, em autêntica execução específica.

Pode parecer estranha a defesa deste ‘direito ao arrependimento’. Porém, a verdade é que, nos ordenamentos jurídicos, como o do Reino Unido, onde a figura é regulada desde a década de oitenta do século XX, os membros do casal beneficiário sabem que não podem dar por garantida a entrega da criança, tendo necessariamente que pedir ao Tribunal uma ratificação retrospectiva do procedimento, que apenas é concedida nos casos em que a criança já lhes tenha sido entregue (assim se assegurando não ter havido arrependimento da portadora).

Estas cautelas resultam da concessão à experiência da vida: o arrependimento da gestante acontece mais vezes do que se desejaria, e, pelo menos na perspectiva de quem pensou muito mais do que nós sobre o assunto, é tão grave retirar à força a criança da mãe gestante, quanto frustrar as expectativas do casal beneficiário. Assim, mais vale avisar os destinatários que a gestação de substituição é arriscada para (todos) os envolvidos. Com este regime, a gestante também sabe que pode ter que ficar com a criança gerada, quando não contava

35 V., “Gestação de substituição – breves notas sobre a sua admissibilidade no ordenamento jurídico português”, Anuário de Direitos Humanos, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos. *E-book*, ano 0, dezembro de 2017, pp. 29-44 (disponível em [http://www.jusgov.uminho.pt/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO\\_numero\\_0\\_2017\\_issn.pdf](http://www.jusgov.uminho.pt/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_numero_0_2017_issn.pdf)).

com isso. Pense-se, por exemplo, nos casos em que os membros do casal beneficiário não estão em condições de a receber, simplesmente porque, desafortunadamente, morreram antes de o parto ocorrer [...]”<sup>36</sup>.

Um outro problema que poderia surgir, ainda que não específico deste contrato de gestação de substituição, seria o do conhecimento da mãe gestante pelo filho. O art. 15.º da LPMA incluía, como vimos, as situações de gestação de substituição no âmbito do dever de sigilo ou confidencialidade quanto à identidade da gestante, não tendo, assim, o filho possibilidade de conhecer a identidade da sua mãe de gestação (e em qualquer exceção, ao contrário da possibilidade excepcional de conhecer a identidade do dador de gâmetas). Reconhecendo o art. 26.º da CRP o direito à identidade pessoal, onde se inclui o conhecimento da origem genética, poderia, também neste domínio da gestação de substituição (como noutros), invocar-se essa garantia constitucional face à confidencialidade prevista no referido art. 15.º da LPMA.

Finalmente, poderia ainda problematizar-se o facto de resultar do art. 8.º da LPMA a limitação dos beneficiários no acesso à gestação de substituição. Isto é, da redação do art. 8.º da LPMA deduz-se que apenas podem recorrer à gestação de substituição casais (do mesmo ou de diferente sexo), uma vez que se refere a “beneficiários”. Assim, apesar de o art. 6.º da LPMA permitir o acesso a técnicas de procriação medicamente assistida a mulheres sós, estas não poderiam recorrer à gestação de substituição, ainda que preenchendo os estritos requisitos da lei, o que poderia configurar uma diferenciação e tratamento discriminatório.

Como vimos, o Tribunal Constitucional veio declarar a inconstitucionalidade de algumas normas da LPMA, em especial, a admissibilidade da gestação de substituição nos termos previstos no seu art. 8.º, bem como a regra da confidencialidade do dador e da gestante de substituição (regulada no art. 15.º da mesma lei). Em relação a esta última, vimos a evolução legal em conformidade, pela mão da Lei n.º 48/2019, de 8 de julho. Todavia, e como já referimos, no acórdão de 2018 não se afasta a admissibilidade da gestação de substituição, pelo que caberá ao legislador colmatar o vazio legal que a referida declaração de inconstitucionalidade causou e que, ainda, continua na sequência do acórdão de 2019. Aguardamos com alguma expectativa a solução legislativa.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernando. **Procriação assistida e o problema da santidade da vida**. Coimbra: Almedina, 1999.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=45419>. Acesso em: 29 set. 2021.

CENTRO DE INVESTIGAÇÃO INTERDISCIPLINAR EM DIREITOS HUMANOS ESCOLA DE DIREITO. **Anuário de direitos humanos**. Braga, dez. 2017. Disponível em: [http://www.jusgov.uminho.pt/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO\\_numero\\_0\\_2017\\_issn.pdf](http://www.jusgov.uminho.pt/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_numero_0_2017_issn.pdf). Acesso em: 29 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA (CNPMA). **Declaração interpretativa**. Disponível em: [https://www.cnpma.org.pt/Documents/Declara%C3%A7%C3%B5es/DeclaracaoInterpretativa\\_Art16-A.pdf](https://www.cnpma.org.pt/Documents/Declara%C3%A7%C3%B5es/DeclaracaoInterpretativa_Art16-A.pdf). Acesso em: 29 set. 2021.

36 REIS, Rafael Vale e. Erro crasso na maternidade de substituição. **Público**, 20 jul. 2016. Disponível em: <https://www.publico.pt/2016/07/20/sociedade/opiniao/erro-crasso-na-maternidade-de-substituicao-1738773>. Acesso em: 29 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA (CNPMA). **Deliberação n.º 20-II/2017, de 20 de outubro.** Disponível em: <https://www.cnpma.org.pt/Documents/Delibera%C3%A7%C3%B5es/Deliberacao20-II.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. **Parecer sobre Procriação Medicamente Assistida e Geração de Substituição (63/CNECV/2012).** 01 abr. 2012. Disponível em: <https://www.cneqv.pt/pt/pareceres/parecer-sobre-procriacao-medicamente-assistida-e-gestacao-de-sub>. Acesso em: 29 set. 2021.

DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÓNICO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018.** Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/115226940>. Acesso em: 29 set. 2021.

DIAS, Cristina. Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida – algumas reflexões. *In*: MAC CRORIE; Benedita; ROCHA, Miriam; MOREIRA, Sónia (coord.). **Atas da I Conferência Internacional de Direito e Bioética, Temas de Direito e Bioética.** Novas questões do Direito da Saúde. Braga, DH-CII – Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governança, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018. *Ebook*.

NASCIMENTO, Paulo. Procriação medicamente assistida *post mortem*: efeitos familiares e sucessórios. *In*: DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (org.). **Escritos de direito das famílias: uma perspectiva luso-brasileira.** Porto Alegre, Magister Editora, 2008.

PEDRO, Rute Teixeira. Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida. *In*: **Atas do Seminário Internacional Debatendo a Procriação Medicamente Assistida.** Porto: FDUP/CIJE, 2017.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O direito da família contemporâneo.** 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2009.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O direito da família contemporâneo.** 7. ed. Coimbra, Gestlegal, 2020.

RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe** – questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

REIS, Rafael Vale e. Erro crasso na maternidade de substituição. Público, 20 jul. 2016. Disponível em: <https://www.publico.pt/2016/07/20/sociedade/opiniao/erro-crasso-na-maternidade-de-substituicao-1738773>. Acesso em: 29 set. 2021.

# CAPÍTULO 14

## OS DEBATES JUDICIAIS DO DIREITO AO ABORTO NO BRASIL: JULGANDO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO?

Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Melina Girardi Fachin

*“Não peço nenhum favor pelo meu sexo. Tudo o que peço a nossos irmãos é que tirem os pés de nossos pescoços”.*

[Sarah Grimké, citada por Ruth Bader Ginsburg]

### 1 INTRODUÇÃO

No Brasil, é vigente na legislação penal a previsão de crime para a prática do aborto, excetuando casos de risco de vida da mãe e de estupro. A criminalização da interrupção voluntária da gravidez, de forma absoluta e sem permitir amparo à mulher, evidencia a discriminação de gênero que, inexoravelmente, viola os direitos humanos das mulheres. Isto tem efeitos profundos na vida das mulheres, que enfrentam obstáculos que lhes são impostos por sua condição de mulher.

Historicamente, um desses reflexos é a forma como a interrupção voluntária da gravidez é regulada pela legislação brasileira, sendo que, independentemente da época, as mulheres são deixadas à margem da discussão desse tema, tão próprio da condição de mulher, violando um dos princípios básicos da democracia deliberativa ou procedimental, de igualdade de voz na deliberação. A razão dessa criminalização da interrupção voluntária da gravidez, reproduzida pela legislação penal vigente que data da década de 40 do século passado, se dera sob a ideia de que a mulher, ao praticar tal procedimento, destrói “a esperança do pai, a memória de um nome, a garantia de uma raça, o herdeiro de uma família e um cidadão destinado ao Estado”<sup>1</sup>, sendo o sentimento religioso, nesse aspecto, propulsor da reprovação do aborto. Para esse posicionamento, é evidente que a mulher é reduzida à mera reprodutora a serviço de interesses alheios a si.

Atualmente, fora as duas hipóteses de extinção de punibilidade, é possível recorrer à interrupção voluntária da gravidez nos casos de anencefalia, hipótese acrescida pela ADPF 54<sup>2</sup>. Mas, infelizmente, além da anencefalia, existem outras patologias graves e, muitas vezes, incompatíveis com a vida social que legisladores e juristas se esforçam por desconhecer em seus raciocínios sobre a questão da interrupção voluntária da gravidez.

1 HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*: volume V: arts.121 a 136. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981. p. 271.

2 ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) é um tipo de ação do controle abstrato de constitucionalidade que pode ser apresentado ao Supremo Tribunal federal brasileiro. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ 12/04/2012. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 18 nov. 2019.

O avanço nos estudos da medicina quanto ao diagnóstico pré-natal de desordens congênitas<sup>3</sup> abre espaço para o conceito de Interrupção Seletiva da Gestação. A questão do direito à autonomia do casal para decidir sobre o prosseguimento ou não de uma gestação é largamente ampliado quando se põe em tela o conceito de Interrupção Seletiva da Gestação. Este é o conceito do Conselho Federal de Medicina para a justificação das interrupções da gestação motivadas por anomalias e doenças fetais<sup>4</sup>.

Em diversos países, uma vez apresentado o diagnóstico fetal dessas patologias, é dado às famílias o direito de escolha enquanto ao prosseguimento da gestação ou à interrupção seletiva da gestação legal e assistida pelo Estado, como Dinamarca, Suécia, Noruega, França, Inglaterra, Alemanha, Espanha. No Brasil, a única hipótese cabível à interrupção seletiva da gestação foi o caminho dos pedidos liminares na Justiça.

O Brasil é o quarto país no cenário mundial que mais apresenta partos de fetos anencefálicos, sinal flagrante que as mulheres brasileiras estão, por conta da legislação restritiva, obrigadas a gestar a despeito do diagnóstico da inviabilidade fetal<sup>5</sup>. Aqui encontramos uma dupla orfandade: *não se lhes é permitida a opção da interrupção voluntária da gravidez ou da interrupção seletiva da gestação*, e seus filhos doentes que lhes são impostos não desfrutarão de uma infraestrutura mínima que lhes possibilite uma vida digna<sup>6</sup>.

A proibição da interrupção voluntária da gestação, portanto, é usada como um fator de discriminação contra as mulheres. Para Sílvia Pimentel, a criminalização revela uma dupla discriminação: num primeiro instante, fere a todas as mulheres porque fere a autonomia, os direitos e as liberdades fundamentais; já num segundo olhar, percebe-se que se discrimina de forma mais acentuada e distinta aquelas que têm à disposição escassos recursos econômicos, violando, dessa forma, os princípios da justiça e da equidade<sup>7</sup>.

Exsurge, ao lado destes, ainda, um terceiro nível discriminatório de negação de direitos, em que se encontram as adolescentes, sendo a idade mais um fator de vulnerabilidade. O Relatório “Maternidade Precoce: enfrentando o desafio da gravidez na adolescência”, produzido pelo Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA), reúne considerações muito preocupantes com relação à maternidade precoce e que corroboram a ideia de que a idade é um fator de discriminação em relação à interrupção voluntária da gravidez e ao gozo dos direitos sexuais e reprodutivos.

3 WAPNER, Ronald J. Diagnóstico pré-natal de desordens congênitas. In: CREASY, Robert K.; RESNIK, Robert. **Medicina materno fetal: princípios e práticas**. Trad. Gabriella da Silva Mendes. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2016. p. 419.

4 Além da conceituação da ISG, o Conselho Federal de Medicina se posicionou a favor da IVG, ao encaminhar ao Congresso Nacional parecer favorável a PLS 236 2012, advogando pelo afastamento da ilicitude da IVG nos seguintes casos: a) quando “houver risco à vida ou à saúde da gestante”; b) se a “gravidez resultar de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida”; c) se for “comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida independente, em ambos os casos atestados por dois médicos”; e d) se “por vontade da gestante até a 12ª semana de gestação”. Para o então presidente do CFM, Roberto Luiz d’Avila, deve-se respeitar a autonomia da vontade feminina. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **CFM esclarece posição a favor da autonomia da mulher no caso de interrupção da gestação**. 21 mar. 2013. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/cfm-esclarece-posicao-a-favor-da-autonomia-da-mulher-no-caso-de-interruptao-da-gestacao/>. Acesso em: 29 set. 2021.

5 DINIZ, Débora; VÉLEZ, Ana Cristina Gonzalez. Aborto na suprema corte: o caso da anencefalia no Brasil. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 647-652, maio/ago. 2008, p. 648. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2008000200019>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/qwn8sMkp3PmG9ks8XsTWbv/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

6 GOLLOP, Thomaz Rafael. Abortamento por anomalia fetal. In: CAVALCANTI, Alcilene. XAVIER, Dulce (org.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006. p. 85.

7 PIMENTEL, Sílvia; PANDJIARJIAN, Valéria. **Aborto: discriminar para não discriminar**. Jornal da Rede saúde, São Paulo, n. 21, set. 2000.

De acordo com a UNFPA, 95% dos partos adolescentes ocorrem em países pobres; 19% das mulheres jovens nestes mesmos países engravidam antes dos 18 anos; meninas menores de 15 anos contabilizam 2 milhões dos 7,3 milhões de partos adolescentes todos os anos, ou, 20 mil partos adolescentes por dia; destas, 70 mil adolescentes morrem anualmente por causas relacionadas com a gravidez e com o parto precoces; são realizados 3,2 milhões de procedimentos abortivos inseguros entre adolescentes ao ano<sup>8</sup>. Os números são expressivos e demonstram o descaso quanto aos direitos das mulheres, das jovens e das meninas vulneráveis. Levando em consideração o fator idade, destarte, percebe-se que o perigo a que jovens estão expostas apenas se agrava. Ser mulher torna-se um risco, ser mulher e jovem é um risco maior ainda.

Para Nancy Williamson, autora desse relatório, os prejuízos relacionados à gravidez precoce giram em torno de casamentos e de uniões estáveis muito precoces, da violência e da desigualdade de gênero, da pobreza, da violência e da coerção sexual que as meninas sofrem cotidianamente, das políticas nacionais que restringem o acesso à contracepção e à educação sexual apropriada à idade, da falta de acesso a serviços de saúde reprodutiva. Isso ilustra o cenário de que ao gozo dos direitos humanos são criados obstáculos<sup>9</sup>.

Historicamente colocadas em um “não lugar”, as mulheres são concebidas como seres domésticos, dóceis, educadas para maternar e cuidar dos outros, assim, impedidas de ter acesso à educação e ao trabalho remunerado<sup>10</sup>. Os resultados disso na vida das mulheres são preocupantes.

No Brasil, a proporção de mulheres que realizam aborto cresce de acordo com a idade: entre mulheres com 18 e 19 anos, a proporção é de 6% ao passo que entre mulheres de 35 a 39 anos essa proporção cresce e chega a 22%. Além de demonstrar que a interrupção voluntária da gravidez é algo comum à vida reprodutiva das brasileiras, estes dados corroboram a afirmação de que até os 40 anos de idade, mais de uma em cada cinco mulheres já recorreram a essa prática<sup>11</sup>. Lamentavelmente, até em situações de hipóteses legais do aborto, a maioria das mulheres (cerca de 95%) não tem nem o conhecimento acerca de quais serviços são prestados em sua defesa em casos de violência sexual, sendo que 48% da população desconhece as hipóteses nas quais o aborto é legalmente permitido.

Mais uma vez, fica evidente o descaso estatal, haja vista que não existe uma lista oficial, amplamente publicizada, de estabelecimentos de saúde que realizem tal procedimento<sup>12,13</sup>, capaz de permitir a existência de

8 WILLIAMSON, Nancy. **Maternidade precoce**: enfrentando desafios da gravidez na adolescência. Brasil. Situação da população Mundial 2013. FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – BRASIL: 2013. Disponível em: <http://unfpa.org.br/Arquivos/swop2013.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

9 WILLIAMSON, Nancy. **Maternidade precoce**: enfrentando desafios da gravidez na adolescência. Brasil. Situação da população Mundial 2013. FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – BRASIL: 2013. Disponível em: <http://unfpa.org.br/Arquivos/swop2013.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021. p. vi.

10 BARWINSKI, Sandra Lia Leda Bazzo. Não sou ninguém. In: MARINS, Graciela Iurk; BARWINSKI, Sandra Lia Leda Bazzo. **A mulher e o direito**. Curitiba: OAB/PR, 2012. p. 182.

11 DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, supl. 1, p. 959-966, jun. 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232010000700002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/pYSRDGw6B3zPsVJfJJSzwNu/?lang=pt>. Acesso em: 29 set. 2021.

12 Breve panorama sobre o aborto legal e transparência no Brasil. Disponível em: <https://catolicas.org.br/wp-content/uploads/2021/01/publicacao-Panorama-Aborto-Legal.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2021.

13 Por outro lado, em pesquisa realizada pelo Ibope e pelas Católicas pelo Direito de Decidir, indica-se que, da amostragem utilizada no estudo, cerca de 42% dos entrevistados pensam que as escolas públicas deveriam ensinar conteúdos acerca de educação sexual, um dado muito positivo se interpretado no contexto social atual. In: Percepções sobre o aborto e educação sexual. Disponível em: [https://catolicas.org.br/wp-content/uploads/2020/08/Pesquisa-de-Opinia%CC%83o-Pu%CC%81blica-2017-CDD-e-IBOPE-Percep%CC%A7o%CC%83es-sobre-aborto-e-educac%CC%A7a%CC%83o-sexual\\_3-MB.pdf](https://catolicas.org.br/wp-content/uploads/2020/08/Pesquisa-de-Opinia%CC%83o-Pu%CC%81blica-2017-CDD-e-IBOPE-Percep%CC%A7o%CC%83es-sobre-aborto-e-educac%CC%A7a%CC%83o-sexual_3-MB.pdf). Acesso em: 29 set. 2021.



uma escolha livre, informada e responsável sobre questões de saúde. Mulheres encontram dificuldades quando procuram pelo procedimento legal, porque as unidades de saúde que, em tese, deveriam estar preparadas e equipadas para realizarem abortos legais em caso de estupros não apresentam condições mínimas necessárias para realização da interrupção da gravidez<sup>14</sup>.

Diante dessa realidade brasileira e mundial, desvela-se que, por debaixo do véu do discurso da suposta proteção à vida, esconde-se o discurso da punição moral às mulheres pelo seu gozar sexual, de modo que, se a mulher consentiu com a relação sexual, ela deve arcar com todas as consequências, inclusive uma gestação indesejada. Nota-se do acima exposto que quanto maior influência de fatores de vulnerabilidades (como situação econômica, social, adolescência, infância, desemprego, falta de acesso à educação), maiores os impactos sofridos por mulheres que buscam a interrupção voluntária da gravidez ou que mantenham a gestação.

O presente artigo procura descrever os julgamentos sobre aborto pelo Supremo Tribunal Federal e busca defender uma perspectiva de gênero no caso mais importante da Corte, que ainda está em julgamento e que discute a inconstitucionalidade do Código Penal no que diz respeito ao crime de aborto.

Neste contexto, apresentaremos o julgamento do caso que discutiu a possibilidade de antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico, bem como o não enfrentamento pela Suprema Corte a respeito do caso de antecipação terapêutica do parto para mulheres diagnosticadas com Zika **vírus, tendo em vista a possibilidade** de os fetos terem microcefalia, uma doença que leva à má-formação cerebral.

Depois o artigo apresentará o caso mais importante sobre o aborto que está em julgamento no Supremo Tribunal Federal. Defende-se que o enfrentamento do caso deve se dar a partir de uma perspectiva que possa promover a igualdade e a igual liberdade das mulheres. Para tanto, destaca-se a importância da argumentação e também de métodos interpretativos feministas e da “*woman question*” como método importante para questionar a ausência de neutralidade da legislação penal que criminaliza o aborto e se os impactos são proporcionais e equânimes para homens e mulheres.

Ainda que o discurso jurídico seja muitas vezes reproduzidor destes preconceitos, como, por exemplo, no discurso penal punitivista ou mesmo na leitura tendenciosa do direito internacional dos direitos humanos, todavia, há caminhos da emancipação feminina que também passam pelo direito internacional dos direitos humanos, conforme abaixo se delinearão.

<sup>14</sup> ABRANTES, Talita. Hospitais barram aborto até em casos previstos por lei. **Exame.com**, 21 jun. 2016. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/hospitais-barram-aborto-ate-em-casos-previstos-por-lei/>. Acesso em: 29 set. 2021.

## 2 O PASSADO: O CASO DA ANENCEFALIA

O tema do aborto no Brasil teve sensíveis avanços na via da interpretação judicial, nos últimos anos. O primeiro e mais importante destes precedentes foi o julgamento da ADPF 54<sup>15</sup> pelo Supremo Tribunal Federal que permitiu a interrupção voluntária da gravidez de fetos anencefálicos.

De acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o feto sem cérebro, mesmo que biologicamente vivo, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, principalmente, de proteção jurídico-penal. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no Habeas Corpus nº 84.025/RJ<sup>16</sup>, é inadmissível que o direito à vida de um feto que não tem chances de sobreviver prevaleça em detrimento das garantias à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à saúde e à integridade física, psicológica e moral da mãe, todas previstas na Constituição.

Em voto longo e baseado nas informações colhidas durante quatro dias de audiência pública realizada pelo STF para debater o tema, o Ministro Marco Aurélio concluiu que a imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional. Para ele, obrigar a mulher a manter esse tipo de gestação significa colocá-la em uma espécie de “cárcere privado em seu próprio corpo”, deixando-a desprovida do mínimo essencial de autodeterminação, o que se assemelha à tortura.

Na interpretação desse Ministro, ao Estado cabe o dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente antes e depois da decisão, independente de qual seja ela, o que hoje é perfeitamente viável no Brasil. Quanto ao direito à vida, o Ministro Marco Aurélio sustentou que na ADPF 54 não se discute a descriminalização do aborto, já que existe uma clara distinção entre este e a antecipação de parto no caso de anencefalia. “Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível”<sup>17</sup>, frisou. A anencefalia, que pressupõe a ausência parcial ou total do cérebro, é doença congênita letal, para a qual não há cura e tampouco possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica em momento posterior.

Nesse sentido, no entendimento do relator, não há que se falar em direito à vida ou garantias do indivíduo quando se trata de um ser natimorto, com possibilidade quase nula de sobreviver por mais de 24 horas, principalmente quando do outro lado estão em jogo os direitos da mulher. Dados apresentados na audiência

15 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ 12/04/2012. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 29 set. 2021.

16 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 84.025-6** – Rio de Janeiro. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Dje 04/03/2004. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>. Acesso em: 29 set. 2021.

17 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ 12/04/2012. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 29 set. 2021. p. 23.

pública demonstram que a manutenção da gravidez nesses casos impõe graves riscos para a saúde da mãe, assim como consequências psicológicas severas e irreparáveis para toda a família.

Em relação ao fato de não haver menção no Código Penal aos casos de anencefalia como quesito autorizador de interrupção de gravidez, o ministro Marco Aurélio argumentou que nas décadas de 30 e 40, quando foi editado o Código Penal hoje vigente, a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente esse tipo de anomalia fetal. “Mesmo à falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida”<sup>18</sup>, afirmou. Além disso, ele lembrou que, naquela época, o legislador, para proteger a honra mental e a saúde da mulher, estabeleceu que o aborto em gestação oriunda do estupro não seria crime, situação em que o feto é plenamente viável.

Para o Ministro Joaquim Barbosa, o assunto deve ser visto através de duas lentes: a lente da liberdade individual da mulher, da qual deriva a autodeterminação da gestante; e a lente da diferença de graus de proteção que o Direito Penal traz à vida humana. Nos casos em que legalmente se permite à mulher recorrer ao aborto, a lei está preservando o direito de escolha, não a (in)viabilidade do feto, tratando-se, *pari passu*, de tutela jurídica expressa da liberdade e da autonomia privada da mulher. Reconhece que os direitos reprodutivos da mulher são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e ao princípio da autodeterminação.

Nesse sentido, a Ministra Rosa Weber complementa em seu voto que é direito de escolha da mulher decidir sobre o futuro de sua gestação, sendo que um feto sem viabilidade vital não é aborto em linguagem depuradamente jurídica, pois não corresponde a um fato alojado no mundo do dever-ser em que o Direito consiste.

A Ministra Carmen Lúcia afirma que a ADPF 54 trata da liberdade de escolha da mulher em prosseguir ou em interromper a gestação, de escolher qual o melhor caminho a se tomar. Argumenta que a mulher não pode ser forçada a gerar e que sua função procriacional não pode lhe ser um fardo. Acentua que existem tratados internacionais celebrados pelo Brasil e que nesses diplomas legais há previsão de que os Estados signatários respeitarão os direitos humanos, erradicando a violência contra a mulher e assegurando o direito à saúde feminina. Cita *exempli gratia* a Declaração de Pequim, o Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Americana para prevenir, punir e erradicar a violência contra mulher.

O voto do Ministro Celso de Mello também é de fundamental importância, haja vista que afirma que obrigar a mulher a gestar é uma maneira de subjugar-lá, pois se suprime seus direitos e se impede que ela exerça seus papéis que a moderna sociedade lhe atribuiu por legítimo direito de conquista. Para o ilustre ministro, o papel do Supremo Tribunal Federal é a concretização das liberdades civis e dos direitos fundamentais, destacando de mesma forma sua função contra majoritária, essencial num Estado Democrático de Direito, que deve proteger os mais vulneráveis dos excessos das majorias, sob a perspectiva de uma concepção material de de-

18 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ 12/04/2012. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 29 set. 2021. p. 25.

mocracia constitucional. Não se exclui, destarte, vítimas de preconceito, de discriminação e de exclusão jurídica, nem se permite a supressão, a frustração ou a aniquilação dos direitos fundamentais como a liberdade, a intimidade e os direitos sexuais e reprodutivos.

Destacam-se os Ministros que votaram pela improcedência da ADPF 54, sendo eles Ricardo Lewandoski e Cezar Peluso. Sob uma fundamentação *pro forma*, apenas alegam que não há na lei expressão que permita a realização da interrupção voluntária da gravidez.

Assim como ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510<sup>19</sup> – sobre possibilidade de realização das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, em que o STF primou pela laicidade do Estado – no âmbito da ADPF 54, para o Ministro, as concepções morais e religiosas não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada.

Ao sustentar seu entendimento, o ministro Marco Aurélio também afastou a premissa utilizada em prol da defesa do anencéfalo de que os seus órgãos poderiam ser doados. Segundo ele, além de ser vedada a manutenção de uma gravidez somente para viabilizar a doação de órgãos, essa possibilidade é praticamente impossível no caso de anencefalia, pois o feto terá outras anomalias que inviabilizariam a prática. Obrigar a mulher a manter a gravidez apenas com esse propósito, para o relator, seria tratá-la a partir de uma perspectiva utilitarista, de instrumento de geração de órgãos para doação, o que também fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

### 3 INDÍCIOS DO FUTURO: A NÃO RECEPÇÃO DO CÓDIGO PENAL E O CASO DO ZIKA VIRUS

Mais recentemente, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) afastou no HC 124306<sup>20</sup> a prisão preventiva de E.S. e R.A.F., denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pela suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha (artigos 126 e 288 do Código Penal). De acordo com o voto do Relator Ministro Luís Roberto Barroso<sup>21</sup>, que alcançou a maioria, além de não estarem presentes no caso os requisitos que autorizam a prisão cautelar, a criminalização do aborto é incompatível com diversos direitos fundamentais, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade, os quais informam o núcleo essencial dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República das mulheres.

Para o Ministro, o bem jurídico protegido (a vida potencial do feto) é “evidentemente relevante”, mas a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos funda-

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Indireta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, Dje 29/05/2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 29 set. 2021.

20 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 124.306** – Rio De Janeiro. Pacientes: Edilson dos Santos; Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

21 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 124.306** – Rio De Janeiro. Pacientes: Edilson dos Santos; Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

mentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade. Entre os bens jurídicos violados, apontou a autonomia da mulher, o direito à integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero – além da discriminação social e o impacto desproporcional da criminalização sobre as mulheres pobres, sublinhando que, em países democráticos e desenvolvidos, como Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália, *exempli gratia*, a interrupção voluntária da gravidez durante o primeiro trimestre não é crime.

Advertiu o Relator que não se trata de fazer a defesa da disseminação do procedimento – “*pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro*”<sup>22</sup>, afirmou. Defendeu-se no voto que a criminalização absoluta da interrupção voluntária da gravidez viola o princípio da proporcionalidade, bem como seus subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Em relação à adequação, trata-se do questionamento quanto à suposta proteção do feto. Comparou dados dos países onde o procedimento é permitido com os de países onde não é permitido o aborto, sendo que se constatou que o número de abortos em ambos os grupos é praticamente o mesmo<sup>23</sup>. Quanto ao subprincípio da necessidade, infere que a criminalização do aborto, além de não proteger a vida do nascituro, produz restrição do gozo de direitos das mulheres.

No referido julgado, a liberdade religiosa de reprovação da prática está assegurada, todavia, ressalta-se que é papel do Estado, ante o princípio da laicidade, dar possibilidade de escolha, sobretudo, à parte mais vulnerável, para que seja possível seu exercício de autonomia. Em diálogo comparado, traz-se à baila o Tribunal Federal Alemão que reconhece que a proteção do feto só será possível se realizada em conjunto com a gestante<sup>24</sup>, sendo que a criminalização é medida duvidosa de proteção do feto.

Como alternativa à atual criminalização, defende que o Estado deve garantir uma rede de proteção e de apoio à grávida, para ter acesso às creches e à assistência social, bem como a garantia de informação e de acessos a métodos contraceptivos. Nesse sentido, reitera a importância da promoção de programas de planejamento familiar, com distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante. A educação sexual, portanto, é de suma relevância no combate ao aborto.

Para o Ministro Relator, é preciso conferir interpretação conforme à Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

Pendem ainda de julgamento – no âmbito do STF – importantes feitos sobre o tema que descortinaram os caminhos – da punição ou da emancipação – que se seguirão.

22 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 124.306** – Rio De Janeiro. Pacientes: Edilson dos Santos; Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

23 SEDGH, G. *et al.* Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and subregional levels and trends, *The Lancet*, 2016. Disponível em: <https://www.guttmacher.org/infographic/2018/highly-restrictive-laws-do-not-eliminate-abortion>. Acesso em: 29 set. 2021.

24 Alemanha, Tribunal Federal Alemão, 88 BVerfGE 203, note 25, at para. 189.

Destaca-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.541, cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de medida cautelar<sup>25</sup>, em que se questiona dispositivos da Lei Federal nº 13.301/2016, que trata da adoção de medidas de vigilância em saúde relativas aos vírus da Dengue, da Chikungunya e da Zika. O principal ponto questionado é o artigo 18 do mencionado diploma, que trata dos benefícios assistenciais e previdenciários para as crianças e para as mães vítimas de sequelas neurológicas.

Nesse feito se pede interpretação conforme a Constituição da República aos artigos do Código Penal que tratam das hipóteses de interrupção da gravidez. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a Associação Nacional dos Defensores Públicos legitimada aponta diversas omissões do Poder Público no acesso à informação, aos cuidados de planejamento familiar e aos serviços de saúde, além de omissão sobre a possibilidade de interrupção da gravidez nas políticas de saúde estatais para mulheres grávidas infectadas pelo vírus Zika.

Nesse sentido, o pedido é de que se determine ao Poder Público a adoção de diversas políticas públicas visando sanar tais omissões, entre elas a garantia de tratamentos a crianças com microcefalia em centros especializados em reabilitação, distantes no máximo de 50 km de suas residências, a entrega de material informativo e a distribuição de contraceptivos de longa duração às mulheres em situação vulnerável. A Anadep pede ainda que se declare a inconstitucionalidade do enquadramento da interrupção da gestação em relação à mulher infectada pelo vírus Zika no artigo 124 do Código Penal.

Alternativamente, o pedido é de que se julgue constitucional a interrupção nesses casos, “em função do estado de necessidade com perigo atual de dano à saúde provocado pela epidemia de Zika e agravada pela negligência do Estado brasileiro na eliminação do vetor”, com a sustação dos inquéritos policiais, prisões em flagrante e processos em andamento que envolvam a interrupção da gravidez quando houver comprovação da infecção da gestante.

O processo sequer teve seu mérito conhecido já que a preliminar levou ao seu não conhecimento. O plenário virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, em abril do corrente ano, rejeitar o pedido da Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep), nos termos do voto da relatora, Ministra Cármen Lúcia, seguida pela maioria. A relatora do caso votou por rejeitar a ação – “não conhecer” a ação – sem analisar o seu mérito, acolhendo a preliminar formal de ilegitimidade da Associação para propositura da ação. De toda forma, na ocasião do julgamento que se deu em plenário virtual, muitos Ministros ressaltaram o posicionamento pela descriminalização do aborto, independente da questão processual intransponível que se colocou.

Assim que, ainda que seja um precedente negativo, tendo em vista que o mérito da questão não foi posto, e diante das ressalvas feitas por vários julgadores, o futuro poderá nos reservar um posicionamento mais protetor dos direitos das mulheres à interrupção voluntária da gravidez na Corte.

<sup>25</sup> A petição, bem como demais documentos que instruem esta ação, estão disponíveis em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5037704>. Acesso em: 29 set. 2021.

## 4 O QUE VIRÁ NO FUTURO? O CASO EM JULGAMENTO

Paralelamente, tramita a mais importante discussão do controle concentrado de constitucionalidade sobre o tema, que é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442<sup>26</sup>, a qual questiona a recepção, pela Constituição Federal de 1988, dos artigos 124 e 126 do Código Penal, que instituem a criminalização da interrupção voluntária da gravidez, pela ordem normativa vigente.

Sustenta a inicial da ADPF 442 que os dois dispositivos do Código Penal afrontam postulados fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, a liberdade, a igualdade, a proibição de tortura ou o tratamento desumano e degradante, a saúde e o planejamento familiar das mulheres e os direitos sexuais e reprodutivos<sup>27</sup>.

A pretensão é que o STF exclua do âmbito de incidência dos dois artigos a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, “de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento”, haja vista que “ter um filho é um evento central na vida das mulheres; portanto, as condições de que dispõe para decidir se como ou quando fazê-lo concretizam princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da cidadania, na medida que conforma capacidade delas de se autodeterminar, de forma a realizar o projeto de vida” e sendo que “a criminalização do aborto, as condições são injustas: submetem as mulheres a riscos evitáveis de adoecimento e morte, bem como a tratamentos humilhantes e degradantes em momentos de intensa vulnerabilidade”.

Em novembro de 2017, a relatora indeferiu pedido de medida cautelar de urgência que visava a suspensão de prisões em flagrante, de inquéritos policiais e de andamento de processos ou decisões judiciais, baseadas na aplicação dos artigos 124 e 126 do Código Penal, a casos de aborto voluntário realizado nas primeiras 12 semanas de gravidez. A fim de instaurar o debate constitucional e a configuração e o alcance do problema jurídico, a Ministra Rosa Weber solicitou informações à Presidência da República, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, à Advocacia-Geral da União (AGU) e à Procuradoria-Geral da República (PGR).

Além disso, segundo a Ministra, a questão da interrupção voluntária da gravidez nas 12 primeiras semanas envolve diferentes valores públicos e direitos fundamentais. A discussão, a seu ver, é um dos temas jurídicos “mais sensíveis e delicados”, pois envolve razões de ordem ética, moral, religiosa e de saúde pública e a tutela de direitos fundamentais individuais:

26 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 29 set. 2021.

27 A petição inicial está disponível para leitura em <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

Em resposta ao pedido, a Presidência da República sustenta a existência de “desacordo moral razoável” sobre a questão na sociedade brasileira, diante da ausência de consenso mínimo acerca das concepções morais, filosóficas e mesmo religiosas sobre a matéria. Por isso, defende que o espaço adequado para discutir e decidir politicamente a matéria é o Poder Legislativo, responsável “por tutelar o pluralismo político, premissa para a legitimidade das decisões políticas majoritárias”.

O Senado Federal, por sua vez, esclarece que os artigos questionados na ADPF não foram objeto da reforma legislativa empreendida no Código Penal (Lei 7.209/1984) e assinala que o artigo 2º do Código Civil de 2002 assegura direitos ao feto viável. Afirmo também que o Parlamento está promovendo as discussões pertinentes para eventual modificação do parâmetro legal (petição 17.722/2017).

No mesmo sentido, a Câmara dos Deputados defende que a descriminalização da conduta, se for o caso, deverá ocorrer por intermédio do Poder Legislativo, e lembra que, ao analisar o Projeto de Lei 1.135/1991, a Câmara considerou a proposta “inconstitucional e inoportuna”. Informa ainda que tramitam naquela Casa diversas proposições que preveem a proteção da vida desde a concepção e, por outro lado, projetos que descriminalizam o aborto.

Em março de 2018, a Ministra Relatora proferiu decisão em que convoca audiência pública<sup>28</sup>, de forma a enfrentar a complexidade constitucional ora *sub examine*, ressaltando-se que houve intensa participação da sociedade, cerca de 40 representantes de diversos setores envolvidos, desde especialistas, instituições e organizações nacionais e internacionais, em busca de efetiva participação na formação da razão pública a qual fundamentará a sentença no âmbito desta ADPF, que ainda está em trâmite e, desde 11/09/2019, tem os autos conclusos à Relatora Rosa Weber.

Pende, portanto, ainda de decisão qual das vias o judiciário brasileiro seguirá sobre o tema da descriminalização do aborto, todavia, o momento político não se mostra favorável ao apuramento da questão para julgamento, razão pela qual a análise é que ainda tenhamos dilação até o desfecho da questão.

## **5 ABORTO E INTERPRETAÇÃO A PARTIR DE UM CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA: JULGANDO COM LENTES DE GÊNERO**

É importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, para além de julgar a não recepção do artigo do Código Penal que criminaliza o aborto, também deve ter responsabilidade para fixar parâmetros abstratos que sirvam de precedentes para os casos subsequentes que envolvam questões relacionadas à desigualdade de gênero.

Neste sentido, propõe-se uma interpretação do caso a partir do constitucionalismo feminista, que chama a atenção para a desigualdade de gênero existente no direito constitucional, sempre estudado e aplicado como supostamente neutro. O constitucionalismo feminista também busca de algum modo repensar e reconstruir a

<sup>28</sup> A petição inicial está disponível para leitura em <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.



democracia social, mas com a participação e voz das mulheres no direito e na política. Pretende, ainda, a partir do olhar de gênero, questionar os temas do direito constitucional e propõe que se revisitem temas clássicos do constitucionalismo, que se preconizem novas ideias, mas que, principalmente, tomemos a responsabilidade de mudar o foco de discussão e debate constitucional.

O direito constitucional é fundacional e fundamental para a maior parte dos sistemas legais do mundo contemporâneo, o que, por sua vez, implica que é pelas constituições que se desenham compromissos fundamentais que dizem respeito à cidadania, direitos e deveres. Nesta literatura sobre os problemas e as justificativas de uma revisão judicial vinculativa em uma democracia, pode-se esperar que o problema relativamente óbvio e único das mulheres desempenhe pelo menos um papel significativo.

As mulheres foram excluídas do judiciário durante a maior parte da nossa história e o judiciário opera dentro de um sistema de precedentes. É necessário mudar o filtro da interpretação para que novos precedentes com maior proteção e promoção da igualdade das mulheres sirvam também de transformação de sua proteção. A mobilização legal dos movimentos de mulheres inclui as ações no âmbito da Suprema Corte e judicialização e o enquadramento de suas demandas através de marcos discursivos que incorporam e interpretam conceitos legais<sup>29</sup> e a jurisprudência das cortes constitucionais tem um papel fundamental na interpretação de direitos com a finalidade de garantir a igualdade de gênero material.

Neste sentido, pretende-se apresentar algumas possibilidades de interpretação constitucional feminista, bem como uma interpretação constitucional que busque reparar a desproporcionalidade da lei que criminaliza o aborto e restringe a liberdade da mulher sobre seu corpo, sua vida e seu futuro.

A interpretação feminista é um projeto que pretende repensar o direito constitucional e explorar sua relação com o feminismo examinando, desafiando e redefinindo a própria ideia do constitucionalismo a partir de uma perspectiva feminista.<sup>30</sup> Os estereótipos e abordagens discriminatórias deixaram marcas no direito constitucional e nas tradições legais. O feminismo pode desempenhar um papel na neutralização dessas influências e a interpretação feminista pode ser uma ferramenta muito eficaz a serviço da mudança jurisprudencial gradual, além disso, oferece uma nova perspectiva interpretativa do conhecimento humano, incluindo a esfera do Direito. Alguns exemplos clássicos da influência de estereótipos e discriminação na interpretação vêm de casos em que documentos aparentemente neutros foram interpretados de forma excludente às mulheres por causa de vieses culturais.<sup>31</sup>

Em geral, as mulheres não participaram dos processos Constituintes, ou da produção de leis que estabelecem desproporcionalmente restrições sobre seu corpo, restrições sobre suas escolhas, impondo-lhes puni-

29 FREIRE, A. Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico. *Publicum*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 2016. DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2016.23767>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/23767>. Acesso em: 29 set. 2021. p. 45-73.

30 BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi. *Feminist constitutionalism: global perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 1.

31 BARAK-EREZ, Daphne. Her-menutics: feminism and interpretation. In: BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi. *Feminist constitutionalism: global perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 85.

ção não justificável. É preciso compreender que o Código Penal, assim como todo Direito tradicional, contém pressupostos sexistas, porque produzido numa sociedade patriarcal, que tratava o corpo das mulheres como instrumento a serviço do homem ou da família. Para além disso, é preciso assumir que não há neutralidade no direito concebido por homens e para homens.

É necessário que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a interrupção voluntária da gravidez, compreenda que é possível combater não só as formas públicas de injustiça, suspostamente neutras.

Neste sentido, uma possibilidade seria o método interpretativo proposto pela professora Katharine Bartlett<sup>32</sup>, “the woman question”, para verificar e expor o impacto das normas jurídicas sobre as mulheres, que busca identificar as implicações de gênero nas normas e práticas jurídicas que podem parecer neutras ou objetivas. E pode ser utilizado no caso do aborto. Para ela, esta possibilidade pode trazer alternativas interpretativas que promovem uma alocação mais justa e equânime dos resultados sociais.

“The woman question” busca verificar os impactos das normas sobre as mulheres apresentando as seguintes questões: “Have women been left out of consideration? If so, in what way, how might that omission be corrected? What difference would it make to do so?”<sup>33</sup>

O método busca de alguma maneira explorar se há proporcionalidade e, portanto, igualdade no tratamento e na elaboração de uma lei e seus impactos na vida da mulher. Se a lei só tem impactos de restrição sobre a vida, a liberdade e o corpo da mulher, não é possível pensar em neutralidade ou imparcialidade.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, perguntar “the woman question” é perguntar e examinar como a criminalização do aborto traz *standards* normativos em desvantagem para mulheres. A pergunta assume que as leis, especialmente aquelas elaboradas no início e meados do século passado não só podem não ser neutras, mas também impactar de forma desvantajosa para as mulheres e serem “machistas” num sentido específico. A proposta da pergunta “the woman question”, quando dos julgamentos, pode ajudar a expor esta disparidade e desproporcionalidade no impacto da norma punitiva sobre a vida e sobre o corpo das mulheres, sugerindo a correção do direito pela declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte.

É preciso enfrentar se o tema afeta só mulheres, se afeta apenas mulheres grávidas, se este impacto prejudica as mulheres. Se há impacto maior sobre mulheres pobres e sobre mulheres negras. Para além disso, é necessário perguntar se o Estado atua de forma proporcional para evitar a interrupção da gravidez com incentivos econômicos e sociais para as mulheres.

O Estado mantém políticas de assistência social específica para mães de baixa renda? O Estado mantém políticas de estabilidade no emprego para mulheres gestantes? E para mulheres gestantes que vivem em subem-

32 BARTLETT, Katherine. Feminist legal methods. *Harvard Law Review*, v. 103, n. 4, Feb. 1990. Disponível em: [https://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/148/](https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/148/). Acesso em: 29 set. 2021. p. 837.

33 BARTLETT, Katherine. Feminist legal methods. *Harvard Law Review*, v. 103, n. 4, Feb. 1990. Disponível em: [https://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/148/](https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/148/). Acesso em: 29 set. 2021.

pregos no mercado informal de trabalho, de que modo o Estado protege? Às mulheres executivas é garantido promoções na carreira? Há uma preocupação de gênero em promover mulheres mães nas corporações? Optar pela continuidade da gestação e maternidade impacta no desenvolvimento das mulheres? Impacta negativamente em seu desenvolvimento profissional? Mulheres pesquisadoras têm incentivos e equiparação justa para equiparar a maternidade? Quais as políticas de inclusão e equiparação são feitas pelos governos? Homens que optam por não levar a gravidez adiante tem algum tipo de punição? São estas as questões que devemos pôr para devidamente enfrentar o tema do aborto.

Do mesmo modo, Reva Siegel<sup>34</sup>, ao estudar as políticas restritivas em relação ao aborto dos estados americanos, propões expandir o quadro e analisar as restrições de aborto num contexto político mais amplo para saber se há integridade e proporcionalidades nas políticas de criminalização ou restrição do aborto e se de fato o Estado tem preocupação em ajudar as mulheres para evitar gravidez indesejada e se dão apoio a mulheres grávidas que querem criar seus bebês.

Outras perguntas que poderiam ser feitas de acordo com Siegel<sup>35</sup>:

Is state interest in protecting new life consistent across contexts, or selective? Do states protect life in ways that enhance or restrict women's autonomy? Do states that restrict abortion also support new mothers and new life? Do schools teach sex education? Do states that restrict abortion help women who want to be mothers maintain their pregnancies?

Para a autora, 49 % (quarenta e nove por cento) das mulheres ou mais citam razões financeiras para interromper a gravidez, porque 49% estão abaixo do nível da pobreza e 75% são pobres ou de baixa renda. Não se pode debater as políticas de restrições do aborto se não há políticas para prover recursos, atendimento à saúde ou proteção de emprego para mulheres<sup>36</sup>

Fazer a pergunta “the woman question” pode ser um método inicial para os debates sobre interpretação constitucional a respeito do aborto e nos resultados desproporcionais que sua criminalização causa às mulheres. As perguntas acima podem demonstrar com maior transparência se há de fato uma preocupação na proteção da vida do feto para o momento posterior ao seu nascimento e se há políticas para acolhimento das mulheres que desejam levar sua gravidez adiante. Se a lei impacta apenas sobre as mulheres e é a única política desproporcional existente para restringir suas liberdades e tratá-la de maneira desproporcional, então deve a Corte apontar a sua inconstitucionalidade porque não atende parâmetros de igualdade material preconizados na Constituição Federal.

34 SIEGEL, Reva B. ProChoiceLife: asking who protects life and how – and why it matters in law and politics. *Indiana Law Journal*, Sept. 2017. Forthcoming; Yale Law School, Public Law Research Paper no. 613. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3035017>. Acesso em: 29 set. 2021. p. 5.

35 SIEGEL, Reva B. ProChoiceLife: asking who protects life and how – and why it matters in law and politics. *Indiana Law Journal*, Sept. 2017. Forthcoming; Yale Law School, Public Law Research Paper no. 613. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3035017>. Acesso em: 29 set. 2021. p. 5.

36 SIEGEL, Reva B. ProChoiceLife: asking who protects life and how – and why it matters in law and politics. *Indiana Law Journal*, Sept. 2017. Forthcoming; Yale Law School, Public Law Research Paper no. 613. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3035017>. Acesso em: 29 set. 2021. p. 12.

## 6 CONCLUSÃO: O FUTURO NOS TRARÁ IGUALDADE?

O aborto de titularidade masculina já existe no Brasil: hoje existem cerca de 5,5 milhões de crianças sem pai em suas certidões de nascimento<sup>37</sup>. A proibição da IVG é, *ergo*, uma questão de igualdade, porque se fere a igualdade de gêneros, na medida em que as mulheres são subjugadas a ônus que não seriam impostos em nenhum contexto ao homem, seus impactos atingem mais aquelas que estão nas camadas sociais mais desfavorecidas<sup>38</sup>.

Essa forma de enfrentar o problema da desigualdade entre homens e mulheres, em relação aos cuidados com a prole, repercutiu na legalização da interrupção voluntária da gravidez na França, por exemplo, onde se conquistou tal direito ante falhas no funcionamento dos métodos anticoncepcionais<sup>39</sup>, bem como em prol da igualdade entre homens e mulheres. Nos Estados Unidos, inclusive, o aborto, assim como na França, é legal por um reconhecimento da Suprema Corte.

Desde o caso *Roe versus Wade*<sup>40</sup>, a interrupção voluntária da gravidez é um direito que passou a ser gozado pelas norte-americanas. Não obstante as manifestações conservadoras daquele país, o aborto é considerado como uma forma de expressão de um direito, valor e princípio norteador de todo ordenamento jurídico estadunidense: a liberdade. Para Ruth Bader Ginsburg, a decisão no âmbito de *Roe versus Wade*, ainda que um avanço em defesa aos direitos das mulheres, pecou em ter escolhido argumentos biomédicos em vez de utilizar uma perspectiva constitucional de igualdade entre gêneros<sup>41</sup>.

Ressaltamos, porém, que infelizmente a questão da violência de gênero não se circunscreve apenas ao impedimento do exercício dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres: impedimentos de acesso à justiça e a serviços de saúde, à vida profissional e social também são efeitos nocivos vividos por mulheres e meninas e decorrentes deste sistema de dominação androcêntrica. Constata-se, pois, que a dominação masculina sobre a condição feminina não só é naturalizada, como é ocultada<sup>42</sup>, de forma que seus efeitos são velados. Esse fenômeno generalizado alcança elevado número de mulheres<sup>43</sup>.

A igualdade entre homens e mulheres deve ser enfrentada como importante chave interpretativa para a condição da mulher em nossa sociedade. A luta contra a violência contra mulheres e a favor da igualdade de gêneros, na realidade, constitui a base do desenvolvimento social e econômico<sup>44</sup>, pois a desigualdade de gê-

37 BRASIL tem 5,5 milhões de crianças sem pai no registro. **UOL Notícias**, 11 ago. 2013. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2013/08/11/brasil-tem-55-milhoes-de-criancas-sem-pai-no-registro.htm>. Acesso em: 29 set. 2021.

38 SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Mundo Jurídico**. Disponível em: [http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982\\_342\\_aborto-sarmentodaniel.pdf](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982_342_aborto-sarmentodaniel.pdf). Acesso em: 03 jul. 2014.

39 CHATÉL, Marie Magdeleine. **Mal-estar na procriação**: as Mulheres e a Medicina da Reprodução. Rio de Janeiro: Editora Campo Matémico, 1995.

40 É possível ouvir aos áudios das sustentações orais do caso *Roe v. Wade* em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>. Acesso em: 22 nov. 2019.

41 GINSBURG, Ruth Bader. Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade*. **Hein Online**, n. 375, 1984-1985. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/nclr63&div=20&id=&page=>. Acesso em: 20 maio 2015.

42 VARIKAS, Eleni. Igualdade. In: HIRATA, Helena *et al.* (org.). **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 117.

43 PIOVESAN, Flavia; PIMENTEL, Sílvia. Conspiração contra a impunidade. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 nov. 2002. Opinião. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2511200210.htm>. Acesso em: 29 set. 2021.

44 UNITED NATIONS POPULATION FUND – BRAZIL. **Annual Report 2018**. One vision: Three zeros. Disponível em: [https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/UNFPA\\_PUB\\_2018\\_EN\\_Annual\\_Report\\_3.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/UNFPA_PUB_2018_EN_Annual_Report_3.pdf). Acesso em: 29 set. 2021.

neros é verdadeiro entrave ao progresso<sup>45</sup>, uma vez que se impede o desenvolvimento de pessoas capazes e que muito tem a contribuir com a sociedade e com o futuro da humanidade.

Assim, deve a Suprema Corte Brasileira, usando um método interpretativo feminista perguntar “the woman question” para verificar o impacto e a desproporcionalidade da legislação penal existente sobre a vida e o corpo das mulheres e assumir uma posição ativa em prol da igualdade de gênero.

## REFERÊNCIAS

- ABRANTES, Talita. Hospitais barram aborto até em casos previstos por lei. **Exame.com**, 21 jun. 2016. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/hospitais-barram-aborto-ate-em-casos-previstos-por-lei/>. Acesso em: 29 set. 2021.
- BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi. **Feminist constitutionalism: global perspectives**. New York: Cambridge University Press, 2012.
- BARAK-EREZ, Daphne. Her-menutics: feminism and interpretation. *In*: BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi. **Feminist constitutionalism: global perspectives**. New York: Cambridge University Press, 2012.
- BARTLETT, Katherine. Feminist legal methods. **Harvard Law Review**, v. 103, n. 4, Feb. 1990. Disponível em: [https://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/148/](https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/148/). Acesso em: 29 set. 2021.
- BARWINSKI, Sandra Lia Leda Bazzo. Não sou ninguém. *In*: MARINS, Graciela Iurk; BARWINSKI, Sandra Lia Leda Bazzo. **A mulher e o direito**. Curitiba: OAB/PR, 2012.
- BRASIL tem 5,5 milhões de crianças sem pai no registro. **UOL Notícias**, 11 ago. 2013. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2013/08/11/brasil-tem-55-milhoes-de-criancas-sem-pai-no-registro.htm>. Acesso em: 29 set. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Indireta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, Dje 29/05/2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 29 set. 2021.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ 12/04/2012. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 29 set. 2021.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 29 set. 2021.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 124.306** – Rio De Janeiro. Pacientes: Edilson dos Santos; Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 84.025-6** – Rio de Janeiro. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Dje 04/03/2004. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>. Acesso em: 29 set. 2021.
- CATÓLICAS PELO DIREITO DE DECIDIR. Breve panorama sobre o aborto legal e transparência no Brasil. Disponível em: <https://catolicas.org.br/wp-content/uploads/2021/01/publicacao-Panorama-Aborto-Legal.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2021.
- CHATÉL, Marie Magdeleine. **Mal-estar na procriação: as Mulheres e a Medicina da Reprodução**. Rio de Janeiro: Editora Campo Matêmico, 1995.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **CFM esclarece posição a favor da autonomia da mulher no caso de interrupção da gestação**. 21 mar. 2013. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/cfm-esclarece-posicao-a-favor-da-autonomia-da-mulher-no-caso-de-interrupcao-da-gestacao/>. Acesso em: 29 set. 2021.
- DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, supl. 1, p. 959-966, jun. 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232010000700002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/pYSRDGw6B3zPsVJfDJSzwNt/?lang=pt>. Acesso em: 29 set. 2021.

45 MILL, John Stuart. **The subjection of women**. Kindle Edition. London, 1869.

- DINIZ, Débora; VÉLEZ, Ana Cristina Gonzalez. Aborto na suprema corte: o caso da anencefalia no Brasil. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 647-652, maio/ago. 2008, p. 648. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2008000200019>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/qwn8sMkp3PmG9ks8XsTWbvx/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.
- FREIRE, A. Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico. **Publicum**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 2016. DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2016.23767>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/23767>. Acesso em: 29 set. 2021.
- GINSBURG, Ruth Bader. Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade. **Hein Online**, n. 375, 1984-1985. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/nclr63&div=20&id=&page=>. Acesso em: 20 maio 2015.
- GOLLOP, Thomaz Rafael. Abortamento por anomalia fetal. In: CAVALCANTI, Alcilene. XAVIER, Dulce (org.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006.
- HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**: volume V: arts.121 a 136. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.
- IBOPE INTELIGÊNCIA. CATÓLICAS PELO DIREITO DE DECIDIR. **Percepções sobre o aborto e educação sexual**. Pesquisa de Opinião Pública, 2017. Disponível em: [https://catolicas.org.br/wp-content/uploads/2020/08/Pesquisa-de-Opinia%CC%83o-Pu%CC%81blica-2017-CDD-e-IBOPE-Percepe%CC%A7o%CC%83es-sobre-aborto-e-educac%CC%A7a%CC%83o-sexual\\_3-MB.pdf](https://catolicas.org.br/wp-content/uploads/2020/08/Pesquisa-de-Opinia%CC%83o-Pu%CC%81blica-2017-CDD-e-IBOPE-Percepe%CC%A7o%CC%83es-sobre-aborto-e-educac%CC%A7a%CC%83o-sexual_3-MB.pdf). Acesso em: 29 set. 2021.
- MILL, John Stuart. **The subjection of women**. Kindle Edition. London, 1869.
- PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria. **Aborto**: discriminar para não discriminar. *Jornal da Rede saúde*, São Paulo, n. 21, set. 2000.
- PIOVESAN, Flavia; PIMENTEL, Silvia. Conspiração contra a impunidade. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 nov. 2002. Opinião. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2511200210.htm>. Acesso em: 29 set. 2021.
- SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Mundo Jurídico**. Disponível em: [http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982\\_342\\_abortosarmentodaniel.pdf](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982_342_abortosarmentodaniel.pdf). Acesso em: 03 jul. 2014.
- SEDGH, G. *et al.* Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and subregional levels and trends, **The Lancet**, 2016. Disponível em: <https://www.guttmacher.org/infographic/2018/highly-restrictive-laws-do-not-eliminate-abortion>. Acesso em: 29 set. 2021.
- SIEGEL, Reva B. ProChoiceLife: asking who protects life and how – and why it matters in law and politics. **Indiana Law Journal**, Sept. 2017. Forthcoming; Yale Law School, Public Law Research Paper no. 613. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3035017>. Acesso em: 29 set. 2021.
- UNITED NATIONS POPULATION FUND – BRAZIL. **Annual Report 2018**. One vision: Three zeros. Disponível em: [https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/UNFPA\\_PUB\\_2018\\_EN\\_Annual\\_Report\\_3.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/UNFPA_PUB_2018_EN_Annual_Report_3.pdf). Acesso em: 29 set. 2021.
- VARIKAS, Eleni. Igualdade. In: HIRATA, Helena *et al.* (org.). **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: Editora UNESP, 2009.
- WAPNER, Ronald J. Diagnóstico pré-natal de desordens congênitas. In: CREASY, Robert K.; RESNIK, Robert. **Medicina materno fetal: princípios e práticas**. Trad. Gabriella da Silva Mendes. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2016.
- WILLIAMSON, Nancy. **Maternidade precoce: enfrentando desafios da gravidez na adolescência**. Brasil. Situação da população Mundial 2013. FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – BRASIL: 2013. Disponível em: <http://unfpa.org.br/Arquivos/swop2013.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

# CAPÍTULO 15

## DIREITO HUMANO À LIBERDADE E A PRÁTICA ABORTIVA COMO GARANTIA DOS DIREITOS DAS MULHERES<sup>1</sup>

Magda Marina Ferreira Hofstaetter

### INTRODUÇÃO

Desde 1970 quando os movimentos feministas se intensificaram, a questão referente à liberdade e legalização do aborto sempre foi uma das pautas em destaque como requisito básico para a garantia de direitos humanos das mulheres.

Desde aquela época, as feministas já defendiam que eram as mulheres quem deveriam decidir acerca da interrupção ou não da gravidez e lutavam, de forma incansável, pela revogação das leis de aborto como garantia do exercício da liberdade.

A liberdade se consubstancia como um dos princípios basilares do estado democrático de direito e que “juntamente com o da isonomia, sustentam o direito maior de respeito à dignidade da pessoa humana, que são os elementos constitutivos dos direitos humanos fundamentais”, conforme definido por Maria Berenice Dias<sup>2</sup>.

Ocorre que, o conceito de liberdade não é uno e sempre gera muitos debates entre os teóricos. Quando se fala em direito ao aborto, esse debate suscita ainda mais controvérsias por envolver, também, convicções morais.

No presente artigo serão abordados três conceitos de liberdade e os impactos que a atuação do Estado provoca no tema referente ao aborto, seja para restringir, seja para permitir que tal direito seja exercido pelas mulheres.

Pretende-se demonstrar como decisões coletivas podem impactar (e restringir) o pleno e livre exercício de direitos básicos das mulheres em nossa sociedade e como o Estado pode garantir que tais garantias (direito à liberdade e igualdade) não sejam violadas.

Neste cenário, é preciso se ater ao real papel do Estado no que diz respeito à intervenção na vida privada dos cidadãos e, se tal intervenção, quando pautada em questões de ordem moral, é legítima, mesmo em relação àqueles que não concordam com as razões.

<sup>1</sup> Capítulo publicado anteriormente no site da ADEPOL – PR, em 29 out. 2020.

<sup>2</sup> DIAS, Maria Berenice. Aborto e o direito ao lar. **IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 04 fev. 2007. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/268/Aborto+e+o+direito+ao+lar>. Acesso em: 29 set. 2021.

## 1 O CONCEITO DE LIBERDADE E OS REFLEXOS NA INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ

### 1.1 ISAIAH BERLIN E OS DOIS CONCEITOS DE LIBERDADE

Em “Quatro Ensaios sobre a Liberdade”, Isaiah Berlin<sup>3</sup> examina dois sentidos do conceito de liberdade. O primeiro, ao qual o autor denomina de “*liberdade negativa*”, está ligado a não interferência do Estado em seu exercício. O segundo, chamado de sentido positivo (“*liberdade positiva*”), está atrelado ao conceito de autodomínio, de tomar e assumir as responsabilidades pelas próprias decisões.

Para Berlin, uma pessoa é livre, no sentido negativo da palavra, quando não há sobre ela uma coerção, uma interferência, é quando “um homem pode agir sem sofrer a obstrução de outros” e “quanto mais ampla a área de não interferência, mais ampla minha liberdade<sup>4</sup>”.

Obviamente, não se pode pensar em um cenário em que todos os cidadãos são livres, indistintamente, para agirem como bem entenderem. Isso geraria o caos dentro da sociedade. Pensando neste panorama, Berlin expõe que o Estado, por intermédio de leis, pode restringir o pleno exercício de alguns direitos para o melhor convívio público. Contudo, o Estado deve garantir uma “área mínima de liberdade pessoal que não deve ser absolutamente violada”<sup>5</sup>.

Ao longo da história quem mais sofreu tais restrições em prol da coletividade foram as mulheres, violando o conceito negativo trazido por Berlin quando diz que “liberdade é a liberdade de fazer escolhas”<sup>6</sup>.

As escolhas das mulheres são ainda limitadas pelo contexto social do patriarcado, em que se propicia maior liberdade aos homens do que às mulheres, conforme explicam Isadora Vier Machado e Maria Lígia Granado Elias<sup>7</sup>:

Compreendemos o patriarcado como “[...] uma persistência hegemônica de uma dominação masculina” (Machado, 2000, p. 16). Quando nos referimos à ideia de patriarcalismo, estamos dando nome a uma construção social, cultural e simbólica pautada nas desigualdades de gênero, trata-se de um emaranhado de regras e práticas que desfavorecem as mulheres e vivências de gênero que não podem ser enquadradas na cultura heterossexual hegemônica. Assim como Hirschmann (2003, p. 84), entendemos o patriarcalismo como convenções de poder e privilégio que posicionam e constituem o gênero dentro de uma ordem de dominação masculina. O patriarcado é ao mesmo tempo discurso e ideologia, correspondendo à institucionalização do sexismo.

Trazendo a problemática do aborto para dentro deste cenário temos que a decisão de uma mulher pela interrupção ou não da gravidez, como um direito individual, não deve sofrer interferências do Estado, nem de

3 BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Trad. de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981. p. 133 a 145.

4 BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Trad. de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981. p. 136-137.

5 BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Trad. de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981. p. 137.

6 MACHADO, Isadora Vier; ELIAS, Maria Lígia Granado. A construção social da liberdade e a Lei Maria da Penha. **Revista Sul-Americana de Ciência Política**, v. 3, n. 1, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/rsulacp/article/view/3865/4324>. Acesso em: 29 set. 2021.

7 MACHADO, Isadora Vier; ELIAS, Maria Lígia Granado. A construção social da liberdade e a Lei Maria da Penha. **Revista Sul-Americana de Ciência Política**, v. 3, n. 1, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/rsulacp/article/view/3865/4324>. Acesso em: 29 set. 2021.



imposições sociais pelo papel que homens e mulheres têm dentro da coletividade. O Estado deve se abster de fazer escolhas que contrariem o exercício dos direitos individuais das mulheres.

Em outras palavras, não é permitido a nenhum governo editar normas que restrinjam ou que até proíbam a prática do aborto, uma vez que “não cabe a um ideal de liberdade prescrever aquela que seria a ‘verdadeira’ escolha, a escolha ‘verdadeiramente livre’”.<sup>8</sup>

Por sua vez, o conceito positivo de liberdade se traduz no autodomínio de tomar as próprias decisões e ser responsável por suas escolhas. Nas palavras de Berlin é “estar livre para fazer algo”. Cabe ao indivíduo o direito de escolher quando e como realizar suas ações.

De modo geral, essa perspectiva associa a liberdade à razão. O entendimento racional da vida humana e da vida em sociedade levaria à autonomia do indivíduo. Isso aconteceria, em primeiro lugar, porque a razão levaria os indivíduos a se despojarem de paixões, medos e preconceitos, e em segundo lugar, porque, ao me libertar de mitos e ilusões, ser-me-ia possível planejar uma vida de acordo com a minha vontade. [...] Sou livre se e somente se planejo a minha vida de acordo com minha vontade; os planos acarretam regras; uma regra não me oprime, nem me escraviza, se a imponho a mim mesmo conscientemente ou se aceito livremente depois de tê-la compreendido, quer tenha sido inventada por mim, quer por outros, desde que seja racional, isto é, desde que se conforme as necessidades das coisas. Compreender por que as coisas devem ser é querer que assim sejam. O conhecimento não liberta oferecendo-nos mais possibilidade abertas de escolha, mas preservando-nos da frustração de tentar o impossível [...]. (p. 247-248).<sup>9</sup>

Conforme exposto anteriormente, por muito tempo as mulheres foram (e ainda são) consideradas como seres inferiores, não reconhecidas como capazes de participar ativamente de uma vida em sociedade, devendo a tomada de decisões ficar a cargo dos homens. Para Berlin, essa exclusão representa uma violação ao conceito de liberdade positiva, a qual coloca o indivíduo no centro da tomada de decisões acerca de seus direitos.

Dentro da temática proposta no presente artigo, tem-se que para garantir a liberdade positiva, a decisão sobre a interrupção ou não de uma gravidez cabe única e exclusivamente a mulher que está diante da situação concreta. Isso implica dizer que a mulher pode optar por prosseguir com a gravidez, como também pode optar por realizar o procedimento do aborto, sem que haja qualquer interferência do Estado ou de um grupo de indivíduos em sua decisão.

Observa-se, portanto, que os dois conceitos se relacionam entre si, na medida em que impõem uma não intervenção do Estado para que o indivíduo seja livre para exercer os seus direitos quando desejar.

8 MACHADO, Isadora Vier; ELIAS, Maria Lígia Granado. A construção social da liberdade e a Lei Maria da Penha. *Revista Sul-Americana de Ciência Política*, v. 3, n. 1, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/rsulacp/article/view/3865/4324>. Acesso em: 29 set. 2021.

9 ELIAS, Maria Lígia Ganacin. Granado Rodrigues. *Isaiah Berlin e o debate sobre a liberdade positiva e a liberdade negativa*. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/web/system/files/documentos/eventos/2017/02/isaiah-berlin-e-debate-sobre-liberdade-positiva-e-liberdade.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

## 1.2 O CONCEITO DE LIBERDADE SOB O VIÉS DO LIBERALISMO: A LIMITAÇÃO DO ESTADO E A LIBERDADE INDIVIDUAL COMO DIREITO SUBJETIVO

O liberalismo tem como ponto central a defesa da liberdade individual, dos direitos subjetivos e a limitação da intervenção do Estado na vida privada.

Cesar Augusto Ramos<sup>10</sup>, em “O liberalismo político e seus críticos”, desenvolve que:

o fundamental para o liberalismo é a vida privada dos indivíduos [...] e que a privatização da liberdade tem como corolário a defesa dos direitos individuais através da instrumentalização do Estado como mecanismo jurídico-político de proteção desses direitos, tornando secundária a dimensão política do viver humano em comunidade.

Para os liberais, um indivíduo somente será considerado livre se ele puder fazer a escolha das suas decisões. Ramos define esta liberdade como sendo uma liberdade negativa, com ausência de restrições e coerções indevidas. Para o autor, ao se adotar tal modelo de liberdade “o homem permanece livre do controle das ações e das ingerências que, mesmo majoritariamente, a sociedade e o Estado julgam como aquelas que devem ser seguidas pelos indivíduos”.<sup>11</sup>

Em outras palavras, deve o Estado permanecer neutro diante das diversidades existentes na sociedade, pois a predisposição por qualquer uma delas pode afetar de forma direta o exercício do direito à liberdade de outro cidadão. No mesmo viés, Sandel<sup>12</sup> explica que “os libertários são contra o uso da força coercitiva da lei para promover noções de virtude ou para expressar as convicções da maioria”.

Do ponto de vista libertário, portanto, o direito ao aborto não pode ser proibido ou restringido pelo Estado, vez que se trata de uma autodeterminação da mulher que detém soberania sobre o seu próprio corpo. A mulher precisa ser enxergada como um indivíduo que detém capacidade moral para fazer as suas próprias escolhas e não como um ser inferior que precise de representação.

Com esse raciocínio, Sandel<sup>13</sup> defende que “cada um de nós tem o direito fundamental à liberdade – temos o direito de fazer o que quisermos com aquilo que nos pertence”.

O direito ao aborto também não pode ser restringido porque não cabe ao Estado impor limitações de ordem moral ao exercício do direito à liberdade.

Ainda que se ventilasse a possibilidade de discussões religiosas como impeditivas para o amplo exercício do direito individual, deve-se lembrar que o Estado brasileiro é laico e como tal tem de garantir o pleno exercício das mais diversas religiões, sem que isso interfira nas decisões de ordem individual dos demais cidadãos.

10 RAMOS, Cesar Augusto. O liberalismo político e seus críticos. *Crítica Revista de Filosofia*. Londrina, v. 10, n. 32, 2005. p. 233.

11 RAMOS, Cesar Augusto. O liberalismo político e seus críticos. *Crítica Revista de Filosofia*. Londrina, v. 10, n. 32, 2005. p. 236.

12 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. p. 100.

13 SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. p. 99.

### 1.3 O CONCEITO DE LIBERDADE PARA OS MODERNOS: A INDEPENDÊNCIA INDIVIDUAL

Benjamin Constant<sup>14</sup>, em “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos”, desenvolve a abordagem entre duas formas de liberdade: a liberdade dos povos antigos e a liberdade dos povos modernos.

Segundo o autor, para os povos antigos, a liberdade era um exercício coletivo e direto, no qual “a autoridade do corpo social interpunha-se e restringia a vontade dos indivíduos. [...] como particular, permanece limitado, observado, reprimido em todos os seus movimentos [...] não tinham nenhuma noção dos direitos individuais”<sup>15</sup>. Os antigos eram escravos nas questões privadas, as quais estavam sob constante vigilância e autoridade do Estado, em prol de uma participação ativa na administração do Estado.

Para os antigos importava a unidade de valores e o exercício de uma justiça material. Para eles, justo era aquilo exercido dentro da coletividade. O destino de um cidadão estava atrelado ao do outro, não se falando, portanto, em individualidade.

Dentro deste cenário temos que a decisão de uma mulher pela interrupção ou não da gravidez dependeria da decisão de toda uma coletividade e não única e exclusiva da mulher, como ser individual, vez que os direitos individuais eram abdicados e controlados pelo Estado.

O Estado, além de exercer um controle sobre o corpo da mulher, também estaria exercendo um controle sobre sua sexualidade e direitos de reprodução. Em suma, nas palavras de Flávia Biroli<sup>16</sup>, o corpo da mulher seria “objeto de intervenções sancionadas”, no qual o Estado estaria persuadindo uma mulher a levar uma gravidez, ainda que indesejada, adiante.

Por sua vez, no conceito de liberdade para os modernos se destaca a independência na vida privada. O cidadão se torna livre, conquista direitos individuais e o Estado deve assegurar o exercício de tais direitos. O indivíduo detém o poder de decidir questões de sua vida privada sem a interferência do Estado.

Sob este aspecto, a mulher tem direito de escolha de levar adiante ou não uma gravidez. Não cabe ao Estado repelir uma liberdade que guarda relação com a vida privada da mulher, sob pena de ferir o próprio direito à dignidade humana. A possibilidade de interrupção de uma gravidez, como escolha única e exclusiva da mulher, representa a conquista de total independência, como prega a doutrina da liberdade moderna.

O Estado reconhece que a mulher tem capacidade por si só de tomar decisões que digam respeito a sua vida privada.

Neste ínterim, importante destacar que, muito além de não criminalizar tais condutas, deve o Estado fornecer meios suficientes para que essa mulher não seja revitimizada e possa exercer com segurança os seus di-

14 CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1985.

15 CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1985. p. 11.

16 BIROLI, Flavia. Autonomia e justiça no debate sobre aborto: implicações teóricas e políticas. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 15., p. 37-68, set./dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-335220141503>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/QbtCQW64LCD8f7ZBv4RBSDL/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

reitos individuais, pois, “se o direito a decidir sobre o próprio corpo existir em abstrato, mas não for garantida a sua efetividade, o direito dos indivíduos à autonomia continuará sendo ferido”.<sup>17</sup>

## 2 O ABORTO NO BRASIL

O tema do aborto sempre encontrou bastante resistência em nosso país por envolver diversos paradigmas das mais variadas ordens, dentre os quais estão a religião, a ética e a moral.

Hodiernamente no Brasil, o Código Penal (artigos 124 a 126) criminaliza a prática do aborto, exceto quando há risco de vida para a gestante e não haja outro meio para salvá-la ou quando a gestação resulta de estupro e o aborto é consentido pela gestante (artigo 128). Além destas duas previsões legalmente previstas, em 2012 o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a ADPF 54/DF<sup>18</sup>, autorizou, também, a interrupção terapêutica da gestação do feto anencéfalo.

Ocorre que, apesar de legalmente permitido, o acesso legal para a interrupção da gravidez é extremamente restrito, isto porque para a sua realização alguns médicos exigem da mulher o registro do boletim de ocorrência, em sede policial, autorização judicial ou até mesmo avaliação por uma equipe médica acerca da viabilidade ou não do procedimento.

Para piorar a situação e dificultar, ainda mais, o exercício da liberdade para a prática da interrupção legal da gravidez, foi editada em 27 de agosto de 2020 a Portaria 2.282<sup>19</sup> do Ministério da Saúde que dispõe sobre o “*Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS*”.

A Portaria 2.282 foi editada após a notoriedade de um caso envolvendo uma menina de 10 anos que foi estuprada e não conseguiu realizar o abortamento em seu estado e que foi cruelmente atacada por parte da população que foi até a porta do hospital chamá-la de “assassina”. A criança que já havia sido violentada anteriormente, também fora violentada pelo Estado que não garantiu o seu direito legal de interromper a gravidez.

Dentre outras questões, que não serão aqui exploradas, a portaria editada pelo Ministério da Saúde invade atribuições do Congresso Nacional, bem como viola diretamente o disposto na Lei 12.845/2013, a qual garante atendimento humanizado e obrigatório em situações de violência sexual.

Em outras palavras, a portaria representa uma intervenção do Estado na liberdade individual de mulheres vítimas de violência sexual optarem pela interrupção da gravidez, a qual, conforme exposto anteriormente, já é permitida pela própria legislação.

17 BIROLI, Flavia. Autonomia e justiça no debate sobre aborto: implicações teóricas e políticas. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 15., p. 37-68, set./dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-335220141503>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/QbtCQW64LCD8f7ZBv4RBSDL/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

18 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

19 Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.282-de-27-de-agosto-de-2020-274644814>. Acesso em: 29 set. 2021.

Neste viés, é possível observar que no que concerne às pautas relativas aos costumes, o Estado adota uma posição de extremo intervencionismo, restringindo direitos já previamente garantidos e criando obstáculos para o seu pleno exercício.

Frise-se aqui que o fato de restringir, ou até mesmo proibir práticas abortivas, não significa dizer que o aborto não acontecerá. Pelo contrário. A restrição gera práticas clandestinas que ocasionam problemas de saúde pública e até riscos para a vida das mulheres.

Negar o direito ao aborto nos casos legalmente previstos, exigindo das mulheres práticas não estipuladas em lei, significa, em última análise, negar o próprio direito à liberdade e uma violação a própria independência individual, além de uma afronta direta aos direitos humanos.

Em se tratando de aborto legal, o Estado tem a obrigação de garantir o acesso e o exercício ao direito à liberdade e propiciar todos os meios necessários para um atendimento humanizado à mulher que deseja realizar o procedimento, sem que contra ela sejam usados argumentos de ordens morais ou religiosas. Devem ser garantidas condições de saúde suficientes, como exercício do mínimo existencial, o qual, em hipótese alguma, pode ser negado.

Conforme exposto anteriormente, sob um viés liberal e do conceito de liberdade positiva, exposto por Isaiah Berlin, é preciso garantir às mulheres a possibilidade de escolher acerca da realização do procedimento da interrupção da gravidez ou não. Não cabe ao Estado fazer essa escolha por elas, sob pena de violar a própria Constituição Federal e à dignidade humana. A possibilidade de interrupção de uma gravidez, como escolha única e exclusiva da mulher, representa a conquista de total independência, como prega a doutrina da liberdade moderna.

Além de garantir a liberdade de escolha, deve o Estado se abster de editar normas que limitem ou restrinjam o acesso das mulheres a serviços de saúde que realizem a interrupção da gravidez, notadamente naqueles casos já permitidos em lei.

## CONCLUSÃO

Quando do início dos movimentos feministas, o Brasil estava sob um regime não democrático e a atuação das mulheres à época foi fundamental na redemocratização e na garantia de direitos.

O direito à liberdade e à igualdade foram alçados à categoria de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, caput), extirpando a posição social de inferioridade das mulheres. Além disso, a República Federativa do Brasil possui como um de seus objetivos a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, IV).

Ocorre que, mais de trinta anos da promulgação da Constituição cidadã, ainda vemos as mulheres sendo privadas do exercício de seus direitos e sendo inferiorizadas com discursos preconceituosos sobre os papéis de gênero, ocupando uma posição desigual dentro da sociedade.

Estas relações de poder baseadas no gênero não podem ser legitimadas pelo Estado e não podem ser usadas para criminalizar as mulheres por questões de saúde pública, das quais somente elas necessitam.

A despeito da previsão legal da possibilidade de interrupção da gravidez em casos pré-estabelecidos, isto ainda não se mostra suficiente para o exercício da liberdade, que é mitigada por discursos religiosos e morais.

Em um Estado Democrático há a necessidade de se garantir o pleno exercício dos direitos individuais, de maneira igualitária, sem intervenções externas.

O discurso em torno da temática do aborto precisa ser repensado, sem se deixar influenciar por questões éticas e morais, afinal, todo cidadão é livre para escolher sua religião e seus princípios. O tema precisa ser analisado sob a perspectiva de quem decide e em que circunstâncias deve o ato de interrupção de gravidez ser praticado, primando-se pelo exercício dos direitos individuais, a autonomia da escolha e questões de saúde pública.

## REFERÊNCIAS

- BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Trad. de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981.
- BIROLI, Flavia. Autonomia e justiça no debate sobre aborto: implicações teóricas e políticas. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 15., p. 37-68, set./dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-335220141503>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/QbtCQW64LCD8f7ZBv4RBSDL/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.
- BRASIL. **Portaria nº 2.282, de 27 de agosto de 2020**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.282-de-27-de-agosto-de-2020-274644814>. Acesso em: 29 set. 2021.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 54 / DF 31**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal. Voto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiannoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.
- CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Porto Alegre: L&PM Editores, 1985.
- DIAS, Maria Berenice. Aborto e o direito ao lar. **IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 04 fev. 2007. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/268/Aborto+e+o+direito+ao+lar>. Acesso em: 29 set. 2021.
- ELIAS, Maria Lígia Ganacin. Granado Rodrigues. **Isaiah Berlin e o debate sobre a liberdade positiva e a liberdade negativa**. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/web/system/files/documentos/eventos/2017/02/isaiah-berlin-e-debate-sobre-liberdade-positiva-e-liberdade.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.
- HOFSTAETTER, Magda Marina Ferreira. Direito humano à liberdade e a prática abortiva como garantia dos direitos das mulheres. **ADEPOL PR**, 29 out. 2020. Disponível em: <https://www.adepolpr.org/artigos/direito-humano-a-liberdade-e-a-pratica-abortiva-como-garantia-dos-direitos-das-mulheres>. Acesso em: 11 nov. 2021.
- MACHADO, Isadora Vier; ELIAS, Maria Lígia Granado. A construção social da liberdade e a Lei Maria da Penha. **Revista Sul-Americana de Ciência Política**, v. 3, n. 1, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/rsulacp/article/view/3865/4324>. Acesso em: 29 set. 2021.
- RAMOS, Cesar Augusto. O liberalismo político e seus críticos. **Crítica Revista de Filosofia**. Londrina, v. 10, n. 32, 2005.
- SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

# CAPÍTULO 16

## COMO OS ESTUDOS CULTURAIS E DECOLONIAIS DEMONSTRAM O QUÃO IMPORTANTE SERIA UM OLHAR FEMINISTA PARA QUE AS NORMAS E A INTERPRETAÇÃO DELAS PUDESSE EFETIVAMENTE GARANTIR O DIREITO DAS MULHERES: O CASO DO ABORTO DECORRENTE DE VIOLÊNCIA SEXUAL<sup>1</sup>

Graziela Tavares de Souza Reis

### INTRODUÇÃO

A busca pelo igual, conforme Sevcenko<sup>2</sup>, forma alegorias que se associam a tabus. A ideia de que as mulheres sempre estão próximas ao pecado e ao demônio fez com que fosse concebido o imaginário da beleza imaculada, do belo e compreendido aí o que seria o “justo e o bom”. Se distingue o “status” da criatura por sua compostura, distinção, elegância. Foi exigido das mulheres gestuais delicados e contidos. A mulher “honesta” deveria ser a mulher de comportamento recatado e a de beleza imaculada. Esse modelo de beleza, também imposto, orientado por um padrão de beleza ocidental, europeu e também dissociado da compreensão sobre o diverso repercute até hoje, causando preconceitos, exclusões e não compreensão sobre o diverso. Esses estigmas – classe, cor, raça – também permitiram que mulheres que não estivessem nas classes sociais mais abastadas fossem vistas como “mais livres” e mais suscetíveis, portanto, às violências sexuais, posto que por “não serem mulheres de família” seriam fáceis, disponíveis, devendo servir aos desejos de quem com elas mantivesse qualquer relação, que sempre seria uma relação de poder. Estabeleceu-se uma divisão na sociedade, definindo-se mulheres aptas ao casamento e à constituição de família e as não aptas, disponíveis, sem amparo social ou estatal.

Os estudos culturais trazem uma crítica cultural ao direito, demonstrando como a própria lei ou a sua interpretação incorporam o racismo, o sexismo, que por sua vez, também são decorrentes do processo de colonização aqui nas Américas. Esses estudos, que partem de uma perspectiva interdisciplinar fazendo uma abordagem cuidadosa e atenta das complexidades nas relações entre poder e os reflexos na vida cotidiana, podem auxiliar a compreender quem são essas mulheres sem amparo social que incorporam e fortalecem os índices de saúde

<sup>1</sup> Capítulo desenvolvido a partir da Disciplina Direitos e Diversidades: o Tema da Luta por Reconhecimento de Direitos para Grupos Sociais Vulneráveis no Âmbito das Teorias da Justiça (Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo) ministrada pela Profa. Dra. Gislene Aparecida dos Santos.

<sup>2</sup> SEVCENKO, Nicolau. *A corrida para o século XXI: no loop da montanha-russa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. *Epub*. (Coleção Virando Séculos #7).

pública como mulheres que se submeteram a abortos clandestinos inseguros e, por isso, foram mutiladas ou perderam a própria vida. Ou ainda, quem são as mulheres vitimadas pela cotidiana e banalizada violência sexual no Brasil, sobretudo contra meninas de 0 a 11 anos, e quem dessas adolescentes são obrigadas a suportar uma gravidez decorrente dessas violências.

Rosemary Coombe<sup>3</sup>, desafiando a ideia romana de “*dura lex sed lex*”, destaca três campos da crítica dos estudos culturais ao direito: a identidade, em que demonstra como a lei opera para a manutenção da dominação patriarcal, razão pela qual, as preocupações do feminismo referentes à desigualdade sexual e à injustiça de gênero ilustram como a lei constitui identidades sociais; a narrativa, onde reside o poder hegemônico da lei em suas formas de discurso, que deixam de apreciar os fatos mais do que as regras. Inequívoco aqui é que a lei revela uma cultura e essa cultura pode ser bem desigual e excludente. Todavia, a narrativa tenta esconder essas diferenças, razão pela qual há estudiosos que fazem analogia entre o direito, a literatura e o teatro – vide Brooks<sup>4</sup> e a justiça, onde a ausência de vozes de algumas/uns significa ausência de poder e ausência de justiça. Essas pessoas invisibilizadas nos discursos indicam segregação.

Os estudos culturais do direito partem da ideia, portanto, de que a construção das normas e a sua aplicação pelo sistema de justiça não são excludentes de forma inocente e prova disso seria a ausência do diálogo social e interdisciplinar. A proposta é a de compreender quem são as pessoas invisibilizadas nesse sistema de justiça e quais (e o porquê) seus direitos são negligenciados.

## 1 O JOGO DOS VISÍVEIS E INVISÍVEIS E O CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Foucault<sup>5</sup> já destacava o quanto a semelhança desempenhou um papel construtor no saber da cultura ocidental até o século XVI. Foi ela que, em grande parte, conduziu a exegese e a interpretação dos textos: foi ela que organizou o jogo dos símbolos, permitiu o conhecimento das coisas visíveis e invisíveis, guiou a arte de representá-las.

Reconhecer, portanto, o que a história e a cultura ocidental revelam é preponderante para se levar um outro olhar para o constitucionalismo moderno. Do mesmo modo, associado a cor preta vimos a associação à morte, o simbolismo da tristeza, do sofrimento, do pecado e do demônio.

Na cantiga de Santa Maria, no século XIII – Iluminuras, o diabo surge retratado como negro. Do mesmo modo, os Mouros, vistos como inimigos da Santa Fé, infiéis por não serem cristãos. A partir desses contextos, vêm as “guerras justas”, as guerras nas américas, dizimando povos originários indígenas, momento em que se traduzia o mundo a partir do que já era conhecido, recusando-se a conhecerem a língua e cultura indí-

3 COOMBE, Rosemary. Is there a Cultural Studies of Law? In: MILLER, Toby (ed.). *A companion to Cultural Studies*. Oxford: Blackwell. Publishers, 2001.

4 BROOKS, Peter. *Law's Stories: narrative and rhetoric in the law*. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1996.

5 FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.



genas. Os que não eram iguais foram assassinados. Ou assimilados, em relação de subalternidade, ou destruídos – Baudot e Todorov.<sup>6</sup>

E, a partir do encontro de europeus com outros povos, desde a análise dos desertos da Etiópia, são vistas com surpresa “as mulheres sem casamento, as mulheres que não teriam “sido feitas para o casamento”. Albuquerque e Horta:

Em os desertos de Etiópia há umas gentes que vivem sem lei, assim como bestas e têm mulheres sem casamento e são chamados Garamantes. E outros há aí que maldizem o sol, quando se levanta e quando se põe, porque os queima em aquela terra mui fortemente. Outros há aí que moram em covas e comem as serpentes e toda outra cousa que pode ser comida, e estes são chamados Trogloditas. Outros andam nus e não trabalham em nenhuma cousa, e estes são chamados Grafasantes.<sup>7</sup>

É fácil perceber que ao diverso foi atribuído “tudo de ruim”: andam nus, comem serpentes, têm as faces queimadas, não têm leis, têm mulheres sem casamento. A partir dessa incompreensão da diversidade foi sendo tecida a cultura, as normas, as instituições ocidentais. Como herança e origem, é evidente a condição racial e feminina de desigualdade econômica e, por consequência, social na América Latina. Essa distância entre as realidades econômicas entre homens e mulheres, brancos e não brancos, também sustenta a indignidade, a violência, a injustiça e impede a sustentabilidade. As mulheres, por sua vez, até hoje são subordinadas a normas e políticas pensadas e concretizadas por maioria de homens.

A própria formação da América e da ideia de modernidade trouxe consigo o desdém pelo outro. Todorov em “A descoberta da América” identifica como o esforço de assimilar o outro e fazer desaparecer a alteridade que emerge de modo inelutável (assimiliar ou destruir o outro). As mulheres, por sua vez, até hoje são subordinadas a normas e políticas pensadas e concretizadas por homens. A soberania europeia e moderna enquanto tal, vendo o outro escuro, formando a negativa identidade:

os orientais, africanos, ameríndios, são todos componentes necessários para a fundação negativa da identidade. O iluminismo europeu está instalado em sua fundação e com relação produtiva com os “continentes negros” que serviram como base econômica dos estados-nação europeus.<sup>8</sup>

A realidade do judiciário paulista do Séc. XXI, avaliado a partir dos estudos culturais, é evidenciado por Santos<sup>9</sup>, que cita Florestan Fernandes<sup>10</sup>:

De um modo perverso, o desejo de que a raça “não conte” também foi constatado nos atos do judiciário sob a forma sistemática da desclassificação dos atos de racismo como se não tivessem ocorrido. E tornou-

6 BAUDOT, Georges; TODOROV, Tzvetan. (org.). **Relatos astecas da conquista**. São Paulo: Editora UNESP, 2019.

7 ALBUQUERQUE, Luis de; HORTA, J. S. **O confronto do olhar**: o encontro dos povos na época das navegações portuguesas. Lisboa: Ed. Caminho, 1991. p. 47-48.

8 CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **La hybris del punto cero**: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816). Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2005. p. 21.

9 SANTOS, Gislene Aparecida dos. Nem crime, nem castigo: o racismo na percepção do judiciário e das vítimas de atos de discriminação. **Revista do Instituto de Estudos Brasileiros**, n. 62, p. 184-207, 2015. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-901X.v0i62p184-207>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rieb/article/view/107226>. Acesso em: 30 set. 2021.

10 FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos**. São Paulo: Global, 2007.

-se evidente no modo como o judiciário fez uso dos costumes sociais para minimizar e naturalizar as práticas de discriminação como atos não racistas. Ora, o desejo de que a raça “não conte” está disperso no imaginário social e é estruturante do modo como o racismo opera no Brasil. Fernandes avaliou esse modus operandi do racismo ao discutir como, por meio dos costumes, são estabelecidas hierarquias entre brancos e negros.<sup>11</sup>

E segue, pontuando o que muito importa também para essa discussão sobre direitos sexuais e reprodutivos e a legalização do aborto:

O Sistema Judiciário como outras instituições, é uma construção social e está impregnado pela mesma ideologia que transita pela sociedade como um todo. Não é capaz de operar com isenção se não fizer um sistemático esforço de crítica e autocritica para alcançar os conflitos e as ambivalências presentes nas situações sobre as quais arbitra.<sup>12</sup>

## 1.2 EM CASTRO-GÓMEZ A ANÁLISE DO DISCURSO COLONIAL QUE AINDA REVERBERA

A obra “La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)” de Santiago Castro-Gómez situa-se na corrente de pensamento que se chamou modernidade-colonialidade, na qual se argumenta que a expansão colonial e os processos sociais ao mesmo tempo não são apenas uma parte estruturante do capitalismo mundial, como demonstram as já mencionadas teorias da dependência e do sistema-mundo, mas também do complexo epistêmico, político e cultural conhecido como modernidade. Por meio dessa modernidade, a Europa constrói o imaginário universal da superioridade da civilização cristã europeia sobre o resto do mundo e a partir disso constitui o pensamento liberal esclarecido.

### 1.2.1 A COLONIALIDADE DO PODER E SEUS REFLEXOS NAS DEFINIÇÕES LEGAIS SOBRE O ABORTO NO BRASIL: COMO É DIFÍCIL DAR VOZ FEMININA A ESSE DEBATE

A colonialidade do poder para Castro-Gómez<sup>13</sup> é a identidade fundada na distinção étnica do outro, o que caracteriza a primeira geocultura do sistema-mundo moderno / colonial. Uma distinção que não apenas elevou a superioridade de alguns homens sobre outros, mas também a superioridade de algumas formas de conhecimento sobre outras. Em sua análise – Castro-Gómez ponderava que o discurso esclarecido da elite crioula, com sua ênfase na objetividade do conhecimento, não contradiz, mas reforça o imaginário étnico da branquitude. Em destaque:

11 SANTOS, Gislene Aparecida dos. Nem crime, nem castigo: o racismo na percepção do judiciário e das vítimas de atos de discriminação. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, n. 62, p. 184-207, 2015. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-901X.v0i62p184-207>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rieb/article/view/107226>. Acesso em: 30 set. 2021. p. 203.

12 SANTOS, Gislene Aparecida dos. Nem crime, nem castigo: o racismo na percepção do judiciário e das vítimas de atos de discriminação. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, n. 62, p. 184-207, 2015. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-901X.v0i62p184-207>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rieb/article/view/107226>. Acesso em: 30 set. 2021. p. 204.

13 CASTRO-GÓMEZ, Santiago. *La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

Imaginando-se situados em uma plataforma neutra de observação, os crioulos ‘apagam’ o fato de que é justamente sua preeminência étnica no espaço social (a purificação do sangue) que lhes permite pensar-se como habitantes atemporais do ponto zero, já os demais atores sociais (índios, negros e mestiços) como habitantes do passado.<sup>14</sup>

Por essa razão, destaca o próprio Iluminismo como um dispositivo de expropriação epistêmica. Afirma que entre a arrogância do ponto zero e o discurso aristocrático da purificação do sangue, não havia uma relação de antagonismo, mas de complementaridade.

A pergunta que quero fazer agora é a seguinte: que efeitos teve o discurso da purificação do sangue no imaginário científico dos crioulos do século XVIII? Se foram justamente os crioulos que se apropriaram do discurso ilustrado em Nova Granada, conseguiram fingir que se posicionam como observadores imparcialidade do mundo na neutralidade do ponto zero, ou simplesmente projetada seu próprio habitus de distanciamento étnico e social no discurso científico?<sup>15</sup>

Para o autor, o discurso da pureza de sangue e o discurso da pureza epistemológica fazem parte de uma mesma matriz de saber/poder e que sua legitimação se deu como uma violência epistêmica: como um ato de expropriação. Pondera refletindo como a implementação da prática médica esclarecida em Nova Granada exigia duas condições: uma de carácter formal, a “ruptura epistemológica” face às interpretações mágico-religiosas do mundo, e outra de carácter político, a intervenção do Estado para garantir a institucionalidade dessa ruptura. Entendiam os colonizadores que, desprovido de uma linguagem capaz de comunicar ideias abstratas e universais, o conhecimento indígena carecia de toda validade epistemológica.

O que ocorreu em Nova Granada, ocorreu nas Américas como um todo. Vale destacar e refletir, trazendo essas reflexões sobre o racismo europeu para a realidade das mulheres periféricas brasileiras e as condições de saúde pública e cuidado com seus direitos sexuais e reprodutivos e o quanto a institucionalização dessas fronteiras étnicas têm sido um papel do Estado, com a negligência sobre o não acesso igualitário de sua população à educação sexual, métodos anticoncepcionais e acesso à saúde sexual e reprodutiva. Também é válido fazer o mesmo exercício para o sistema de justiça. Quem são as pessoas que legislam e interpretam normas jurídicas no Brasil? Pode-se afirmar que essas mulheres e as mazelas que enfrentam são um ponto sensível para quem, em maioria, detem autoridade jurídica no Brasil?

O estabelecimento desta fronteira étnica foi legitimado por um ato de expropriação epistêmica, isto é, por um ato fundacional de violência simbólica da qual gostaria de dar conta neste capítulo. Mostrarei então que a arrogância do ponto zero, adotada – tanto pelo estado metropolitano quanto pelos pensadores ilustrado em Nova Granada, revela-se como uma extensão da sociologia espontânea das elites, que viam como algo “natural” seu domínio sobre os negros, os índios e mestiços, a quem consideravam seres inferiores.<sup>16</sup>

14 CASTRO-GÓMEZ, Santiago. *La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2005. p. 59.

15 CASTRO-GÓMEZ, Santiago. *La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2005. p. 85.

16 CASTRO-GÓMEZ, Santiago. *La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2005. p. 186.

## 2 O PROJETO COSMÓPOLIS COMO INÍCIO EPISTEMOLÓGICO: O CONTROLE SOCIAL NAS MÃOS DO PATRIARCADO

Desse controle social e econômico colonial do mundo, originam-se as cidades da América Latina. Já são constituídas, após a destruição do que existia e a partir do genocídio ameríndio –, e estabelecem os vínculos estruturais do capitalismo e o colonialismo.

Começar tudo de novo significa ter o poder de dar nome ao mundo pela primeira vez; traçar limites para estabelecer qual conhecimento é legítimo e qual é ilegítimo, definindo também quais comportamentos são normais e quais são patológicos. Por isso, o ponto zero é o do início epistemológico absoluto, mas também o do controle econômico e social do mundo. Estar no ponto zero equivale a ter o poder de instituir, de representar, de construir uma visão sobre o mundo social e natural reconhecido como legítimo e endossado pelo Estado. É uma representação em que “homens iluminados” se definem como observadores neutros e imparciais da realidade.<sup>17</sup>

A relação entre o projeto ilustrado de Cosmópolis e a ascensão do colonialismo moderno é evidente.

Para tanto, recorrerei inicialmente à teoria pós-colonial, e especificamente às contribuições do intelectual palestino Edward Said, para mostrar em que consiste a relação entre colonialismo e ciências humanas. A seguir, avançarei para a teorização latino-americana da colonialidade, tal como foi realizada por pensadores como Enrique Dussel, Walter Mignolo e Aníbal Quijano, para fechar o círculo e mostrar como o ponto zero de observação, a partir do qual Hume, Smith, Kant, Turgot e Condorcet imaginaram o projeto ilustrado de Cosmópolis, que foi construído geopoliticamente entre os séculos XVI e XVIII.<sup>18</sup>

O autor reflete sobre a notabilidade do discurso dos direitos humanos universais, mas o quanto os iluministas encontraram por meio deles uma forma de legitimar o regime colonial por meio da ciência da época. Castro-Gómez observa como os argumentos de pensadores europeus afirmaram que os povos desconhecidos da racionalidade europeia foram incapazes de exercer a independência política e impedidos de colher os benefícios do progresso. As potências europeias então tiveram “a missão universal humanitária de trazer as luzes da razão e do mercado” através da subjugação colonial para o resto do mundo. Os discursos científicos da elite crioula do século 18 responderam e foram soletrados a partir do local do *habitus* de limpeza do sangue construído a partir dos séculos XVI e XVII, a partir desta doutrina foi lida, traduzida e assimilada a modernidade. A purificação do sangue foi o eixo de construção das subjetividades dos atores sociais da sociedade colonial, eixo que a partir de um discurso racial de genealogia biológica e cor da pele foi encenada por meio de crenças religiosas, vestimentas, certificados de nobreza, comportamentos e acima de tudo formas de produção de conhecimento, originados na estratificação medieval.

17 CASTRO-GÓMEZ, Santiago. *La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2005. p. 25.

18 CASTRO-GÓMEZ, Santiago. *La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2005. p. 25.

Trazendo essas reflexões para o Século XXI no Brasil, e pensando na problemática realidade de mulheres que abortam clandestinamente, há coincidências nesses processos: as crenças religiosas continuam sendo fortemente utilizadas para se olvidar o enfrentamento de uma realidade de mutilação e morte de mulheres; essas mulheres são racializadas, porque compõem em sua maioria as camadas mais pobres e periféricas da sociedade brasileira, que amarga uma desigualdade étnico-racial; o Estado institucionaliza e até veda o cumprimento de protocolos legais de abortamento; não há parlamentares em grande número que assumam essa discussão sem temer perda de popularidade e represálias sociais, justamente porque são postos em cheque “valores cristãos” de quem enfrenta essa necessária discussão.

### **3 OS ESTUDOS CULTURAIS E A PERCEPÇÃO DO NÃO DIREITO ÀS MULHERES, SOBRETUDO, MULHERES POBRES**

O conceito da ideia de cultura tradicional, unificada, reificada e civilizadora está sob ataque. O crescimento dos estudos culturais desempenhou um papel importante na redefinição da cultura, incluindo a cultura popular e questões de estratificação social, poder e conflito social.

O Direito e os estudos jurídicos são relativamente atrasados nos estudos culturais. À medida que os estudiosos passaram a ver o direito não como algo separado da cultura e da sociedade, eles começaram a explorar as conexões entre o direito e a cultura. Com foco na produção, interpretação, consumo e circulação do sentido jurídico, esses estudiosos sugerem que o direito é inseparável dos interesses, objetivos e entendimentos que moldam ou comprometem profundamente a vida social. “*Law in the Domains of Culture*”, em tradução livre “*Direito nos Domínios da Cultura*”, traz as percepções e abordagens dos estudos culturais para o direito, portanto, e tenta garantir para o direito um lugar na análise cultural.

Revela que o discurso jurídico não é inocente, sendo o modo como faz circular o poder. O livro nos provoca a refletir sobre o que seria um “estudo cultural do direito ou da lei” e fornece uma amostra de questões teóricas significativas na análise cultural do direito e ilustra algumas dessas questões em exemplos provocativos raciais e de gênero.

Nele, há estudos que avaliam textos das leis, fóruns, processos e procedimentos como formas culturais e apresenta três campos de crítica, de investigação de estudos culturais: identidade, narrativa e justiça. Esse estudo parte de uma perspectiva interdisciplinar e faz uma abordagem potencialmente cuidadosa das complexidades nas relações entre poder e significado na vida cotidiana. Os estudos culturais da lei se referem a tratar a lei como campo dos estudos culturais, em uma tentativa de aprendizado em que a lei se relaciona com a cultura. Leva-nos a importante reflexão: por que não tratar a lei como performances, narrativas, linguísticas e história?

Evidencia que o grande desafio é sair da lógica do positivismo jurídico, percebendo que a construção de leis excludentes não é algo inocente. Porque, do contrário, poderia ser aberto o diálogo social e interdiscipli-

nar. Percebe-se, portanto, a lei como produto da cultura. Demonstra que a lei não encontra fatos, mas ao contrário, os cria e sobre eles aplica regras gerais e universais. A prova disso é a regra *dura lex sed lex*.

Os autores apresentam três campos da crítica que também são tomados como os temas de uma investigação dos estudos culturais da lei: identidade, narrativa e justiça. No campo da identidade repousam, por exemplo, as preocupações do feminismo referentes à desigualdade sexual e à injustiça de gênero, ilustram como a lei constitui identidades sociais. A lei opera como ferramenta de manutenção da dominação e ilustra como a lei constitui identidades. No campo da narrativa, reflete o poder hegemônico da lei em suas formas de discurso:

As explicações para a apelação de julgamentos tendem a se concentrar no crime ou na punição e seguir as linhas psicosssexuais. Em cenários de crime, o argumento, podemos ceder a todos os tipos de fantasias perversas, mas com segurança, sob o manto da lei e da ordem. Seguindo Foucault, que viu na fascinação pelos julgamentos uma fascinação deslocada pela tortura, nos falar de nosso engajamento com a punição e os processos de disciplina que aí estão subtendidos.<sup>19</sup>

O texto nos convida a examinar a lei como narrativa e retórica, o que pode significar muitas coisas diferentes: examinar a relação entre histórias e argumentos jurídicos e teorias; analisar os diferentes modos que os juízes, a advocacia, litigantes, constroem, usam e formam a retórica; analisar porque certas histórias são problemáticas em julgamentos; analisar a retórica de decisões judiciais; a análise dos fatos mais do que as regras.

Sobre a própria justiça – e a falsa neutralidade que reveste os julgamentos:

Transformando uma ideia política em “bom senso”, mesmo entre um grupo relativamente homogêneo, é um processo cultural complexo em que mudanças na lei não simplesmente emergir como resultados finais mais ou menos, elevados acima da disputa: a lei é um verdadeiro agente cultural, ainda que provisório, nesse processo. Para uma coisa/situação, a lei exala um ar de comum neutralidade que torna toda as outras afirmações, em comparação, excepcionais e interessantes. Mas lá também estavam outros fatores em ação na esfera da opinião pública, nada menos empenhada em defender o credo da justiça da boca para fora, não menos inclinada a atropelar a justiça cultural.<sup>20</sup>

## 4 CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA

Seria uma categoria ou expressão o “constitucionalismo feminista”? Christine Peter o definiu como:

A expressão constitucionalismo feminista tem sido usada tanto no Brasil, quanto em outros países, por autoras que defendem a perspectiva de gênero como um método integral que indica e dá destaque para aspectos que o Direito Constitucional Contemporâneo sombreia ou até mesmo exclui e marginaliza. Trata-se, portanto, de uma postura hermenêutica do constitucionalismo inclusivo, ou seja, de um modo de lidar com os problemas jurídico-constitucionais típicos a partir de uma visão plural, aberta e tolerante.<sup>21</sup>

19 SARAT, Austin; KEARNS, Thomas. **Law in the Domains of Culture**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2000. p. 97.

20 SARAT, Austin; KEARNS, Thomas. **Law in the Domains of Culture**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2000. p. 213.

21 PETER, Christine. Constitucionalismo Feminista ressoa no Supremo Tribunal Federal. **Conjur**, 29 dez. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-29/observatorio-constitucional-constitucionalismo-feminista-ressoa-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 20 jan. 2021.

Significa dar voz às mulheres e à hermenêutica feminina no direito constitucional, evidenciando interseccionalidades necessárias para se valorar o direito. Nesse sentido, a luta contra as desigualdades é a base dos movimentos feministas que têm repercutido nos marcos normativos internacionais precursores da proteção interna do direito das mulheres.

A regulamentação do aborto pelo Código Penal tem sido contestada pelos movimentos sociais por meio de diferentes estratégias, principalmente a partir do final da década de 1970. Estimulados pela oportunidade da redação da nova constituição democrática em 1986-1987, atores com diferentes perspectivas sobre o aborto começaram a usar a linguagem dos direitos. Desde a redação constitucional, as normas constitucionais têm sido usadas para construir diferentes narrativas de injustiça e para mediar divergências sociais sobre o aborto nas arenas formais e informais. Embora o primeiro caso constitucional sobre aborto tenha sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal (Supremo Tribunal Federal) em 2012, o conflito já era “inteligível como conflito *constitucional*” porque as normas constitucionais já haviam sido invocadas em várias arenas.<sup>22</sup>

Historicamente, o movimento feminista no Brasil foi atuante na luta contra a ditadura militar e por meio da forte reivindicação de autonomia. A partir da redemocratização, o movimento feminista passa a atuar com a sua institucionalização levando o conceito de gênero nas políticas públicas. O que se define como um “terceiro movimento”, caracteriza-se pelo fluxo horizontal do feminismo, que passa a ser transversalizado. A luta feminista passa a ser reconhecida como uma luta global e se coloca contra desigualdades sociais, sexuais e raciais. Nesse sentido, as conexões entre as opressões socioeconômicas, de gênero, raça e sexualidade, ocultadas pelo chamamento identitário da mulher à luta universal contra o patriarcado. Nesse caminho, a luta pela descriminalização do aborto é uma importante pauta do movimento.

O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM – resultado da intensa mobilização feminina na campanha das “diretas já”. Nesse momento houve uma importante mobilização feminina com a assembleia nacional Constituinte. Eis que aí surge a Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes, propondo igualdade no seio da sociedade conjugal e a inserção da previsão de licença paternidade no texto constitucional. O movimento sanitarista, orientado pelo princípio de que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, expande para a saúde reprodutiva. Inclusive, um forte trabalho dos movimentos feministas pela anticoncepção.

Sabe-se que forças conservadoras pretendiam incluir na Constituição Federal norma de proteção ao feto desde a concepção. Por estratégia, a CNDM entendeu que a melhor estratégia era a de argumentar que o aborto não era matéria constitucional. Não há na CF a expressão “garantir a vida desde a concepção”, o que se atribui como vitória da CNDM e do movimento feminista.

Também se seguiram normativas internacionais sobre o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos.

22 MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; COOK, Rebecca J. Constitutionalizing abortion in Brazil. *Rev. Investig. Const.*, Curitiba, v. 5, n. 3, p. 185-231, Sept./Dec. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i3.60973>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/5HmFJtpGyFsw6qs6HfQncz/?format=pdf&lang=en>. Acesso em: 30 set. 2021.

Essas discussões se iniciaram no Brasil “com debates em sua Assembleia Constituinte sobre como a Constituição deve ser estruturada para proteger a vida pré-natal de forma coerente com os direitos da mulher de exercer sua autonomia de decisão em relação à gravidez”.<sup>23</sup>

Esses debates continuaram no poder executivo do governo, especialmente no Ministério da Saúde, no legislativo e nos tribunais, incluindo o Supremo Tribunal Federal. Nas arenas públicas, os movimentos sociais têm usado a linguagem dos direitos constitucionais em ambientes não institucionais, incluindo campanhas públicas, mobilizações de rua e debates informais.<sup>24</sup>

## 5 SAÚDE DA MULHER COMO DIREITO HUMANO

A realidade do “abortamento inseguro” e uma breve síntese lembrando as “lutas feministas” para a sua descriminalização, avaliando ao mesmo tempo, por meio dos estudos críticos e culturais, todo um sistema de poder, não só de homens contra mulheres, mas, de homens brancos, sendo evidente que a branquitude é uma forma de ver o mundo, em que o “branco” representa a humanidade, enquanto que negros, indígenas e outros, representam uma humanidade particular, a partir de uma “pseudociência” que construiu a ideia de raça. Por tanto se defende um letramento racial, que envolve o reconhecimento de que algumas pessoas têm privilégios apenas por conta da cor de sua pele; evitar metáforas da raça; evitar o “pacto narcísico da branquitude”, no sentido de não se aceitar pessoas brancas na pobreza, mas, ter empatia e solidariedade também com todas as outras.

Sueli Carneiro<sup>25</sup>, em sua tese de doutoramento, fala sobre esse contrato social que remete ao “pacto narcísico”. É forçoso reconhecer nesse contexto que as maiores vítimas do abortamento inseguro são mulheres pretas, pardas ou indígenas. Como destaque, o resultado da pesquisa nacional de aborto de 2016:

Os resultados indicam que o aborto é um fenômeno frequente e persistente entre as mulheres de todas as classes sociais, grupos raciais, níveis educacionais e religiões: em 2016, quase 1 em cada 5 mulheres, aos 40 anos já realizou, pelo menos, um aborto. Em 2015, foram, aproximadamente, 416 mil mulheres. Há, no entanto, heterogeneidade dentro dos grupos sociais, com maior frequência do aborto entre mulheres de menor escolaridade, pretas, pardas e indígenas, vivendo nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. Como já mostrado pela PNA 2010, metade das mulheres utilizou medicamentos para abortar, e quase a metade das mulheres precisou ficar internada para finalizar o aborto.<sup>26</sup>

Se comparados os dados da pesquisa de 2016, com a que a antecede em 2010, as conclusões são similares, e em síntese, os percentuais indicam que as mulheres com menor escolaridade, com renda familiar mais baixa, da região Norte, Nordeste, Centro-Oeste e as mulheres amarelas, pretas, pardas e indígenas são a maio-

23 MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; COOK, Rebecca J. Constitutionalizing abortion in Brazil. *Rev. Investig. Const.*, Curitiba, v. 5, n. 3, p. 185-231, Sept./Dec. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i3.60973>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/5HmFJtpGyFsw6qs6HfQnncz/?format=pdf&lang=en>. Acesso em: 30 set. 2021.

24 MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; COOK, Rebecca J. Constitutionalizing abortion in Brazil. *Rev. Investig. Const.*, Curitiba, v. 5, n. 3, p. 185-231, Sept./Dec. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i3.60973>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/5HmFJtpGyFsw6qs6HfQnncz/?format=pdf&lang=en>. Acesso em: 30 set. 2021.

25 CARNEIRO, Sueli. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. 2005. Tese (Doutorado) – Faculdade de educação, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

26 DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Ciênc. saúde coletiva*, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/8LRYdgSMzMW4SDDQ65zzFHx/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021.



ria das que se submetem ao aborto clandestino e inseguro. Contudo, há outros dados que devem ser analisados: qual o perfil das meninas que sofrem violência sexual no Brasil? Esse dado também será indicativo de tristes situações de vulnerabilidade.

Dito isto, as taxas de realização não são uniformes segundo grupos. São, por exemplo, maiores entre mulheres nas regiões Norte/Centro-Oeste e Nordeste (15% e 18%) do que nas regiões Sudeste e Sul (11% e 6%), em capitais (16%) do que em áreas não metropolitanas (11%), com escolaridade até quarta série/quinto ano (22%) do que com nível superior frequentado (11%), renda familiar total mais baixa (até 1 salário-mínimo – S.M., 16%) do que mais alta (mais de 5 S.M., 8%), amarelas, pretas, pardas e indígenas (de 13% a 25%) do que entre brancas (9%), hoje separadas ou viúvas (23%) do que entre casadas ou em união estável (14%) e entre as que hoje têm filhos (15%) do que entre as que nunca tiveram (8%). Ressalvadas algumas variações, esse é um padrão semelhante ao observado em 2010.<sup>27</sup>

O Brasil tem uma das legislações mais restritivas do mundo ocidental. A criminalização surge a partir do Código Criminal do império, de 1830. Seguiu tipificado pelos códigos subsequentes. Os arts. 124 a 128 do CP criminalizam o aborto praticado pela própria gestante ou por terceiros, com ou sem consentimento, salvo quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (art. 128, I do CP) ou em caso de estupro (art. 128, II do CP). Estudos apontam que a taxa de condenação criminal pela prática de aborto é pouco significativa. Contudo, o efeito mais evidente seria condenar mulheres a se submeterem a procedimentos clandestinos, colocando em risco sobretudo mulheres em situação vulnerável – negras e pobres.

A criminalização da prática do aborto tem sido muito eficiente em manter uma indústria rendosa de aborto ilegal, sustentada pelas mulheres que o podem realizar em condições seguras nas clínicas especializadas e, também, por aquelas que não dispõem dessas mesmas condições, mas assim mesmo o fazem e o pagam, segundo suas possibilidades, expondo-se às sequelas e riscos de vida devido às condições inseguras. Para as negras e as pobres, em geral, restam sequelas definitivas ou a morte, às quais o Estado brasileiro assiste de forma indiferente.<sup>28,29</sup>

Somos cientes que há a subnotificação das mortes por aborto, casos de septicemia e hemorragia decorrentes de complicações de abortamento. A verdade é que o aborto é amplamente praticado pelas mulheres brasileiras, à revelia de sua proibição legal. A criminalização não o evita ou impede e não há outra justificativa, a não ser a banalização da vida dessas mulheres e a própria hipocrisia, que poderiam justificar um silenciamento sobre esse debate, pois as mortes e as complicações, essas sim, são evitáveis.

Há também uma forte reação do próprio patriarcado, e mulheres que se destacam na luta pelos direitos sexuais e reprodutivos no Brasil, em grande número, sofrem represálias e gravíssimas ameaças.

27 DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Ciênc. saúde coletiva*, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/8LRYdgSMzMW4SDDQ65zzFHx/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021.

28 REDE FEMINISTA DE SAÚDE. **Aborto**: mortes preveníveis e evitáveis: dossiê. Belo Horizonte, 2005. 48 p. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/mis-20960>. Acesso em: 30 set. 2021. p. 10.

29 CARNEIRO, Sueli. **Ainda o aborto**. 05 fev. 2005. Portal Geledés por *Jornal Correio Braziliense – Coluna Opinião*. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/ainda-o-aborto/>. Acesso em: 30 set. 2021.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabemos que as instituições do Estado, políticas e jurídicas, mesmo a magistratura e o Ministério Público, a polícia em ação investigativa, por exemplo, reproduzem as dinâmicas de poder e violências que se repetem na sociedade. Essa aliança pós-colonial e o capitalismo tem reproduzido todas as exclusões raciais e de gênero. Nesses espaços, as vítimas sofrem com a revitimização, com a interpretação legal menos acolhedora, com a falta de aplicação do direito que favoreça às mulheres, sobretudo as mulheres pobres e preta, além de muitas vezes, fazer reviverem as violências para as quais são expostas.

Os estudos culturais demonstram que suas origens, gênero, personalidades e falas são desqualificadas a partir de construções de imagens negativas sobre as vítimas e pela negação da violência sexual, muitas vezes. Do mesmo modo, uma discussão mais avançada sobre a legalização do aborto desafiaria o interesse estatal sobre quem são as reais vítimas da clandestinidade dessa prática, que indica que mortes e lesões seriam evitáveis. Os estudos culturais, aliados aos estudos feministas, porém, devem propiciar o encontro por um novo constitucionalismo mais democrático, um constitucionalismo feminista.

Esses debates – ou a dificuldade de serem realizados – lembra não só a necessidade de um letramento de gênero, como faz-se necessário compreender um letramento racial, cuja demora tanto retarda uma evolução normativa e social sobre a legalização do aborto no Brasil e das condições de abortamento para mulheres vítimas de violência sexual.

A realidade do “abortamento inseguro” traz em seus bastidores a síntese das lutas feministas para a sua descriminalização. Trata-se de perspectiva do Constitucionalismo Democrático e envolve a definição de direitos sexuais e reprodutivos e ao reconhecimento do pleno direito à dignidade de experiências identitárias.

Os discursos sobre direitos criam e enunciam seus sujeitos, com marcas de gênero e podem servir tanto à ampliação das liberdades como formas de subordinação. Nessa análise, avalia-se a inércia legislativa, a inaplicabilidade do direito posto, o desprezo pelos protocolos de abortamento legal. Há ainda a negativa institucional de reconhecimento pleno da dignidade de experiências identitárias dissidentes, procurando aí a identidade do sujeito constitucional. É necessário compreender como esses sujeitos/sujeitas são definidos nos discursos e as marcas de gênero e de classe e raça, que intensificam a subordinação, permitem situações absurdas (e corriqueiras) como o caso da menina do estado de Espírito Santo, de 10 anos, abusada sexualmente segundo consta, desde os 6 anos e grávida, enfrentou entraves, ameaças e mais violências institucionais e sociais, para que pudesse abortar um feto que, inclusive, colocava em risco a sua vida.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Luis de; HORTA, J. S. **O confronto do olhar**: o encontro dos povos na época das navegações portuguesas. Lisboa: Ed. Caminho, 1991.

- BAUDOT, Georges; TODOROV, Tzvetan. (org.). **Relatos astecas da conquista**. São Paulo: Editora UNESP, 2019.
- BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Carta das Mulheres aos Constituintes**. Portal das Constituições. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/a-Constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-Constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf). Acesso em: 30 set. 2021.
- BROOKS, Peter. **Law's Stories: narrative and rhetoric in the law**. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1996.
- CARNEIRO, Sueli. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser**. 2005. Tese (Doutorado) – Faculdade de educação, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.
- CARNEIRO, Sueli. **Ainda o aborto**. 05 fev. 2005. Portal Geledés por **Jornal Correio Braziliense – Coluna Opinião**. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/ainda-o-aborto/>. Acesso em: 30 set. 2021.
- CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)**. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- COOMBE, Rosemary. Is there a Cultural Studies of Law? In: MILLER, Toby (ed.). **A companion to Cultural Studies**. Oxford: Blackwell Publishers, 2001.
- DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciênc. saúde coletiva**, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/8LRYdgSMzMW4SDDQ65zzFHx/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021.
- FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos**. São Paulo: Global, 2007.
- FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- HONOUR, Hugh. **L'Amérique vue par l'Europe**. Paris: Éditions des Musées Nationaux, 1976.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM. Gravidez de menina de 10 anos acende debate sobre aborto e necessidade de combate à violência sexual contra crianças. Assessoria de Comunicação do IBDFAM (com informações da BBC News Brasil). 20 ago. 2020. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/noticias/7637/Gravidez+de+menina+de+10+anos+acende+debate+sobre+aborto+e+necessidade+de+combate%3%A0+viol%3%Aancia+sexual+contra+crian%3%A7as>. Acesso em: 30 set. 2021.
- LACERDA, Léo Araújo. **Tecendo imagens do demônio nas cantigas de Santa Maria**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Licenciatura em História) – Universidade Federal de Pelotas, Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em <https://wp.ufpel.edu.br/historia/files/2020/04/L%C3%A9o-Ara%C3%BAjo-Lacerda.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; COOK, Rebecca J. Constitutionalizing abortion in Brazil. **Rev. Investig. Const.**, Curitiba, v. 5, n. 3, p. 185-231, Sept./Dec. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i3.60973>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/5HmFJtpGyFsw6qs6HfQnncz/?format=pdf&lang=en>. Acesso em: 30 set. 2021.
- PETER, Christine. Constitucionalismo Feminista ressoa no Supremo Tribunal Federal. **Conjur**, 29 dez. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-29/observatorio-constitucional-constitucionalismo-feminista-ressoa-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 20 jan. 2021.
- REDE FEMINISTA DE SAÚDE. **Aborto: mortes preveníveis e evitáveis: dossiê**. Belo Horizonte, 2005. 48 p. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/mis-20960>. Acesso em: 30 set. 2021.
- SANTOS, Gislene Aparecida dos. Nem crime, nem castigo: o racismo na percepção do judiciário e das vítimas de atos de discriminação. **Revista do Instituto de Estudos Brasileiros**, n. 62, p. 184-207, 2015. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-901X.v0i62p184-207>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rieb/article/view/107226>. Acesso em: 30 set. 2021.
- SARAT, Austin; KEARNS, Thomas. **Law in the Domains of Culture**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2000.
- SEVCENKO, Nicolau. **A corrida para o século XXI: no loop da montanha-russa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. *Epub*. (Coleção Virando Séculos #7).
- TODOROV, Tzvetan. Descobrir. In: TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América: a questão do outro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

# CAPÍTULO 17

## ATIVISMOS FEMINISTAS E A QUESTÃO DO ABORTO PROVOCADO NA CONSTITUINTE E DEPOIS<sup>1</sup>

Cecilia M. B. Sardenberg

### INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, trouxe importantes avanços no campo dos direitos humanos, com destaque para os direitos das mulheres – os nossos direitos! Já no seu preâmbulo, aliás, precisamente no Artigo 5º, inciso I, a Constituição de 1988 afirma que: “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Ao longo da nova Carta, outros artigos reconhecendo a especificidade da condição feminina estabelecem direitos “sociais, trabalhistas e reprodutivos, até então inexistentes e/ou insuficientes,” eliminando inclusive a figura do homem como chefe da relação conjugal e asseverando que cabe ao Estado coibir a violência intrafamiliar.<sup>2</sup>

Nada disso, porém, nos foi ofertado em uma bandeja de cristal. Ao contrário, todos os direitos que hoje desfrutamos nós, mulheres brasileiras, foram conquistados com muito empenho em intensas lutas lideradas pelos movimentos feministas e de mulheres através das gerações.<sup>3</sup> Isso não foi diferente na Assembleia Nacional Constituinte – ANC, que teve lugar em 1987 e 1988. Embora formassem um pequeno grupo de apenas 26 mulheres, conhecido como “Lobby do Batom”, e só uma delas se autoidentificasse como ‘feminista’ (Dep. Moema San Tiago), as mulheres Constituintes se organizaram de sorte a avançarem as causas de nosso interesse. Contaram para tanto com o apoio do Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres – CNDM, criado em 1985 e vinculado ao Ministério da Justiça, com uma sólida coordenação feminista, que liderou as lutas das mulheres de todo o país para fazerem valer sua voz na nova Constituição, atuando em diferentes frentes, com destaque para a coleta de assinaturas de endosso às emendas populares a serem apresentadas à ANC para debate e aprovação.<sup>4</sup>

Dentre essas emendas, figurava a Emenda Popular PE-65-2, apresentada por Maria Leonídia Real e outras, com o apoio do Coletivo Feminista de Sexualidade e Saúde, União de Mulheres de São Paulo e Grupo

1 Este trabalho vai assinado por mim, mas é parte de um esforço conjunto do projeto “Countering Backlash Against Women’s Rights and Gender Equality in Brazil”, que o NEIM vem desenvolvendo junto ao Institute of Development Studies – IDS, Inglaterra, por meio da equipe formada por Máira Kubik Mano, Teresa Sacchet e eu, Cecilia Sardenberg. Agradeço a essas companheiras as dicas de fontes e de perspectivas e o incentivo para que eu elaborasse este capítulo.

2 JENSEN, Simone Cristina. A Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes de 1988. *Jornal de Relações Internacionais*, 14 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://jornalri.com.br/2020/a-carta-das-mulheres-brasileiras-aos-Constituintes-de-1988>. Acesso em: 15 jan. 2021.

3 SARDENBERG, Cecilia; COSTA, Ana Alice. Feminisms in contemporary Brazil: advancements, shortcomings, and challenges. In: BASU, A. (ed.). *Women’s Movements in a Global Era: The Power of Local Feminisms*. Boulder, Colorado, USA: Westview Press, 2010. p. 125-150.

4 SILVA, Salete Maria da. *A Carta que elas escreveram: as mulheres na Constituinte de 1987/1988*. Curitiba: Instituto Memória, 2016.

de Saúde Nós Mulheres do Rio de Janeiro, que propunham a legalização do aborto provocado como parte de um programa de assistência integral à saúde da mulher.<sup>5</sup> Tal questão se tornou um dos pontos mais polêmicos nos debates da Constituinte, batendo de frente com emendas e substitutivos propondo o inverso, ou seja, o reconhecimento da defesa da vida desde a concepção, o que implicaria em proibição constitucional de qualquer forma de interrupção provocada da gravidez, tornando tal proibição ‘causa pétrea’. Frente a tal ameaça, as lideranças feministas mudaram sua estratégia, optando por retirar a proposta da emenda da mesa, de sorte a evitar um confronto maior.

Passadas mais de três décadas desde os trabalhos da Constituinte, nós, mulheres brasileiras, continuamos na luta não apenas para conquistar avanços no sentido da descriminalização do aborto, mas, sobretudo, para garantir que não aconteçam retrocessos em relação à legislação vigente, haja vista às várias propostas retrógradas sendo apresentadas ao Parlamento ao longo dos anos.<sup>6</sup> Nesse tocante, importa lembrar que embora essa legislação permita o abortamento provocado somente no caso de gravidez resultante de estupro, ou que incorra em risco de morte para a gestante e, mais recentemente, para o caso de comprovação de fetos anencefálicos,<sup>7</sup> estima-se que cerca de 800.000 mulheres por ano recorrem ao aborto ilegal no país, mesmo enfrentando enormes obstáculos para garantir um tratamento seguro.<sup>8</sup>

Trata-se, na verdade, de um sério problema de saúde pública: dados oficiais dão conta de que mais de 200.000 abortos praticados exigem hospitalização devido às complicações resultantes da clandestinidade, o que representa um custo de aproximadamente R\$ 40.000.000,00 ao ano aos cofres públicos. Sem esquecer, é claro, do número considerável de óbitos causados por procedimentos não seguros, o que coloca o abortamento clandestino dentre as principais causas da mortalidade materna entre nós.<sup>9</sup> E aí paira um triste exemplo da hipocrisia e exclusão social, reinantes entre nós, já que mulheres de classe média e alta têm condições de acesso a um aborto clandestino em clínicas modernas e seguras, enquanto as demais pagam com a própria vida com curiosas de fundo de quintal.<sup>10</sup> O que nos leva a concluir que a ilegalidade “[...] não impede a prática, estando relacionada à desigualdade social e permanecendo como um problema de ordem global.”<sup>11</sup>

5 BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. **Emendas Populares** – volume. 258. Brasília, DF: Empresa Gráfica do Senado Federal, janeiro de 1988. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-258.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021. p. 64.

6 SILVA, Salete *et al.* O aborto em pauta no poder público brasileiro: 30 anos de batalhas (des)favoráveis à autonomia feminina. **Interfaces Científicas – Direito**, Aracaju, v. 7, n. 1, p. 11-36, fev. 2019. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/6093/3165>. Acesso em: 30 set. 2021.

7 Código civil – decisão STF Brasil. DINIZ, Debora; GONZALEZ VÉLEZ, Anna Cristina. Aborto na Suprema Corte: o caso da anencefalia no Brasil. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 647-652, jan. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2008000200019>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2008000200019>. Acesso em: 29 set. 2021.

8 MONTEIRO, Mário Francisco Giani, ADESSE, Leila, DREZETT, Jefferson. Atualização das estimativas da magnitude do aborto induzido, taxas por mil mulheres e razões por 100 nascimentos vivos do aborto induzido, por faixa etária e grandes regiões. Brasil, 1995 a 2013. **Reprodução & Climatério**, v. 30, n. 1, p. 11-18, jan./abr. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.recli.2015.05.003>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1413208715000254?via%3Dihub>. Acesso em: 30 set. 2021.

9 CARDOSO, Bruno Baptista; BARBEIRO, Fernanda Morena dos Santos Barbeiro; SARACENI, Valéria. Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais? **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, n. 36, Supl. 1, p. 2-13, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/01002-311X00188718>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/8vBCLC5xDY9yhTx5qHk5RrL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021. p. 6.

10 DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciênc. saúde coletiva**, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/8LRYdgSMzMW4SDDQ65zzFHx/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021.

11 CARDOSO, Bruno Baptista; BARBEIRO, Fernanda Morena dos Santos Barbeiro; SARACENI, Valéria. Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais? **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, n. 36, Supl. 1, p. 2-13, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/01002-311X00188718>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/8vBCLC5xDY9yhTx5qHk5RrL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021. p. 2.

Por tudo isso, a legalização do aborto provocado se destaca como uma das principais questões para se pensar e avançar, não só em termos de saúde pública, como também da conquista dos nossos direitos reprodutivos, caracterizando-se como assunto de primeira ordem para todas nós, mulheres, principalmente em um momento em que os fundamentalismos religiosos ganham cada vez mais espaço, ameaçando direitos já conquistados. Neste artigo, portanto, proponho-me a revisitar os principais debates tendo lugar na Constituinte de 1987-88 em torno do aborto provocado, voltando-me, em seguida, ainda que brevemente, para alguns dos seus principais desdobramentos desde então.

Antes, porém, devo ressaltar que minha abordagem é comprometida com as lutas que descrevo. De fato, como feminista que sou, atuando desde os anos 1970 nas lutas em prol da conquista dos nossos direitos reprodutivos, permito-me trabalhar embasada em uma postura epistemológica caracterizada como “objetividade engajada”, que procura evitar tanto o viés do subjetivismo quanto de uma suposta visão “neutra”.<sup>12</sup> Nesse intuito, valho-me aqui não apenas da bibliografia pertinente ao tema, como também do rico acervo do Senado Federal, disponível *online*, que inclui os ‘Diários da Constituinte’, com as Atas das Comissões e Subcomissões de trabalho, e os documentos originais das Emendas Populares apresentadas, além das matérias de jornais que trataram da questão na época.

Para melhor abordar as questões aqui propostas, inicio com uma discussão sobre as articulações dos movimentos feministas e de mulheres em preparação para a Constituinte, voltando-me, na sequência, para os debates durante os trabalhos nas Comissões e Subcomissões, fechando o capítulo com considerações sobre os desdobramentos das lutas feministas em prol da legalização do aborto desde então.

Nessa direção, cabe lembrar que a atual legislação do aborto no Brasil data do Código Penal de 1940, registrando-se, ao longo das décadas que se seguiram, várias tentativas de mudá-la, tanto no sentido da descriminalização quanto de maiores restrições.<sup>13</sup> Segundo Maria Isabel Baltar da Rocha, uma das principais estudiosas dessa questão no país, pode-se distinguir quatro etapas no curso dos debates em torno da legalização do aborto no Parlamento no período entre 1946 e 1995, que engloba o período da Constituinte. Na primeira etapa, correspondendo ao período de 1946 a 1971, foram seis legislaturas, mas com apenas três proposições apresentadas. Já na segunda, referente ao período de 1971 a 1983, período em que os feminismos contemporâneos começam a se organizar no país, tivemos três legislaturas com treze proposições relativas à temática em questão, registrando-se aí, nas palavras da referida autora, um “aquecimento do debate, embora ainda com uma participação restrita dos atores políticos e sociais”.<sup>14</sup> O debate se intensifica na terceira etapa, ou seja, de

12 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007.

13 BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 30 set. 2021.

Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54) Aborto necessário **I** – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro **II** – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

14 ROCHA, Maria Isabel Baltar da. O parlamento e o debate sobre aborto no Brasil. **Anais...** IX Encontro Nacional de Estudos Populacionais, v. 3, p. 89-108. Disponível em: <http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/issue/view/29/showToc>. Acesso em: 30 set. 2021.

1983 a 1991, intervalo em que mudanças importantes ocorreram no país com o processo de redemocratização então em curso e a realização da Constituinte, momento esse em que os movimentos feministas e de mulheres ganharam maior espaço nessas discussões. De fato, nessa etapa, com apenas duas legislaturas, foram apresentadas quinze proposições, enquanto na quarta, referente ao período de 1991 a 1994, ou seja, com uma legislatura ainda em curso no momento da realização da periodização da referida autora, já se registrava a apresentação de dezoito proposições.<sup>15</sup>

Nesse ponto, é bom observar que os anos 1990 foram marcados pela realização de várias conferências mundiais promovidas pela Organização das Nações Unidas – ONU, trazendo à baila a questão em pauta, a exemplo da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, Egito, em 1994.<sup>16</sup> Esses eventos desencadearam várias discussões no Congresso Nacional em torno da revisão da lei. Em 1991, por exemplo, a criação de uma comissão para discutir a questão da descriminalização causou muita polêmica, não se conseguindo chegar a um acordo.<sup>17</sup>

Desde então, essa questão tem ocupado a atenção dos movimentos feministas em relação às tramitações no Congresso Nacional, sobretudo desde o Golpe de 2016, que retirou a Presidenta Dilma Rousseff do Governo, e viu-se a direita fundamentalista ganhar cada vez mais espaço no Governo Federal e no Congresso Nacional, dificultando avanços nessa direção no âmbito executivo e legislativo. Conforme observam Luis Felipe Miguel, Flávia Biroli e Rayani Mariano, a partir de meados dos anos 2000, vem crescendo uma “ofensiva conservadora” no Parlamento, paralelamente a expansão da presença de grupos e frentes religiosas, que vem defendendo uma agenda moral fundamentalista.<sup>18</sup> Não ao acaso, portanto, os feminismos brasileiros têm direcionado suas lutas pela legalização na alçada do judiciário, sem contudo abandonar a luta no Parlamento e nas ruas.<sup>19</sup>

## ARTICULAÇÕES FEMINISTAS PARA E NA CONSTITUINTE

É importante ressaltar que a convocação da ANC foi um momento de grande relevância para o processo de redemocratização do país, dando margem à atuação de diferentes movimentos sociais, o feminista dentre eles, no sentido de garantirem sua marca na nova Constituição. Esse processo teve início em fins dos anos 1970, momento da “reabertura” do regime imposto pelos militares com o golpe de 1964, destacando-se, dentre

15 ROCHA, Maria Isabel Baltar da. O parlamento e o debate sobre aborto no Brasil. *Anais... IX Encontro Nacional de Estudos Populacionais*, v. 3, p. 89-108. Disponível em: <http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/issue/view/29/showToc>. Acesso em: 30 set. 2021.

16 FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (UNFPA) – BRASIL. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento*, Cairo, 1994. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/pt-br/publications/relat%C3%B3rio-da-confer%C3%Aancia-internacional-sobre-popula%C3%A7%C3%A3o-e-desenvolvimento-confer%C3%Aancia-do>. Acesso em: 30 set. 2021.

17 MARIANO, Rayani; BIROLI, Flávia. O debate sobre aborto na Câmara dos Deputados (1991-2014): posições e vozes das mulheres parlamentares. *Cad. Pagu*, n. 50, 2017, e175013. DOI: <https://doi.org/10.1590/18094449201700500013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/Vg9XZWYwYCgnjDXXwhRNZKn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021.

18 MIGUEL, Luis Felipe, BIROLI, Flávia e MARIANO, Rayani. O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro: a ofensiva conservadora na Câmara dos Deputados. *Opin. Pública* Campinas, v. 23, n. 1, jan./abr., 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/1807-01912017231230>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/c6f4WXXNbjJ6bTV7cn9Kymsb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021.

19 SILVA, Saete *et al.* O aborto em pauta no poder público brasileiro: 30 anos de batalhas (des)favoráveis à autonomia feminina. *Interfaces Científicas – Direito*, Aracaju, v. 7, n. 1, p. 11-36, fev. 2019. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/6093/3165>. Acesso em: 30 set. 2021.

as diferentes manifestações pela volta da democracia, o movimento das “Diretas Já”, que ferveu entre 1983 e 1984, reivindicando por eleições presidenciais diretas, tal qual proposto na Emenda “Dante de Oliveira”.<sup>20</sup> Essa emenda não foi aprovada no Congresso Nacional, mas se obteve de Tancredo Neves, Presidente Eleito por voto indireto em janeiro de 1985, o compromisso de convocação de uma assembleia Constituinte para elaboração de nova carta magna para o país, passo necessário para a reconstrução da nossa democracia.

Complicações cirúrgicas levaram a óbito o presidente-eleito antes de sua posse, assumindo então a presidência seu Vice, José Sarney. Apesar de ser identificado com o regime militar, Sarney deu seguimento ao compromisso firmado por Tancredo Neves, lançando as bases para a realização da ANC. Desde o início, porém, esse foi um processo marcado por celeumas entre o campo dos conservadores e o dos progressistas, os últimos defendendo a convocação de eleições específicas para Constituintes, enquanto os conservadores argumentavam que o Congresso Nacional, eleito em 1986, constituiria a ANC, sendo deles o voto vencedor. O campo progressista então se posicionou contra a participação na ANC dos membros do Senado eleitos em 1982, portanto, ainda sob o jugo da ditadura, não obtendo sucesso também nessa empreitada. Todavia, depois de muitas idas e vindas, conseguiu-se, por fim, com o apoio dos movimentos sociais pressionando os Constituintes, a introdução de alguns princípios de democracia direta no Regimento da ANC, com destaque para as emendas populares e a realização de audiências públicas nas comissões e subcomissões, forma organizativa para os Constituintes discutirem e propostas e formularem os artigos da nova Constituição, em suas diferentes áreas.<sup>21</sup> Ademais, por todo o país, foram criados fóruns de debate para o acompanhamento/monitoramento das atividades da ANC.

Em preparação para os trabalhos da Constituinte, os movimentos feministas e de mulheres, sob a liderança do CNDM, se organizaram com bastante antecedência para debater a questão dos direitos das mulheres na nova constituição, junto aos diferentes setores da sociedade mais abrangente. Para tanto, lançaram a Campanha “Mulher e Constituinte,” que tinha como máxima os dizeres, “Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher!”, fazendo uso de mecanismos de articulação e comunicação com segmentos organizados dos movimentos populares, bem como com lideranças feministas em todos os estados e na capital federal, para discutirem questões de interesse das mulheres. Conforme observam as historiadoras Cíntia Lima Crescêncio e Mariana Esteves de Oliveira: “Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher” era a máxima que protagonizava convites, panfletos, cartas, cartazes, jornais feministas, boletins e reuniões de grupos de mulheres que, a partir da Campanha Mulher e Constituinte, encabeçada pelo CNDM em 1985, tinha como objetivo mostrar que a mobilização das mulheres era fundamental para o período de democracia que se (re)aproximava do contexto político brasileiro.”<sup>22</sup>

20 BERTONCELO, Edison Ricardo Emiliano. Eu quero votar para presidente”: uma análise sobre a Campanha das Diretas. *Lua Nova*, São Paulo, n. 76, p. 169-196, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452009000100006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/ln/a/4CtMVqzzkyZRndzKJVcLWGz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021.

21 MICHILES, Carlos *et al.* *Cidadão Constituinte*: a saga das emendas populares. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

22 CRESCÊNCIO, Cíntia Lima; OLIVEIRA, Mariana Esteves de. Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher: movimento de mulheres do IAJES, movimento regional de mulheres e a luta por democracia no Brasil. *Anos 90*, Porto Alegre, v. 26, p. 8, 2019, e2019308. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/anos90/article/view/89908>. Acesso em:



De fato, essa campanha de âmbito nacional, iniciada em 1985, envolveu não apenas encontros e debates, como também o recebimento, por via de cartas e telegramas, de propostas pertinentes ao que as mulheres acreditavam ser importante incluir na nova carta. E culminou com um grande encontro nacional sobre “Mulher e Constituinte”, realizado em Brasília, em agosto de 1986, com a participação de mais de duas mil mulheres de diferentes classes sociais, regiões, profissões.<sup>23</sup> Ao todo, foram mais de três anos de articulações e discussões em relação aos direitos das mulheres, resultando na elaboração da “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes”<sup>24</sup>, entregue por uma comissão do CNDM ao Deputado Ulysses Guimarães, eleito presidente da ANC. Para tanto, em 26 de março de 1987, foi realizado um ato solene acompanhado por mais de 800 mulheres de todo país, que participaram do processo de elaboração da Carta.<sup>25</sup>

Essa “Carta” consistia em um documento de duas partes, a primeira defendendo “... justiça social, a criação de um Sistema Único de Saúde, educação pública e gratuita em todos os níveis, autonomia aos sindicatos, reforma agrária, reforma tributária e negociação da dívida externa, entre outras proposições”. A segunda parte era totalmente voltada para a defesa dos direitos da mulher em diferentes áreas como emprego e trabalho, saúde, direitos de propriedade, sociedade conjugal, entre outras. Em particular, a Carta das Mulheres voltava-se para o problema da violência contra as mulheres, defendendo direitos das mulheres à integridade física e psicológica, e exigindo a criação de delegacias especiais para mulheres agredidas. Embora não tenha defendido explicitamente a legalização do aborto, incluiu um ponto polêmico ao discutir o direito da mulher “de conhecer e decidir sobre o seu próprio corpo”.<sup>26</sup> Posteriormente, o CNDM reuniu um grupo de mulheres juristas para elaborar, já em forma de propostas de lei, as demandas extraídas da Carta para apresentação à ANC. Formulou-se, assim, um documento que foi defendido por Jacqueline Pitanguy, Presidente do Conselho, em audiência pública realizada em 23 de abril de 1987, durante os trabalhos da subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, parte da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher.<sup>27</sup>

Houve também ampla mobilização, coordenada pelo CNDM, no sentido da coleta de assinaturas de endosso às emendas populares de interesse das mulheres. Conforme ditava o regimento, tais emendas tinham o mesmo peso de uma sugestão encaminhada por parlamentares; todavia, para que fossem aceitas, as propostas apresentadas deveriam contemplar apenas um único assunto e ser encaminhadas com no mínimo 30 mil assinaturas, em listas organizadas e legitimadas por pelo menos três entidades associativas, constituídas le-

30 set. 2021. p. 8.

23 PITANGUY, Jacqueline. Mulheres, Constituinte e constituição. In: ABREU, Maria Aparecida. **Redistribuição, reconhecimento e representação**: diálogos sobre igualdade de gênero. Brasília: IPEA, 2011.; AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. “Lobby do Batom”: uma mobilização por direitos das mulheres. **Revista Trilhas da História**, Três Lagoas, v. 3, n. 5, p. 72-85, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://trilhasdahistoria.ufms.br/index.php/RevTH/article/view/444>. Acesso em: 30 set. 2021.

24 SILVA, Salete *et al.* O aborto em pauta no poder público brasileiro: 30 anos de batalhas (des)favoráveis à autonomia feminina. **Interfaces Científicas – Direito**, Aracaju, v. 7, n. 1, p. 11-36, fev. 2019. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/6093/3165>. Acesso em: 30 set. 2021.

25 SILVA, Salete *et al.* O aborto em pauta no poder público brasileiro: 30 anos de batalhas (des)favoráveis à autonomia feminina. **Interfaces Científicas – Direito**, Aracaju, v. 7, n. 1, p. 11-36, fev. 2019. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/6093/3165>. Acesso em: 30 set. 2021.

26 PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003. p. 75.

27 BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. **Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Atas das Reuniões**. (1987a). p. 24. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/comissao-da-soberania-e-dos-direitos-e-garantias](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/comissao-da-soberania-e-dos-direitos-e-garantias). Acesso em: 30 set. 2021.

galmente. No total, foram apresentadas 122 emendas populares, somando mais de 15 milhões de assinaturas, mas apenas 83 cumpriram os requisitos do regimento. Dentre elas, estavam várias propostas levadas por entidades feministas, a exemplo da Emenda Popular de número 20,<sup>28</sup> apoiada pela Rede Mulher, de São Paulo, Serviço de Informação da Mulher, de Mato Grosso do Sul, e pela entidade SOS Corpo, de Pernambuco, que recebeu mais de 42 mil assinaturas e respondeu pela redação do parágrafo 5º do Artigo 226 da Constituição Federal nos seguintes termos: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Outra importante emenda, desta feita apresentada por mulheres de movimentos de bairros em Salvador, tratava dos direitos das donas de casa, tal como delineia Céli Pinto: “Entre as emendas que tratam dos direitos da mulher, a que contém o maior número de assinaturas foi promovida por três entidades: Federação das Associações de Bairro de Salvador; Associação de Moradores de Plataforma; Associação de Mulheres de Cosme de Farias. Apresentava como proposta a aposentadoria das donas-de-casa, justificando o trabalho doméstico como contribuição à renda familiar e a aposentadoria como reparação das atividades profissionais não exercidas pelas mulheres em razão deste tipo de ocupação (Emenda n. 2. 19).”<sup>29</sup>

Para apoiar as emendas e outras questões de interesse das mulheres apresentadas pelas Constituintes, foram organizadas várias “caravanas” que marcaram a presença feminina – e de feministas – nas audiências públicas.<sup>30</sup> Por certo, esse apoio se fazia então necessário: havia uma massiva presença de homens Constituintes em todas as comissões e subcomissões, vez que, de um total de 594 Parlamentares, sendo 559 titulares e 35 suplentes, 568 eram homens. E não simplesmente homens, mas homens em sua maioria brancos, que defendiam posições reconhecidamente machistas, a exemplo dos debates ocorridos na Comissão de Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, quando até mesmo a inclusão da palavra “Mulher” no seu título provocou constantes objeções, tanto de setores conservadores quanto progressistas. Segundo testemunhou em anos recentes a Constituinte Lúcia Vânia, integrante da referida Comissão: “Até o nome da comissão [de Direitos e Garantias do Homem e da Mulher], por estranho que hoje possa parecer, foi objeto de debate até prevalecer a expressão direitos e garantias do homem e da mulher [...]”.<sup>31</sup>

Como se verá na próxima seção, semelhante polêmica também marcou a questão do aborto no decorrer dos trabalhos da Constituinte, os movimentos feministas sofrendo por assim dizer um “bombardeio” por par-

28 BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. **Emendas Populares** – volume. 258. Brasília, DF: Empresa Gráfica do Senado Federal, janeiro de 1988. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-258.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021. p. 19.

29 PINTO, Céli Regina Jardim. Mulher e política no Brasil: os impasses do feminismo enquanto movimento social, face às regras do jogo da democracia representativa. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, Num. Esp., p. 256-270, 2º sem. 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16109>. Acesso em: 30 set. 2021. p. 267.

30 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DA SAÚDE (CNTS). **Participação dos movimentos sociais foi imprescindível para que Constituição se tornasse cidadã**, 5 jul. 2018. Disponível em: <https://cnts.org.br/noticias/participacao-dos-movimentos-sociais-foi-imprescindivel-para-que-constituicao-se-tornasse-cidada/>. Acesso em: 30 set. 2021.

31 SENADO NOTÍCIAS. Lúcia Vânia destaca a definição democrática da família pela Constituição de 1988. **Agência Senado**, 26 set. 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/09/26/lucia-vania-destaca-a-definicao-democratica-da-familia-pela-constituicao-de-1988>. Acesso em: 30 set. 2021.

te de representantes da Igreja Católica e de Constituintes evangélicos, que se valeram de diferentes estratégias na sua campanha contra nossos direitos reprodutivos.

## O ABORTO EM QUESTÃO NA ANC

Os debates em torno do aborto provocado na Constituinte se revelam como tema bastante visitado por ativistas e estudiosas dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no país, mantendo-se, porém, como objeto ainda deveras instigante para se pensar a Constituição na perspectiva das mulheres.<sup>32</sup> A começar pela constatação de que o processo de redemocratização do país, deslanchado em fins dos anos 1970-início dos anos 1980, contribuiu para o crescimento do movimento feminista e, com ele, para dar maior visibilidade à questão da legalização do aborto, por ser esse movimento “[...] o principal ator comprometido com mudanças de mentalidade e institucionais a respeito do assunto”.<sup>33</sup>

A já citada Emenda Popular PE-00065-2, apresentada por Maria Leonídia Real e outras, que propunha a legalização do aborto provocado por decisão das próprias mulheres, trazia mais de 33 mil assinaturas. De acordo com os anseios dos movimentos feministas e de mulheres, transcritos na “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes”, tal proposta estava inserida na questão da defesa da saúde integral da mulher, assim afirmando:

“Art. Compete ao Poder Público prestar assistência integral à saúde da mulher, nas diferentes fases da sua vida, garantir a homens e mulheres o direito de determinar livremente o número de filhos, sendo vedada a adoção de qualquer política coercitiva do Poder Público e entidades privadas, assegurar acesso à educação, informação e aos métodos adequados à regulamentação da fertilidade, respeitadas as opções individuais. Art. – A mulher tem o direito de conceber, evitar a concepção ou interromper a gravidez indesejada até 90 (noventa) dias do seu início.

– Compete ao Estado garantir este direito através da prestação de assistência integral às mulheres na rede de saúde pública.

– Serão respeitadas as convicções éticas, religiosas individuais.<sup>34</sup>

Contudo, o processo de três anos de articulação dos movimentos feministas pelo país deu mostras de que não seria fácil aprová-la na ANC. Por isso mesmo, não era intenção do movimento levar proposta alguma de mudança do que vigorava no Código Penal para o espaço da Constituinte.<sup>35</sup> Em especial, tinha-se notícia de que a Igreja Católica, por intermédio da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil-CNBB, se preparava para barrar qualquer tentativa de avanço quanto à liberação do aborto provocado. Conforme publicado em maté-

32 Dentre outros trabalhos, veja-se: HARTMANN, Diogo Mateus Zini. **Representações do aborto na Assembleia Nacional Constituinte (1987)**. 2018. 127 f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade de Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/32905>. Acesso em: 29 set. 2021.; WOHNATH, Vinicius Parolin. **Constituindo a Nova República: agentes católicos nas dinâmicas da Assembleia Nacional 1987-88**. 2017. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2017.

33 ROCHA, Maria Isabel Baltar da. Discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese. **R. bras. est. pop.**, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 369-374, jul./dez. 2006, Notas de Pesquisa, p. 369. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-30982006000200011>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepop/a/NS7sgZvBfqDStLF8QzY3Ynf/?lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021.

34 BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. **Emendas Populares** – volume. 258. Brasília, DF: Empresa Gráfica do Senado Federal, janeiro de 1988. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentsAvulsos/vol-258.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021. p. 64.

35 Veja-se a matéria, FOLHA DE S. PAULO. **Legalização do aborto não tem apoio dos Constituintes**. Caderno Cidades, A-22, 2º, domingo, 26 de abril de 1987. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/114680/1987\\_%2024%20a%2030%20de%20Abril\\_049.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/114680/1987_%2024%20a%2030%20de%20Abril_049.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 30 set. 2021.

ria do Jornal *Correio Brasiliense*, antes mesmo do início dos trabalhos, Dom Luciano Mendes, Presidente da CNBB, havia declarado que a Igreja Católica pretendia fazer “lobby” entre os Constituintes no sentido de ampliar as proibições antiabortionistas em vigor.<sup>36</sup>

E dito e feito: a Igreja não só fez “lobby”, enviando representantes às reuniões e audiências públicas das comissões e subcomissões para desarmar qualquer manifestação de apoio à legalização do aborto por parte de Constituintes, como também apoiou abertamente a apresentação de emendas populares que bloqueavam esse direito. Esse foi o caso da proposta apresentada por Nildo Presotto, com o endosso da Mitra Arquiepiscopal do Rio de Janeiro, Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro e Imperial Irmandade de Nossa Senhora da Glória do Outeiro, propondo a inclusão do seguinte artigo no Capítulo VII (Da Família, do Menor e do Idoso), Título IX (Da Ordem Social), da Constituição em elaboração: “Art. – A lei deve garantir a preservação da vida de cada pessoa, desde a concepção e em todas as fases da sua existência, não se admitindo a prática do aborto deliberado, da eutanásia e da tortura.”<sup>37</sup>

Teor semelhante, inclusive com os mesmos dizeres, teve a emenda popular nº 7, apresentada por Lúcia Maria Fernandes Rodrigues e outros, com mais de 34 mil assinaturas, endossadas também pela Mitra Arquiepiscopal do Rio de Janeiro, Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro e Imperial Irmandade de Nossa Senhora da Glória do Outeiro, que propunha normas relativas ao “direito da família, do menor e do idoso”, afirmando, inclusive, a indissolubilidade do matrimônio.<sup>38</sup>

Mais uma emenda popular de tal teor, a de número 11, apresentando mais de 515 mil subscritores, trazia como proponente o Constituinte Nilson Gibson, que incluía, na justificativa, a afirmativa de que os signatários da emenda proclamavam “a inviolabilidade da vida, desde o primeiro instante da concepção no seio materno até a respiração final no seu leito de morte,” com o apoio da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), Associação de Educação Católica do Brasil (AEC/BR) e Cáritas Brasileira, combatendo tanto propostas de legalização do aborto provocado quanto da eutanásia.<sup>39</sup>

Propostas dessa natureza também surgiram de Constituintes evangélicos com base em concepções bastante questionáveis, tal como a do Deputado Sotero Cunha, integrante da Subcomissão da Família, da Criança e do Idoso (SFCI), em sua afirmativa de que não deveriam existir exceções, nem mesmo em caso de gravidez resultante de estupro, pois, “se a mulher não ceder, nada acontece”. O mesmo senhor ressaltou ser também contra a permissão para o aborto nos casos de gravidez de alto risco, dizendo que cabia à Medicina procurar “os

36 Várias matérias de jornais da época publicaram a opinião da Igreja. Veja-se, por exemplo: HENRIQUES, João Carlos. Igreja prepara Lobby na Constituinte: aborto, capital – trabalho e questões sociais – as lutas da CNBB. *Correio Brasiliense*, Brasília, nº 8685, p. 2-18, jan. 1987. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/bdsf/item/id/114620>. Acesso em: 30 set. 2021.

37 BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. **Emendas Populares** – volume. 258. Brasília, DF: Empresa Gráfica do Senado Federal, janeiro de 1988. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-258.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021. p. 13.

38 BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. **Emendas Populares** – volume. 258. Brasília, DF: Empresa Gráfica do Senado Federal, janeiro de 1988. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-258.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021. p. 10-11.

39 BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. **Emendas Populares** – volume. 258. Brasília, DF: Empresa Gráfica do Senado Federal, janeiro de 1988. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-258.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021. p. 13-14.

meios de salvar a mulher e a criança”.<sup>40</sup> De natureza semelhante colocava-se a emenda do Deputado Matheus Iensen (PMDB-PR), que classificava de “crime inafiançável” qualquer tentativa de interrupção voluntária da gravidez.<sup>41</sup>

Vale observar que a questão do aborto esteve em pauta ao longo de todo o processo da Constituinte, contudo, os principais debates em torno da questão tiveram lugar em audiências públicas de três das referidas comissões, quais sejam: Subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio Ambiente (SSMA), Comissão de Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (DGHM) e Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso (SFMI). Essa questão também foi debatida na Tribuna da Plenária da Constituinte na apresentação das emendas populares, recebendo considerável atenção da imprensa ao longo de todo o processo de discussão e elaboração final dos artigos da nova Constituição.

Um dos principais embates em torno dessa questão se deu na SFMI. Composta por 16 Constituintes, sendo 13 homens e apenas 3 mulheres – Eunice Michilis (PFL-AM), Maria Lúcia Melo de Araújo (PMDB-AC) e Rita Camata (PMDB-ES) –, a SFMI abrigava maioria de 9 integrantes do PMDB, tendo como presidente Nelson Aguiar (PMDB-ES) e como relator Eraldo Tinoco do PFL-BA, partido que contava ali com 3 titulares. Com a posse da mesa, esses homens controlavam os trabalhos da subcomissão, deliberando sobre os temas a serem tratados e a sistemática das audiências públicas e reuniões.<sup>42</sup>

Em sua primeira audiência pública, realizada em 21 de abril de 1987 e voltada para a discussão sobre a Sociedade Conjugal, essa subcomissão teve a participação da Dra. Comba Marques Porto, representante do CNDM e integrante do seu Comitê Assessor Jurídico, que delineou as diferentes instâncias em que – a despeito de o Brasil ter assinado (em 1979) a convenção da ONU contra toda forma de discriminação contra as mulheres<sup>43</sup> –, a legislação existente discriminava a mulher. Tornava-se, pois, fundamental instituir, na nova Carta, os princípios para se estabelecer a igualdade entre os pares na família brasileira.<sup>44</sup> Embora tal princípio hoje nos pareça básico, trivial, houve questionamentos, sobretudo por parte de Constituintes evangélicos que, a exemplo do Pastor Roberto Augusto, Constituinte pelo Rio de Janeiro, defendeu ser a submissão da mulher ao homem uma “lei divina” imposta por Deus e “que ninguém pode mudar”, mas que não deve ser “um “cabresto que o homem quer impor à mulher, inclusive com violência”.<sup>45</sup>

40 FOLHA DE S. PAULO. **Legalização do aborto não tem apoio dos Constituintes**. Caderno Cidades, A-22, 2º, domingo, 26 de abril de 1987. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/114680/1987\\_%2024%20a%2030%20de%20Abril\\_049.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/114680/1987_%2024%20a%2030%20de%20Abril_049.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 30 set. 2021.

41 *Lei ordinária deverá decidir sobre o aborto*. O GLOBO, terça-feira, 2 de fevereiro de 1988.

42 HARTMANN, Diogo Mateus Zini. **Representações do aborto na Assembleia Nacional Constituinte (1987)**. 2018. 127 f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade de Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/32905>. Acesso em: 29 set. 2021.

43 Essa Convenção é conhecida como CEDAW – Convention for the Elimination of All Discrimination Against Women. Veja-se: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>

44 BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso. **Ata da 4ª Reunião, ordinária, da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso**, realizada em 21 de abril de 1987. p. 193-195. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup62anc20mai1987.pdf#page=193>. Acesso em: 01 out. 2021. Presentes também nessa discussão, a Socióloga Maria Celina Albano, Diretora da Assessoria Técnica do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher; Iáris Ramalho Cortes, Coordenadora da Comissão de Legislação, Advogada; a física Nilse Gomes, Técnica da Comissão de Combate à Violência.

45 BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso. **Ata da 4ª Reunião, ordinária, da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso**, realizada em 21 de abril de 1987. p. 203. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup62anc20mai1987.pdf#page=193>. Acesso em: 01 out. 2021.

Nessa Subcomissão, a questão do aborto se fez presente em diferentes reuniões realizadas durante o mês de abril de 1987, com o objetivo de tratar do “planejamento familiar” e da “proteção à gestante”. Em 22 de abril, participaram da reunião (a 5ª. dessa subcomissão) os médicos católicos, Daniel Barbato (que se identificou como professor da área médica da Universidade de Brasília) e Geraldo Hildeu Osanai, ambos representantes do “Movimento Pró-vida” de Brasília, vistos como ‘cientistas’. Para sensibilizar as pessoas ali presentes sobre os males do aborto como ‘planejamento familiar’, eles apresentaram um audiovisual sobre o aborto provocado, com imagens bastante chocantes, pode-se mesmo dizer, sensacionalistas, de fetos abortados, na tentativa de representar o aborto como algo hediondo e prejudicial à saúde da mulher.<sup>46</sup>

Não causa surpresa, portanto, o fato de que, nessa reunião, todos os Constituintes que tomaram a palavra se posicionaram contra a legalização do aborto, vários, inclusive, se identificando como evangélicos, a exemplo do próprio presidente da SFCI, o Deputado Nelson Aguiar, que defendeu a noção da defesa da vida desde a concepção. Na verdade, naquele momento, apenas o Deputado Chico Humberto, que embora tendo também se identificando como médico e espírita e, pessoalmente, contra o aborto, chamou atenção para a realidade da prática do aborto clandestino na nossa sociedade, causador de estragos no corpo das mulheres e ceifador de vidas, defendendo, por fim, a legalização como meio de salvar mulheres.<sup>47</sup>

Na reunião seguinte (a sexta da subcomissão), participaram mais dois outros médicos católicos, quais sejam, Derval da Silva Brandão, representando a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), e João Evangelista dos Santos Alves, representando a Academia Fluminense de Medicina, que também apresentaram um audiovisual abordando a questão do aborto, da mesma forma sensacionalista como ocorrido na reunião anterior, prática, aliás, ainda posta em uso pela CNBB.<sup>48</sup> Presente nessa reunião, a feminista Alcione Costa, ali representando o CNDM, ficou bastante chocada com as imagens, retirando-se da reunião “enojada”, conforme noticiou o *Jornal Folha de São Paulo*:<sup>49</sup>

Alcione Costa, encarregada de informar o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher sobre os debates referentes à mulher na Constituinte, saiu decepcionada da discussão de duas horas sobre a legalização do aborto realizada ontem em Brasília na Subcomissão da Família, da Criança e do Idoso. “Estou enojada, o debate é puramente emocional”, disse ela ao abandonar o auditório destinado à subcomissão. Do lado de dentro, os deputados, encarregados de encaminhar texto sobre o assunto à Constituinte, acabavam de assistir o segundo filme contra o aborto, que mostrara cenas brutais de fetos despedaçados pelos diversos métodos abortivos. “Jamais vi algo com tal requinte de sadismo como esses filmes. Seu objetivo é nos torturar”, afirmou Alcione Costa, a única representante dos movimentos da mulher na reunião pública da subcomissão.

46 BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso. *Ata da 5ª Reunião, ordinária, realizada em 22 de abril de 1987*. p. 208-214. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup62anc20mai1987.pdf#page=207>. Acesso em: 01 out. 2021.

47 BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso. *Ata da 5ª Reunião, ordinária, realizada em 22 de abril de 1987*. p. 214-215. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup62anc20mai1987.pdf#page=207>. Acesso em: 01 out. 2021.

48 Zini Hartmann “O uso de recursos imagéticos não é novidade nesse debate, consistindo, basicamente, em imagens de fetos abortados que buscam comover e apelar para aspectos emocionais que têm “o feto ou embrião” como o ser vivo a ser preservado” (LUNA, 2014).

49 MARQUES, Luana. Constituintes assistem filmes violentos sobre o aborto. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 23 abr. 1987. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/114759>. Acesso em: 30 set. 2021.

Enquanto isso, na mesma reunião, o Constituinte Eraldo Tinoco (PFL-Bahia), relator da subcomissão, instigado pela discussão do aborto trazida pelos médicos, colocou para os Constituintes presentes a questão: “Deve figurar o aborto no texto constitucional, ou não? Devemos dizer na Constituição que a prática do aborto é livre, totalmente aberta? Ou somente nos casos de exceção, como o aborto terapêutico, e o problema do aborto provocado por violências sexuais? Deve haver uma proibição total do aborto no texto constitucional?”.<sup>50</sup>

Seguiu-se então mais um longo debate, no qual o Presidente da Subcomissão declarou, abertamente, que defenderia a proposta de “preservação do direito à vida desde a concepção”, ao passo em que o Constituinte Cássio Cunha Lima falou sobre a realidade do país, ressaltando:

O aborto transcende o aspecto médico-científico, é um problema de cunho social e precisa ser visto sob a ótica do social. Logicamente, não encontraríamos qualquer pessoa que tivesse condições de defender a prática do aborto com bases científicas. Mas existe a realidade social e não podemos permitir que o Brasil continue, como vem sendo há muito tempo, um país do faz-de-conta. Existe a prática do aborto, independentemente da sua legalização ou não. São praticados centenas de milhares de abortos por ano. Encontramos clínicas clandestinas com facilidade. Médicos sobrevivem à custa de abortos praticados na ilegalidade. Conhecemos também o caso de mulheres mais pobres, mulheres menos favorecidas, que fazem o aborto através de instrumentos pontiagudos, de sondas, enfim, dos métodos conhecidos pela ciência e pela medicina. Precisamos, ao mesmo tempo em *que* encararmos esse problema, como um problema humano, científico, encará-lo também como um problema social. Não adianta defender a não legalização do aborto ou se posicionar contra ele, se não há uma postura firme para a garantia dos direitos sociais. Posicionar-se contra o aborto, assim como contra o ensino público gratuito, contra a saúde para todos, no meu entendimento, parece um contrassenso.<sup>51</sup>

Essa questão e mais audiovisuais sensacionalistas voltariam a provocar debates em outras reuniões da SFCI, com destaque para a reunião do dia 29 de abril de 1987, programada para se discutir a “proteção à gestante, à mãe e à família”. Contou-se, para tanto, mais uma vez com a participação do médico Dernival da Silva Brandão, representante da CNBB, e seus audiovisuais de impacto contra o aborto. Na sequência, ou seja, depois desse introito desconcertante, deu-se a apresentação da socióloga Eleonora Menicucci de Oliveira, Professora da Universidade Federal da Paraíba, ali representando o CNDM, que serviria, anos depois (então já como Professora Titular da Universidade Federal Paulista), como Ministra da Secretaria de Políticas para Mulheres no Governo Dilma Rousseff. Na reunião, a referida Professora falou também em nome da Rede Feminista de Saúde, batendo na tecla das questões referentes ao tema da reunião, qual seja, a proteção à gestante e mãe, reafirmando a necessidade de garantir acesso à informação sobre métodos contraceptivos, como parte da oferta de assistência integral à saúde da mulher, inclusive da assistência, na rede pública, do abortamento nos casos previstos em lei.<sup>52</sup>

50 BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso. **Ata da 4ª Reunião, ordinária, da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso**, realizada em 21 de abril de 1987. p. 205. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup62anc20mai1987.pdf#page=193>. Acesso em: 01 out. 2021.

51 BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso. **Ata da 4ª Reunião, ordinária, da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso**, realizada em 21 de abril de 1987. p. 226-227. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup62anc20mai1987.pdf#page=193>. Acesso em: 01 out. 2021.

52 Veja-se: SILVA, Salette Maria da. **A Carta que elas escreveram**: as mulheres na Constituinte de 1987/1988. Curitiba: Instituto Memória, 2016.

De fato, apresentando-se como “mulher, como feminista, como cidadã, mãe de dois filhos”, a Professora Eleonora Menicucci iniciou sua fala destacando que: “[...] não podemos, nós mulheres, pensar na proteção à mãe, à gestante e à família, sem tocar no direito à escolha da maternidade. Esta maternidade optada é aquela maternidade que vai gerar decorrências na vida da mulher e na vida dos filhos que esta mulher colocar no mundo”<sup>53</sup>. Em sua fala, a referida professora caracterizou essa maternidade como “maternidade livre”, destacando que não se trata apenas de:

[...] ter ou ter ou não ter filhos ou apenas interromper uma gravidez indesejada, não é isso. É exatamente que o Estado assuma os direitos que a ele cabe enquanto mantenedor da saúde da mulher, e quais são esses direitos? Propiciar à mulher o acesso a todos os métodos e a informação sobre os métodos contraceptivos e não só as informações sobre os métodos, mais acesso aos métodos, propriamente ditos, para que a mulher possa, não só, depois de ter acesso às informações, optar por um desses métodos e ter na rede pública o método adequado, escolhido pela mulher ou pelo casal.

Finda a apresentação da Professora, seguiu-se um debate bastante acirrado, contando com intervenções não apenas dos palestrantes mencionados, como também de membros parlamentares dessa subcomissão, a saber: “[...] Eunice Michiles (PFL-AM), João de Deus Antunes (PDT-RS), Iberê Ferreira (PFL-RN), Eraldo Tinoco (PFL-BA) e Erwin Bonkoski (PMDB-PR); como participante, a Constituinte Benedita da Silva (PT-RJ); e, como ouvintes, as sras. Marília Largura, Ana Liese Turler e Carmem Maria Souto.”<sup>54</sup>

Cumprido observar que os trabalhos da SFCI nessa audiência pública foram objeto da tese doutoral de Diogo Zini Hartmann,<sup>55</sup> cujo objetivo era analisar as “representações sociais” sobre o aborto nas trocas que ali tiveram lugar. Segundo observou o referido autor: “Essa reunião, que tinha por objetivo tratar da proteção à gestante, à mãe e à família, problematizou bastante os direitos reprodutivos e o planejamento familiar, desencadeando uma série de discursos reveladores de sentidos, significados, concepções de gênero, valores morais, crenças, normas, práticas e imaginários em torno do aborto”.<sup>56</sup>

Nessa reunião, bem como nas anteriores, os médicos convidados, representantes da Igreja, além de se colocarem contra qualquer tipo de aborto provocado, condenaram ainda todos os métodos contraceptivos então existentes, à exceção do chamado “Método Billings”, tido como um método “natural”, que implica na abstenção de relações sexuais durante o período fértil da mulher, método só eficaz no caso de mulheres que têm, por assim dizer, ciclos “normais”. No entanto, a estratégia da Igreja de apelar para a proibição do aborto em termos ditos “médicos” em vez de religiosos, se mostrou eficaz: um levantamento realizado pelo Jornal *Folha*

53 BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso. **Anexo à Ata da 9ª Reunião, ordinária, da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso**, realizada em 29 de abril de 1987. p. 204. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup63anc21maio1987.pdf#page=201>. Acesso em: 01 out. 2021.

54 BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso. **Anexo à Ata da 9ª Reunião, ordinária, da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso**, realizada em 29 de abril de 1987. p. 205. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup63anc21maio1987.pdf#page=201>. Acesso em: 01 out. 2021.

55 HARTMANN, Diogo Mateus Zini. **Representações do aborto na Assembleia Nacional Constituinte (1987)**. 2018. 127 f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade de Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/32905>. Acesso em: 29 set. 2021.

56 HARTMANN, Diogo Mateus Zini. **Representações do aborto na Assembleia Nacional Constituinte (1987)**. 2018. 127 f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade de Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/32905>. Acesso em: 29 set. 2021.



de São Paulo, exposto em uma tabela publicada em 26 de abril de 1987, dá conta de que a grande maioria dos membros dessa subcomissão se mostrava contrária à legalização do aborto, sendo que uma parte significativa se declarava contra o aborto provocado em qualquer circunstância.<sup>57</sup>

A questão seguiu um curso semelhante na Comissão de Saúde, Seguridade e Meio Ambiente, comissão essa que contava apenas com uma mulher, a Constituinte Maria de Lourdes Abadia, à época do PFL e deputada pelo DF, eleita 2ª Vice-Presidente da comissão. Um dos primeiros debates em torno do aborto provocado se deu em audiência pública realizada em 6 de maio de 1987, ocasião em que a socióloga Jacqueline Pitanguy, Presidente do CNDM, participou defendendo a proposta de atenção à saúde integral da mulher, com destaque para acesso à informação para o planejamento familiar, proposta essa nascida da “Carta das Mulheres aos Constituintes”. Segundo afirmou Jacqueline Pitanguy em sua fala durante o debate com os Constituintes presentes, defendendo a posição do CNDM:

No capítulo da saúde, em nenhum momento mencionamos a questão do aborto. O que colocamos é que cabe ao Estado, garantir a homens e mulheres o direito de determinar livremente o número de filhos, sendo vedada a adoção de qualquer prática coercitiva pelo Poder Público e por entidades privadas. Isso porque entendemos que a discussão sobre o aborto não é matéria constitucional, entendemos que o aborto é uma questão de saúde pública e que a discussão sobre este deve se inserir no âmbito da saúde pública. Consideramos que nesse sentido, qualquer princípio Constitucional – e chamo a especial atenção dos Srs. Constituintes, membros desta Subcomissão que qualquer princípio constitucional que venha a garantir o direito à vida, desde a sua concepção, estará ferindo um direito já adquirido, expresso no Código Penal, que é o da interrupção da gravidez nos casos hoje previstos por lei, ou seja, nos casos de estupro e de risco de vida em relação à mulher.<sup>58</sup>

Deve-se ressaltar que na 17ª reunião dessa Subcomissão, realizada no dia 13 de maio de 1987, participou como palestrante o médico Dernival da Silva Brandão, o mesmo que falou na SFCI, se apresentando como representante da Academia Fluminense de Medicina e trazendo, mais uma vez, seu *slide show* sensacionalista de fetos abortados. Dessa feita, ele culpou a gravidez indesejada “ao aumento do estímulo e ao exercício da função sexual,” ou seja, à promiscuidade das jovens, afirmando que a “maior clientela dos abortários” é constituída “das nossas jovens adolescentes”, fato não comprovado pelas estatísticas existentes.<sup>59</sup>

Na Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais (SDGI), que integrava a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, os maiores embates se deram na discussão de sugestões recebidas pela mesa em torno da criminalização do aborto provocado e da prática do ‘homossexualismo’, sugestões essas que davam mostra do peso do sexismo/machismo, da homofobia e dos fundamentalismos religiosos, de caráter puritano, no pensamento dos Constituintes, homens e também das mulheres ali presentes. De fato,

57 “A Posição da Subcomissão sobre o Aborto”, A – 22 — 2.º caderno — CIDADES — Domingo, 26 de abril de 1987 FOLHA DE S. PAULO

58 BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. **Subcomissão de Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente**. Atas das Reuniões, (1987a), p. 208-209. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao7/subcomissao7b](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao7/subcomissao7b). Acesso em: 30 set. 2021.

59 BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. **Subcomissão de Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente**. Atas das Reuniões, (1987a), p. 208-209. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao7/subcomissao7b](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao7/subcomissao7b). Acesso em: 30 set. 2021.

sexismo e machismo não são prerrogativas masculinas: sabe-se que as mulheres também interiorizam essas matrizes de opressão e discriminação, reproduzindo-as em seus ‘pensamentos, palavras e obras’. Isso fica evidente, por exemplo, na intervenção da Dra. Armida Bergamini Miotto, Professora da Academia Nacional de Polícia Civil do Distrito Federal e da Universidade do Distrito Federal – UDF, falando sobre estupro: “Assim, se a mulher não costuma ser agente de estupro, mas paciente, é por causa dessa desigualdade que assim impõe. Mas a mulher, no caso, provoca. Basta ver todas as nudezas e posições eróticas vista nas propagandas. A mulher provoca. Quando se diz que a mulher não pode ser objeto, eu pergunto: mais objeto – e objeto abjeto – do que a mulher está sendo reduzida? É uma igualdade mal entendida.”<sup>60</sup>

Nessa mesma Subcomissão, em audiência pública realizada em 28 de abril de 1987, participou a Dra. Leonor Nunes de Paiva, Presidente da OAB-Mulher do Rio de Janeiro e integrante do Comitê Assessor Jurídico do CNDM, que ali defendeu a igualdade de direitos entre homens e mulheres na Constituição. A leitura da Ata registrando os debates que se seguiram nos oferecem algumas pérolas do machismo que se embrenhava nas discussões toda vez que se falava dos direitos das mulheres. A exemplo do Constituinte Ubiratan Spinelli, que embora se declarasse “defensor” desses direitos, asseverou que: “Por outro lado, ninguém melhor do que a mulher tem o direito de governar os nossos filhos. A mulher tem que cuidar do lar, dos filhos e não deve esquecer-se disso.”<sup>61</sup>

Foi também nessa mesma sessão que o Constituinte Costa Ferreira, em discussão sobre a questão do aborto, assim se manifestou: “Sabe-se que o aborto é decorrência de conjunções carnavais clandestinas; depois de a mulher achar-se grávida, ela não tem a coragem de confessar aos pais etc. Então, ela recorre a esses meios espúrios, altamente nocivos à saúde. Mas não justifica que se libere para que elas possam cometer o aborto com toda assistência. Exceto, no meu entender, nos casos que a lei prevê.”<sup>62</sup> Recebeu, quase que imediatamente, a resposta da Dra. Leonor Nunes de Paiva:

Gostaria de responder a V. Ex.<sup>a</sup> não com a minha opinião, porém, mais uma vez, com a realidade, apoiada nessa pesquisa a que me referi, a única que temos sobre o aborto no Brasil. Com base nessa pesquisa, ficou demonstrado que na maioria das mulheres que praticavam o aborto, a gravidez não havia ocorrido de uma relação clandestina, conforme disse V. S<sup>a</sup>. Eram casadas, e ainda assim praticavam o aborto. É um dado irreal dizer que as mulheres que praticam o aborto são mulheres que mantêm uma relação clandestina.<sup>63</sup>

60 BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. **Subcomissão dos Direitos e Garantias Fundamentais. Atas das Reuniões**, (1987a), p. 60. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/subcomissao1c](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/subcomissao1c). Acesso em: 30 set. 2021.

61 BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. **Subcomissão dos Direitos e Garantias Fundamentais. Atas das Reuniões**, (1987a), p.78. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/subcomissao1c](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/subcomissao1c). Acesso em: 30 set. 2021.

62 BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. **Subcomissão dos Direitos e Garantias Fundamentais. Atas das Reuniões**, (1987a), p. 81. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/subcomissao1c](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/subcomissao1c). Acesso em: 30 set. 2021.

63 BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. **Subcomissão dos Direitos e Garantias Fundamentais. Atas das Reuniões**, (1987a), p. 82. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/subcomissao1c](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituente/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/subcomissao1c). Acesso em: 30 set. 2021.

Cabe registrar que o Constituinte Márcio Tomaz Bastos, Presidente da OAB, ali presente como palestrante, mostrou-se favorável as considerações da Dra. Leonor, defendendo também a não criminalização do aborto voluntário, pronunciando-se, assim, contrário as propostas na mesa da Comissão de Garantias e Direitos Individuais, que representavam a maioria dos integrantes dessa comissão. À bem da verdade, a descriminalização do aborto voluntário não era ponto pacífico nem mesmo entre as integrantes do “Lobby do Batom” que, de outrafeita, trabalharam juntas. Dentre elas, destacam-se as considerações da Constituinte Sandra Cavalcanti, do PFL, registradas pela imprensa, condenando “[...] qualquer forma de aborto, e lembrando que a Constituição deve assegurar o direito à vida e não o direito a retirá-la. Para complementar, lembrou a legislação nazista que permitia que fossem mortas as crianças que nascessem com deficiências mentais ou físicas”<sup>64</sup>. Em outra matéria ela condena as propostas do CNDM, afirmando não entender como “essas aborteiras lutam contra a pena de morte e, ao mesmo tempo, condenam à morte, sem tribunais e sem direito a defesa”.<sup>65</sup>

Não obstante tais conflitos, a emenda popular apresentada pelos movimentos de mulheres, propondo a legalização do aborto como parte de um programa de assistência integral à saúde da mulher, foi defendida em 27 de janeiro de 1988, na Tribuna da ANC, por Maria Amélia Telles, representante da União de Mulheres e, até hoje, reconhecida por sua militância junto a grupos de mulheres na formação de “promotoras legais populares,” como integrante da União de Mulheres. Enfrentando um público nada simpático à tal proposta e várias interrupções a sua fala, na maioria, de Constituintes homens que se declararam ‘evangélicos’ e faziam uso de argumentos religiosos em favor da “defesa da vida desde a ovulação”, Amelinha Telles não titubeou. Manteve a calma fechando assim sua importante apresentação:

A luta pela questão do aborto já passou por diversas vezes aqui nesta Casa. Sabemos que vários Parlamentares já fizeram os seus pronunciamentos, defendem a discriminação do aborto, a legalização do aborto; chamamos a atenção ainda dos Srs. e das Sras. Constituintes para o fato de que a lei existente não tem função prática – o aborto clandestino é prático, corrente, a repressão policial só é usada, não para o cumprimento da legislação, mas sim para o valor do suborno. E no caso da gravidez resultada de estupro, o encaminhamento legal é extremamente moroso e inviabiliza a sua prática. Se por um lado existe uma omissão ao cumprimento da lei, por outro crescem na prática os usos da esterilização, consequência da falta de uma política que normatize criteriosamente os casos indicados como necessários. E a esterilização em massa é mais que um crime, é um genocídio, que atinge principalmente as mulheres pobres e não-brancas. Há cidades no Brasil em que o percentual de mulheres esterilizadas em idade fértil atinge a espantosa cifra de 80%. Portanto, é hipócrita uma sociedade que a pretexto de defender a vida do feto, arruína a vida da mulher e não adota medidas públicas que atendam às plenas condições para o exercício do direito à vida dos seus cidadãos, com direito à saúde, o direito à educação pública e gratuita, ao trabalho, à segurança a salário e à aposentadoria dignos. A criminalização do aborto não o coíbe apenas o coloca na clandestinidade.<sup>66</sup>

64 FOLHA DE S. PAULO. **Legalização do aborto não tem apoio dos Constituintes**. Caderno Cidades, A-22, 2º, domingo, 26 de abril de 1987. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/114680/1987\\_%2024%20a%2030%20de%20Abril\\_049.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/114680/1987_%2024%20a%2030%20de%20Abril_049.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 30 set. 2021.

65 “Mulheres apostam no parlamentarismo”. *Folha de São Paulo*, Domingo, 18/10/1987.

66 Quarta-feira 27 DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE (Suplemento “B”) Janeiro de 1988, p.364

Apesar de diferentes Constituintes apoiarem tal proposta, as lideranças do CNDM e dos movimentos feministas participantes avaliaram que as chances de sua aprovação eram bastante remotas. Ademais, insistir nessa causa poderia ter um efeito negativo frente às ameaças de inscrição da criminalização de qualquer instância de aborto provocado na nossa Carta Magna. Procurando evitar que isso se concretizasse, a coordenação do CNDM deliberou por enviar carta assinada por sua presidente, a Dra. Jacqueline Pitanguy, a todos e todas Constituintes, argumentando que o aborto era uma questão bastante complexa e polêmica, ainda “em estágio inicial” de discussão no Brasil, necessitando, assim de maiores subsídios para se mudar a legislação vigente, razão pela qual não deveria constar como princípio constitucional. Concluía observando que: “Mediante as considerações acima, vimos alertar a V. Exa. sobre o perigo de aprovar emendas que contemplam a questão do direito à vida desde a concepção, pois estas correrão o risco de se tornarem impositivas e prematuras na medida em que não reflitam o consenso da sociedade civil.”<sup>67</sup>

Sem dúvida, essa carta produziu o efeito desejado: colocada em votação na ANC, a proposta do Constituinte Matheus Iensen (PMDB-PR), que asseverava como “crime inafiançável” qualquer tentativa de interrupção voluntária da gravidez, foi derrotada por 310 votos contra, 93 a favor e 28 abstenções. Assim, a questão do aborto permaneceu no âmbito da Lei Ordinária, como ainda se mantém até os dias de hoje.<sup>68</sup>

## DESDOBRAMENTOS PÓS-CONSTITUINTE AOS DIAS ATUAIS

É mister ressaltar que as mobilizações e articulações de mulheres na ANC, sob a orientação do CNDM, tiveram um saldo bastante positivo, logrando incluir na Constituição de 1988, cerca de 80% das demandas reunidas na “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes”. Por certo, a bancada feminina no Congresso Nacional teve também um papel fundamental nessa direção. Constituída por apenas 26 mulheres eleitas para o mandato legislativo de 1986-1990 e representando vários partidos diferentes, elas assumiram uma identidade suprapartidária, apresentando 30 emendas em defesa dos direitos das mulheres na nova constituição, mesmo que só uma delas, a Deputada Moema San Tiago, se autodeclarasse feminista.<sup>69</sup>

Como se viu aqui, a questão da legalização do aborto surgiu como foco de muitos debates em diferentes instâncias durante os trabalhos da ANC de 1988, vez que foram apresentadas propostas tanto a favor quanto contra. Na verdade, o debate se instalou dentro do próprio ‘lobby do batom’, acabando-se por deixar essa importante questão fora da Constituição de 1988, para não se incorrer em possíveis retrocessos. Mas, é claro, a luta das mulheres brasileiras pelo pleno exercício dos seus (nossos) direitos reprodutivos não parou aí!

Em 1991, a apresentação de dois projetos que ampliavam esses direitos. O PL 20/1991, de autoria dos parlamentares Eduardo Jorge (PT-SP) e Sandra Starling (PR/MG), propunha a obrigatoriedade de atendimento

67 “Mulheres contra aborto na Carta”, CORREIO BRAZILIENSE, Brasília, sábado, 13 de fevereiro de 1988.

68 “Lei ordinária deve definir sobre aborto”. Terça-feira, 2 de fevereiro de 1988 – O GLOBO.

69 PINTO, Céli Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003. p. 74-75.

pelo SUS de mulheres buscando a interrupção da gravidez nos casos previstos em lei, enquanto o PL1135/1991, dos mesmos autores, propunha a retirada do artigo 124 do Código Penal, deixando-se, assim, de criminalizar o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento.<sup>70</sup> Houve amplo apoio dos movimentos a esses projetos, sendo que o PL 20/1991 foi aprovado tanto na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (em 1995) quanto na de Seguridade Social e Família e, seguindo o curso da tramitação, seria encaminhado para votação no Senado. Todavia, a visita do Papa João Paulo II ao Brasil no mesmo ano, contribuiu para reforçar a posição dos setores católicos, conservadores do Parlamento, e o referido projeto acabou nunca sendo votado.<sup>71</sup>

Cumpre observar, contudo, que a proposta nele contida foi atendida por meio da Norma Técnica do Ministério da Saúde, “Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes de Violência Sexual Contra as Mulheres e Adolescentes”, firmada em 1996. Em 1998, outra norma dessa ordem, estabeleceu que, mediante a apresentação de um Boletim de Ocorrência (BO), o SUS deveria oferecer a mulheres vítimas de violência sexual o atendimento necessário para a interrupção da gravidez. Em 2013, também no tocante a vítimas de violência sexual, foi sancionada a Lei 12.845/2013, pela Presidenta Dilma Rousseff, que não só ampliou esse conceito para incluir “qualquer forma de atividade sexual não consentida”, como também estabeleceu como obrigatório o atendimento imediato às vítimas pelo SUS, incluindo-se aí a profilaxia da gravidez, com a administração da pílula do dia seguinte.<sup>72</sup>

De, fato, a ascensão ao poder federal em 2003 de um partido político mais progressista, no caso, o Partido dos Trabalhadores (PT), tendo Luis Inácio Lula da Silva na presidência do país, abriu espaço para propostas de revisão da lei vigente, no sentido de coloca-la mais em compasso com as demandas e necessidades das mulheres. Para tanto, contribuiu a criação, em 2003, da Secretaria Especial de Políticas Mulheres (SPMulheres), com status de Ministério, e a convocação, por parte do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, sob a batuta dessa nova Secretaria, da I Conferência Nacional de Políticas para Mulheres, realizada em 2004. Seu propósito maior foi a formulação do I Plano Nacional de Políticas para Mulheres, um processo que mobilizou mais de 200.000 mulheres por todo o país, com a aprovação quase unânime da legalização do aborto nas conferências estaduais preparatórias (só Minas Gerais não aprovou), o que se repetiria na Nacional.

Essa conquista foi a culminação de um movimento estratégico de ativistas feministas que articularam diferentes organizações e grupos em uma coalizão – as Jornadas Brasileiras pelo Direito ao Aborto Legal e Seguro – com foco nesse objetivo específico. Até então, essas organizações e grupos de mulheres defensoras dos di-

70 MARIANO, Rayani; BIROLI, Flávia. O debate sobre aborto na Câmara dos Deputados (1991-2014): posições e vozes das mulheres parlamentares. *Cad. Pagu*, n. 50, 2017, e175013. DOI: <https://doi.org/10.1590/18094449201700500013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/Vg9XZWYwYcgnjDXXwhRNZKn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021. p. 7.

71 MARIANO, Rayani; BIROLI, Flávia. O debate sobre aborto na Câmara dos Deputados (1991-2014): posições e vozes das mulheres parlamentares. *Cad. Pagu*, n. 50, 2017, e175013. DOI: <https://doi.org/10.1590/18094449201700500013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/Vg9XZWYwYcgnjDXXwhRNZKn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021. p. 7.

72 MARIANO, Rayani; BIROLI, Flávia. O debate sobre aborto na Câmara dos Deputados (1991-2014): posições e vozes das mulheres parlamentares. *Cad. Pagu*, n. 50, 2017, e175013. DOI: <https://doi.org/10.1590/18094449201700500013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/Vg9XZWYwYcgnjDXXwhRNZKn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021. p. 7. Veja-se, também, CORRÊA, Sônia; ÁVILA, Maria Betânia. Direitos sexuais e reprodutivos – Pauta global e percursos brasileiros. In: BERQUÓ, Elza (org.). *Sexo & Vida*: panorama da saúde reprodutiva no Brasil. Campinas-SP, Editora da Unicamp, 2003. p. 17-78.

reitos reprodutivos das mulheres se mobilizavam apenas para “apagar os incêndios”: isto é, reagir a ameaças aos direitos existentes ao aborto, ao invés de planejar ações coordenadas para alcançar a mudança desejada. Em uma reunião convocada pela Rede Feminista de Direitos Sexuais e Reprodutivos, as participantes decidiram que era hora de trabalhar de forma ‘pro-ativa’ pela legalização do aborto. As Jornadas Brasileiras foram criadas para operacionalizar essa decisão.<sup>73</sup>

O sucesso dessas estratégias resultou na criação de uma Comissão Tripartite, coordenada pela SPMulheres, que elaborou um projeto de lei para permitir o “aborto sob demanda” até o terceiro mês de gravidez, a ser apresentado ao Congresso pela Dra. Nilcéa Freire, Ministra de Políticas para Mulheres. Ocorre que, justamente nesse momento, o Governo Lula começa a sofrer um forte ataque por parte de correntes conservadoras, sendo acusado de compra de apoio no parlamento nacional, um processo que veio a ser conhecido por “mensalão”. Ainda que as acusações tenham sido falsas – até hoje, não existem provas cabais de que isso, de fato, ocorreu – elas colocaram o novo governo na ‘berlinda’, obrigando-o a abrir mão de propostas progressistas, dentre elas, a legalização do aborto. Mesmo assim, o projeto foi apresentado ao Congresso, contudo, sem o apoio esperado; foi discutido na Comissão de Família e Previdência Social, mas acabou sendo posto de lado, vez que a questão foi vista como muito “quente” para ser abordada em um ano eleitoral.<sup>74</sup>

Certo é que, a partir de então, o Governo Federal deixou de ser protagonista na campanha pela legalização do aborto, “passando a bola” para o Congresso, por assim dizer. Contudo, ali também a situação se complicara: em 2005, foi criada a “Frente Parlamentar em Defesa da Vida Contra o Aborto”, a “primeira frente formada na Câmara que possuía a questão do aborto como a principal temática.” Essa Frente foi organizada pelo deputado espírita Luiz Bassuma (PT, PV/BA), que se tornou seu presidente;<sup>75</sup> em consequência, ele foi suspenso pelo do Partido dos Trabalhadores – esse partido apoiava posturas mais progressistas em relação à questão – filiando-se então ao Partido Verde – PV.

Mas, sem dúvida, a Frente por ele criada fortaleceu as mobilizações congêneres da sociedade civil, que também receberam apoio de grupos religiosos fundamentalistas, inclusive da Igreja Católica, fortalecidos pela visita do Papa Bento XVI ao Brasil em 2007. Em consonância com esse plano conservador, em 24 de maio de 2007, mais de 5 mil pessoas se reuniram na Praça da Sé, em São Paulo, para um Ato Ecumênico sob o comando do Padre Marcelo Rossi, como parte da Campanha Nacional em Defesa da Vida, que ali dava a largada ao Movimento em Defesa da Vida. Ligados a vários grupos religiosos, os participantes denunciaram o aborto como “assassinato” protestando contra o PL 1135/91 que permitiria a interrupção da gravidez no caso de má

73 SOARES, Gilberta; SARDENBERG, Cecília. Campaigning for the Right to Legal and Safe Abortion in Brazil. *IDS Bulletin*, v. 39, p. 55-61, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/6842>. Acesso em: 30 set. 2021.

74 SOARES, Gilberta; SARDENBERG, Cecília. Campaigning for the Right to Legal and Safe Abortion in Brazil. *IDS Bulletin*, v. 39, p. 55-61, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/6842>. Acesso em: 30 set. 2021.

75 MARIANO, Rayani; BIROLI, Flávia. O debate sobre aborto na Câmara dos Deputados (1991-2014): posições e vozes das mulheres parlamentares. *Cad. Pagu*, n. 50, 2017, e175013. DOI: <https://doi.org/10.1590/18094449201700500013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/Vg9XZWYwYCgnjDXXwhRNZKn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021. p. 7.

formação do feto, impedindo vida extrauterina. Como argumento, destacavam o caso de um bebê que, embora nascera sem um cérebro em funcionamento, ainda estava vivo aos quatro meses, supostamente desafiando, assim, alegações médicas de que a vida fora do útero é impossível para bebês anencéfalos. Tal caso, argumentaram, invalidava argumentos a favor da legalização do aborto.<sup>76</sup>

Deve ser lembrado, também, que a “grande mídia” desempenhou – e continua desempenhando – um papel fundamental na condução da opinião pública em uma direção cada vez mais conservadora, colaborando de forma negativa para a intensificação do debate em torno da revisão da legislação sobre aborto no Brasil.<sup>77</sup> De fato, o efeito da mídia em combinação com as notícias do Movimento em Defesa da Vida se fez sentir quando da realização da II Conferência Nacional de Políticas para Mulheres (II CNPM), realizada em Brasília em agosto de 2007; a atmosfera estava tensa!

Na Conferência, temia-se uma tentativa coordenada por grupos antiaborto para obstruir o processo de votação; mas as forças feministas estavam bem organizadas. A Rede Feminista de Saúde colocou uma grande faixa em uma das paredes do Centro de Convenções com o slogan da Campanha pelo Aborto Seguro: “as mulheres decidem, a sociedade respeita, o Estado garante”. Outros grupos e coalizões, como a Marcha Mundial das Mulheres e a Articulação de Mulheres Brasileiras (AMB), exibiram cartazes semelhantes e cantavam jingles e palavras de ordem pela legalização. Durante a pausa para o almoço do último dia da conferência, um grupo de performance feminista de Recife, Pernambuco – as “Loucas da Pedra Lilás” –, trouxe uma breve encenação sobre os perigos dos abortos clandestinos. O cenário do palco incluiu centenas de sapatos espalhados ao redor da entrada do centro de conferências, representando as milhares de mulheres que morreram como resultado de abortos clandestinos no Brasil. Aos poucos, o clima do encontro começava a mudar a favor das propostas feministas: quando a votação foi finalmente anunciada, centenas de cartões de “credenciais” de delegadas foram orgulhosamente levantados em apoio à legalização, seguido de aplausos efusivos da maioria presente. Outra batalha – ainda que provisória – havia sido vencida na longa marcha em direção à legalização do aborto no Brasil.

Fora da Conferência, contudo, o clima não parecia mais ser favorável a avanços no sentido da ampliação do aborto legal no Brasil. Enquanto em 1993 pesquisas de opinião revelaram que 54% dos entrevistados defendiam a manutenção das leis sobre o aborto e 23% apoiavam a legalização total, as realizadas em 2007 mostraram que o percentual favorável à legalização caíra para 16%. Não por acaso, a questão do aborto provocado, trazida pelas forças conservadoras, figurou como um dos pontos mais sensíveis nas eleições presidenciais de 2010 e 2014, principalmente por se ter candidatas mulheres na disputa.<sup>78</sup> Na disputa contra Dilma

76 ATO CONTRA ABORTO REÚNE CINCO MIL PESSOAS NO CENTRO DE SP. **G1**, 24 mar. 2007. Disponível em: <https://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL13910-5605,00-ATO+CONTRA+ABORTO+REUNE+CINCO+MIL+PESSOAS+NO+CENTRO+DE+SP.html>. Acesso em 30 set. 2021.

77 A exceção dentro da corporativa é a Revista *Veja*. Veja-se o artigo de VIDAL, Renata Inah de Almeida. O aborto no jornalismo: estudo de caso da revista *Veja*. **Revista Feminismos**, v. 8, n.1, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/feminismos/article/view/42398>. Acesso em: 30 set. 2021.

78 MANO, Máira Kubik; MACÊDO, Márcia. Direitos reprodutivos, um dos campos de batalha do golpe. In: RUBIM, L.; ARGOLLO, F. (org.). **O Golpe na Perspectiva de Gênero**. Salvador, EDUFBA, 2018.

Rousseff (PT), o candidato José Serra, do PSDB, ciente do crescente conservadorismo católico e do fundamentalismo evangélico contra avanços nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, acusou sua oponente de ser defensora da legalização do aborto. Tal acusação só sumiu dos debates e olofotes da mídia depois que uma ex-aluna da mulher de Serra revelou ter ela confessado em aula ter feito um aborto quando o casal se exilara no Chile para fugir de perseguições dos militares ditadores no Brasil.<sup>79</sup> Mas, assim mesmo, a candidatura de Dilma Rousseff se afastou de qualquer discussão sobre o aborto.

No entanto, a luta das mulheres não parou. Em 2010 foi lançada a Frente Nacional Contra a Criminalização de Mulheres e pela Legalização do Aborto, reunindo ativistas, ciberfeministas, pesquisadoras, feministas de diferentes correntes juntas nessa causa. Esse manifesto surgiu depois que, em 2008, mais de 2000 mulheres foram investigadas pela suspeita de abortos clandestinos em uma clínica médica em Mato Grosso do Sul. Dentre elas, 150 foram indiciadas, 37 julgadas e 26 sentenciadas a penas alternativas. O médico acusado por esses procedimentos cometeu suicídio.<sup>80</sup>

Como já observado, ativistas pela legalização do aborto no Brasil passaram então a direcionar mais esforços para o Supremo Tribunal Federal (STF). Em 12 de junho de 2012, esse Tribunal finalmente analisou a ação proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, que solicitou ao STF autorização para a interrupção da gravidez em casos de anencefalia, que cresciam em virtude de uma onda de “zica”, doença transmitida por mosquitos semelhante ao da dengue, que deixa sequelas nos fetos de gestantes afetadas. Mas os Ministros do STF enfatizaram, em seus pronunciamentos, que o entendimento não autorizaria “práticas de aborto”, nem exigiria a interrupção da gravidez anencefálica. Só daria às mulheres a possibilidade de escolher se abortariam ou não em casos de anencefalia.<sup>81</sup>

Ao longo de todas essas batalhas, crescia no Congresso Nacional uma posição cada vez mais conservadora, surgindo, com as diferentes legislaturas, diferentes “frentes” pela vida, mas com o mesmo objetivo: Frente Parlamentar em Defesa da Vida – Contra o Aborto; Frente Parlamentar da Família e Apoio à Vida; Frente Parlamentar Mista em Defesa da Vida – Contra o Aborto.<sup>82</sup> Essas frentes tiveram o apoio da Frente Parlamentar Evangélica, criada em 2004 e ainda forte até hoje. Conseguiram, assim, eleger o Deputado Eduardo Cunha, pastor evangélico, para a presidência da Câmara, como também o Deputado Marcos Feliciano, outro pastor, conhecido por seus pronunciamentos misóginos e homofóbicos, à frente da Comissão de Direitos Humanos.

Por certo, tais articulações provocaram a indignação dos movimentos feministas e LGBTT, sobretudo contra a tentativa do Deputado Eduardo Cunha de cortar o apoio dado às vítimas de estupro, exigindo a apro-

<sup>79</sup> See, for example: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po1610201011.htm>

<sup>80</sup> MANO, Maira; SACCHET, Teresa. Policy Mapping. Relatório da pesquisa “Countering Backlash Against Women’s Rights and Gender Equality in Brazil”, apresentado Institute of Development Studies. NEIM/UFBA, 2020.

<sup>81</sup> SILVA, Saete *et al.* O aborto em pauta no poder público brasileiro: 30 anos de batalhas (des)favoráveis à autonomia feminina. *Interfaces Científicas – Direito*, Aracaju, v. 7, n. 1, p. 11-36, fev. 2019. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/6093/3165>. Acesso em: 30 set. 2021.

<sup>82</sup> MARIANO, Rayani; BIROLI, Flávia. O debate sobre aborto na Câmara dos Deputados (1991-2014): posições e vozes das mulheres parlamentares. *Cad. Pagu*, n. 50, 2017, e175013. DOI: <https://doi.org/10.1590/18094449201700500013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/Vg9XZWYwYCgnjDXXwhRNZKn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021.



vação de legislação que oferecia “pílulas do dia seguinte” através do sistema público de saúde para prevenir gravidez indesejada. Isso levou milhares de mulheres às ruas, por todo o país, em um movimento que ficou conhecido como “Primavera das Mulheres”.<sup>83</sup>

Enquanto isso, o movimento antiaborto no Brasil – conhecido por “Brasil Sem Aborto” – vem crescendo. Em julho de cada ano, há treze anos, seus integrantes realizam uma Marcha Nacional em Brasília – a “Marcha Nacional da Cidadania pela Vida” – para pressionar o Congresso a mudar a legislação de forma a criminalizar qualquer tipo de aborto. Em 2020, devido à pandemia do Covid-19, essa marcha se deu como Marcha Virtual, mas não perdeu força. Em sua página da internet, eles se apresentam como:

“[...] Movimento de natureza suprapartidária e supra-religiosa que defende a preservação da vida desde a sua concepção, atuando de forma estruturada para orientar ações e argumentos baseados em evidências e pesquisas na área de genética, embriologia, bioética e legislação vigente. Professores, estudantes, advogados, líderes religiosos e comunitários, juristas e cientistas renomados fazem parte da organização, que mobilizou cerca de 40 mil pessoas em passeatas nacionais em Brasília. Em todo o país, mais de 100.000 pessoas participaram de eventos pela vida e contra o aborto.”<sup>84</sup>

Em agosto de 2018, integrantes desse movimento participaram de uma grande audiência pública no STF para ouvir argumentos pró e contra a descriminalização do aborto. Débora Diniz, Professora Associada de Antropologia da Universidade de Brasília e ativista pela descriminalização, também falou, ressaltando que o aborto no Brasil permanece sendo uma prática comum, apesar de clandestina. Ela “relembrou os dados de um estudo, do qual participou como pesquisadora, para afirmar que, no que diz respeito ao aborto, o que mais importa não é a resposta à pergunta ‘você é a favor ou contra o aborto?’, mas a prática real das mulheres”<sup>85</sup>. Após seu discurso público, a Profa. Débora Diniz sofreu uma ‘reação’, recebendo uma série de mensagens potencialmente fatais, para ela e sua família, obrigando-a a deixar o país.<sup>86</sup>

Com efeito, sob o governo de Jair Bolsonaro, eleito presidente em 2018, a extrema direita ganhou influência política e popularidade. Temos assim assistido ao crescimento do fundamentalismo religioso que prega uma teologia de autoritarismo e ódio contra aqueles considerados inimigos, uma ideologia identificada como “Cristofascismo”. Em termos econômicos, o ‘bolsonarismo’ segue os ideais ultraneoliberais, defendendo um estado mínimo e o desmantelamento dos direitos dos trabalhadores. No entanto, sustenta a moral conservadora, defendendo a “família tradicional” – isto é, a família patriarcal conforme definida por seitas evangélicas fundamentalistas, bem como católicos conservadores e carismáticos. No centro dessa moral está uma postura

83 BRITO, Priscila. **Primavera Feminista**: a internet e as manifestações de mulheres em 2015 no Rio de Janeiro. Trabalho apresentado ao Encontro Fazendo Gênero, 2017. DUTRA, Zeila Aparecida Pereira. A Primavera Das Mulheres: Ciberfeminismo e os Movimentos Feministas. **Revista Feminismos**, v. 6, n. 2, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/feminismos/article/view/30292>. Acesso em: 30 set. 2021.

84 <https://brasilemaborto.org/>

85 BONFANTI, Lígia. Aborto: veja as falas no STF de Débora Diniz e outros especialistas pela descriminalização. **Justificando**, 06 ago. 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/08/06/aborto-veja-as-falas-no-stf-de-debora-diniz-e-outras-especialistas-pela-descriminalizacao/>. Acesso em: 30 set. 2021.

86 <https://www.cartamaior.com.br/?/Editorial/Antifascismo/Professora-forcada-a-deixar-o-pais-por-defender-legalizacao-do-aborto/47/43076>

antigênero, manifestada em discursos e ações contrárias aos direitos das mulheres, lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros.<sup>87</sup>

Nesse ponto, há de se ressaltar que a pastora evangélica Damares Alves, Ministra da Mulher, Família e Direitos Humanos, lançou, em 2020, a campanha “Tudo tem sua hora”, para prevenir a gravidez na adolescência. Conforme observam Maíra Kubik Mano e Teresa Sacchet: “A proposta é estimular a abstinência, ou seja, orientar adolescentes e jovens brasileiros a não fazerem sexo. Recentemente, duas funcionárias de carreira do Ministério da Saúde foram dispensadas após assinarem relatório técnico sobre atenção à saúde da mulher durante a pandemia. O documento tratava dos serviços de saúde sexual e reprodutiva, que a Organização Mundial da Saúde (OMS) considerou essenciais para serem mantidos nesse período”.<sup>88</sup>

Não se há de esquecer, também, que em agosto de 2020, testemunhou-se um episódio bastante controverso envolvendo a referida Ministra. No caso em questão, uma menina de dez anos, órfã de mãe e pai preso, que vivia com a avó paterna, foi repetidamente estuprada pelo tio desde os seis anos, acabando por engravidar. De acordo com a legislação em vigor, a interrupção da gravidez nesse caso se enquadrava, tanto no que diz respeito a gravidez resultante de estupro, quanto a risco de vida para a gestante. Contudo, a equipe médica do hospital da rede pública no Espírito Santo procurado pela avó da criança se recusou a realizar a intervenção. Com o apoio de integrantes de organizações feministas, a menina e sua avó foram então levadas para Recife, onde a intervenção foi realizada. Mas não sem antes serem humilhadas na porta do hospital por um grupo acionado pela Ministra. Ela obteve os dados pessoais sobre a menina e onde deveria ser realizada a intervenção, repassando-os para pessoas ligadas ao seu Ministério, que divulgaram as informações nas redes sociais e provocaram o tumulto.

## A TÍTULO DE CONCLUSÃO

Um levantamento realizado por uma equipe de pesquisa do Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre a Mulher – NEIM, da Universidade Federal da Bahia, encontrou 574 projetos que mencionam a palavra “aborto” em curso no Congresso, a maioria deles visando diminuir as possibilidades de acesso ao aborto legal, ou pior, tornar crime qualquer tipo de interrupção da gravidez. Dois deles chamam atenção, um contra e outro a favor: o primeiro, o PL 478/07, é o chamado Estatuto do Nasciturno, que proíbe o aborto em qualquer circunstância, ao afirmar que, mesmo antes do nascimento, o bebê é “sujeito de lei”, portanto, tem direito à vida. O outro, a favor, o PL 882/2015, se volta para políticas públicas na área de saúde sexual e direitos reprodutivos, propondo: “toda mulher tem o direito de interromper voluntariamente a gravidez, realizada por médico e con-

87 SARDENBERG, Cecília Maria Bacellar, MANO, Maíra Kubik; SACCHET, Teresa. Confronting backlash against women’s rights and gender equality in Brazil: a literature review and proposal. *Revista Feminismos*, v. 8, n. 2, ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/feminismos/article/view/42913>. Acesso em: 30 set. 2021.

88 MANO, Maíra; SACCHET, Teresa. Policy Mapping. Relatório da pesquisa “Countering Backlash Against Women’s Rights and Gender Equality. In: Brazil”, apresentado Institute of Development Studies. NEIM/UFBA, 2020. p. 24.

dicionada ao consentimento livre e informado consentimento da gestante, nos serviços do sistema público de saúde e na rede privada nas condições previstas nesta Lei ”.<sup>89</sup>

Ao analisarmos esses projetos de lei, podemos verificar que, apesar de passados mais de 30 anos desde a realização da Assembleia Nacional Constituinte, continuamos com o mesmo embate entre grupos religiosos (católicos e evangélicos) e os movimentos feministas no tocante ao aborto. A grande diferença está no contexto socio-político-econômico em que os embates têm lugar. A Constituinte foi um momento de esperança, de grande articulação do movimentos sociais, de reconstrução da democracia. Já, na atualidade, vivemos um momento totalmente contrário: de ‘desdemocratização’, desesperança e mesmo desespero, abatidos que estamos todos pela pandemia causada pelo coronavírus, e por um governo federal que desdenha dos seus estragos. Ademais, assistimos a tomada do Congresso por parlamentares que defendem agendas retrógradas, conservadoras e misóginas.

De fato, o ativismo de grupos religiosos, contrários à legalização do aborto no país, vem se ampliando consideravelmente na última década, contribuindo para a eleição de seus pastores e pastoras para o Parlamento. Por certo, tem crescido também, com considerável força, o ativismo feminista pelos direitos das mulheres. Todavia, como bem colocam Luis Felipe Miguel, Flávia Biroli e Rayani Mariano, o ativismo pela legalização “[não encontra correspondente no Congresso da mesma forma que o dos grupos contrários ao direito ao aborto, cuja atuação se avolumou tanto pelo fato de que há hoje mais parlamentares para quem essa agenda é prioridade – ao menos na construção da sua imagem pública – quanto pelo fato de que sua articulação tem sido mais efetiva e mais focada”.<sup>90</sup> Mas, certamente, nossa luta continua!

## REFERÊNCIAS

AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. “Lobby do Batom”: uma mobilização por direitos das mulheres. **Revista Trilhas da História**, Três Lagoas, v. 3, n. 5, p.72-85, jul./dez, 2013. Disponível em: <https://trilhasdahistoria.ufms.br/index.php/RevTH/article/view/444>. Acesso em: 30 set. 2021.

ATO CONTRA ABORTO REÚNE CINCO MIL PESSOAS NO CENTRO DE SP. **G1**, 24 mar. 2007. Disponível em: <https://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL13910-5605,00-ATO+CONTRA+ABORTO+REUNE+CINCO+MIL+PESSOAS+NO+CENTRO+DE+SP.html>. Acesso em 30 set. 2021.

BERTONCELO, Edison Ricardo Emiliano. Eu quero votar para presidente”: uma análise sobre a Campanha das Diretas. **Lua Nova**, São Paulo, n. 76, p. 169-196, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452009000100006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/4CtMVqzzkyZRndzKJVcLWGz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021.

BONFANTI, Lígia. Aborto: veja as falas no STF de Débora Diniz e outros especialistas pela descriminalização. **Justificando**, 06 ago. 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/08/06/aborto-veja-as-falas-no-stf-de-debora-diniz-e-outros-especialistas-pela-descriminalizacao/>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL SEM ABORTO. Disponível em: <https://brasilemaborto.org/>. Acesso em: 30 set. 2021.

89 MANO, Máira; SACCHET, Teresa. Policy Mapping. Relatório da pesquisa “Countering Backlash Against Women’s Rights and Gender Equality in Brazil”, apresentado Institute of Development Studies. NEIM/UFBA, 2020.

90 MIGUEL, Luis Felipe, BIROLI, Flávia e MARIANO, Rayani. O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro: a ofensiva conservadora na Câmara dos Deputados. **Opin. Pública** Campinas, v. 23, n. 1, jan./abr., 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/1807-01912017231230>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/c6f4WXNbjJ6bTV7cn9Kymsb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021. p. 239.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. **Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Atas das Reuniões.** (1987a). p. 24. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/comissao-da-soberania-e-dos-direitos-e-garantias](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/comissao-da-soberania-e-dos-direitos-e-garantias). Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. **Subcomissão de Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente.** Atas das Reuniões, (1987a), p. 208-209. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte/comissoes-e-subcomissoes/comissao7/subcomissao7b](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte/comissoes-e-subcomissoes/comissao7/subcomissao7b). Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. **Subcomissão dos Direitos e Garantias Fundamentais.** Atas das Reuniões, (1987a), p. 60. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/subcomissao1c](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte/comissoes-e-subcomissoes/Comissao-1/subcomissao1c). Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso. **Ata da 5ª Reunião, ordinária,** realizada em 22 de abril de 1987. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup62anc20mai1987.pdf#page=207>. Acesso em: 01 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso. **Ata da 4ª Reunião, ordinária, da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso,** realizada em 21 de abril de 1987. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup62anc20mai1987.pdf#page=193>. Acesso em: 01 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso. **Ata da 4ª Reunião, ordinária, da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso,** realizada em 21 de abril de 1987. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup62anc20mai1987.pdf#page=193>. Acesso em: 01 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Portal da Constituição Cidadã. Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso. **Anexo à Ata da 9ª Reunião, ordinária, da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso,** realizada em 29 de abril de 1987. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup63anc21maio1987.pdf#page=201>. Acesso em: 01 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. **Emendas Populares** – volume. 258. Brasília, DF: Empresa Gráfica do Senado Federal, janeiro de 1988. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-258.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRITO, Priscila. **Primavera Feminista:** a internet e as manifestações de mulheres em 2015 no Rio de Janeiro. Trabalho apresentado ao Encontro Fazendo Gênero, 2017.

CARDOSO, Bruno Baptista; BARBEIRO, Fernanda Morena dos Santos Barbeiro;

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DA SAÚDE (CNTS). **Participação dos movimentos sociais foi imprescindível para que Constituição se tornasse cidadã,** 5 jul. 2018. Disponível em: <https://cnts.org.br/noticias/participacao-dos-movimentos-sociais-foi-imprescindivel-para-que-constituicao-se-tornasse-cidada/>. Acesso em: 30 set. 2021.

CORRÊA, Sônia; ÁVILA, Maria Betânia. Direitos sexuais e reprodutivos – Pauta global e percursos brasileiros. In: BERQUÓ, Elza (org.). **Sexo & Vida:** panorama da saúde reprodutiva no Brasil. Campinas-SP, Editora da Unicamp, 2003. p. 17-78.

CRESCÊNCIO, Cíntia Lima; OLIVEIRA, Mariana Esteves de. Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher: movimento de mulheres do IAJES, movimento regional de mulheres e a luta por democracia no Brasil. **Anos 90,** Porto Alegre, v. 26, p. 8, 2019, e2019308. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/anos90/article/view/89908>. Acesso em: 30 set. 2021.

DINIZ, Debora; GONZALEZ VÉLEZ, Anna Cristina. Aborto na Suprema Corte: o caso da anencefalia no Brasil. **Estudos Feministas,** Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 647-652, jan. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2008000200019>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2008000200019>. Acesso em: 29 set. 2021.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciênc. saúde coletiva,** v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/8LRYdgSMzMW4SDDQ65zzFHx/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021.

DUTRA, Zeila Aparecida Pereira. A Primavera Das Mulheres: Ciberfeminismo e os Movimentos Feministas. **Revista Feminismos,** v. 6, n. 2, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/feminismos/article/view/30292>. Acesso em: 30 set. 2021.

FOLHA DE S. PAULO. **Legalização do aborto não tem apoio dos Constituintes.** Caderno Cidades, A-22, 2º, domingo, 26 de abril de 1987. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/114680/1987\\_%2024%20a%2030%20de%20Abril\\_049.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/114680/1987_%2024%20a%2030%20de%20Abril_049.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 30 set. 2021.

- FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (UNFPA) – BRASIL. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento**, Cairo, 1994. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/pt-br/publications/relat%C3%B3rio-da-confer%C3%Aancia-internacional-sobre-popula%C3%A7%C3%A3o-e-desenvolvimento-confer%C3%Aancia-do>. Acesso em: 30 set. 2021.
- HARTMANN, Diogo Mateus Zini. **Representações do aborto na Assembleia Nacional Constituinte (1987)**. 2018. 127 f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade de Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/32905>. Acesso em: 29 set. 2021.
- HENRIQUES, João Carlos. Igreja prepara Lobby na Constituinte: aborto, capital – trabalho e questões sociais – as lutas da CNBB. **Correio Braziliense**, Brasília, nº 8685, p. 2-18, jan. 1987. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/114620>. Acesso em: 30 set. 2021.
- JENSEN, Simone Cristina. A Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes de 1988. **Jornal de Relações Internacionais**, 14 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://jornalri.com.br/2020/a-carta-das-mulheres-brasileiras-aos-Constituintes-de-1988>. Acesso em: 15 jan. 2021.
- MANO, Máira Kubik; MACÊDO, Márcia. Direitos reprodutivos, um dos campos de batalha do golpe. In: RUBIM, L.; ARGOLLO, F. (org.). **O Golpe na Perspectiva de Gênero**. Salvador, EDUFBA, 2018.
- MARIANO, Rayani; BIROLI, Flávia. O debate sobre aborto na Câmara dos Deputados (1991-2014): posições e vozes das mulheres parlamentares. **Cad. Pagu**, n. 50, 2017, e175013. DOI: <https://doi.org/10.1590/18094449201700500013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/Vg9XZWYwYCgnjDXXwhRNZKn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021.
- MARQUES, Luana. Constituintes assistem filmes violentos sobre o aborto. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 23 abr. 1987. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/114759>. Acesso em: 30 set. 2021.
- MICHILES, Carlos *et al.* **Cidadão Constituinte: a saga das emendas populares**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.
- MIGUEL, Luis Felipe, BIROLI, Flávia e MARIANO, Rayani. O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro: a ofensiva conservadora na Câmara dos Deputados. **Opin. Pública** Campinas, v. 23, n. 1, jan./abr., 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/1807-01912017231230>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/c6f4WXNbj6bTV7cn9Kymsb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021.
- MONTEIRO, Mário Francisco Giani, ADESSE, Leila, DREZETT, Jefferson. Atualização das estimativas da magnitude do aborto induzido, taxas por mil mulheres e razões por 100 nascimentos vivos do aborto induzido, por faixa etária e grandes regiões. Brasil, 1995 a 2013. **Reprodução & Climatério**, v. 30, n. 1, p. 11-18, jan./abr. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.recli.2015.05.003>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1413208715000254?via%3Dihub>. Acesso em: 30 set. 2021.
- PINTO, Céli Regina Jardim. Mulher e política no Brasil: os impasses do feminismo enquanto movimento social, face às regras do jogo da democracia representativa. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, Num. Esp., p. 256-270, 2º sem. 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16109>. Acesso em: 30 set. 2021. p. 267.
- PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003. p. 75.
- PITANGUY, Jacqueline. Mulheres, Constituinte e constituição. In: ABREU, Maria Aparecida. **Redistribuição, reconhecimento e representação: diálogos sobre igualdade de gênero**. Brasília: IPEA, 2011.
- ROCHA, Maria Isabel Baltar da. Discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese. **R. bras. est. pop.**, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 369-374, jul./dez. 2006, Notas de Pesquisa, p. 369. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-30982006000200011>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepop/a/NS7sgZvBfqDStLF8QzY3Ynf/?lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021.
- ROCHA, Maria Isabel Baltar da. O parlamento e o debate sobre aborto no Brasil. **Anais... IX Encontro Nacional de Estudos Populacionais**, v. 3, p. 89-108. Disponível em: <http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/issue/view/29/showToc>. Acesso em: 30 set. 2021.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007.
- SARACENI, Valéria. Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais? **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, n. 36, p. 2-13, 2020. Supl. 1. DOI: <https://doi.org/10.1590/01002-311X00188718>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/8vBCLC5xDY9yhTx5qHk5RrL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2021. p. 6.
- SARDENBERG, Cecília Maria Bacellar, MANO, Máira Kubik; SACCHET, Teresa. Confronting backlash against women's rights and gender equality in Brazil: a literature review and proposal. **Revista Feminismos**, v. 8, n. 2, ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/feminismos/article/view/42913>. Acesso em: 30 set. 2021.
- SARDENBERG, Cecilia; COSTA, Ana Alice. Feminisms in contemporary Brazil: advancements, shortcomings, and challenges. In: BASU, A. (ed.). **Women's Movements in a Global Era: The Power of Local Feminisms**. Boulder, Colorado, USA: Westview Press, 2010. p. 125-150.
- SENADO NOTÍCIAS. Lúcia Vânia destaca a definição democrática da família pela Constituição de 1988. **Agência Senado**, 26 set. 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/09/26/lucia-vania-destaca-a-definicao-democratica-da-familia-pela-constituicao-de-1988>. Acesso em: 30 set. 2021.

SILVA, Salete *et al.* O aborto em pauta no poder público brasileiro: 30 anos de batalhas (des)favoráveis à autonomia feminina. **Interfaces Científicas – Direito**, Aracaju, v. 7, n. 1, p. 11-36, fev. 2019. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/6093/3165>. Acesso em: 30 set. 2021.

SILVA, Salete Maria da. **A Carta que elas escreveram**: as mulheres na Constituinte de 1987/1988. Curitiba: Instituto Memória, 2016.

SOARES, Gilberta; SARDENBERG, Cecília. Campaigning for the Right to Legal and Safe Abortion in Brazil. **IDS Bulletin**, v. 39, p. 55-61, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/6842>. Acesso em: 30 set. 2021.

VIDAL, Renata Inah de Almeida. O aborto no jornalismo: estudo de caso da revista *Veja*. **Revista Feminismos**, v. 8, n.1, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/feminismos/article/view/42398>. Acesso em: 30 set. 2021.

WOHNRATH, Vinicius Parolin. **Constituindo a Nova República**: agentes católicos nas dinâmicas da Assembleia Nacional 1987-88. 2017. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2017.

# CAPÍTULO 18

## IMPACTOS DO MACHISMO NO ACESSO AO ABORTAMENTO LEGAL NO BRASIL: DISFUNÇÕES NO EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

Mônica Aguiar  
Amanda Barbosa

### 1 INTRODUÇÃO

Entre a consagração de um valor no bojo de norma jurídica constitucional e sua observância no mundo da vida há um longo caminho hermenêutico, permeado por questões culturais. Inevitavelmente, cada ator(a) social carrega consigo uma tábua valorativa que orienta a determinada do seu agir. O acesso ao abortamento legal no Brasil bem releva como esse caminho pode ser tortuoso e porque a luta por direitos não termina com a promulgação de uma Constituição cidadã.

O presente texto tem como objetivo geral analisar o acesso ao aborto legal no Brasil, especificamente de que forma o exercício do direito fundamental à objeção de consciência pode vir a representar obstáculo ao exercício de direitos sexuais e reprodutivos, igualmente fundamentais. Para tanto, adotou-se a metodologia hipotético-dedutiva e foi realizada pesquisa bibliográfica e documental, com estudo de caso a evidenciar alguns aspectos analisados.

No primeiro item do desenvolvimento, abordou-se os contornos da cultura machista e de que forma a ela expõe<sup>1</sup> a mulher a uma série de violências, dentre elas, a dificuldade de acesso ao abortamento nas hipóteses em que resta autorizado por lei. No item seguinte, estuda-se a objeção de consciência enquanto direito fundamental e os limites ao seu exercício, estipulados para que não represente negação do direito à saúde das mulheres.

Ao final do desenvolvimento, foi abordado caso recente de abortamento legal que muito revela sobre as limitações das políticas públicas em saúde e que tem sido muito associado à discussão sobre objeção de consciência. Esclarece-se as razões da recusa por parte do Hospital das Clínicas do Espírito Santo e a importância de uma análise técnica apurada na análise de tal processo de tomada de decisão, sem descurar de seus determinantes culturais.

1 UM CORDÃO DE MULHERES – CASO DA MENINA DE 10 ANOS UNIU ATIVISTAS E A SOCIEDADE PARA REIVINDICAR O DIREITO AO ABORTO LEGAL. *Folha de S. Paulo*, 11 set. 2020. Acadêmicas Anônimas. Disponível em: <https://quatrocincoum.folha.uol.com.br/br/artigos/direito/um-cordao-de-mulheres>. Acesso em: 02 nov. 2020.

## 2 A CONSTRUÇÃO CULTURAL DO MACHISMO

Inicialmente, deve-se definir o que vem a ser entendido pelo termo machismo para que seja possível compreender como o Direito, por ser um objeto cultural, atrai para suas regras e para a atuação de seus operadores as características inerentes a esse fenômeno.

Por machismo, entenda-se o preconceito gerado em derredor do gênero feminino, visto como inferior ao gênero masculino. A expressão mais clara do senso comum acerca disso é ser a mulher do sexo frágil.

Tal expressão, utilizada pejorativamente, significa a inferioridade da mulher em relação ao homem. Quando usada em sentido pseudo positivo, ainda assim marca essa hierarquia ao inserir a mulher em um manto de proteção estendido a partir da vontade do homem.

Com efeito, há cerca de dez mil anos, vive-se sob o paradigma da lei, da ordem, da organização, do poder, instalado que foi a partir da revolução agropastoril, que motivou o assentamento dos povos em terras específicas para ativamente plantar e colher. Não mais era necessário mudar-se, continuamente, para colher frutos e caçar animais para matar a fome, pois, agora, a humanidade sabia plantar e distinguir os animais ferozes dos que podia vencer<sup>2</sup>.

Esse dinamismo que afastou, para o bem e para o mal, a simbiose do ser humano com a natureza, instalou a separação que possibilitou se admitir a visão de que natureza e humanidade não eram a mesma coisa e, a partir daí, foi um pulo para a consideração de que entre os seres humanos havia também diferenças.

Certamente, por ser o homem mais forte no sentido muscular, foi-se desenvolvendo, aos poucos, a ideia de que o homem é superior à mulher, culminando com a morte na fogueira de inúmeras mulheres que ousavam discordar dos métodos reinantes na época ou que pareciam ter acesso a poções mágicas de cura dos doentes.

No prefácio da edição brasileira do livro “O martelo das feiticeiras”, Byington sustenta que: “Uma história simbólica do Cristianismo nos mostra como a Demonologia e o ódio às mulheres cresceram às expensas da despotencialização do papel cultural revolucionário dos símbolos de Cristo e da Igreja”<sup>3</sup>.

Essa menção não é menos danosa à construção da “inferioridade” da mulher do que aquela bem divulgada do mito da queda de Adão e Eva do paraíso como castigo pela desobediência ao comerem da maçã proibida.

A interpretação mais frequentemente feita sobre esse mito é a de que a mulher foi a culpada por fazer com que o homem caísse em tentação e desobedecesse a Deus e com isso perdesse o paraíso.

Essa lamentável interpretação, que passou de geração em geração, tem sido muito danosa às mulheres em geral, sempre responsabilizadas por tudo o que de errado ocorre ao seu derredor quando se relacionando com o masculino.

<sup>2</sup> Cf. BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. *Psicologia simbólica junguiana*. São Paulo: C. A. B. B., [19--?].

<sup>3</sup> BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. *Prefácio do livro O Martelo das Feiticeiras (1484)*. Kramer, Heinrich e Sprenger, James. Tradução de Paulo Frões, Editora Rosa dos Tempos, Record, Rio de Janeiro, 1991.



Para constatar essa afirmação, basta folhear algumas notícias do cotidiano de que são exemplos os seguintes títulos de matérias jornalísticas:

Ana Paula Araújo: “Por sermos mulheres, somos todas vítimas em potencial” Ana Paula Araújo lança o livro “Abuso – A cultura do estupro no Brasil”<sup>4</sup>

“Infelizmente, existe o movimento feminista. Mulheres com pelo no sôvaco atacam novamente, e a vítima da vez é Robinho”.<sup>5</sup>

Mulher agredida a socos na BA: “Minha culpa foi pensar que ele mudaria”.<sup>6</sup>

“Internautas dizem que jornalista mulher da Record TV teria insinuado culpa da vítima em caso Robinho. Relatos afirmam que Carla Cecato teria tentado justificar que muitas mulheres participam de atos similares por livre e espontânea vontade, minimizando a culpa do jogador”<sup>7</sup>

Brasil parece muito mais um abatedouro de mulheres do que uma nação

É um absurdo que essa realidade não choque as pessoas, que ainda culpam a mulher pela violência sofrida.<sup>8</sup>

“O que mais preocupa não é só esta imensa patologia cultural, mas sua inconsciência e o seu endosso por tantos milhões de religiosos e de pessoas bem-intencionadas”.<sup>9</sup>

Recentemente, a psicologia vem tentando consolidar um entendimento bem diverso: o de que comer a maçã representou a ampliação da consciência e o conhecimento do Bem e do Mal.

Com efeito, ao ouvir da serpente que ao comer do fruto proibido seus olhos se abririam para o conhecimento do Bem e do Mal, o significado culturalmente difundido deveria ter sido o de que a consciência se ampliaria “[...] para organizar o campo existencial em polaridades à volta da polaridade certo-errado”<sup>10</sup>.

A história mostra que a interpretação levada a efeito foi completamente diferente: a de que o homem perdeu o paraíso por culpa da mulher, a qual, sem conseguir segurar sua curiosidade, ousou desobedecer às ordens de Deus.

A literalidade dessa interpretação, sem a elaboração do símbolo da ampliação do conhecimento humano sobre a existência do Bem e do Mal perdura até hoje e faz coro, de forma explícita ou oculta, com os algozes do feminino, no bojo do *self* cultural formado desde então.

Nesse sentido, oportuna a reflexão feita por Luis Antonio Baptista no texto “A atriz, o padre e a psicanalista – os amoladores de facas” ao afirmar:

O fio da faca que esquarteja, ou o tiro certeiro nos olhos, possui alguns aliados, agentes sem rostos que preparam o solo para esses sinistros atos. Sem cara ou personalidade, podem ser encontrados em discurs-

4 SOUTO, Luiza. Ana Paula Araújo: “Por sermos mulheres, somos todas vítimas em potencial”. *Universa*, 14 out. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/10/14/ana-paula-araujo-livro.htm>. Acesso em: 01 out. 2021.

5 MENDONÇA, Renata. Infelizmente existe o movimento feminista. *Folha de S. Paulo*, 19 out. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/renata-mendonca/2020/10/culpa-pela-suspensao-do-contrato-de-robinho-e-do-movimento-feminista.shtml?origin=folha>. Acesso em: 20 out. 2020.

6 SCHUQUEL, Thainá. Mulher agredida a socos na BA: “Minha culpa foi pensar que ele mudaria”. *Metrópoles*, 17 out. 2020. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/mulher-agredida-a-socos-na-ba-minha-culpa-foi-pensar-que-ele-mudaria>. Acesso em: 20 out. 2020.

7 INTERNAUTAS DIZEM QUE JORNALISTA MULHER DA RECORDTV TERIA INSINUADO CULPA DA VÍTIMA EM CASO ROBINHO. *Istoé*, 17 out. 2020. Disponível em: <https://istoe.com.br/internautas-dizem-que-jornalista-mulher-da-recordtv-teria-insinuado-culpa-da-vitima-em-caso-robinho/>. Acesso em: 01 out. 2021.

8 RIBEIRO, Djamilá. Brasil parece muito mais um abatedouro de mulheres que uma nação. *Folha de S. Paulo*, 22 out. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/djamilaribeiro/2020/10/o-brasil-e-um-pais-ou-um-abatedouro-de-mulheres.shtml>. Acesso em: 20 out. 2020.

9 BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. *Inveja criativa*: o resgate de uma força transformadora da civilização. São Paulo: Religare. 2002. p. 118.

10 BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. *Inveja criativa*: o resgate de uma força transformadora da civilização. São Paulo: Religare. 2002. p. 197.

sos, textos, falas, modos de viver, modos de pensar que circulam entre famílias, jornalistas, prefeitos, artistas, padres, psicanalistas etc.<sup>11</sup>

A cultura machista reverbera, também, no acesso de mulheres a direitos sexuais e reprodutivos. Embora o abortamento legal seja legalmente autorizado desde 1940, até o final da década de 90 dificilmente uma mulher tinha acesso ao procedimento na rede pública de saúde. Atualmente, muitos hospitais públicos já contam com equipe especializada para tanto<sup>12</sup>, porém, há outros elementos a se considerar para além da mera oferta.

### 3 O EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

A objeção de consciência é direito fundamental previsto no art. 5º, VIII da Constituição Federal<sup>13</sup>: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”. Enquanto espécie do direito de resistência, refere-se ao ato de se recusar a cumprir deveres incompatíveis com a autodeterminação da vontade individual<sup>14</sup>.

No âmbito da relação médico-paciente, garante-se que o profissional não seja obrigado a prestar serviços que contrariem ditames de sua consciência. O Código de Ética Médica, Resolução nº 2.217/2018 do Conselho Federal de Medicina prevê, dentre os seus princípios fundamentais:

VII – O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

A partir do texto constitucional e da norma deontológica, conclui-se que há limites ao exercício da objeção de consciência, não podendo a negativa de atendimento se traduzir em desassistência e/ou risco ao paciente. A depender das circunstâncias, a recusa em realizar o abortamento legal pode representar obstáculo ao exercício de direitos sexuais e reprodutivos, em especial em hospitais públicos, onde é mais evidente a tensão entre moralidade pública e privada.

Há estudiosos, como Savulescu, que não admitem a objeção de consciência em tais circunstâncias. Outros acreditam se tratar de direito individual absoluto, a exemplo de Pellegrino, o que não se sustenta após rápida leitura das normas supramencionadas. Ao se debruçar sobre essa problemática, Diniz propõe que, se a objeção

11 BAPTISTA, LuisAntonio dos Santos. **A cidade dos sábios**. São Paulo: Summus, 1999.

12 FAÚNDES, Aníbal *et al.* Interrupções da gravidez com fundamento e amparo legais. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), 2018. (Protocolo FEBRASGO – Obstetrícia, no. 120/ Comissão Nacional Especializada em Violência Sexual e Interrupção da Gestação Prevista em Lei). p. 8-9.

13 Tal direito também é referido no art. 143, § 1º da Constituição Federal: “Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem *imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política*, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.” (grifo nosso) BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24 out. 2020.

14 BUZANELLO, José Carlos. Objeção de consciência: uma questão constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38, n. 152, 2001. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/730/r152-13.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 24 out. 2020.

é seletiva, deverá ser apresentada uma motivação relevante. Se a objeção é absoluta, o(a) profissional não poderá integrar equipe dos serviços de referência<sup>15</sup>.

Identifica-se que, no Brasil, os casos de objeção de consciência mais noticiados se referem a situações que envolvem mulheres e situações reprodutivas. A situação mais recorrente é a de aborto, especialmente nos serviços destinados à realização do procedimento quando permitido por lei, como no caso a ser analisado logo mais. O problema se instala quando a mulher se torna refém da moralidade pessoal dos profissionais da equipe de saúde<sup>16</sup>.

Adicione-se que, em serviços públicos de saúde, há que se apontar a laicidade do Estado brasileiro. A laicidade consiste em “um regime social de convivência, cujas instituições políticas estão legitimadas principalmente pela soberania popular e já não por elementos religiosos”<sup>17</sup>. Não se confunde com a secularização, a saber, fenômeno da diminuição da influência da religião na vida social que escapa ao Estado e ao seu aparato institucional<sup>18</sup>. Nas palavras de Diniz:

Afirmar a laicidade das instituições básicas, em especial dos serviços de saúde, não significa desconsiderar as crenças pessoais dos profissionais de saúde que nelas trabalham: significa reconhecer que, para além das crenças morais dos profissionais de saúde ou de seus usuários, deve-se garantir o acesso à saúde [...] O reconhecimento do direito à objeção de consciência pelos profissionais de saúde poderia significar uma ameaça democrática<sup>19</sup>.

Nessa linha, a norma técnica “Atenção Imunizada ao Aborto” do Ministério da Saúde afasta a objeção de consciência nos seguintes casos: a) risco de morte para mulher; b) situação de abortamento legal, na ausência de outro profissional que o faça; c) quando a mulher puder sofrer danos ou agravos à saúde em razão da omissão do profissional; d) atendimento de complicações derivadas do abortamento inseguro, por se tratarem de casos de urgência<sup>20</sup>.

Nessas hipóteses, considera-se ilegítimo o exercício da objeção de consciência, estando o profissional suscetível à responsabilização civil ou penal por omissão. É dever das instituições de saúde prestar atendimento e garantir o exercício de todos os direitos das usuárias, inclusive o da interrupção da gestação nos casos permitidos em lei, o que implica em manter equipe disposta a realizar o procedimento dentro dos limites legais<sup>21</sup>.

15 DINIZ, Débora. Objeção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 5, out. 2011. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-89102011005000047>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/QwMG5v5LphzfbxbTkzZV5P/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 26 set. 2020. p. 982-984.

16 DINIZ, Débora. Bioética e gênero. *Revista Bioética*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 207-216, 2008. Disponível em: [https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/68](https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/68). Acesso em: 04 out. 2020.

17 BLANCARTE, Roberto. Laicidad: la construcción de un concepto de validez universal *In*: COSTA, Nestor da. *Laicidades América Latina y Europa*: repensando lo religioso entre lo público y lo privado en el siglo XXI. Montevideo: CLAEH, 2006. p. 43.

18 BAUBERÓT, Jean. *Historia de La laicidad Francesa*. Estado de México: El Colegio Mexiquense; 2005.

19 DINIZ, Débora. Bioética e gênero. *Revista Bioética*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 207-216, 2008. Disponível em: [https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/68](https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/68). Acesso em: 04 out. 2020.

20 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Atenção Humanizada ao Abortamento**: norma técnica. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2011. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao\\_humanizada\\_abortamento\\_norma\\_tecnica\\_2ed.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf). Acesso em: 01 out. 2021.

21 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Atenção humanizada ao abortamento**: norma técnica. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2011. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao\\_humanizada\\_abortamento\\_norma\\_tecnica\\_2ed.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf).

É importante salientar que, mesmo em caso de exercício legítimo da objeção de consciência e encaminhamento da paciente a outro profissional, deverá o(a) médico(a) cumprir seu dever de informar. Por exemplo, a omissão da possibilidade de realização do aborto legal por força de convicções religiosas particulares representa violação do direito à informação da paciente, privando-a da possibilidade de livre escolha a respeito de como proceder<sup>22</sup>.

O Brasil é signatário de declarações e tratados internacionais que asseguram o direito ao abortamento seguro. Cite-se os documentos produzidos na Conferência Internacional sobre População (1994) e na 4ª Conferência Internacional sobre a Mulher (1995). Restou estabelecido que, nas hipóteses em que não contraria a lei, o aborto deve ser acessível e seguro. A objeção de consciência não poderá se tornar obstáculo ao exercício de tal direito sexual e reprodutivo<sup>23</sup>.

Ser médico significa estar disposto a oferecer intervenções em saúde que são legais, benéficas e desejadas pelas usuárias dos serviços, como parte de um sistema público de saúde justo e eficiente. Os valores devem influenciar o debate na esfera pública sobre qual o tipo de sistema de saúde queremos. Porém, valores ou crenças pessoais não podem influenciar na qualidade da atenção, dificultando o acesso à assistência em saúde, sob pena de violar os direitos humanos das mulheres que buscam o atendimento médico<sup>24</sup>.

No Chile, está aquecido o debate em torno dos limites ao exercício da objeção de consciência em casos de abortamento legal. Em 2017, houve a descriminalização do aborto nos casos de inviabilidade fetal, risco de morte da mulher e gravidez resultante de estupro<sup>25</sup>. Observa-se dificuldades no acesso ao procedimento. De acordo com o Ministério da Saúde do país, das 1.524 mulheres que decidiram interromper a gravidez, 273 o fizeram em razão de violência sexual<sup>26</sup>.

Esta circunstância reúne a maior parte dos casos de objeção de consciência – cerca de 50% dos ginecologistas-obstetras que integram equipes de hospitais públicos se recusam a realizá-lo nesta hipótese<sup>27</sup>. O elevado número de objetos de consciência, ao lado do grande desconhecimento da lei e da escassez de medicamentos necessários à interrupção da gravidez são questões que obstaculizam o acesso ao aborto legal no Chile<sup>28</sup>.

---

ma\_tecnica\_2ed.pdf. Acesso em: 01 out. 2021. p. 21.

22 GALLI Beatriz; DREZETT Jefferson; CAVAGNA NETO, Mario. Aborto e objeção de consciência. *Revista Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 64, n. 2, abr./jun. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.21800/S0009-67252012000200014>. Disponível em: [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252012000200014](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200014). Acesso em: 01 out. 2021. p. 33.

23 GALLI Beatriz; DREZETT Jefferson; CAVAGNA NETO, Mario. Aborto e objeção de consciência. *Revista Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 64, n. 2, abr./jun. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.21800/S0009-67252012000200014>. Disponível em: [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252012000200014](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200014). Acesso em: 01 out. 2021. p. 32.

24 GALLI Beatriz; DREZETT Jefferson; CAVAGNA NETO, Mario. Aborto e objeção de consciência. *Revista Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 64, n. 2, abr./jun. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.21800/S0009-67252012000200014>. Disponível em: [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252012000200014](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200014). Acesso em: 01 out. 2021. p. 34.

25 . TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO CHILE APROVA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO. *GI*, 21 ago. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/tribunal-constitucional-do-chile-aprova-descriminalizacao-do-aborto.ghtml>. Acesso em: 01 out. 2021.

26 SAAVEDRA, Anita Peña. O inacessível aborto legal no Chile. *Centro Brasileiro de Estudos de Saúde*, 29 de setembro de 2020. Disponível em: <http://cebes.org.br/2020/09/o-inacessivel-aborto-legal-no-chile/>. Acesso em: 04 out. 2020.

27 MONTERO VEGA, Adela; RAMÍREZ-PEREIRA, Mirliana. Noción y argumentos sobre laobjeción de conciencia al aborto en Chile. *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, v. 49, p. 59-75, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1344/rbd2020.49.29071>. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/29071/31372>. Acesso em: 01 out. 2021.

28 SAAVEDRA, Anita Peña. O inacessível aborto legal no Chile. *Centro Brasileiro de Estudos de Saúde*, 29 de setembro de 2020. Disponível em: <http://cebes.org.br/2020/09/o-inacessivel-aborto-legal-no-chile/>. Acesso em: 04 out. 2020.

Diferentemente do Brasil, o direito à objeção de consciência não conta com previsão legal ou prévia menção em precedentes judiciais até a promulgação da nova lei sobre abortamento no Chile. Em pesquisa realizada com 42 participantes<sup>29</sup>, identificou-se que, dentre as razões da objeção de consciência na hipótese sob análise, está a desconfiança diante do relato da vítima de violência sexual e subjacente desconsideração da integridade e dignidade da mulher<sup>30</sup>.

Também aparece, no discurso dos objetores, que a gravidez resultante de estupro não se relaciona com uma patologia que justifique sua interrupção. O feto é percebido como um ser saudável e inocente, cujo direito à vida deve ser protegido. Considere-se, ainda, as convicções religiosas que conduzem à percepção de que realizar o procedimento é “contribuir com o mal”, contradizer a missão médica tão relacionada à máxima de “salvar vidas”<sup>31</sup>.

De acordo com Vega e Ramírez-Pereira, profissionais de saúde e autoras da pesquisa mencionada, é preciso sopesar a invocação da objeção de consciência com o dever profissional de oferecer uma atenção à saúde de qualidade. Referem-se ao “compromisso de consciência”, a saber, a postura de cumprir o dever profissional a despeito de suas convicções pessoais, agindo em consonância com a legalidade vigente, especialmente no serviço público<sup>32</sup>.

#### 4 ESTUDO DE CASO: RECUSA À REALIZAÇÃO DE ABORTAMENTO LEGAL EM MENINA DE DEZ ANOS

Em agosto de 2020, ganhou os jornais a notícia de que uma criança de dez anos engravidou após ter sido sexualmente violentada por seu tio no município de São Mateus, Espírito Santo. A gestação foi identificada no dia 07, quando compareceu ao hospital queixando-se de dores abdominais. Foi revelado que os episódios de estupro se repetiam desde os seus seis anos de idade, não tendo denunciado por estar sob ameaça<sup>33</sup>.

A equipe médica do Hospital das Clínicas do Espírito Santo – Programa de Atendimento às Vítimas de Violência Sexual, se recusou a realizar o procedimento, pois a idade gestacional não seria amparada pela legis-

29 [...] realizaron 42 entrevistas semiestructuradas a autoridades y asesores ministeriales del segundo período de la Presidenta Michelle Bachelet; autoridades, académicos/as y profesionales de universidades e instituciones de salud públicas y privadas; ministro del Tribunal Constitucional; integrantes de la Comisión de Salud y de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara y del Senado; Bioeticistas; dirigentes de estudiantes universitarios; representantes de la iglesia católica y evangélica; representantes de colegios gremiales y asociaciones de profesionales y funcionarios; representantes de la sociedad civil. MONTERO VEGA, Adela; RAMÍREZ-PEREIRA, Mirliana. Noción y argumentos sobre la objeción de conciencia al aborto en Chile. *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, v. 49, p. 59-75, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1344/rbd2020.49.29071>. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/29071/31372>. Acesso em: 01 out. 2021. p. 63.

30 MONTERO VEGA, Adela; RAMÍREZ-PEREIRA, Mirliana. Noción y argumentos sobre la objeción de conciencia al aborto en Chile. *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, v. 49, p. 59-75, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1344/rbd2020.49.29071>. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/29071/31372>. Acesso em: 01 out. 2021. p. 71.

31 MONTERO VEGA, Adela; RAMÍREZ-PEREIRA, Mirliana. Noción y argumentos sobre la objeción de conciencia al aborto en Chile. *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, v. 49, p. 59-75, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1344/rbd2020.49.29071>. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/29071/31372>. Acesso em: 01 out. 2021. p. 67-71.

32 MONTERO VEGA, Adela; RAMÍREZ-PEREIRA, Mirliana. Noción y argumentos sobre la objeción de conciencia al aborto en Chile. *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, v. 49, p. 59-75, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1344/rbd2020.49.29071>. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/29071/31372>. Acesso em: 01 out. 2021. p. 73.

33 MENINA DE 10 ANOS ESTUPRADA PELO TIO NO ESPÍRITO SANTO TEM GRAVIDEZ INTERROMPIDA. G1 PE; G1 ES, 17 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/paranaguá/noticia/2020/08/17/menina-de-10-anos-estuprada-pelo-tio-no-es-tem-gravidez-interrompida.ghtml>. Acesso em: 01 out. 2021.

lação. O programa do hospital observa protocolo do Ministério da Saúde<sup>34</sup> de acordo com o qual considera-se abortamento a interrupção de gestação até a 20<sup>a</sup> ou 22<sup>a</sup> semana e com produto da concepção pesando menos que 500 gramas<sup>35</sup>.

*In casu*, o feto apresentava 22 semanas e 4 dias e 537 gramas. Nesse momento, já havia decisão judicial da Vara da Infância e da Juventude do Espírito Santo autorizando a realização do procedimento, a pedido do Ministério Público, diante da gestação fruto de violência sexual e de risco à vida da gestante – duas hipóteses legais que autorizam a realização do aborto no Brasil<sup>36</sup>. Na decisão consta a legalidade da realização do aborto após a 20<sup>a</sup>-22<sup>a</sup> semana nas hipóteses legais<sup>37</sup>.

A criança foi levada ao Recife, Pernambuco, onde o procedimento foi realizado no Centro Integrado de Saúde Amauri de Medeiros – CISAM, unidade de referência para aborto legal. O governo do Espírito Santo justificou a transferência indicando que, em Recife, a unidade apresentava protocolos específicos para tratar casos como esse<sup>38</sup>.

Manifestantes se reuniram na entrada do hospital em protesto à decisão da menina e de sua família, após a identidade e endereço do local ter sido divulgado por ativista investigada pelo financiamento de atos antidemocráticos. Realizaram orações e tentaram impedir a entrada do diretor do hospital. A Polícia Militar precisou intervir. Em contrapartida, outro grupo de manifestantes estiveram no local manifestando concordância com o cumprimento da decisão judicial<sup>39</sup>.

Em entrevista, o diretor do CISAM declarou que o risco da intervenção seria menor caso houvesse sido mais precoce. Por outro lado, seria mais arriscada a continuidade da gestação, diante das possibilidades de hemorragia, prematuridade, pressão alta e grave prejuízo à saúde mental, pois trata-se de criança enfrentando

34 MENINA DE 10 ANOS ESTUPRADA PELO TIO NO ESPÍRITO SANTO TEM GRAVIDEZ INTERROMPIDA. G1 PE; G1 ES, 17 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/08/17/menina-de-10-anos-estuprada-pelo-tio-no-es-tem-gravidez-interrompida.ghtml>. Acesso em: 01 out. 2021.

35 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Atenção humanizada ao abortamento**: norma técnica. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2011. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao\\_humanizada\\_abortamento\\_norma\\_tecnica\\_2ed.pdf](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf). Acesso em: 01 out. 2021. p. 29.

36 O aborto legal insere-se no âmbito do planejamento familiar do direito à saúde. Não é considerado crime em três circunstâncias. O art. 128 do Código Penal (CP) prevê duas situações que excluem a ilicitude do aborto praticado pelo médico: quando houver risco de vida para a mulher ou quando a gravidez for resultado de estupro. A terceira circunstância deriva de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF n° 54, em que declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do CP, com fulcro, notadamente, na inviabilidade da vida extrauterina e da preservação da saúde psíquica da gestante. SCHIOCCHET, Taysa; BARBOSA, Amanda Souza. Tutela e efetividade do aborto legal: reflexões jurídicas acerca da autonomia de adolescentes e do direito à objeção de consciência. *In*: ASENSI, Felipe; MUTIZ, Paula Lucia Arévalo; PINHEIRO, Roseni. (org.). **Direito e saúde** – enfoques interdisciplinares. Curitiba: Juruá, 2013. v. 1. p. 351-364.

37 MENINA DE 10 ANOS ESTUPRADA PELO TIO NO ESPÍRITO SANTO TEM GRAVIDEZ INTERROMPIDA. G1 PE; G1 ES, 17 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/08/17/menina-de-10-anos-estuprada-pelo-tio-no-es-tem-gravidez-interrompida.ghtml>. Acesso em: 01 out. 2021.

38 MENINA DE 10 ANOS ESTUPRADA PELO TIO NO ESPÍRITO SANTO TEM GRAVIDEZ INTERROMPIDA. G1 PE; G1 ES, 17 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/08/17/menina-de-10-anos-estuprada-pelo-tio-no-es-tem-gravidez-interrompida.ghtml>. Acesso em: 01 out. 2021.

39 MENINA DE 10 ANOS ESTUPRADA PELO TIO NO ESPÍRITO SANTO TEM GRAVIDEZ INTERROMPIDA. G1 PE; G1 ES, 17 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/08/17/menina-de-10-anos-estuprada-pelo-tio-no-es-tem-gravidez-interrompida.ghtml>. Acesso em: 01 out. 2021.

uma gravidez não desejada. Após o procedimento, a paciente sentiu-se aliviada<sup>40</sup>. Sua decisão foi considerada soberana pela decisão judicial, apesar da menoridade<sup>41</sup>.

Destaca-se, como ponto para análise, as razões da recusa por parte da equipe do Espírito Santo. De acordo com norma técnica do Ministério da Saúde – “Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes” – a atenção ao abortamento legal deve ser acessível e toda mulher, independentemente da idade. O serviço deve ser eficiente, prestar os cuidados necessários da forma mais imediata possível<sup>42</sup>.

As unidades de saúde que ofereçam serviços de ginecologia e obstetrícia devem estar capacitadas para atendimento dos casos de abortamento legal, não havendo a obrigatoriedade da estruturação de um serviço específico para esse fim. A atuação de cada unidade dependerá dos recursos disponíveis e da complexidade do caso, o qual poderá requerer mecanismos de referência e contrarreferência. Cabe aos gestores municipais e estaduais investir nessa rede de atendimento<sup>43</sup>.

Em estudo que analisou os serviços de aborto legal no Brasil no período de 2013 a 2015, do total de 68 serviços identificados, 37 informaram que realizam o procedimento nas hipóteses autorizadas por lei. Em 2 deles, encaminha-se a paciente para outra unidade quando o tempo gestacional ultrapassa as 14 semanas. As mulheres atendidas concentram-se na faixa de 15 a 29 anos (62%) e 38% eram crianças e adolescentes, havendo 5 com menos de 10 anos<sup>44</sup>.

O principal motivo apontado para realização do abortamento legal foi o estupro – 94% dos casos, e a idade gestacional predominante foi entre 9 e 14 semanas – 41%. Os profissionais entrevistados apontaram dois obstáculos principais para o funcionamento dos serviços de aborto legal: a) pequena disponibilidade de profissionais, sobretudo médicos; b) déficit na capacitação da equipe sobre aspectos legais e garantia de direitos sexuais e reprodutivos<sup>45</sup>.

Em regra, a interrupção da gravidez é realizada pelo médico obstetra de plantão. Se este se recusa – em regra, por razões morais e religiosas, é preciso esperar o profissional do plantão seguinte. O mesmo para o médico anestesista e demais membros da equipe envolvida, o que pode fazer com que haja retardo no atendimen-

40 “A gestação indesejada ou forçada é encarada como uma segunda violência, intolerável para muitas mulheres.” BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes**: norma técnica. 3. ed., atual. e ampl. Brasília: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao\\_agravo\\_violencia\\_sexual\\_mulheres\\_3ed.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf). Acesso em: 01 out. 2021. p. 67.

41 MENINA DE 10 ANOS ESTUPRADA PELO TIO NO ESPÍRITO SANTO TEM GRAVIDEZ INTERROMPIDA. G1 PE; G1 ES, 17 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/08/17/menina-de-10-anos-estuprada-pelo-tio-no-es-tem-gravidez-interrompida.ghtml>. Acesso em: 01 out. 2021.

42 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes**: norma técnica. 3. ed., atual. e ampl. Brasília: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao\\_agravo\\_violencia\\_sexual\\_mulheres\\_3ed.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf). Acesso em: 01 out. 2021. p. 17.

43 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes**: norma técnica. 3. ed., atual. e ampl. Brasília: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao\\_agravo\\_violencia\\_sexual\\_mulheres\\_3ed.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf). Acesso em: 01 out. 2021. p. 17-18.

44 MADEIRO, Alberto Pereira; DINIZ, Débora. Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 563-572, fev. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/1413-81232015212.10352015>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v21n2/1413-8123-csc-21-02-0563.pdf>. Acesso em: 01 out. 2021. p. 566.

45 MADEIRO, Alberto Pereira; DINIZ, Débora. Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 563-572, fev. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/1413-81232015212.10352015>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v21n2/1413-8123-csc-21-02-0563.pdf>. Acesso em: 01 out. 2021. p. 566-567.

to à mulher, chegando-se até à impossibilidade de realização técnica do procedimento a depender do período gestacional<sup>46</sup>.

Além da motivação religiosa, há profissionais que temem o julgamento dos seus pares, serem reconhecidos como “aborteiros”. Outros estudos revelam que, em 2003, 85% dos ginecologistas e obstetras no Brasil concordavam com o direito da mulher de realizar aborto em caso de violência sexual, mas apenas 50% estava disposto a realizá-lo. Em 2012, outra pesquisa revelou que 43% dos médicos declararam objeção de consciência quando duvidavam do relato da mulher<sup>47</sup>.

Some-se a isso, a concentração dos serviços nas capitais e grandes cidades:

A localização majoritária dos serviços em capitais e grandes cidades, além da inexistência deles em 7 estados, evidencia a barreira de acesso encontrada por muitas mulheres quando desejam interromper a gravidez por justificativa legal. Quando comparamos este estudo com a última avaliação dos serviços de aborto legal, realizada em 2005, arriscamos dizer que não houve avanço na implementação de novos serviços, principalmente em cidades do interior do país. Em 2005, 37 serviços de saúde declararam realizar o aborto legal, sendo que 6 estados não possuíam nenhum ativo. Atualmente, também existem 37 serviços ativos, e há ausência deles em 7 estados<sup>48</sup>.

Diante da elevada prevalência de violência sexual no país, é importante ampliar o número de serviços preparados para atuar nos casos de emergência. Nos termos da norma técnica, “a assistência à saúde da pessoa que sofre violência sexual é prioritária e a recusa infundada e injustificada de atendimento pode ser caracterizada, ética e legalmente, como omissão”<sup>49</sup>. Como já se viu, não caberá objeção de consciência nos casos em que a mulher possa vir a sofrer danos.

Disto resulta a necessidade de manter-se, nos hospitais públicos, profissionais que não manifestem objeção de consciência e que realizem o abortamento previsto em lei<sup>50</sup>. No caso em questão, não houve manifestação de objeção de consciência, e sim de incapacidade técnica de interromper gestação de 22 semanas e 4 dias, com feto pesando 537 gramas, ainda que houvesse programa de interrupção da gravidez nas hipóteses legais.

Esse fato ratifica a percepção de que persistem obstáculos ao exercício do direito ao aborto legal no Brasil. Outros aspectos devem ser trazidos à lume. Não há norma jurídica limitadora do tempo gestacional para fins de acesso ao aborto legal. Os limites decorrem de padrões médicos que não podem ser analisados isoladamente, tornando-se um obstáculo intransponível ao exercício deste direito em todos os casos.

46 MADEIRO, Alberto Pereira; DINIZ, Débora. Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 563-572, fev. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/1413-81232015212.10352015>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v21n2/1413-8123-csc-21-02-0563.pdf>. Acesso em: 01 out. 2021. p. 567.

47 MADEIRO, Alberto Pereira; DINIZ, Débora. Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 563-572, fev. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/1413-81232015212.10352015>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v21n2/1413-8123-csc-21-02-0563.pdf>. Acesso em: 01 out. 2021. p. 568-569.

48 MADEIRO, Alberto Pereira; DINIZ, Débora. Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 563-572, fev. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/1413-81232015212.10352015>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v21n2/1413-8123-csc-21-02-0563.pdf>. Acesso em: 01 out. 2021. p. 568.

49 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes**: norma técnica. 3. ed., atual. e ampl. Brasília: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao\\_agravo\\_violencia\\_sexual\\_mulheres\\_3ed.pdf](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf). Acesso em: 01 out. 2021. p. 26.

50 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes**: norma técnica. 3. ed., atual. e ampl. Brasília: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao\\_agravo\\_violencia\\_sexual\\_mulheres\\_3ed.pdf](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf). Acesso em: 01 out. 2021. p. 75.



Está-se a falar de uma menina de 10 anos, reiteradamente violentada durante sua infância, que desejava interromper a gestação, vontade ratificada por sua avó. Ela passou por dois hospitais públicos e não logrou êxito em acessar o serviço, o que redundou na judicialização do caso. A transferência da paciente a unidade em Recife demonstra uma grande falha na rede de saúde pública do Espírito Santo.

Ademais, é preciso trazer outros elementos a lume. *In casu*, estavam presentes duas hipóteses justificadoras do aborto legal: estupro e risco à vida da mulher. Poder-se-ia imaginar que a mulher exposta a risco de vida conseguiria acessar o procedimento com maior facilidade, mas isto nem sempre ocorre. Não raro, essa possibilidade não é compartilhada com a paciente, a quem cabe analisar os riscos e decidir pela continuidade da gestação ou não<sup>51</sup>.

De acordo com a Febrasgo, essa hipótese não deve ser interpretada de modo restritivo. É possível realizar o abortamento para prevenir situação futura que exponha a gestante a perigo de vida, como em casos de cardiopatias, nefropatias ou outras doenças graves. Nesses casos, a decisão tem permanecido nas mãos dos médicos e muitos, por omissão, permitem o prosseguimento da gestação seguido de óbito por causas indiretas<sup>52</sup>.

Ainda de acordo com o documento da Federação Brasileira de Associações de Ginecologia e Obstetria:

Não é raro que médicos julguem que, se a mulher tem 80% ou 90% de possibilidade de sobreviver durante a gravidez, não se justifica a interrupção precoce da gestação. Não se pergunta à mulher qual o nível de risco de morte durante a gestação que ela está disposta a aceitar, considerando-se todas as circunstâncias de sua vida. Ela pode dar um valor muito grande para o seu papel de mãe de filhos já nascidos, por exemplo, e que, para ela, uma letalidade 4% a 5% seja muito alta e, assim, inaceitável. Pode parecer injusta para o feto a decisão de sacrificá-lo em razão de um risco de “apenas” 5% (1 em 20) de morte da mãe<sup>53</sup>.

Ademais, como já visto, o risco à vida decorrente da continuidade da gestação em criança de 10 anos é superior aos riscos de interrupção da gestação. Resta evidenciado, portanto, que o caso ora analisado não representa situação de exercício do direito à objeção de consciência, por duas razões. Em primeiro lugar, a equipe do hospital do Espírito Santo não motivou a recusa em crenças e valores de foro íntimo, e sim na impossibilidade técnica de realizar o procedimento.

Em segundo lugar, ainda que houvesse tal posicionamento, este deveria ser considerado exercício disfuncional da objeção da consciência, na medida em que não é dado ao profissional de saúde recusar-se a intervir em situações em que há risco à vida da mulher, risco este que não precisa ser iminente, como visto. Trata-se de caso recente e emblemático que nos conduz a pensar diversos fatores de limitação ao acesso ao aborto legal no país.

51 FAÚNDES, Anibal *et al.* Interrupções da gravidez com fundamento e amparo legais. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetria (FEBRASGO), 2018. (Protocolo FEBRASGO – Obstetria, no. 120/ Comissão Nacional Especializada em Violência Sexual e Interrupção da Gestação Prevista em Lei). p. 5.

52 FAÚNDES, Anibal *et al.* Interrupções da gravidez com fundamento e amparo legais. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetria (FEBRASGO), 2018. (Protocolo FEBRASGO – Obstetria, no. 120/ Comissão Nacional Especializada em Violência Sexual e Interrupção da Gestação Prevista em Lei). p. 5.

53 FAÚNDES, Anibal *et al.* Interrupções da gravidez com fundamento e amparo legais. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetria (FEBRASGO), 2018. (Protocolo FEBRASGO – Obstetria, no. 120/ Comissão Nacional Especializada em Violência Sexual e Interrupção da Gestação Prevista em Lei). p. 6-7.

## 5 CONCLUSÃO

A construção do machismo estrutural vem sendo feita, no *self* cultural, há mais de dez mil anos desde que a mulher deixou de ser associada como responsável pela fertilidade e se passou a conhecer o papel do homem na geração de um novo ser humano.

De lá até hoje, foram se desenvolvendo inúmeras narrativas para reforçar o entendimento de ser o homem superior à mulher.

Nesse sentido, a interpretação do mito de Adão e Eva e da culpa da mulher pela perda do paraíso é um dos exemplos mais significativos e duradouros.

Tal entendimento foi introjetado na consciência coletiva de tal modo que ainda hoje reverbera a culpa da mulher quando em confronto com a responsabilidade do homem em eventos que envolvam essa relação.

Forma mais rápida de comprovar a criação coletiva desse senso comum são as reportagens estampadas em inúmeras matérias jornalísticas.

Esse fato vai desembocar em reflexos insidiosos quando se constata a possibilidade de que a objeção de consciência seja a figura que esconde como fundo a verdadeira justificativa – o machismo estrutural.

Não se pode exercer essa faculdade quando esse exercício colidir com o direito à vida ou à saúde da paciente que precisa fazer o abortamento nas hipóteses definidas pelo legislador. Ainda mais, no caso em que o médico for o único disponível para a realização do ato.

Como bem esclarece Débora Diniz:

O conflito moral entre a mulher e o médico com objeção de consciência seletiva não se instaura em uma relação igualitária. Frader & Bosk qualificam a objeção de consciência como “abuso do poder profissional”. No caso brasileiro, a mulher depende da assistência do Estado para o aborto seguro, além de estar em situação de sofrimento mental e físico pela violência sexual ou pelo risco de morte. Neste último caso, o atraso no atendimento ou a recusa de tratamento podem trazer consequências graves para a mulher. Essa é uma cena limite em que não há como reclamar o direito à objeção de consciência sem infringir o critério normativo dos danos, dado o risco de omissão de socorro ou de óbito da mulher.”<sup>54</sup>

Os operadores do direito hão que ser guardiães do cumprimento da faculdade de abortamento já incluídas em norma legal específica para que não se torne essa possibilidade letra morta e reafirme as mazelas do machismo estrutural que aflige as mulheres.

## REFERÊNCIAS

BAPTISTA, LuisAntonio dos Santos. **A cidade dos sábios**. São Paulo: Summus, 1999.

BAUBERÓT, Jean. **Historia de La laicidad Francesa**. Estado de México: El ColegioMexiquense; 2005.

54 DINIZ, Débora. Objeção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 5, out. 2011. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-89102011005000047>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/QwMG5v5LphzfbxbTkgzZV5P/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 26 set. 2020.

BLANCARTE, Roberto. Laicidad: laconstrucción de un concepto de validez universal *In*:

COSTA, Nestor da. **Laicidad en América Latina y Europa: repensando lo religioso entre lo público y lo privado en el siglo XXI**. Montevideo: CLAEH, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: norma técnica**. 3. ed., atual. e ampl. Brasília: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvms/publicacoes/prevencao\\_agravo\\_violencia\\_sexual\\_mulheres\\_3ed.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvms/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf). Acesso em: 01 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica**. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2011. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvms/publicacoes/atencao\\_humanizada\\_abortamento\\_norma\\_tecnica\\_2ed.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvms/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf). Acesso em: 01 out. 2021.

BUZANELLO, José Carlos. Objeção de consciência: uma questão constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38, n. 152, 2001. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/730/r152-13.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 24 out. 2020.

BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. **Inveja criativa: o resgate de uma força transformadora da civilização**. São Paulo: Religare, 2002.

BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. **Prefácio do livro O Martelo das Feiticeiras (1484)**. Kramer, Heinrich e Sprenger, James. Tradução de Paulo Fróes, Editora Rosa dos Tempos, Record, Rio de Janeiro, 1991.

BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. **Psicologia simbólica junguiana**. São Paulo: C. A. B. B., [19--?].

DINIZ, Débora. Bioética e gênero. **Revista Bioética**, Brasília, v. 16, n. 2, p. 207-216, 2008. Disponível em: [https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/68](https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/68). Acesso em: 04 out. 2020.

DINIZ, Débora. Objeção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 5, out. 2011. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-89102011005000047>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/QwMG5v5LphzfbxbTkgzZV5P/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 26 set. 2020.

FAÚNDES, Aníbal *et al.* Interrupções da gravidez com fundamento e amparo legais. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), 2018. (Protocolo FEBRASGO – Obstetrícia, no. 120/ Comissão Nacional Especializada em Violência Sexual e Interrupção da Gestação Prevista em Lei).

GALLI Beatriz; DREZETT Jefferson; CAVAGNA NETO, Mario. Aborto e objeção de consciência. **Revista Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 64, n. 2, abr./jun. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.21800/S0009-67252012000200014>. Disponível em: [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252012000200014](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200014). Acesso em: 01 out. 2021.

INTERNAUTAS DIZEM QUE JORNALISTA MULHER DA RECORDTV TERIA INSINUADO CULPA DA VÍTIMA EM CASO ROBINHO. **Istoé**, 17 out. 2020. Disponível em: <https://istoe.com.br/internautas-dizem-que-jornalista-mulher-da-recordtv-teria-insinuado-culpa-da-vitima-em-caso-robinho/>. Acesso em: 01 out. 2021.

MADEIRO, Alberto Pereira; DINIZ, Débora. Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 563-572, fev. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/1413-81232015212.10352015>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v21n2/1413-8123-csc-21-02-0563.pdf>. Acesso em: 01 out. 2021.

MENDONÇA, Renata. Infelizmente existe o movimento feminista. **Folha de S. Paulo**, 19 out. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/renata-mendonca/2020/10/culpa-pela-suspensao-do-contrato-de-robinho-e-do-movimento-feminista.shtml?origin=folha>. Acesso em: 20 out. 2020.

MENINA DE 10 ANOS ESTUPRADA PELO TIO NO ESPÍRITO SANTO TEM GRAVIDEZ INTERROMPIDA. **G1 PE; G1 ES**, 17 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/08/17/menina-de-10-anos-estuprada-pelo-tio-no-es-tem-gravidez-interrompida.ghtml>. Acesso em: 01 out. 2021.

MONTERO VEGA, Adela; RAMÍREZ-PEREIRA, Mirliana. Noción y argumentos sobre la objeción de conciencia al aborto en Chile. **Revista de Bioética y Derecho**, Barcelona, v. 49, p. 59-75, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1344/rbd2020.49.29071>. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/29071/31372>. Acesso em: 01 out. 2021.

RIBEIRO, Djamila. Brasil parece muito mais um abatedouro de mulheres que uma nação. **Folha de S. Paulo**, 22 out. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/djamila-ribeiro/2020/10/o-brasil-e-um-pais-ou-um-abatedouro-de-mulheres.shtml>. Acesso em: 20 out. 2020.

SAAVEDRA, Anita Peña. O inacessível aborto legal no Chile. **Centro Brasileiro de Estudos de Saúde**, 29 de setembro de 2020. Disponível em: <http://cebes.org.br/2020/09/o-inacessivel-aborto-legal-no-chile/>. Acesso em: 04 out. 2020.

SCHIOCCHET, Taysa; BARBOSA, Amanda Souza. Tutela e efetividade do aborto legal: reflexões jurídicas acerca da autonomia de adolescentes e do direito à objeção de consciência. *In*: ASENSI, Felipe; MUTIZ, Paula Lucia Arévalo; PINHEIRO, Roseni. (org.). **Direito e saúde** – enfoques interdisciplinares. Curitiba: Juruá, 2013. v. 1.

SCHUQUEL, Thainá. Mulher agredida a socos na BA: “Minha culpa foi pensar que ele mudaria”. **Metrópoles**, 17 out. 2020. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/mulher-agredida-a-socos-na-ba-minha-culpa-foi-pensar-que-ele-mudaria>. Acesso em: 20 out. 2020.

SOUTO, Luiza. Ana Paula Araújo: “Por sermos mulheres, somos todas vítimas em potencial”. **Universa**, 14 out. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/10/14/ana-paula-araujo-livro.htm>. Acesso em: 01 out. 2021.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO CHILE APROVA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO. **G1**, 21 ago. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/tribunal-constitucional-do-chile-aprova-descriminalizacao-do-aborto.ghtml>. Acesso em: 01 out. 2021.

UM CORDÃO DE MULHERES – CASO DA MENINA DE 10 ANOS UNIU ATIVISTAS E A SOCIEDADE PARA REIVINDICAR O DIREITO AO ABORTO LEGAL. **Folha de S. Paulo**, 11 set. 2020. Acadêmicas Anônimas. Disponível em: <https://quatrocincoum.folha.uol.com.br/br/artigos/direito/um-cordao-de-mulheres>. Acesso em: 02 nov. 2020.

# CAPÍTULO 19

## DA POSSIBILIDADE DAS FAMÍLIAS QUE SE ENCONTRAM NA FILA PARA ADOÇÃO FUNCIONAREM COMO FAMÍLIAS ACOLHEDORAS

Janaína Paschoal

Do Projeto de Lei nº 755, de 2020 que:

Dispõe sobre a possibilidade de famílias que se encontram na fila para adoção funcionarem como famílias acolhedoras e dá prioridade destas mesmas famílias para adotar as crianças ou adolescentes que tenham acolhido, além de outras providências

A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO DECRETA:

Artigo 1º. No Estado de São Paulo, toda família que se encontrar na fila para adoção poderá funcionar como família acolhedora, desde que participe de preparação para a função e seja cientificada da possibilidade de a criança ou adolescente acolhido voltar para a família biológica.

Parágrafo Único— No caso do “caput”, a família que funcionar como acolhedora terá prioridade na adoção da criança ou adolescente por ela acolhido.

Artigo 2º. No Estado de São Paulo, considerando o superior interesse das crianças e adolescentes, salvo situação de maus tratos, subtração ou compra e venda, nenhuma criança ou adolescente será retirado de seus pais, responsáveis ou guardiões de fato, sob a alegação de burla ao cadastro de adotantes ou irregularidade na adoção.

Artigo 3º. No Estado de São Paulo, haverá busca ativa de famílias para as crianças e adolescentes que se encontrem na fila para adoção.

Parágrafo Único— A busca ativa também poderá ser feita relativamente a crianças e adolescentes que se encontrem acolhidos, porém ainda não cadastrados no sistema de adoção, seja nacional, seja estadual, ou mesmo regional.

Artigo 4º. As famílias já habilitadas para adoção poderão visitar as instituições de acolhimento, com o fim de conhecer crianças e adolescentes que se encontrem aptos a serem adotados e, uma vez ocorrendo identidade entre as partes, será possível solicitar a adoção por afinidade ou “intuitu personae”.

Parágrafo Primeiro— As visitas de que trata o “caput” serão organizadas pelas próprias instituições de acolhimento, que determinarão horários e duração, respeitando a rotina dos acolhidos, que não poderão ser fotografados ou expostos durante referidas visitas.

Parágrafo Segundo. A adoção de que trata o “caput” somente será deferida se não houver famílias interessadas no mesmo perfil de criança ou adolescente em posição mais favorável que a dos solicitantes na fila.

Artigo 5º. À luz do disposto no artigo 227 da Constituição Federal, no Estado de São Paulo, fica assegurada absoluta prioridade na tramitação dos processos e procedimentos referentes à adoção.

Artigo 6º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

### JUSTIFICATIVA

A subscritora da presente propositura legislativa, na condição de Professora de Direito na Universidade de São Paulo, acompanhou o desenvolvimento de pesquisas acadêmicas referentes aos Direitos das Crianças e Adolescentes, sendo certo que, inclusive, por alguns semestres, ministrou disciplina referente a esses mesmos

direitos. Faz-se o registro, apenas para deixar claro que o interesse pelo assunto vem de longa data, não se tratando de pauta abraçada apenas em virtude do ingresso na vida Política.

Mais recentemente, esta Deputada percebeu um desestímulo por parte de várias famílias que se habilitaram a adotar uma criança. A queixa, na maior parte dos casos, diz respeito ao elevado tempo de espera, não raras vezes, mais de três anos. Paralelamente, notou um incremento no número de eventos e campanhas a incentivar a adoção tardia, pauta muito louvável, mas que não precisaria tornar invisível a busca de celeridade na adoção de crianças na primeira infância, com o fim de impedir o “envelhecimento” dessas mesmas crianças em abrigos.

Esse foi o móvel para a criação da Frente Parlamentar pela Celeridade na Adoção de Bebês, com instalação em 14 (quatorze) de setembro do corrente ano.

O objetivo da Frente, a princípio, seria incentivar que crianças pequenas, com frequência colocadas em famílias acolhedoras ou em instituições de acolhimento, fossem, desde logo, postas sob a guarda de famílias que se encontram na fila para adoção, justamente com o objetivo de evitar, além do “envelhecimento” acima referido, novas quebras de vínculo em sua vida.

Com efeito, no evento de instalação da Frente, constatou-se que mais de 50% (cinquenta por cento) dos casos de acolhimento findam em encaminhamento para adoção, sendo, infelizmente, comuns os casos de insucesso no retorno para a família biológica. Isso sem contar os muitos casos em que a criança retorna para a família biológica e, passado um tempo, acaba mesmo sendo direcionada para adoção.

Esse cenário revela que se poderia, como se busca efetivar por meio do presente projeto de lei, conceder às famílias que se encontram na fila para adotar, ao menos, a possibilidade de funcionar como família acolhedora, enquanto incerta a situação jurídica da criança e, uma vez solucionada todas as pendências, essa família teria prioridade na adoção dessa mesma criança.

Por óbvio, os candidatos à adoção seriam devidamente cientificados dos riscos envolvidos na recepção de uma criança em situação ainda não completamente definida, recebendo formação específica para o programa de acolhimento, que tem pressupostos diversos daquela formação oferecida para fins de adoção.

Essa possibilidade já é admitida pela legislação federal. Nada obstante, na prática, existe resistência por parte de alguns operadores do Direito, sendo certo que lei estadual muito ajudaria a modificar a cultura judicial vigente.

A esse respeito, imperioso consignar que, em nenhuma hipótese, a proposta em tela desmerece o programa de família acolhedora ora vigente. Muito pelo contrário! No dia 24 (vinte e quatro) de setembro do ano corrente, a Deputada signatária participou de importante reunião com o Instituto Fazendo História e pôde constatar a relevância do trabalho desenvolvido pelas famílias acolhedoras. O que se pretende, por conseguinte, não é prejudicar o programa, mas apenas e tão somente admitir que candidatos à adoção possam receber, na condi-

ção de família acolhedora, uma criança que, em restando solucionada a situação jurídica pendente, poderá desde logo ser adotada por aqueles candidatos.

Sabe-se que, atualmente, famílias acolhedoras são impedidas de adotar, justamente para não se burlar a fila. Essa sistemática não seria alterada. Famílias cadastradas como acolhedoras seguiriam impedidas de adotar. A única mudança estaria em permitir que as famílias que estão na fila de adoção pudessem funcionar como acolhedoras.

Pode parecer a mesma coisa, mas não é, pois essas famílias continuariam precisando passar por todo o processo de habilitação para a adoção, sem pular nenhuma etapa. Na verdade, ganhariam com a inovação na legislação estadual apenas e tão somente as crianças, que não sofreriam mais uma quebra de vínculo em suas vidas!

De fato, a criança já sofre uma cisão quando é retirada da família biológica e colocada na família acolhedora, ou em instituição acolhedora. Depois, ao sair do âmbito da família acolhedora, seja para voltar para a família biológica, seja para seguir para a adoção, também sofre uma quebra de vínculo. Como se não bastasse, por força de recursos, muitas vezes procrastinatórios, essa criança retorna para a família biológica e, com certa frequência, uma vez mais, volta para o sistema.

O evento em que fora instalada a Frente Parlamentar pela Celeridade na Adoção de Bebês mostrou de forma muito límpida que existe uma insistência em manter ou devolver a criança para a família biológica, mesmo quando a família não deseja a criança, ou quando a situação fática já revela ser impossível que o contexto familiar confira segurança à criança.

Caso relatado pela Defensora Pública do Estado de São Paulo, por exemplo, trouxe à colação uma adoção anulada 11 (onze) anos depois de efetivada, em virtude do provimento de um recurso, que aduzia não ter a mãe biológica sido citada pessoalmente, valendo destacar que essa mãe nunca procurou a criança. Indague-se: como ficou a cabeça dessa criança, arrancada do seio de sua família, quando todos os vínculos já estavam estabelecidos e cristalizados?

Um advogado muito atuante na área, ele próprio pai adotivo, relatou a dificuldade em regularizar a situação de seus três filhos, irmãos biológicos, todos adotados em idades superiores àquelas almejadas pelas famílias que estão na fila. Foi estarrecedor ouvir a história desse pai. Confira-se:

“Durante boa parte dos 7 anos e meio de processo até sua concretização, a Defensoria Pública simplesmente peticionava, fazia petições repetitivas requerendo o acolhimento das crianças, requerendo que as crianças fossem retornadas ao acolhimento e colocando a família biológica como hipossuficiente por conta da drogadição. (...) A vivência que eu tive, no meu processo pessoal, foi da Defensoria buscando o acolhimento institucional dos meus filhos de todas as formas, requerendo que eles retornassem ao acolhimento, sendo que a gente falava de uma situação de drogadição, de violência, de abuso, de uma série de situações. Havia mais do que comprovada a impossibilidade de retorno dos meus filhos para a família biológica, contudo a insistência da Defensoria Pública, infelizmente, era nesse sentido. Foram 7 anos e meio em que nós brigamos para que eles tivessem o direito de ter o meu sobrenome. Eles já se encontravam conosco, eles já tinham a vinculação com a minha família, mas eles tinham a dificuldade de sobrenome.”

A Conselheira Tutelar de Santos corroborou os relatos de insistência em manter as crianças com mães usuárias de crack, mesmo diante de quadros de absoluta impossibilidade.

Essas menções são importantes para evidenciar que, muitas vezes, depois de brigas exaustivas, de recursos repetitivos e de insistências ideológicas para devolver, ou manter, as crianças com as famílias biológicas, estas findam mesmo sendo destituídas do poder familiar e as crianças encaminhadas para adoção, sendo evidente que, quando esse desfecho ocorre, já estão crescidas, dificultando a própria adoção ou a adaptação.

As muitas palestras ministradas no evento de instalação da Frente Parlamentar pela Celeridade na Adoção de Bebês poderão ser conferidas no canal da Alesp – Youtube.<sup>1,2</sup>

Acerca da absoluta consonância do dispositivo ora proposto com a legislação federal, imperioso destacar que o artigo 19-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus parágrafos 4º e 6º, prevê a possibilidade de colocar, desde logo, a criança sob a guarda de quem esteja habilitado a adotá-la. Confira-se:

Art. 19-A. A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude. **(Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)**

§ 1º. A gestante ou mãe será ouvida pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, que apresentará relatório à autoridade judiciária, considerando inclusive os eventuais efeitos do estado gestacional e puerperal. **(Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)**

§ 2º De posse do relatório, a autoridade judiciária poderá determinar o encaminhamento da gestante ou mãe, mediante sua expressa concordância, à rede pública de saúde e assistência social para atendimento especializado. **(Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)**

§ 3º A busca à família extensa, conforme definida nos termos do parágrafo único do art. 25 desta Lei, respeitará o prazo máximo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período. **(Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)**

§ 4º Na hipótese de não haver a indicação do genitor e de não existir outro representante da família extensa apto a receber a guarda, a autoridade judiciária competente deverá decretar a extinção do poder familiar e determinar **a colocação da criança sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional.** **(Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)**

§ 5º Após o nascimento da criança, a vontade da mãe ou de ambos os genitores, se houver pai registral ou pai indicado, deve ser manifestada na audiência a que se refere o § 1º do art. 166 desta Lei, garantido o sigilo sobre a entrega. **(Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)**

§ 6º Na hipótese de não comparecerem à audiência nem o genitor nem representante da família extensa para confirmar a intenção de exercer o poder familiar ou a guarda, a autoridade judiciária suspenderá o poder familiar da mãe, **e a criança será colocada sob a guarda provisória de quem esteja habilitado a adotá-la.** **(Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)**<sup>3</sup>

§ 7º Os detentores da guarda possuem o prazo de 15 (quinze) dias para propor a ação de adoção, contado do dia seguinte à data do término do estágio de convivência. **(Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)**

§ 8º Na hipótese de desistência pelos genitores – manifestada em audiência ou perante a equipe interprofissional – da entrega da criança após o nascimento, a criança será mantida com os genitores, e será

1 ATO SOLENE – 1ª Parte – Lançamento da Frente Parlamentar pela Celeridade na Adoção de Bebês. 14 set. 2020. 1 vídeo (144 minutos e 15s). Publicado pelo canal Alesp. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=haDrAihhKII>. Acesso em: 01 out. 2021.

2 ATO SOLENE – 2ª Parte – Lançamento da Frente Parlamentar pela Celeridade na Adoção de Bebês. 14 set. 2020. 1 vídeo (115 minutos e 9s). Publicado pelo canal Alesp. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=EYEHDDVMbKA>. Acesso em: 01 out. 2021.

3 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 01 out. 2021.



determinado pela Justiça da Infância e da Juventude o acompanhamento familiar pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 9º É garantido à mãe o direito ao sigilo sobre o nascimento, respeitado o disposto no art. 48 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 10. Serão cadastrados para adoção recém-nascidos e crianças acolhidas não procuradas por suas famílias no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir do dia do acolhimento. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

Nota-se, da simples leitura do dispositivo acima transcrito, que se a lei federal fosse cumprida as crianças seriam rapidamente colocadas sob a guarda de famílias que se encontram na fila de adoção, e não direcionadas a famílias acolhedoras, ou a instituições acolhedoras, antigamente conhecidas como abrigos, a fim de aguardarem o tramitar dos infinitos recursos interpostos pela Defensoria Pública.

O artigo 1º. do projeto de lei que ora se apresenta nada mais faz do que reforçar a norma federal, estabelecendo que, no lugar de as crianças serem colocadas em famílias acolhedoras, que as recebem de forma sabidamente provisória, as próprias famílias que aguardam na fila poderão acolhê-las, desde que conscientizadas da situação jurídica e preparadas para tanto.

As preocupações que ensejaram a própria criação da Frente Parlamentar pela Celeridade na Adoção de Bebês, a princípio, seriam solucionadas mediante o previsto no primeiro artigo do projeto que ora se apresenta a esta Augusta Casa. Ocorre que os trabalhos da Frente abriram outras questões, não menos importantes.

Com efeito, na própria reunião havida com o Instituto Fazendo História, as várias profissionais que explanaram as peculiaridades dos programas referentes às famílias acolhedoras asseveraram haver muitos casos específicos, como, por exemplo, aqueles referentes às crianças devolvidas depois de adotadas, ensejando a necessidade de desenvolver um acompanhamento pós-adoção. Ao ver dessas profissionais, acelerar o processo de adoção poderia, em alguma medida, fomentar esses casos de arrependimento.

Advogados que lidam com adoção também fizeram contato, preocupados com a ideia de acelerar a colocação de crianças sob a guarda de famílias adotantes, haja vista uma tendência de retirar crianças bem cuidadas de seus pais, sob a alegação de que a adoção realizada seria circundada por vícios. A preocupação externada por esses profissionais, em certa medida, corroborou o relato feito por magistrados, relativamente à chamada adoção à brasileira, ou mesmo à adoção direta.

Para que o problema fique claro, explica-se: pode-se dizer ser uma adoção direta quando os pais biológicos escolhem quem criará seu filho. Já a adoção à brasileira ocorre quando as pessoas eleitas pelos genitores biológicos registram a criança como sendo seu filho natural.

Desse modo, a adoção direta não necessariamente resulta em adoção à brasileira, mas praticamente toda adoção à brasileira é direta.

Registrar filho de outra pessoa como próprio, nos termos do artigo 242 do Código Penal, é crime, sendo certo que o parágrafo único do mesmo dispositivo permite que o magistrado deixe de aplicar a pena, na hipótese de se reconhecer nobreza na motivação. Confira-se:

**Art. 242 – Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem;** ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Pena – reclusão, de dois a seis anos. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

**Parágrafo único – Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:** (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Pena – detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)<sup>4</sup>

Pois bem, esta Parlamentar, muito embora esteja afastada da docência por exigência constitucional, dedicando-se exclusivamente ao mandato, como se sabe, é Professora de Direito Penal e, nessa condição, pode afirmar que, no âmbito penal, a doutrina e a jurisprudência reconhecem como motivo nobre o desejo de dar a uma criança vulnerável um futuro melhor, ou mesmo algum futuro, dado que muitas dessas crianças findam sendo salvas até mesmo do aborto.

O tema renderia vários livros, não sendo, portanto, o momento de esmiuçar a questão. Para os fins de justificar o projeto que ora se apresenta, basta frisar que, apesar de formalmente criminoso, na prática, o comportamento de salvar uma criança registrando-a como própria jamais foi punido no âmbito penal.

Surpreendentemente, a incursão desta Parlamentar nos trabalhos referentes à Frente Parlamentar pela Celeridade na Adoção de Bebês mostrou que a punição que vem sendo aplicada a esses pais pode ser bem pior que a prisão!

Sim, incrivelmente, um comportamento considerado nobre para afastar a punição no âmbito penal vem sendo tomado como grave o suficiente para ensejar a perda da guarda da criança, muitas vezes vítima de busca e apreensão para colocação em abrigos, ou mesmo em famílias substitutas.

Essa teratológica realidade fez os profissionais acima mencionados procurarem a Parlamentar signatária para alertá-la dos riscos de acelerar o processo de colocação de crianças sob a guarda das famílias que se encontram na fila para adoção, pois, contrariamente ao assumido no início dos trabalhos, as crianças abrigadas não necessariamente são crianças negligenciadas, ou submetidas a maus tratos. Muitas dessas crianças são bem tratadas, amadas, mas retiradas de seus lares por uma suposta irregularidade formal na adoção!

E o pior de todo esse quadro é constatar que muitos magistrados punem as famílias com a retirada das crianças de seu seio, alegando que tal ato se dá para preservar o melhor interesse da própria criança, em flagrante confusão entre o interesse da criança e o interesse do Sistema Nacional de Adoção.

<sup>4</sup> BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 01 out. 2021.

Depois de alertada sobre tal realidade, a subscritora da presente passou a levantar precedentes jurisprudenciais sobre o tema, nem sempre tendo sucesso em acessar os autos, uma vez que a temática, em regra, é resguardada pelo sigilo.

Não obstante, as decisões que estavam disponíveis foram suficientes para confirmar que muitas injustiças vêm sendo cometidas, para proteção, não da criança, mas do próprio Sistema Nacional de Adoção, sendo, por conseguinte, a criança instrumentalizada. Vejamos.

Em Santa Catarina, por exemplo, ainda que com um voto divergente, o Tribunal de Justiça retirou dois irmãos gêmeos de um casal, quando os garotinhos estavam próximos de completar três anos de idade, por entender que o genitor havia registrado os meninos indevidamente. Assustadoramente, no acórdão, restou consignado que “a ordem cronológica dos inscritos no cadastro nacional de adotantes não pode ser afastada”, não podendo “o Poder Judiciário referendar uma situação eivada de ilegalidades, havendo fortes indícios de fraude e má-fé por parte dos autores, que agiram deliberadamente com a intenção de burlar o sistema oficial de adoção”.

Percebe-se que os magistrados elevaram o sistema oficial de adoção à condição de verdadeiro bem a ser protegido, esquecendo-se das crianças concretas, muito bem cuidadas pelo casal que, naquele momento, foi punido com pena máxima!

O Desembargador que restou vencido, o único a respeitar os princípios verdadeiramente informadores do Estatuto da Criança e do Adolescente, destacou a harmoniosa situação concreta em que viviam os dois garotinhos com o casal que conheciam como seus pais, fazendo expressa menção ao laudo social, no qual se lia que as crianças estavam PROTEGIDAS, CERCADAS DE AFETO, FISICAMENTE BEM CUIDADAS! A íntegra do acórdão está disponível em JusBrasil.<sup>5</sup>

A leitura permitirá constatar que a mãe biológica dos gêmeos não estava reclamando a devolução das crianças e que as primeiras quatro filhas dessa senhora já haviam sido abusadas sexualmente pelo pai, com quem a mulher voltou a conviver!

Em resumo, o Estado já estava às voltas para proteger as primeiras quatro filhas dessa mulher e, agora, em nome da proteção do sistema de adoção, retirou os dois meninos de um lar seguro para mandá-los para adoção seguindo a ordem da fila!

Poder-se-ia dizer tratar-se de um caso isolado, não havendo sentido em criar lei estadual paulista disciplinando a questão. No entanto, além dos muitos relatos recebidos por esta Deputada, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evidencia que várias decisões revistas partiram do Estado de São Paulo, confira-se:

Habeas Corpus. Direito da Infância e Juventude. Acolhimento Institucional. Exceção. Integridade Física e Psíquica do menor. Risco. Inexistência. Melhor interesse da criança. Família substituta. Vínculo afetivo. Boa-fé. Pandemia. Covid-19. Abrigamento. Risco de Contaminação.

<sup>5</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJ-SC). *Apelação Cível: AC 20120597737 SC 2012.059773-7 (Acórdão)*. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24056422/apelacao-civel-ac-20120597737-sc-2012059773-7-acordao-tjsc/inteiro-teor-24056423>. Acesso em: 01 out. 2021.

O Estatuto da Criança e do Adolescente– ECA–, ao preconizar a doutrina da proteção integral (art. 1º da Lei 8.069/1990), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança.

Ressalvado o risco evidente à integridade física e psíquica, que não é a hipótese dos autos, o acolhimento institucional não representa o melhor interesse da criança.

**A observância do cadastro de adotantes não é absoluta porque deve ser sopesada com o princípio do melhor interesse da criança, fundamento de todo o sistema de proteção ao menor.**

O risco de contaminação pela Covid-19 em casa de acolhimento justifica a manutenção da criança com a família substituta. Ordem concedida (STJ, HC 572.854-SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 04/08/2020, destacamos.<sup>6</sup>

Da íntegra do voto, colhem-se os seguintes trechos:

Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário...

... A criança deve ser protegida de abruptas alterações, sendo certo que no presente momento é preferível mantê-la em uma família que a deseja como membro do que em um abrigo, diante da pandemia da Covid-19 que acomete o mundo...

... É aconselhável que o abrigo perca o mínimo tempo possível e apenas seja adotado quando imprescindível, com o obrigatório acompanhamento estatal, dada a sua importância para a sociedade em geral...

... Vale observar, ainda, que o cadastro de adolescentes não tem caráter absoluto quando sopesado com o princípio do melhor interesse da criança, fundamento de todo o sistema de proteção ao menor...<sup>7</sup>

Com o fim de diminuir a abrangência da decisão acima, poder-se-ia asseverar ter tido por fim proteger a criança da pandemia de Covid-19. No entanto, no próprio acórdão, outras tantas decisões que não se referem à pandemia são colacionadas, ficando evidente que o Superior Tribunal de Justiça prestigia os princípios informadores do Estatuto da Criança e do Adolescente, colocando os interesses da criança concreta acima do Sistema Nacional de Adoção, como, aliás, deve ser.

É justamente com o objetivo de proteger a criança concreta que o presente projeto de lei, em seu artigo 2º., veda a retirada automática de crianças e adolescentes de seus lares, com a alegação de que teria havido irregularidades na adoção!

Uma vez mais, pondera-se que muitos casos revertidos pelo STJ são oriundos do Estado de São Paulo, tornando ainda mais necessária a apresentação e a rápida aprovação da lei ora proposta. Confira-se mais um precedente:

Consta dos autos que o pedido de guarda provisória do menor D. J. F. C. B. formulado pelos ora impetrantes contou com a anuência dos genitores. A criança chegou a ser batizada em 5.7.2019 na Paróquia... pelos padrinhos, ora impetrantes, na presença dos pais biológicos, que seriam declaradamente usuários de drogas.

6 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 572.854 – SP.** Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919814163/habeas-corpus-hc-572854-sp-2020-0085657-1/inteiro-teor-919814183?ref=juris-tabs>. Acesso em: 01 out. 2021. (grifo nosso).

7 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 572.854 – SP.** Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919814163/habeas-corpus-hc-572854-sp-2020-0085657-1/inteiro-teor-919814183?ref=juris-tabs>. Acesso em: 01 out. 2021.

Não se desconhece que o direito à convivência familiar, previsto no art. 226 da Constituição Federal de 1988, é, inegavelmente, um direito fundamental das crianças e dos adolescentes. A família é o núcleo central da vida de todo indivíduo. Quando, por algum motivo, não há condições estáveis no ambiente familiar, necessários ao desenvolvimento saudável da criança, a exemplo do afeto, da segurança, dos cuidados nutricionais e da saúde física e mental, que realizam a proteção de direitos mais básicos do ser humano, é de fato, cabível falar-se em acolhimento institucional, medida excepcional e, por vezes, traumática por sinalizar eventual interferência no poder familiar...

A afetividade, no âmbito familiar, é tão ou mais importante do que – a própria consanguinidade. De fato o próprio conceito de estrutura familiar vem sendo cada dia mais ampliado devido à dinâmica social, não se limitando à família natural (art. 25 do ECA), com a inclusão do conceito de família substituta, o que pode ocorrer de inúmeras formas, tais como a guarda, a tutela e a adoção formal ou informal, esta última dita ‘à brasileira’ ou *intuitu personae*, cujo nascedouro decorre das conhecidas dificuldades que envolvem o procedimento legal adotado pelo sistema pátrio, notoriamente burocrático e demorado...

**... Por oportuno, consigne-se que a carência de políticas públicas para facilitar a inclusão de crianças em famílias substitutas aptas a tanto e a inexistência de recursos destinados a ações conjugadas em todo âmbito federativo com intuito de facilitar a adoção legal acabam por estimular caminhos indubitavelmente questionáveis do ponto de vista formal, mas irrefutáveis do ponto de vista social...**

... O Judiciário vem sendo instado a aferir, a cada caso concreto, como se realizará o bem-estar de crianças e adolescentes entregues por familiares, informalmente, aos cuidados de padrinhos ou terceiros interessados a exercer o poder familiar...

**... É imprescindível que a norma se subsuma à realidade da vida, merecendo destaque a necessidade de participação efetiva dos Poderes Legislativo e Executivo em tema tão relevante...**

... Válido observar, ainda, que o cadastro de adotantes não tem caráter absoluto quando sopesado com o princípio do melhor interesse da criança...” (STJ, HC 564.961/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 19/05/2020.<sup>8</sup>

Nota-se, na decisão acima, que o Superior Tribunal de Justiça reconhece que a situação concreta de cada criança deve ser analisada, não sendo compatível com o ordenamento jurídico vigente deixar a situação concreta da criança em segundo plano, com o fim de valorizar o Sistema Nacional de Adoção, ou mesmo a ordem da fila de pretendentes à adoção. Importantíssima a parte destacada, em que se lê ser preciso ter em mente a realidade da vida!

Os casos citados, na presente justificativa, são apenas uma pequena mostra do que vem ocorrendo. Muitos outros chegaram ao conhecimento desta Parlamentar e, em todos, crianças voluntariamente entregues pelas famílias biológicas, crianças bem cuidadas e amadas foram repentinamente arrancadas de seus lares para serem levadas a abrigos.

Os efeitos maléficos desse tipo de situação são inegáveis, seja para a família punida pela retirada do filho, seja para a sociedade, com a ocupação indevida de vaga em abrigo, a princípio, destinada a crianças negligenciadas, ou vítimas de abusos de toda ordem. Mas esses efeitos são especialmente deletérios às crianças envolvidas!

8 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 564.961 – SP**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855192841/habeas-corpus-hc-564961-sp-2020-0055858-0/inteiro-teor-855192851>. Acesso em: 01 out. 2021. (grifo nosso).

Imperioso consignar que, mediante a proposta que ora se apresenta, não se pretende normalizar a assim chamada adoção “à brasileira”. Busca-se, outrossim, seguir o princípio informador de todo o sistema de proteção de crianças e adolescentes, qual seja, o de prestigiar o melhor interesse da criança envolvida.

Com efeito, na Audiência Pública que instalou a Frente Parlamentar pela Celeridade na Adoção de Bebês, a Professora Maria Berenice Dias, Vice-Presidente Nacional do IBDFAM, destacou as perdas com as excessivas proibições da adoção por afinidade. Nas palavras da doutrinadora, a pessoa visitava um abrigo e se apaixonava por uma criança, encontrava seu filho/filha. Hoje, com tantas proibições, esses encontros são impossíveis.

Ao ver da Professora, a frieza do sistema de adoção pautado exclusivamente na fila de adotantes finda por favorecer rejeições e devoluções, problema apontado por todos aqueles que trabalham diretamente com o tema. Confira-se sua fala:

“Se a mãe manifesta o desejo de entregar, essa criança não tem que ir para família acolhedora, (...) não é isso o que a mãe quer. A mãe quer que o filho seja entregue à adoção. Se [a mãe] entrega direto, o que acaba fazendo a justiça quando descobre? Entra com busca e apreensão. Chega a tirar a criança daquela família que ela conheceu desde que nasceu (...), para então processar essas pessoas e depois disponibilizá-la [a criança] para adoção. Se a mãe escolhe alguém para adotar, e indica, esta pessoa que ela indica é que deve ser trazida para o Poder Judiciário, para ela se submeter a essa testagem para ver se ela tem condições. Isso é furar a fila de adoção? Não. É respeitar até um pouco a vontade da mãe”.<sup>9</sup>

O projeto que ora se apresenta também prestigia a busca ativa, tanto para as crianças e adolescentes que já se encontram na fila para adoção como para crianças e adolescentes que se encontrem acolhidos e, eventualmente, ainda invisíveis para o Sistema de Adoção, seja o nacional, seja o estadual, ou mesmo o regional.

Ademais, mesmo respeitando todo o processo previsto para a habilitação de famílias para fins de adoção, o projeto permite que aquelas que já estejam habilitadas possam visitar instituições de acolhimento, com o fim de ENCONTRAR seu filho/filha.

A medida é muito importante porque, muitas vezes, ao se cadastrarem para adoção, as famílias apontam o desejo de adotar bebês; entretanto, ao visitarem as instituições de acolhimento, como bem destacado pela Professora Maria Berenice Dias, se apaixonam por crianças mais maduras, ou mesmo por adolescentes. Igual situação pode ocorrer relativamente às crianças com deficiência, seja física, seja mental.

Com efeito, atualmente, o formalismo no processo de adoção é tal, que, durante os muitos cursos ministrados, os candidatos a adotar são orientados a NÃO visitarem instituições de acolhimento, justamente para não sofrerem a “tentação” de desejar adotar uma criança, ou adolescente, em especial, burlando a fila.

No entanto, a bem da verdade, algumas crianças, se não forem admitidas essas visitas, jamais serão adotadas, pois é do encontro de almas que nascem as famílias. Ademais, da maneira como se delinea a presente

9 ATO SOLENE – 2ª Parte – Lançamento da Frente Parlamentar pela celeridade na adoção de bebês. 14 set. 2020. 1 vídeo (115 minutos e 9s). Publicado pelo canal Alesp. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=EYEHDDVMbKA>. Acesso em: 01 out. 2021.

proposta, a fila de adoção será respeitada, primeiro, pelo fato de o artigo 4º. falar textualmente em famílias já devidamente habilitadas. Em segundo lugar, em virtude de o parágrafo único condicionar a possibilidade dessa adoção por afinidade, ou *intuitu personae*, à inexistência de famílias buscando aquele mesmo perfil em lugar privilegiado na fila.

Os muitos filmes referentes à adoção, sejam ficção, sejam inspirados em histórias reais, mostram como os laços de família podem nascer de encontros estimulados entre adotantes e crianças e adolescentes aptos a serem adotados.

A título de exemplo, cita-se o filme “Second Best”, também conhecido como “Uma Nova Chance”, em que um homem solitário luta para adotar um pré-adolescente rebelde, que jamais seria adotado caso as visitas a instituições acolhedoras fossem proibidas!

O famoso seriado “Gambito da Rainha” também trata de uma jovem adotada, aos quinze anos, por uma mulher que faleceu dois anos após a adoção, mas, mesmo no curto período de convívio, conseguiu se transformar em forte referência para a adolescente. No caso, a adoção também só foi possível pelo fato de a adotante ter sido autorizada a visitar a instituição de acolhimento. Muitos são os exemplos bem sucedidos de adoção por afinidade.

Em 14 (quatorze) de dezembro de 2020, às vésperas da protocolização deste projeto de lei, foi realizada uma reunião aberta da Frente Parlamentar pela Celeridade na Adoção de Bebês. Referida reunião foi precedida da publicação da primeira minuta do projeto, largamente discutido na oportunidade.

A Deputada Estadual Adriana Borgo, ela própria filha adotiva e mãe de vários filhos adotivos, contou, emocionada e emocionando, que, ao visitar uma instituição de acolhimento, a princípio para buscar a filha que o sistema de adoção escolheu como sua, uma bebê ruiva de olhos claros, apaixonou-se por uma bebê negra com deficiência.

Por força desse encontro de almas, a Parlamentar solicitou ao magistrado que lhe autorizasse adotar a criança que sentiu ser sua filha, valendo frisar que a bebê já havia sido “devolvida” em situações anteriores. Resta evidente que, não fosse essa marcante visita, a filha da Deputada Adriana Borgo, muito provavelmente, ainda estaria em uma instituição.

Esse caso prova que o projeto de lei que ora se apresenta pode, para além de acelerar a adoção de bebês, facilitar a adoção tardia e de crianças e adolescentes com deficiência.

Na mesma reunião, o Deputado Delegado Olim relatou situação em que um pai enfrentou verdadeira batalha jurídica para conseguir adotar bebê que encontrou na rua, em uma caixa, ao sair de um restaurante. Se o formalismo excessivo, que hoje impera, tivesse prevalecido na hipótese, hoje, a moça amada e bem formada poderia ter tido um destino bem diferente!

Além dos testemunhos públicos, outros Parlamentares trouxeram a esta Deputada situações que somente reforçaram a importância das medidas implementadas pelo presente projeto de lei.

A reunião do dia 14 (quatorze) de dezembro foi muito profícua, pois foi possível discutir e aprimorar a própria redação do texto, tornando-a mais segura tanto para as crianças e adolescentes como em termos de constitucionalidade. Dentre as sugestões, destaca-se a observação de que as visitas haveriam de respeitar a rotina das crianças acolhidas, além de resguardar sua imagem. Todas as várias manifestações poderão ser conferidas no canal da Alesp no Youtube.<sup>10</sup>

A Constituição Federal, em seu artigo 227, protege a família biológica e também a família de fato, lastreada em laços de afinidade, sendo certo que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 6º., diz que deve ser levada em consideração a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Ao disciplinar a colocação em família substituta, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina que se leve em conta a relação de afinidade ou afetividade, a fim de minorar as consequências decorrentes da medida. E mais: ao tratar da guarda, em seu artigo 33, parágrafo 1º., o Estatuto da Criança e do Adolescente prestigia a guarda de fato!

Nota-se, claramente, que o Estatuto da Criança e do Adolescente centraliza a criança concreta e o adolescente concreto, e não meros números ou peças de um sistema, sendo esta a linha condutora do presente projeto de lei, para o qual se pede o apoio dos nobres pares.

Ademais, cumpre lembrar que o mesmo artigo 227 da Constituição Federal determina que a família e a sociedade assegurarão a crianças e adolescentes com ABSOLUTA PRIORIDADE “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar”.

Por força do quanto previsto nesse dispositivo, esta propositura legislativa, em seu artigo 5º., estabelece ficar assegurada a ABSOLUTA PRIORIDADE na tramitação dos processos e procedimentos referentes à adoção.

E, por fim, objetivando afastar quaisquer alegações concernentes à eventual incompetência desta Casa para legislar em seara tão relevante, consigna-se que o artigo 24, inciso XV, também da Constituição Federal, estabelece limpidamente competir CONCORRENTEMENTE à União e aos Estados legislar sobre proteção à infância e à juventude, sendo certo ser também atribuição desta Assembleia Legislativa versar sobre direitos fundamentais e, por conseguinte, dignidade humana.

É dignidade humana às crianças concretas, muito frequentemente, asfixiadas pelo sistema que ora se almeja. O apoio partidário de TODOS os Deputados da Casa é o que se roga!

Sala das Sessões, em

**Deputada Janaina Paschoal – PSL**



## REFERÊNCIAS

- ATO SOLENE – 1ª Parte – Lançamento da Frente Parlamentar pela Celeridade na Adoção de Bebês. 14 set. 2020. 1 vídeo (144 minutos e 15s). Publicado pelo canal Alesp. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=haDrAihhKII>. Acesso em: 01 out. 2021.
- ATO SOLENE – 2ª Parte – Lançamento da Frente Parlamentar pela Celeridade na Adoção de Bebês. 14 set. 2020. 1 vídeo (115 minutos e 9s). Publicado pelo canal Alesp. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=EYEHDDVMbKA>. Acesso em: 01 out. 2021.
- ATO SOLENE – 2ª Parte – Lançamento da Frente Parlamentar pela celeridade na adoção de bebês. 14 set. 2020. 1 vídeo (115 minutos e 9s). Publicado pelo canal Alesp. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=EYEHDDVMbKA>. Acesso em: 01 out. 2021.
- ATO SOLENE CELERIDADE NA ADOÇÃO DE BEBÊS – 14/12/2020. 1 vídeo (181 minutos e 48s). Publicado pelo canal Alesp. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=EYEHDDVMbKA>. Acesso em: 01 out. 2021.
- BRASIL. **Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 01 out. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 01 out. 2021.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 564.961 – SP**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855192841/habeas-corporus-hc-564961-sp-2020-0055858-0/inteiro-teor-855192851>. Acesso em: 01 out. 2021.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n. 572.854 – SP**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919814163/habeas-corporus-hc-572854-sp-2020-0085657-1/inteiro-teor-919814183?ref=juris-tabs>. Acesso em: 01 out. 2021.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJ-SC). **Apelação Cível: AC 20120597737 SC 2012.059773-7 (Acórdão)**. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24056422/apelacao-civel-ac-20120597737-sc-2012059773-7-acordao-tjsc/inteiro-teor-24056423>. Acesso em: 01 out. 2021.

# CAPÍTULO 20

## INTERPRETACIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL AL DERECHO DE CORRECCIÓN EN LA FAMILIA, EN EL MARCO DEL MOVIMIENTO POR LA ABOLICIÓN DEL CASTIGO FÍSICO

Luz Estela Tobón Berrio

### INTRODUCCIÓN

Los cambios sobrevenidos en la estructura y en la dinámica de las familias contemporáneas, el nuevo paradigma del infante como sujeto de derechos, las transformaciones de los valores sociales y la pérdida de legitimidad del uso de la violencia en las relaciones sociales, entre otros factores, condujeron a afianzar el debate acerca de la necesidad de abolir el castigo físico como estrategia educativa en la familia. Así se forja hoy una nueva línea de pensamiento educativo proinfante avalada desde la ciencia y el derecho. Desde esta otra forma de educar los padres no requieren del uso de la fuerza para ejercer la autoridad.<sup>1,2</sup> Se crea un efecto de renovación de la autoridad y de la parentalidad, ahora fundadas en la bidireccionalidad del respeto, en la participación de todos los miembros de la familia, en la construcción conjunta de los procesos familiares.

A partir de este entendimiento, el presente capítulo expone en una primera parte un panorama general del movimiento internacional de erradicación del castigo físico, una de las modalidades de la violencia educativa ordinaria -VEO.<sup>3</sup> Aunque los niños también sufren en sus hogares con la violencia psicológica, moral o incluso la negligencia de sus cuidadores, los esfuerzos internacionales se han abocado a la lucha contra violencia física por ser la más visible, una vía tangible de concientización de la importancia de transformar las interacciones familiares con los más pequeños en casa. En la segunda parte se encuentra el análisis crítico del examen realizado por la Corte Constitucional colombiana a la norma sobre “*derecho de corrección en la familia*”. Una oportunidad perdida por el juez constitucional para pronunciar con firmeza la prohibición del uso de la violencia educativa ordinaria en el medio familiar, desatendiendo la necesidad de actualizar el derecho de la infancia en Colombia y conectarlo al movimiento internacional de lucha contra la VEO.

1 PRAIRAT, Eirick. L'autorité éducative au risque de la modernité. *Recherche et formation*, n. 71, 13– 28, 2012. Disponible en: <https://www.cairn.info/revue-recherche-et-formation-2012-3-page-13.htm?contenu=resume>. Acceso em: 01 out. 2021.

2 HURSTEL, F. Quelle autorité pour les parents aujourd'hui ? Comprendre. *Revue de philosophie et de sciences sociales, Le lien familial*, n. 2, 207-222, 2001.

3 TOBÓN BERRIO, Luz Estela. El castigo físico desde la narrativa de padres y madres ordinarios. Entre tradición, ciencia y derecho. *Estudios Socio-jurídicos*, v. 22, n. 2, p. 263-290, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.8365>. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/8365>. Acceso em: 01 out. 2021.

## LA TENDENCIA PROHIBICIONISTA DEL CASTIGO FÍSICO. NORMAR PARA PROMOVER EL CAMBIO EDUCATIVO EN LA FAMILIA

El discurso jurídico de prohibición del castigo físico implantado en algunos ordenamientos estatales condena de manera directa y definitiva el uso del castigo corporal como medio de control de los niños, incluso en el escenario de la educación familiar. La tendencia prohibicionista puede ser identificada en los ordenamientos jurídicos de aproximadamente 50 países que, desde 1979 con la acción inicial de Suecia, comenzaron a prohibir de manera expresa el castigo físico promulgando leyes en este sentido. Algunos de esos países son Dinamarca, Portugal, Venezuela, Uruguay, entre otros<sup>4</sup>. Tales Estados implantaron regulaciones jurídicas expresas de prohibición del uso de todo castigo físico. Las conductas vedadas no requieren una calificación como maltrato, es decir, la norma no demandan un nivel de intensidad severo de la violencia o la producción de daños psicológicos, físicos, manifiestos en el infante, la violencia corporal ordinaria como las palmadas, nalgadas, están afectadas por la proscripción.

La tendencia prohibicionista se encuentra avalada en el orden internacional por el discurso jurídico que circula desde organismos supraestatales como el Consejo de Europa<sup>5</sup>, el Comité de los Derechos del Niño<sup>6</sup>. Estos organismos promueven a través de instrumentos internacionales la abolición de los castigos físicos y presionan la introducción de prohibiciones expresas en las legislaciones internas de los Estados miembro. La acción de los organismos promotores se enmarca en el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, particularmente se soporta en el artículo 19 referido a la protección contra los malos tratos.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación [...]. (Art. 19 CDN)

La posición en pro de la prohibición expresa del castigo avalada desde los organismos internacionales es una fuente de presión sobre los Estados a disciplinarse respecto a una tendencia normativa, un discurso globalizante, que no toma en cuenta las particularidades socioculturales de cada Estado y sus agendas sociales locales. Los organismos internacionales propugnan por la consagración expresa de la abolición del castigo físico en las leyes, como mecanismo de impulso, herramienta movilizadora en la lucha contra el castigo corporal. Para fundar esta postura se aduce la protección a los infantes, el cumplimiento de la Convención sobre los

4 La información acerca de los países donde se ha adelantado la prohibición legal expresa del castigo corporal en el hogar se puede encontrar en la página web de “The Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children”, <http://www.endcorporalpunishment.org/>. Esta estrategia fue lanzada en 2001 y es sostenida por organizaciones como UNICEF, UNESCO, Organizaciones no gubernamentales internacionales, regionales y nacionales, entre otros.

5 El Consejo de Europa se ha manifestado su posición en pro de la abolición del castigo físico en varias recomendaciones: Recomendación sobre la violencia en la familia n° R (85) 4, Recomendación sobre las medidas sociales referentes a la violencia familiar n° R (90) 2, Recomendación sobre una política para apoyar la parentalidad positiva Rec(2006)19. En igual sentido se ha pronunciado La Asamblea Parlamentaria en la Recomendación 1666 (2004) sobre una prohibición en toda Europa de los castigos físicos hacia los niños. El Tribunal Europeo de Derecho Humanos también se ha pronunciado en el sentido de rechazo absoluto al castigo corporal en el hogar. El primer caso en este sentido “A c. RU” en 1998. El Tribunal estima que el « castigo razonable » autorizado en Reino Unido es contrario a la Convención Europea de Derechos Humanos, art. 3, protección contra tratos degradantes.

6 El Comité de los derechos de los niños en su función de control de la aplicación de la Convención de Derechos del Niño emitió la Observación general N° 8 “El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes » emitida en 2006.

Derechos del Niño<sup>7</sup> en tanto meta universal revalidada por la firma generalizada de este instrumento. Pero, tal presión normativa implica una imposición a los Estados por parte los organismos supranacionales, una presión que reduce la libertad de los gobiernos en la escogencia de las metodologías y en la construcción de la ingeniería social para abordar el problema de acuerdo con su contexto sociocultural particular.

Un ejemplo de esta política de alineación jurídica discursiva en torno al castigo puede observarse en Francia. El ordenamiento jurídico francés prohíbe el uso de la violencia severa en su legislación desde 1889<sup>8</sup>. Sin embargo, en una decisión de 2015 el Consejo de Europa estimó que Francia violaba su compromiso internacional de proteger a los niños y a los adolescentes contra toda forma violencia, deber consagrado en la Carta Social Europea<sup>9</sup>, debido a que para la época no contaba con una prohibición expresa del castigo corporal en sus leyes. Aunque se trataba de una sanción simbólica, el asunto pudo escalar y llevar al Estado francés a un examen ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Este caso ampliamente mediatizado transmitía un mensaje contradictorio a la audiencia. Se presentaba el riesgo de dar a entender al público ordinario la existencia de una permisión en el ordenamiento francés respecto al empleo del castigo físico. Cuando en realidad se producían esfuerzos institucionales desde la acción judicial y social para sancionar y desestimular el uso de la violencia en las relaciones filoparentales<sup>10</sup>. Finalmente, en el año de 2019 Francia promulgó la Ley n° 2019-721 del 10 de julio relativa a la prohibición expresa de las violencias educativas ordinarias<sup>11</sup>.

La introducción a la normativa nacional de una proscripción del castigo físico conduce a la armonización del derecho interno con los pactos internacionales en lo relativo a la protección a la infancia y podría parecer una consecuencia jurídica forzosa y deseable luego de la ratificación de estos pactos. Sin embargo, la consagración de una prohibición expresa a nivel jurídico no es una condición absolutamente indispensable para garantizar un ambiente protector a la infancia. En esta línea se encuentra el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos plasmado en la Resolución del 27 de enero de 2009<sup>12</sup>. En tal resolución la Corte sienta posición respecto a la incompatibilidad entre el castigo físico y la Convención Americana sobre

7 Convención de derechos del niño. Artículo 19 “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.”

8 1889 primera ley relativa a la pérdida de los derechos parentales frente al abuso de la autoridad parental. Loi du 24 juillet 1889, “Sur la déchéance de la puissance paternelle”. 1898 primera ley penal en contra del abuso y de las violencias contra los niños. Loi du 19 avril 1898, “Sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats”

9 Carta Social Europea (revisada) 1996. Artículo 17– « Derecho de los niños y adolescentes a protección social, jurídica y económica. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los niños y los adolescentes a crecer en un medio que favorezca el pleno desarrollo de su personalidad y de sus aptitudes físicas y mentales, las Partes se comprometen a adoptar, bien directamente o bien en cooperación con las organizaciones públicas o privadas, todas las medidas necesarias y adecuadas encaminadas: [...] b. a proteger a los niños y adolescentes contra la negligencia, la violencia o la explotación ».

10 Un ejemplo publicitado por los medios en 2013 fue la condamnation à amende par le tribunal correctionnel de Limoges d’un père ayant infligé une fessée « cul nu » à son enfant. Sobre este caso ver la nota de Coralie Zarb (2013) [http://www.lepopulaire.fr/limousin/actualite/2013/10/14/un-pere-condamne-pour-avoir-donne-une-fessee-a-son-fils-de-9-ans\\_1729203.html](http://www.lepopulaire.fr/limousin/actualite/2013/10/14/un-pere-condamne-pour-avoir-donne-une-fessee-a-son-fils-de-9-ans_1729203.html)

11 Loi n° 2019-721 du 10 juillet 2019 Relative à l’interdiction des violences éducatives ordinaires. Article 1. Après le deuxième alinéa de l’article 371-1 du code civil, il est inséré un alinéa ainsi rédigé : « L’autorité parentale s’exerce sans violences physiques ou psychologiques. »

12 En esta resolución la Corte responde a la solicitud de opinión consultiva elevada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el día 29 de diciembre de 2008, que buscaba el pronunciamiento de la Corte Interamericana respecto al castigo físico; porque de acuerdo con la Comisión hasta ahora no existe en el ámbito interamericano un “[...] estándar que defina claramente que es necesario prohibir la práctica del castigo corporal de niños, niñas y adolescentes, porque es incompatible con el respeto de los derechos humanos”. La Corte decide no emitir una opinión consultiva sino una resolución, en la cual comunica que no es necesario un pronunciamiento mediante opinión consultiva, porque de la interpretación de su corpus jurisprudencial sobre los derechos del niño, aunado a los instrumentos internacionales referidos al tema, como la Observación General N° 8 del Comité de los derechos del niño se desprende la obligación de los estados de garantizar la protección de los niños específicamente contra el castigo físico.

Derechos Humanos, pero no impele por la prohibición directa en los ordenamientos nacionales. La Corte remite a la opinión consultiva OC-17/2002 acerca de la “*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”. En esta respuesta a una consulta presentada ante el colegiado, la Corte recuerda a los Estados la obligación de tomar las medidas positivas necesarias para garantizar la protección de los niños contra los malos tratos; pero se abstiene de establecer una orden directa en pro de la reforma legislativa. De acuerdo con Calderón Gamboa<sup>13</sup> la perspectiva de la Corte parece inclinarse por permitir un margen de acción a los Estados para establecer las estrategias de erradicación del castigo físico. Según el autor esta visión de la Corte parece razonable ante la necesidad de contar con estándares específicos, contextualizados, para apuntalar a erradicar las prácticas asentadas en patrones culturales. Si bien la Corte Interamericana comparte con el Comité de los Derechos del Niño el juicio negativo sobre el castigo corporal y la necesidad de su abolición para garantizar los derechos humanos de los infantes; la Corte dista del Comité en la apuesta que realiza éste último respecto a la obligatoriedad de la prohibición expresa del castigo como estrategia principal para la abolición del castigo.

Ahora bien, la presión hacia una tendencia prohibicionista del castigo físico desde el derecho puede resultar pernicioso. Algunos investigadores han resaltado el riesgo aparejado a la implementación de una prohibición legislativa del castigo físico sin el acompañamiento de otras medidas pedagógicas y de políticas públicas de apoyo a la parentalidad. Los padres sin entrenamiento ni educación parental, carentes de una red de acompañamiento, al verse privados de su estrategia regular de control corren el riesgo de transitar hacia otras formas de violencia más sutiles, menos visibles pero no por ello menos nocivas. Puede producirse el aumento de la violencia psicológica con el fin de sustituir la práctica vedada o incurrir en negligencia parental ante el desconcierto de no saber cómo se debe acionar.<sup>14,15,16</sup> Al prohibir el castigo físico sin antes proporcionarle a los padres otros medios de ejercicio de la su autoridad en conformidad con los nuevos valores sociojurídicos; el Estado deja a los padres a la deriva, desempoderados frente a la educación de sus hijos.<sup>17</sup> Los padres se ven enfrentados a la ruptura del ciclo de transmisión generacional de *savoir-faire* educativo, principal fuente de entrenamiento parental hasta la actualidad<sup>18</sup> y a esto debe sumarse el conflicto con sus propias biografías en las cuales fue corriente el castigo corporal. Ante la angustia parental no se puede afirmar el logro real de la protección infantil. Se requiere de padres empoderados, seguros, para garantizar un entorno apto al desarrollo pleno del niño.

13 CALDERÓN GAMBOA, J. F. El castigo corporal como método de disciplina contra niños, niñas y adolescentes frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un desafío internacional. *Isonomía*, México, n. 31, p. 73-95, oct. 2009. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182009000200005](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182009000200005). Acceso em: 01 out. 2021.

14 DURNING, P. *Enfance maltraitée et éducation familiale textes 1991 – 2010*. Francia: L’Harmattan, 2010.

15 TENORIO, M. C. Deberes y Derechos de los Padres y los hijos. In: Ministerio de Educación Nacional de Colombia, Organización de Estados Americanos. Pautas y prácticas de crianza en familias colombianas. p. 281-289. Santafé de Bogotá, Colombia: Punto Exe Editores, 2000a. (Serie Documentos de Investigación).

16 FORTIN, A.; DURNING, P. Les punitions corporelles: entre mauvais traitements et bientraitance? In: DURNING, P. *Enfance maltraitée et éducation familiale textes 1991 – 2010*. Francia: L’Harmattan, 2010. p. 73-86.

17 PÉRUISSET-FACHE, N. *L’éducation : droits, devoirs et pouvoirs des parents*. Paris, Francia: L’Harmattan, 2000.

18 POURTOIS, J. P.; DESMET, H. Parents, agents de développement. In: POURTOIS, J. P. (ed.). *Blessure d’enfant. La maltraitance: théorie, pratique et intervention*. Bélgica: De Boeck, 2000b. p. 19-40.

La prohibición del castigo físico por sí sola no podría asegurar el bienestar de los infantes. Mucho menos cuando se trata de un asunto complejo, influenciado por factores múltiples, con un arraigo cultural fuerte. Las normas tienen un efecto limitado, su poder persuasivo puede verse entorpecido cuando entran en conflicto con valores que la población considera superiores.<sup>19</sup> El derecho es un elemento cultural entre otros, su eficacia no es absoluta. Posiblemente, quienes pretenden fijar la ruta normativa hacia la expedición de prohibiciones expresas respecto al castigo físico, conozcan la eficacia restringida de este tipo de normas; pero deciden emplear la producción normativa para enviar un mensaje a la población. Es decir, normar jurídicamente el rechazo al castigo físico por medio de promesas de sanciones puede apuntalar no a la realización efectiva de estas sanciones sino a su efecto simbólico, fenómeno jurídico denominado “*eficacia simbólica*”.<sup>20</sup> A este respecto Damon<sup>21</sup> comenta sobre la aplicación de legislación de prohibición del castigo físico implantada en el Norte de Europa: “*Estas son disposiciones simbólicas que se promulgaron para guiar el comportamiento y no para castigar a los padres.*”<sup>22</sup> La tendencia prohibicionista parece pretender así un efecto preventivo amplificado por la fuerza simbólica del derecho.

## LA INTERPRETACIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL A LAS NORMAS SOBRE CORRECCIÓN Y SANCIÓN A LOS HIJOS EN COLOMBIA

De manera particular, el derecho de corrección tiene origen en el antiguo poder del *pater familias* del derecho romano sobre su descendencia, que permeó los ordenamientos legales del sistema jurídico romano-germánico<sup>23</sup> bajo la institución de la patria potestad. En Roma, las facultades del padre para castigar llegaban hasta el poder de decidir sobre la vida o la muerte de los hijos o sobre su libertad.<sup>24</sup> El ordenamiento jurídico de Colombia recibe esta influencia y consagra en el artículo 262 del Código Civil el derecho de corrección moderada. En su redacción inicial<sup>25</sup> la norma establecía el derecho de los padres, hombres, de castigar a los hijos y solicitar su encarcelación ante un juez local. En 1974 el artículo fue reformado en tres aspectos principales. Primero, ambos padres –mamá y papá– comparten en adelante la facultad de corrección a los hijos. Incluso, la facultad de corregir a los niños en el hogar es extendida a las personas, diferentes a los padres, encargadas del

19 GARCÍA VILLEGAS, M. Introducción: la cultura del incumplimiento de reglas. In: GARCÍA VILLEGAS, M. (ed.). **Normas de Papel. La cultura del incumplimiento de reglas**. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores y Dejusticia, 2013. p. 15-48.

20 GARCÍA VILLEGAS, M. **La eficacia simbólica del derecho Examen de situaciones colombianas**. Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes. 1993.

21 DAMON, J. Les fessées: une sanction à sanctionner? Une cause internationale. **Informations sociales**. n. 127, p. 104-109, 2005. p. 106.

22 Traducción realizada por la autora. Texto original en francés : « Ce sont des dispositions à portée symbolique qui ont été édictées pour orienter les comportements et non pas pour punir les parents. » (Damon, 2005, p. 106)

23 RENE, D.; JAUFFRET-SPINOSI, C. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 11. éd. Paris, Francia: Dalloz, 2002.

24 VALENCIA RESTREPO, H. **Derecho privado romano**. Medellín, Colombia: Señal editora, 1995.

25 Código Civil de Colombia. Artículo 262. Texto original anterior a la reforma introducida por el Decreto 2820 de 1974 “El padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos, y cuando esto no alcanzare, podrá imponerles la pena de detención, hasta por un mes, en un establecimiento correccional.

Bastará al efecto la demanda del padre, y el juez en virtud de ella, expedía la orden de arresto.

Pero si el hijo hubiere cumplido los dieciséis años, no ordenará el juez el arresto, sino después de calificar los motivos, y podrá extenderlo hasta por seis meses a lo más.

El padre podrá, a su arbitrio, hacer cesar el arresto.”

Artículo 262 Versión vigente. “Vigilancia, corrección y sanción. Los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos, tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente.”

cuidado del niño en el cotidiano doméstico. Segundo, se suprime la pena de detención decretada por el padre como parte de la facultad de corrección. Tercero, se introduce un cambio en el lenguaje empleado por la norma. La expresión ‘corregir y *castigar* moderadamente’ es substituida por el enunciado de los derechos parentales de ‘vigilar, corregir y *sancionar* moderadamente’.

Precisamente, la nueva formulación empleada por el legislador sustituye el término castigar e introduce el concepto de sancionar, buscando una vez más encorsetar las facultades parentales de control a los hijos en la crianza, al emplear un concepto a primera vista menos violento. La reforma de 1974 no elimina el derecho de corrección, trata de reforzar la salvaguardia contra el posible exceso en la acción parental al mantener el condicionamiento de moderación y reorientar la redacción empleando un vocabulario con un sentido que denote menor severidad.

Veinte años después de la reforma legislativa en 1994, el debate sobre el derecho de corrección parental se reanuda, esta vez ante la Corte Constitucional gracias a una acción de constitucionalidad interpuesta contra el artículo 262 del Código Civil. La acción se funda en el cargo de violación a los derechos de los niños, en especial el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Este cargo se erige a partir de dos argumentos principales. Uno, el accionante subraya que el término sancionar introducido por la reforma de 1974 al artículo para sustituir la palabra castigar no representa un cambio sustancial. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua española de la Real Academia Española<sup>26</sup> los dos términos son sinónimos, su significado se funda en el acto de causar dolor. Dos, en la demanda se señala que la moderación referida en el artículo hace referencia a una medida subjetiva y circunstancial, en conexión con las costumbres y la cultura de cada persona, por tanto no podría servir como límite para garantizar la integridad de los niños en el escenario de la corrección parental.

La alta Corporación encargada de la salvaguardia de la Constitución Política, en cuyo cuerpo se encuentran consagrados los derechos de los niños de manera expresa y como parte del bloque de constitucionalidad a través de la ratificación de la Convención de 1989 –CDN–, desestimó la demanda, declaró la conformidad del derecho de corrección y sanción moderada con el ordenamiento constitucional y decidió mantener esta norma en el corpus jurídico colombiano. La decisión fue ratificada más tarde por la misma Corporación mediante un auto en el año 2010<sup>27</sup>. No obstante, la declaratoria de constitucionalidad de la norma fue condicionada a una interpretación establecida por la Corte en la sentencia: “(...) de las sanciones que apliquen los padres y las

<sup>26</sup> Los significados de acuerdo con el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española se encuentran disponibles en la web: <http://dle.rae.es/>

Castigar:

“1. tr. Ejecutar algún castigo en un culpado.

2. tr. Mortificar y afligir. 3. tr. Estimular con el látigo o con las espuelas a una cabalgadura para que acelerela marcha. 4. tr. Escarmentar o corregir con rigor a alguien por haber cometido una falta.”

Sancionar:

“1. tr. Dicho de una autoridad competente: Ratificar una ley o disposición mediante sanción. 2. tr. Autorizar o aprobar cualquier acto, uso o costumbre. 3. tr. Aplicar una sanción o castigo a alguien o algo.”

<sup>27</sup> La Corte Constitucional de Colombia declaró la exequibilidad del artículo 262 del Código Civil mediante la sentencia C-371 de 1994. Luego ratificó su decisión mediante el auto 122 de 2010 en el cual se niega el nuevo examen de la norma y la confirmación de la decisión tomada durante los años 1990.

*personas encargadas del cuidado personal de los hijos estará excluída toda forma de violencia física o moral (...)*” (Sentencia C-371 de 1994). Así, el derecho de corrección parental sigue vigente en el orden jurídico colombiano sujeto a ser aplicado sin que medie el uso de la violencia hacia los niños. Llegar a esta decisión implicó una discusión impulsada por la exposición de dos proyectos de sentencia de posiciones contrarias. Las votaciones que respaldaron la declaratoria de exequibilidad de la norma fueron reñidas, 5 votos contra 4 del total de los 9 magistrados que componen la Corte.

El proyecto que se erige hoy en sentencia declara que la función educativa conlleva aparejada la sanción, como medio para enseñar a los niños los límites en sus acciones, las consecuencias negativas que se pueden desprender de ellas. Considera la Corte que la sanción es un término genérico que no se puede confundir con los malos tratos. Según expone, existen varias vías para sancionar y el uso de la fuerza sería solo una de ellas. Argumenta que el uso de la violencia no es necesario para sancionar a los niños, por el contrario, constituye un atentado a su integridad. *“El uso de la fuerza bruta para sancionar a un niño constituye grave atentado contra su dignidad, ataque a su integridad corporal y daño, muchas veces irremediable, a su estabilidad emocional y afectiva.”* (Sentencia C-371 de 1994). Finalmente, respecto al condicionamiento de la corrección como *“moderada”*, la sentencia expresa que los padres deben atenerse a una autoridad racional, en beneficio de quien la soporta. Bajo estas ideas principales la Corte llega a su decisión de constitucionalidad de la corrección y sanción moderada, condicionada en su interpretación.

Ahora bien, nótese que en la sentencia la Corte reconoce la amplitud del término sancionar, el cual abarcaría formas de control donde media el uso de la violencia, incluso aquellas calificables como maltrato. Sin embargo, la Corporación trata de elaborar una declaración de pedagogía familiar en el texto de la sentencia, evocando la pertinencia de emplear formas de control exceptas del castigo físico. Pero, la Corte en este fallo desconoce la realidad de uso de la violencia educativa ordinaria en el país y la tradición de invocar el propio bien de los infantes al infligirles castigos físicos o degradantes para asegurar una *buena educación*. La exposición dada a la problemática del castigo físico ignora la dificultad de los padres para determinar los medios educativos conformes a los nuevos postulados de derechos de los niños, cuando se es portador de una tradición educativa donde el uso del dolor fue banalizado, se cuenta con una memoria infantil de castigos recibidos. Debe sumarse el contexto emocional de contrariedad, cólera, cansancio que deben de enfrentar los padres cada vez que pretenden corregir a sus hijos,

Recuérdese que la historia es muy clara en mostrar las peores atrocidades contra la infancia cometidas mucho más en nombre del amor y la protección, que en nombre explícito de la propia represión.<sup>28</sup>

28 GARCÍA MÉNDEZ, E. Infancia, Ley y democracia: una cuestión de justicia. *Justicia y Derechos del Niño*, n. 9, p. 27-47, 2007. p. 34.



El proyecto de sentencia minoritario fue consignado como salvamento de voto de la sentencia. El magistrado autor de este proyecto, Carlos Gaviria Díaz,<sup>29</sup> publicó el texto en una recopilación donde se encuentran algunas de sus propuestas de sentencias transgresoras del status quo, de ahí el título de la obra: *“Herejías constitucionales”*. El proyecto de sentencia hace parte de estas ‘herejías’ al haber planteado la necesidad de eliminar del ordenamiento la norma considerada asidero de la autoridad parental en Colombia. En este proyecto se otorga razón al demandante cuando expone la sinonimia entre sancionar y castigar sustentada directamente en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Además, el magistrado Gaviria Díaz realiza un examen del por qué y para qué castigar desde la filosofía jurídica y lo traslada al cotidiano doméstico. De este análisis concluye que el castigo tiene funciones varias como la retribución del daño, la prevención de nuevas transgresiones. Y más allá, el castigo busca colmar los deseos de venganza del ofendido por la transgresión, lo cual en el contexto de la sanción a los hijos no se devela, es encubierto bajo el manto del amor.

*“La función que no se explicita, porque se juzga inconfesable, es la que consiste en gratificar el sentimiento de aversión al transgresor; que la falta genera, y que se traduce en un incontrolable deseo de venganza que sólo la pena viene a saciar. El contenido de odio implícito en el castigo se presenta siempre racionalizado, encubierto con artificiosos razonamientos tendientes a persuadir de que todo es, finalmente, en beneficio de quien lo padece.”* (Salvamento de voto Sentencia C-371 de 1994)

El proyecto minoritario proponía la declaratoria de inconstitucionalidad de la facultad legal de corregir y sancionar a los hijos ante el reconocimiento de la incompatibilidad de ésta con los derechos de los niños. Pues, los infantes requieren de un ambiente sano para su desarrollo, incluido un entorno libre del temor y de violencia. Para Gaviria Díaz y los magistrados que sustentaron este proyecto minoritario la educación tiene como función lograr el desarrollo moral del individuo, su capacidad evaluativa y de autocontrol. Objetivos educativos que no pueden ser alcanzados a través del uso de la fuerza, ya que el castigo físico implicaría el condicionamiento, el adiestramiento más no la adhesión a la norma y a la autoridad como acto volitivo propio del ser humano.

Ante la presentación de dos proyectos de sentencia opuestos, uno abocado a la constitucionalidad de la norma, otro dirigido a proponer la declaratoria de inexecutable; los magistrados debieron construir una interpretación mayoritaria sobre el derecho de corrección, una interpretación no unánime. Se puede entonces afirmar con certeza que, la interpretación de esta norma sobre derecho de corrección no es evidente, aún para expertos operadores jurídicos, magistrados de una alta Corte. En consecuencia, este incidente interroga acerca del ejercicio de interpretación que deben realizar los padres en el cotidiano para determinar si sus acciones educativas se encuentran en coherencia con los derechos de sus hijos, los nuevos valores sociales, las recomendaciones de expertos de la infancia. Más aún cuando los discursos que debieran de guiar la tarea educativa de los padres son profusos y ambivalentes. Cuando se considera la tensión entre el derecho de corrección y los derechos de los niños se puede entender que identificar las facultades parentales precisas cobijadas en el

<sup>29</sup> GAVIRIA DÍAZ, C. *Sentencias*: herejías constitucionales. Colombia: Fondo de Cultura Económica, 2002.

derecho de corrección, los límites de la tarea educativa de control, resulta un ejercicio altamente complejo sujeto a lecturas diversas. Un ejercicio de interpretación que aún para expertos en el derecho implica debates y desacuerdos.

La posición jurídica del Estado colombiano que emana desde el juez constitucional puede ser calificada como ambigua, pues no logra despojar al ordenamiento de los rezagos de una visión donde el poder parental impera sobre los hijos, adulcentrista. Al mismo tiempo se trata de integrar las nuevas perspectivas de derechos de los niños, de abolición de la violencia en las relaciones filoparentales, incluso la violencia educativa ordinaria, al introducir giros y condicionamientos en la lectura de las normas arcaicas. Esta tendencia en el discurso jurídico permite la coexistencia de normas referidas al derecho de corrección con doctrinas proinfantes en una interacción sujeta a la modulación de límites entre castigo y derechos de los niños realizada por el operador jurídico en cada caso concreto y por los padres en el cotidiano familiar.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

Algunos Estados han adoptado una posición interpretativa ambigua respecto al castigo corporal en la familia, contraria a la tendencia avalada desde los organismos internacionales de prohibir expresamente en el corpus jurídico su uso. Se trata de una perspectiva ambigua en tanto el ordenamiento jurídico del Estado conserva vigente normas legales relativas al derecho de corrección de los padres sobre sus hijos, mientras emplea giros interpretativos desde la jurisprudencia constitucional para orientar la lectura de la norma y reducir su permisividad hacia el empleo de la violencia en la crianza.

En el ordenamiento jurídico colombiano la posición ambigua frente al castigo físico surge de la interpretación dada por la Corte Constitucional al articulado del Código civil referido al derecho de corrección. Ante las presiones internacionales de defensa de los derechos de los niños el juez constitucional trato de acatar los lineamientos del orden supranacional dirigidos a vedar la práctica del castigo corporal, mientras al tiempo buscó evitar la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma civil contentiva del derecho de corrección. Parece que existe una dificultad a derogar el derecho de corrección al encontrarse relacionado de manera directa con la autoridad de los padres. Existiría entonces el recelo de dejar sin asidero normativo la autoridad en la familia, suscitar con esto el caos familiar y por la misma vía el caos social. Así, el método empleado por la Corte Constitucional colombiana para atender el compromiso internacional de búsqueda de la abolición del castigo físico es el giro en la interpretación de la normativa civil. Se mantuvo la vigencia de la norma sobre el derecho de corrección de los padres bajo el entendido que ella consagra la autoridad, la cual debe ser ejercida sin el uso de la violencia, ni de tratos crueles o degradantes hacia los hijos.

## REFERENCIAS

- CALDERÓN GAMBOA, J. F. El castigo corporal como método de disciplina contra niños, niñas y adolescentes frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un desafío internacional. *Isonomía*, México, n. 31, p. 73-95, oct. 2009. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182009000200005](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182009000200005). Acceso em: 01 oct. 2021.
- CARTA SOCIAL EUROPEA (REVISADA). 3 mayo 1996. Consejo de Europa. Disponible en: <https://rm.coe.int/168047e013>. Acceso em: 01 oct. 2021.
- CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Ley 57 de 1887. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_civil\\_colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_colombia.pdf). Acceso em: 01 oct. 2021.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS OBSERVACIÓN GENERAL N° 8. El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes. 2006.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Colombia. Auto 122/10. 16 de junio de 2010.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Colombia. C-371. 25 de agosto de 1994.
- DAMON, J. Les fessées: une sanction à sanctionner? Une cause internationale. *Informations sociales*. n. 127, p. 104-109, 2005.
- DECRETO 2820 DE 1974. Por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones. Colombia. Disponible en: [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto\\_2820\\_1974.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_2820_1974.htm). Acceso em: 01 oct. 2021.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Disponible en: <http://dle.rae.es/>. Acceso em: 01 oct. 2021.
- DURNING, P. *Enfance maltraitée et éducation familiale textes 1991 – 2010*. Francia: L'Harmattan, 2010.
- FORTIN, A.; DURNING, P. Les punitions corporelles: entre mauvais traitements et bienveillance? In: DURNING, P. *Enfance maltraitée et éducation familiale textes 1991 – 2010*. Francia: L'Harmattan, 2010. p. 73-86.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. Infancia, Ley y democracia: una cuestión de justicia. *Justicia y Derechos del Niño*, n. 9, p. 27-47, 2007.
- GARCÍA VILLEGAS, M. Introducción: la cultura del incumplimiento de reglas. In: GARCÍA VILLEGAS, M. (ed.). *Normas de Papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores y Dejusticia, 2013. p. 15-48.
- GARCÍA VILLEGAS, M. *La eficacia simbólica del derecho Examen de situaciones colombianas*. Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes. 1993.
- GAVIRIA DÍAZ, C. *Sentencias: herejías constitucionales*. Colombia: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- HURSTEL, F. Quelle autorité pour les parents aujourd'hui ? Comprendre. *Revue de philosophie et de sciences sociales, Le lien familial*, n. 2, 207-222, 2001.
- LOI DU 19 AVRIL 1898. Sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants. Francia. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000006697565/1898-04-21/>. Acceso em: 01 oct. 2021.
- LOI DU 24 JUILLET 1889. Sur la déchéance de la puissance paternelle. Francia.
- LOI N° 2019-721 DU 10 JUILLET 2019. Relative à l'interdiction des violences éducatives ordinaires. Francia. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000038746663/>. Acceso em: 01 oct. 2021.
- OBSERVACIÓN GENERAL N° 8. El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros). 2006. Comité de los Derechos del Niño.
- OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002. 28 de agosto 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- PÉRUISSET-FACHE, N. *L'éducation : droits, devoirs et pouvoirs des parents*. Paris, Francia: L'Harmattan, 2000.
- POURTOIS, J. P.; DESMET, H. Parents, agents de développement. In: POURTOIS, J. P. (ed.). *Blessure d'enfant. La maltraitance: théorie, pratique et intervention*. Bélgica: De Boeck, 2000b. p. 19-40.
- PRAIRAT, Eirick. L'autorité éducative au risque de la modernité. *Recherche et formation*, n. 71, 13– 28, 2012. Disponible en: <https://www.cairn.info/revue-recherche-et-formation-2012-3-page-13.htm?contenu=resume>. Acceso em: 01 oct. 2021.

RECOMENDACIÓN 1666. Sobre una prohibición en toda Europa de los castigos físicos hacia los niños. 24 de junio de 2004. Asamblea Parlamentaria. Consejo de Europa, 2004.

RECOMENDACIÓN N° R (85) 4. Sobre la violencia en la familia. 26 de marzo de 1985. Comité de Ministros. Consejo de Europa. Disponible en: [https://bice.org/app/uploads/2014/10/85\\_4.pdf](https://bice.org/app/uploads/2014/10/85_4.pdf). Acceso em: 01 oct. 2021.

RECOMENDACIÓN N° R (90) 2. Sobre las medidas sociales referentes a la violencia familiar. 15 de enero de 1990. Comité de Ministros. Consejo de Europa.

RECOMENDACIÓN N° REC 19. Sobre una política para apoyar la parentalidad positiva”. 13 de diciembre de 2006. Comité de Ministros. Consejo de Europa. Disponible en: <https://www.cnpdpcj.gov.pt/documents/10182/19464/Recomenda%C3%A7%C3%A3o+2006/e36ba3eb-d849-4ebb-9827-688de3e92f94>. Acceso em: 01 oct. 2021.

RENE, D.; JAUFFRET-SPINOSI, C. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 11. éd. Paris, Francia: Dalloz, 2002.

RESOLUCIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 27 de enero de 2009. Solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

TENORIO, M. C. Deberes y Derechos de los Padres y los hijos. *In*: Ministerio de Educación Nacional de Colombia, Organización de Estados Americanos. Pautas y prácticas de crianza en familias colombianas. p. 281-289. Santafé de Bogotá, Colombia: Punto Exe Editores, 2000a. (Serie Documentos de Investigación).

THE GLOBAL INITIATIVE TO END ALL CORPORAL PUNISHMENT OF CHILDREN. Disponible en: <http://www.endcorporalpunishment.org/>. Acceso em: 01 oct. 2021.

TOBÓN BERRIO, Luz Estela. El castigo físico desde la narrativa de padres y madres ordinarios. Entre tradición, ciencia y derecho. **Estudios Socio-jurídicos**, v. 22, n. 2, p. 263-290, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.8365>. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/8365>. Acceso em: 01 oct. 2021.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. **Sentencia A. c. Reino Unido**. 23 de septiembre de 1998.

UNICEF COMITÉ ESPAÑOL. **Convención sobre los Derechos del Niño**. 20 novembre 1989. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>. Acceso em: 01 oct. 2021.

VALENCIA RESTREPO, H **Derecho privado romano**. Medellín, Colombia: Señal editora, 1995.

# SEÇÃO VIII

## O PAPEL DAS MULHERES NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

## SUMÁRIO SEÇÃO VIII

**INTRODUÇÃO**

O PAPEL DAS MULHERES NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS ..... 1474

*RENATA MOTA MACIEL**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES**PATRICIA PACHECO RODRIGUES**SAMIRA RODRIGUES P. ALVES***CAPÍTULO 1**

MULHER E TRABALHO: A BUSCA DA CIDADANIA FUNDADA NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE E DA IGUALDADE ..... 1475

*MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI***CAPÍTULO 2**

OS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: A CELEBRAÇÃO INTERROMPIDA ..... 1489

*MARIA PAULA DALLARI BUCCI***CAPÍTULO 3**

EXIGIBILIDADE E JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À CRECHE: AVANÇOS E PERSPECTIVAS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF ..... 1502

*FLAVIA DANIELLE SANTIAGO LIMA***CAPÍTULO 4**

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E DIREITOS FUNDAMENTAIS ..... 1516

*IVETTE SENISE FERREIRA***CAPÍTULO 5**

VALORIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NA REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO (EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45 DE 2004) ..... 1530

*ANA CECILIA SAMPAIO DE MARTINO***CAPÍTULO 6**

A DESIGUALDADE ENTRE GÊNEROS NO MERCADO DE TRABALHO E SUA GARANTIA NA CONSTITUIÇÃO ..... 1538

*FABIANA TRONENKO***CAPÍTULO 7**

O TRABALHO DOS MIGRANTES E O DIÁLOGO ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A AGENDA 2030 DA ONU NA PROTEÇÃO ÀS MULHERES E MENINAS ..... 1548

*ELISAIDE TREVISAM**DANIELA ROCHA RODRIGUES PERUCA***CAPÍTULO 8**

MULHERES E INTERCULTURALIDADE: O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NA BUSCA POR JUSTIÇA SOCIAL ..... 1563

*CAROLINA DE ALBUQUERQUE**NATHALIA LIMA**SOLANGE TELES DA SILVA*

**CAPÍTULO 9**

COMPLEXIDADES DO DIREITO À IGUALDADE: LICENÇA-MATERNIDADE/LICENÇA-PATERNIDADE E O DIREITO AO PAI ..... 1578

*MARIA GARCIA*

**CAPÍTULO 10**

A REGULAMENTAÇÃO COM AMPLIAÇÃO DA LICENÇA-PATERNIDADE COMO AÇÃO AFIRMATIVA PARA A EFETIVAÇÃO DO ARTIGO 5º DA CF/88..... 1586

*REJANE DA SILVA SÁNCHEZ*

**CAPÍTULO 11**

A EDUCAÇÃO PARA O ACESSO À JUSTIÇA PELAS MULHERES: DA IDENTIFICAÇÃO DE DIREITOS A SUA EFETIVIDADE..... 1600

*ADRIANA SILVA MAILLART*

*SÍLVIA ANDRÉIA VASCONCELOS*

**CAPÍTULO 12**

EDUCAÇÃO E PODER: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A EDUCAÇÃO FEMININA NO BRASIL ..... 1612

*DANIELLE ANNE PAMPLONA*

*JULIANA BERTHOLDI*

**CAPÍTULO 13**

ENTRE O DIREITO DE AMAMENTAR E O DIREITO DE ESTUDAR: ROMPENDO AS BARREIRAS DE GÊNERO NO ACESSO À PÓS-GRADUAÇÃO NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO ..... 1624

*FABÍOLA SUCASAS NEGRÃO COVAS*

**CAPÍTULO 14**

O FEDERALISMO FINANCEIRO E O DESAFIO DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL ..... 1650

*CARLA NOURA TEIXEIRA*

*YASMIN SALES SILVA CARDOSO*

**CAPÍTULO 15**

AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO INCLUSIVA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA ..... 1664

*FLÁVIA PIVA ALMEIDA LEITE*

*MARIA CRISTINA TEIXEIRA*

**CAPÍTULO 16**

A EDUCAÇÃO DE GÊNERO COMO MECANISMO GARANTIDOR DA IGUALDADE SOCIAL..... 1673

*ANDRESSA LACK SILVEIRA E SILVA*

*CAMILA DE AZEVEDO ANTUNES*

**CAPÍTULO 17**

MULHER COM DEFICIÊNCIA E SEUS DIREITOS RECONHECIDOS ..... 1682

*RENATA LIMA DE ANDRADE CRUPPI*

**CAPÍTULO 18**

A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES INTERNACIONAIS PERANTE A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: UM OLHAR SOBRE O JULGAMENTO DA EXTRADIÇÃO 1.362/DF ..... 1694

*ANA FLÁVIA VELLOSO*

**CAPÍTULO 19**

EQUIDADE DE GÊNERO EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA: UM ESTUDO A PARTIR DE DOIS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... 1704  
*DESDÊMOMA TENÓRIO DE BRITO TOLEDO ARRUDA*

**CAPÍTULO 20**

UM OLHAR CONSTITUCIONAL SOBRE A MULHER EM FACE À PANDEMIA DO CORONAVÍRUS: MATERNIDADE, AFAZERES DO LAR E TRABALHO..... 1712  
*KARIN BHERING ANDRADE*  
*IRIS SOIER DO NASCIMENTO DE ANDRADE*

**CAPÍTULO 21**

DISPUTAS REPRESENTATIVAS SOBRE A PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DO STF..... 1725  
*CAROLINA SOARES CASTELLIANO LUCENA DE CASTRO*

**CAPÍTULO 22**

AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO..... 1737  
*THAÍS MARAFANTI*

**CAPÍTULO 23**

A CAVERNA DA IGNORÂNCIA..... 1748  
*MARIA VALÉRIA NOVAES SANTOS*

**CAPÍTULO 24**

PROIBIÇÃO DE EDUCAÇÃO SOBRE GÊNERO: UMA PATENTE INCONSTITUCIONALIDADE.....1759  
*ANA CLARA TOSCANO ARANHA PEREIRA*  
*ANNA CATHARINA MACHADO NORMANTON*

**CAPÍTULO 25**

A SUSTENTABILIDADE PREVIDENCIÁRIA E A DIFERENÇA DE IDADE ENTRE HOMENS E MULHERES PARA FINS DE APOSENTADORIA ..... 1774  
*ZÉLIA LUIZA PIERDONÁ*  
*CARLA FERREIRA LOPES DA SILVA QUEIROZ*

**CAPÍTULO 26**

A SAÚDE E SUA REGULAÇÃO NO BRASIL..... 1786  
*CAMILA BARRETO PINTO SILVA*

**CAPÍTULO 27**

O SIGNIFICADO JURÍDICO DE “SAÚDE COMO DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO”.....1802  
*DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI*  
*MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA*

**CAPÍTULO 28**

IMPORTÂNCIA DO TRABALHO PARA A REINVENÇÃO DA EMANCIPAÇÃO FEMININA NO BRASIL: ANÁLISE CONSTITUCIONAL..... 1820  
*MAURINICE EVARISTO WENCESLAU*  
*BRUNA CONCEIÇÃO XIMENES DE ARAÚJO*



**CAPÍTULO 29**

O DIREITO DAS MULHERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AO TRABALHO E EMPREGO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE..... 1835

*PATRICIA PACHECO RODRIGUES*

*SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES*

*SAMIRA RODRIGUES PEREIRA ALVES*

**CAPÍTULO 30**

LEGISLAÇÃO TRABALHISTA TEM DE GARANTIR SUSTENTABILIDADE AO CAPITAL E TRABALHO ..... 1845

*GILDA FIGUEIREDO FERRAZ DE ANDRADE*

**CAPÍTULO 31**

UM OLHAR FEMININO SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA..... 1855

*FLÁVIA DE ALMEIDA VIVEIROS DE CASTRO*

**CAPÍTULO 32**

DIREITO À ANCESTRALIDADE: DO DIREITO CONSTITUCIONAL À VERDADE SOBRE A PRÓPRIA ORIGEM GENÉTICA EM CASOS DE CÂNCER DE MAMA ..... 1864

*ADALGISA PIRES FALCÃO*

*MAÍRA FELTRIN ALVES*

**CAPÍTULO 33**

GÊNERO, EDUCAÇÃO E DEMOCRACIA ..... 1872

*RAFAELA CALDEIRA GONÇALVES*

# INTRODUÇÃO

## O PAPEL DAS MULHERES NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

**Renata Mota Maciel**

**Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques**

**Patrícia Pacheco Rodrigues**

**Samira Rodrigues P. Alves**

A mulher desde seu ingresso no mercado de trabalho sofreu e ainda sofre com as manifestações de diferenças baseadas no gênero, com menores salários e oportunidades, são as maiores vítimas do assédio sexual. Opressão essa que tem como componente a extrema violência moral e sexual e como base o abuso de poder, colocando a vítima em situação vexatória, provocando insegurança profissional, problemas de saúde, prejuízos pessoais e familiares.

Necessário o estudo da dicotomia público/doméstico, do impacto e os efeitos da violência no mercado de trabalho, assim como na habilidade e produtividade da vítima no emprego, impactos mediados por uma complexa relação de variáveis com diferentes efeitos no curto e no longo prazo. Daí ser fundamental o conceito feminista de gênero de Simone de Beauvoir para quem “não se nasce mulher, torna-se mulher” e sobre a divisão do trabalho por sexo.

Após muitos conflitos e revoltas dadas as condições de trabalho é que começaram a surgir as primeiras leis de proteção, inicialmente as mulheres e crianças. Na atualidade o ordenamento pátrio estabelece hipóteses, de acordo com a ressalva contida no art. 7º, inc. XXXIII da [Constituição de 1988](#), que possibilitam o trabalho de meninos e meninas a partir dos quatorze anos: o contrato de aprendizagem ([Lei nº 10.097/2000](#)); o contrato de estágio ([Lei nº 11.788/2008](#)) e o trabalho socioeducativo e a participação da criança e do adolescente em eventos artísticos (respectivamente arts. 68 e 149, inc. II, da [Lei nº 8.069 de 1990](#)) e a atividade desportiva formadora dos atletas mirins ([Lei nº 9.615/98](#), art. 29, § 4º).

O empoderamento feminino no âmbito do trabalho repercute positivamente contra as violências no âmbito doméstico. Contudo, esse empoderamento feminino não pode ser visto como “desempoderamento masculino”, mas como um compartilhamento com os homens do provimento da família, refletindo diretamente na divisão de papéis e nas responsabilidades domésticas.

# CAPÍTULO 1

## MULHER E TRABALHO: A BUSCA DA CIDADANIA FUNDADA NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE E DA IGUALDADE

Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

### 1 INTRODUÇÃO

A *Constituição da República* elenca no primeiro inciso do rol dos direitos e garantias fundamentais a máxima de que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. A posição topográfica sinaliza prioridade dentre os direitos fundamentais. O princípio da isonomia consta no *caput* do artigo 5º, que afirma serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A elaboração de uma edificação normativa que concretize os princípios constitucionais da igualdade e da liberdade é passo consequente.

Na esfera laboral, configura-se pela equidade nas oportunidades de trabalho remunerado e divisão de responsabilidades nas tarefas domésticas.

Igualdade e liberdade estão intrinsecamente relacionadas para o pleno exercício da cidadania.

### 2 A CONQUISTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A IGUALDADE DE GÊNERO

O percurso de conquista dos direitos fundamentais é um processo histórico complexo caracterizado por avanços e retrocessos e, como bem nos lembra Menelick de Carvalho Netto<sup>1</sup>, embora representem uma aquisição evolutiva, esses direitos estão sempre sujeitos a apropriações abusivas. Nesse sentido, explicita:

**[...] Fundamentos que se acreditaram definitivos e que, hoje, revelam-se frágeis, requerendo que os compreendamos como conquistas históricas discursivas** que, embora estruturalmente inafastáveis do processo de reprodução diuturna da sociedade moderna, **por si sós, não são definitivas, ao contrário, encontram-se, elas próprias, em permanente risco de serem manipuladas e abusadas.** Vimos a fragilidade da fundamentação que, em nossa época, podemos plausivelmente oferecer à noção de **direitos fundamentais** e, claramente, prefiro essa expressão à outra, direitos humanos, por entendê-los **conquistas históricas, aquisições evolutivas socialmente criadas, direitos institucionalizados em uma**

<sup>1</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adécio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 142.

**sociedade improvável, complexa.** Na modernidade, vivemos em uma sociedade instável, uma sociedade que se alimenta de sua própria instabilidade, uma sociedade absolutamente implausível.<sup>2</sup> (grifo nosso)

Em seguida, Menelick de Carvalho Netto explica que a grande questão de nosso tempo é compreender os direitos fundamentais como “algo permanentemente aberto, ver a própria Constituição formal como um processo permanente, e, portanto, mutável, de afirmação da cidadania”.<sup>3</sup>

O conceito sofreu transformações ao longo dos séculos, na medida em que o rol de direitos atribuídos a um cidadão foi ganhando corpo e tornando-se mais robusto.

A conhecida teoria da cidadania de T. H. Marshall, na era moderna, parte da conjugação de três elementos: o civil, o político e o social.<sup>4</sup> A respeito desses elementos, acentua:

O **elemento civil** é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à Justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. Isto nos mostra que as instituições mais intimamente associadas com os direitos civis são os tribunais de justiça. Por **elemento político** se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e conselhos do Governo local. O **elemento social** se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais.<sup>5</sup> (grifo nosso).

Em seu estudo sobre o desenvolvimento da cidadania na Inglaterra, T. H. Marshall propõe que foram reconhecidos em primeiro lugar os direitos civis, tendo como núcleo as liberdades individuais, seguidos pelos direitos políticos, dedicados à participação dos cidadãos nos negócios públicos, e por último os direitos sociais, que deveriam garantir a igualdade material e a concretização do acesso de todos os cidadãos aos bens da vida.<sup>6</sup>

Um fato interessante registrado por T. H. Marshall reside na forma como as mulheres eram protegidas com alguns direitos sociais, mas eram excluídas dos direitos políticos e civis nos ordenamentos ingleses dos séculos XVIII e início e meados do XIX, por não serem consideradas verdadeiramente cidadãs. O sociólogo avalia essa situação:

As mulheres eram protegidas porque não eram cidadãs. Se desejassem gozar da cidadania com todos os seus direitos, tinham de desistir da proteção. Pelo fim do século XIX, tais argumentos se tinham tornado obsoletos, e o código industrial se tornou um dos pilares do edifício de direitos sociais.<sup>7</sup>

2 CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adécio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 142.

3 CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adécio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 145.

4 MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução: Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, [1967]. p. 63.

5 MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução: Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, [1967]. p. 63-64.

6 MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução: Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, [1967]. p. 66-75.

7 MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução: Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, [1967]. P. 73.

Por outro lado, ao investigar como se desenrolou o processo no Brasil, o historiador José Murilo de Carvalho percebeu que a sequência proposta por Marshall não se aplicava aqui da mesma forma, e sugeriu que o trajeto de incorporação de direitos teria seguido uma ordem invertida no caso brasileiro, sendo deflagrado pelos direitos sociais, seguindo-se dos direitos políticos e terminando com os direitos civis. Nesse sentido, o historiador faz a seguinte análise:

**A cronologia e a lógica da sequência descrita por Marshall foram invertidas no Brasil. Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da sequência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo.**<sup>8</sup> (grifo nosso).

Entretanto, no Brasil, a conquista dos direitos políticos pelas mulheres, em 1932, precedeu à dos direitos sociais e civis. Um primeiro marco da emancipação feminina ocorreu com a obtenção do direito ao voto pelas mulheres, positivado na [Constituição de 1934](#). Até então, as brasileiras estavam excluídas do direito de escolher seus representantes políticos e, portanto, de participar do processo democrático de autodeterminação coletiva. É verdade, por um lado, que o reconhecimento formal dessa liberdade política não implicava uma abertura para o acesso da mulher às estruturas de poder, que se mantinham sob a hegemonia masculina, mas, por outro lado, não se pode desprezar o significado dessa mudança no contexto da época e sua correlação com reivindicações encampadas pela mulher brasileira, que tornou o sufrágio feminino uma conquista, e não uma mera concessão do Estado.

A essa projeção, ainda que tímida, da mulher no âmbito da política formal, não corresponderam mudanças nas relações familiares e domésticas, moldadas sob o signo de uma sociedade patriarcal. Ou seja, dentro do lar, o papel feminino continuava bem definido e centrado no desempenho das funções de mãe e de esposa, bem como na execução das tarefas da casa. A mulher passava da esfera de dominação do pai para a do marido e, uma vez casada, era considerada como pessoa relativamente incapaz até 1962, quando se deu a promulgação do Estatuto da Mulher Casada ([Lei nº 4.121/1962](#)) – que reconheceu a capacidade jurídica da esposa, mas manteve o homem como detentor do pátrio poder e chefe da sociedade conjugal.

Ao longo das décadas de 1960 e 1970, as bandeiras igualitárias do movimento feminista e as pautas pela transformação dos costumes, patrocinadas pela revolução sexual (que ficou simbolizada pelo advento da pílula anticoncepcional), entraram na ordem do dia. Ainda no campo jurídico, a Lei do Divórcio, Lei nº 6.515/1977, veio alargar as possibilidades de dissolução do casamento, priorizando a manifestação de vontade dos cônjuges em romper o vínculo matrimonial.

No plano dos direitos civis, a igualdade se consolidou com o [Código Civil de 2002](#).

<sup>8</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2008. p. 219-220.

Antes dessa igualdade no plano civil, o advento da [Constituição de 1988](#) firmou na ordem jurídico-política o paradigma do Estado Democrático de Direito, que se estrutura a partir de uma tensão constitutiva entre democracia e constitucionalismo.<sup>9</sup>

Jürgen Habermas demonstra que o constitucionalismo e a democracia estão intrinsecamente ligados de forma indissociável para seu conceito de Estado de Direito:

A ideia do Estado de Direito exige em contrapartida uma organização do poder público que obriga o poder político, constituído conforme o direito, a se legitimar, por seu turno, pelo direito legitimamente instituído. É verdade que o código do direito e o código do poder precisam completar-se mutuamente, para que possam preencher suas respectivas funções.

[...]

Por isso, é possível desenvolver a ideia do **Estado de Direito** com o auxílio de princípios segundo os quais **o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado.**<sup>10</sup> (grifo nosso).

Isso significa que a prática político-democrática retira seu substrato de legitimidade do próprio respeito aos direitos das minorias, positivados na Constituição, uma vez que são esses mesmos direitos que garantem uma participação igualitária de todos os cidadãos na ação comunicativa que constitui a democracia.<sup>11</sup>

Analisando a questão da mulher no mercado de trabalho, é possível reconhecer que em termos de poder as mulheres ainda representam uma minoria, vez que ainda não alcançaram a paridade nos cargos de gestão e liderança na maioria das empresas privadas e até nas instituições do setor público. A facticidade ainda reproduz algumas condições desiguais para as mulheres no mercado de trabalho remunerado, que estão intrinsecamente relacionadas a uma maior responsabilidade pelo cuidado dos filhos e das tarefas domésticas.

Porém, dos avanços normativos que concernem aos direitos das mulheres, é importante destacar que a [Constituição de 1988](#) consagrou a igualdade de direitos e deveres na família, que passam a ser compartilhados de forma paritária por ambos os pais no exercício do poder familiar, como preceitua o artigo 226 da Carta. Nessa esteira, o direito de família começou a ser repensado sob novas bases, assumindo a afetividade como categoria central das relações entre os integrantes da estrutura familiar.

Essa trajetória nos legou uma conjuntura, hoje, na qual assistimos a uma gradativa inserção da mulher no mercado de trabalho, desfrutando de novas perspectivas de desenvolvimento profissional, e a uma crescente visibilidade nos espaços políticos, econômicos e sociais. Não podemos ignorar, entretanto, que a mulher segue sendo inferiorizada nas relações de trabalho e enfrenta relações de poder historicamente desiguais, e isso demonstra que as práticas de emancipação convivem com a reprodução de práticas discriminatórias, já que velhos preconceitos e exclusões se mimetizam e se apresentam sob outras formas.

9 Conferir: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade – volume 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

10 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade – volume 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 211-212.

11 Nesse sentido, ver: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade – volume 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

Persistem problemas históricos relativos à garantia de direitos básicos, como à integridade física e psíquica, que expõem a vulnerabilidade da mulher na esfera doméstica, onde o domínio do homem ainda se efetiva por meio do recurso a distintos modos de violência.

Os direitos sociais foram contemplados, em especial a partir da edição da CLT, em 1943. A Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada em 1974, foi ratificada pelo Brasil em 1984. E uma sequência de normas constitucionais, legais e internacionais contemplou a igualdade de gênero, como espécie do princípio da isonomia, inclusive por meio de leis de conteúdo criminal.

Neste momento histórico, pode-se afirmar que a condição feminina no universo do trabalho tem ampla proteção legal, inclusive por meio de normas direcionadas à maternidade e impeditivas de discriminação.

Verifica-se, contudo, segundo pesquisa realizada pelo Departamento de Administração da Universidade de Harvard, que ainda hoje existe uma menor proporção de mulheres em posições de liderança corporativa, observando um grupo de homens e mulheres com semelhante ou idêntica formação e expectativa profissional.<sup>12</sup>

Como superar os dados estatísticos? Como assegurar igualdade de gênero nas admissões aos postos de trabalho e às promoções ou investidora em cargos de chefia?

Um dos fatores considerados é a disparidade entre os períodos de licença maternidade e paternidade. Enquanto a licença maternidade pode ser de no mínimo 4 e no máximo 6 meses, a licença paternidade é de no mínimo 5 e no máximo 20 dias. Países como a Alemanha<sup>13</sup> e a Suécia estabelecem um mínimo de licença a ser usufruída exclusivamente pela mulher e garantem o gozo de uma licença parental (*parental leave*) a ser compartilhada entre a mãe e o pai da criança. Esse tipo de política favorece um redesenho da *divisão sexual do trabalho*<sup>14</sup>, retirando a responsabilidade pelo cuidado da criança apenas da mãe, para distribuir esse dever com o pai, para que ambos tenham condições de se dedicar ao mercado de trabalho em igualdade de condições.

Certo é que a concretização da igualdade de gênero alcança as mais diversas esferas da vida humana, o trabalho, a família, o convívio social, e exige permanente vigilância.

Não há uma receita ou fórmula que possa explicar ou enquadrar numa moldura o caminho das lutas por direitos que se travam na história de um povo. A realidade social é mais complexa e resistente às tentativas de simplificação contidas em modelos teóricos. Quando olhamos, em particular, para a luta histórica das mulheres por reconhecimento e inclusão social, nas trincheiras de combate contra todas as formas de discriminação, comprovamos mais uma vez que o processo de conquista e de afirmação de direitos não é linear e tampouco está livre de contradições.

12 ELY, Robin J., STONE, Pamela, AMMERMAN, Colleen. **Rethink what you “know” about high-achieving women**. Disponível em: <https://hbr.org/2014/12/rethink-what-you-know-about-high-achieving-women>. Acesso em: 04 out. 2021.

13 GEISLER, Esther; KREYENFELD, Michaela. **How policy matters: germany’s parental leave benefit reform and father’s behavior – 1999-2009**. Working paper of the Max Planck Institute for Demographic Research. Disponível em: <http://www.demogr.mpg.de/papers/working/wp-2012-021.pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.

14 A divisão sexual do trabalho atribui aos homens as tarefas com maior remuneração e prestígio social, e às mulheres, as atividades típicas de cuidado e reprodução social. Para melhor compreensão do conceito “divisão sexual do trabalho”, consultar: HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. **Cad. Pesqui.**, v. 37, n. 132, p. 595-609, set./dez. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15742007000300005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/fj/cp/a/cCztcWVvvtWGDvFqRmdsBWQ?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.

Existe hoje uma rede de órgãos públicos em parceria com os mais variados atores da sociedade civil preocupada em fortalecer e fazer avançar políticas de gênero, e o CNJ tem desempenhado um importante papel na promoção de políticas judiciárias voltadas à proteção da mulher, que deve ter no Poder Judiciário um fiel escudeiro. Paz e justiça devem caminhar juntas, ou não realizaremos nenhuma das duas.

### 3 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL AO TRABALHO DA MULHER

A [Constituição da República](#), no art. 7º, elenca os direitos sociais. No inciso XVIII, assegura licença-maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário e, no inciso XXX, veda critério de admissão, diferença de salários e de exercício de funções, por motivo de sexo. O art. 10, II, b, do ADCT, protege a concepção, garantindo o emprego à gestante, desde a concepção até 5 meses após o parto.

A nível infraconstitucional, a Consolidação das Leis do Trabalho estabelece normas de proteção ao trabalho da mulher, nos artigos 372 a 401.

A [Lei nº 9.029, de 13.04.95](#), veda práticas discriminatórias limitativas do ingresso da mulher na relação de emprego ou na sua manutenção e dispõe sobre as penas aplicáveis para os casos de descumprimento da lei.

Editada com o objetivo de proteger a maternidade e de promover a igualdade no mercado de trabalho, a [Lei nº 9.799/99](#) insere na CLT condições de ingresso da empregada no mercado de trabalho e contempla a gestante com garantias no curso da gravidez.

No âmbito penal, a [Lei nº 10.224/2001](#) tipifica o crime de assédio sexual, que, ao implicar violação de direitos fundamentais, entre os quais à liberdade sexual, à dignidade e à intimidade, acaba por tornar-se conduta inconstitucional, ofensiva e violenta. Nesse aspecto, o principal efeito que o assédio sexual produz, no contrato de trabalho, é a sua dissolução, além do direito à reparação.

Esses e outros dispositivos legais concretizam os princípios constitucionais da liberdade e da igualdade, vedando condutas que traduzam o oposto, proibindo todo tipo de ofensa que restrinja as opções de escolha da mulher ou qualquer conduta discriminatória que venha anular a igual consideração e respeito por sua vida e por seu trabalho.

No que se refere à igualdade de gênero, vivemos hoje um tempo promissor, na área do Direito. No serviço público, com a obrigatoriedade do concurso público para ingresso, não é possível adotar critérios discriminatórios para a admissão, embora ainda permaneça a busca pela igualdade nos métodos de promoção e crescimento na carreira. Ainda convivemos, no setor privado, quiçá, com comportamentos discriminatórios invisíveis, inconscientes ou mesmo manifestos, mas em sensível declínio, o que nos faz acreditar que o ideal da igualdade está sendo materialmente implementado na sociedade.

Transparece, assim, a relevância e o papel do art. 5º da [Constituição da República](#), que estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O seu inciso I compatibiliza-se com o dis-



posto no art. 3º, IV, que estabelece como objetivo da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Além disso, a dignidade da pessoa humana reconhecida como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro pelo art. 1º, III, é confirmada no âmbito familiar através da disposição do artigo 226, § 7º, que determina a combinação deste princípio constitucional com o princípio da paternidade responsável para garantir uma organização familiar livre e amparada pelo Estado.

A assunção de uma paternidade responsável pelos homens e o amparo constitucional à maternidade oferecido pelo Estado são pilares fundamentais para se garantir o sucesso da mulher no mercado de trabalho remunerado, possibilitando que desenvolva habilidades profissionais e se dedique ao crescimento profissional, por não assumir exclusivamente as responsabilidades parentais.

#### 4 A SITUAÇÃO DA PANDEMIA CAUSADA PELO NOVO CORONAVÍRUS E SEUS REFLEXOS NO TRABALHO FEMININO

A pandemia da Covid-19 apresentou-se primeiramente como uma crise sanitária, que gerou também uma crise econômica com efeitos inimagináveis a nível local, nacional e global.

Quando se analisa a crise econômica, de imediato surge a questão de gênero a ser enfrentada, considerando que as mulheres em regra são as primeiras a serem afetadas pelo desemprego e em maior número a sofrerem empobrecimento se comparadas com os homens.

Segundo a professora de Direito Internacional da London School of Economics (LSE) Christine Chinkin, a experiência da pobreza também é marcada pelo gênero. De acordo com a jurista, “as meninas são as primeiras a saírem da escola, as mulheres são as primeiras e as que mais sofrem com a transição econômica e com o aumento do desemprego, a crise econômica atinge de forma mais forte as mulheres” (tradução livre).<sup>15</sup>

Segundo dados divulgados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PnadC), na segunda metade do mês de março de 2020 (quando foram iniciadas as medidas de restrição de funcionamento do comércio), 7 milhões de mulheres abdicaram de suas atividades remuneradas, ao passo que entre os homens esse número foi de 5 milhões.<sup>16</sup> Essa retirada proporcionalmente maior das mulheres do mercado de trabalho se deve a vários fatores, os principais são: as mulheres em regra ocupam funções menos qualificadas e mais precárias que exigem atividades que não podem ser realizadas de forma remota; as mulheres são as principais responsáveis pelo cuidado dos filhos e da casa e a situação da pandemia agrava esse ônus, uma vez que as crianças estão sem escolas e creches funcionando de forma presencial.<sup>17</sup>

15 CHINKIN, Christine. The united nations decade for the elimination of poverty: what role for international law. *Current Legal Problems*, v. 54, n. 1, p. 553-589, 2001. DOI: <https://doi.org/10.1093/clp/54.1.553>. Disponível em: <https://academic.oup.com/clp/article-abstract/54/1/553/400413?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 04 out. 2021. p. 553.

16 ALMEIDA, Cássia; ANTUNES, Leda. Pandemia faz sete milhões de mulheres deixarem o mercado de trabalho. *O Globo*, 21 jun. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/celina/pandemia-faz-sete-milhoes-de-mulheres-deixarem-mercado-de-trabalho-24489196>. Acesso em: 04 out. 2021.

17 ALMEIDA, Cássia; ANTUNES, Leda. Pandemia faz sete milhões de mulheres deixarem o mercado de trabalho. *O Globo*, 21 jun. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/celina/pandemia-faz-sete-milhoes-de-mulheres-deixarem-mercado-de-trabalho-24489196>. Acesso em: 04 out. 2021.

A ONU Mulheres contabiliza que 70% da força de trabalho em serviços sociais e de saúde são mulheres e são três vezes mais sobrecarregadas com serviços de cuidado com a casa e os filhos.<sup>18</sup> A ONU Mulheres também fez a constatação de que as mulheres são maioria em ocupações mal remuneradas, informais e com rendimento incerto e precário, o que indica que serão as mais afetadas pela crise econômica gerada pela Covid-19.<sup>19</sup>

Todo esse cenário demonstra que ainda existe uma forte divisão sexual do trabalho atribuindo maior responsabilidade pelo cuidado dos filhos e da casa para as mulheres, que acumulam duplas ou triplas jornadas de trabalho, além de que existe ainda forte discriminação de gênero no mercado de trabalho remunerado, que se reflete em menores remunerações pelos mesmos serviços e maior índice de assédio moral e sexual.

Para enfrentar o problema, registra-se a ampla proteção constitucional ao trabalhador nessas circunstâncias, por meio das disposições inscritas no artigo 5º, incisos V e X, que asseguram “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e a inviolabilidade “da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Considerando que o assédio moral é uma violência que contamina e degrada o meio ambiente de trabalho, gerando adoecimento, é possível compreender que o inciso XXII do artigo 7º da [Constituição da República](#) determina que o empregador adote medidas que coíbam e punam práticas assediadoras, com “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Apesar de a plena igualdade de gênero estar positivada, no texto constitucional, verifica-se que a sua dimensão material pode ser comprometida, inclusive por fatores externos, como o que foi assinalado, hipótese em que os esforços de superação devem ser tripartidos entre o trabalhador, o empregador e o Estado, com vistas à superação das dificuldades.

## 5 AS MULHERES NO PODER JUDICIÁRIO

Após duas décadas do século XXI, as mulheres estão ocupando postos de liderança e desempenhando funções de comando e chefia nos mais variados ofícios do mundo do trabalho.

No Poder Judiciário, as conquistas das mulheres têm avançado desde a vigência da [Constituição da República de 1988](#).

Em análise apurada, a juíza Rejane Jungbluth Suxberger fez o seguinte relato sobre o ingresso das mulheres nas Cortes Superiores e no Supremo Tribunal Federal:

18 NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Mulheres pede atenção às necessidades femininas nas ações contra a Covid-19**. 24 mar. 2020. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/85334-onu-mulheres-pede-atencao-necessidades-femininas-nas-acoes-contra-Covid-19>. Acesso em: 04 out. 2021.

19 NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Mulheres pede atenção às necessidades femininas nas ações contra a Covid-19**. 24 mar. 2020. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/85334-onu-mulheres-pede-atencao-necessidades-femininas-nas-acoes-contra-Covid-19>. Acesso em: 04 out. 2021.

[...] saberiam dizer o que sentimos quando vimos Cnéa Cimini Moreira de Oliveira ser a primeira mulher a ocupar um cargo em um Tribunal Superior (TST), em dezembro de 1990? E a emoção de junho de 1999 quando a ministra Eliana Calmon, magistrada de carreira da Justiça Federal, foi a primeira a ocupar um assento no Superior Tribunal de Justiça (STJ), dez anos depois de inaugurado. **No ano 2000, fomos testemunhas do primeiro banheiro feminino construído no Supremo Tribunal Federal para receber a Ministra Ellen Gracie**, quando aquela Corte ainda era um reduto de homens.<sup>20</sup> (grifo nosso.)

Ainda há muito a ser conquistado para as mulheres no mundo real. O Direito tem papel fundamental na formulação de uma estrutura normativa que incentive a divisão de responsabilidades por tarefas de cuidado com a família entre homens e mulheres, uma vez que as relações de poder no espaço doméstico refletem-se nos espaços de trabalho remunerado existentes no mercado e também nos Poderes da República, dentre eles o Poder Judiciário.

O século XXI iniciou já com grandes avanços tanto a nível constitucional quanto legal para a proteção da mulher e a garantia de seu espaço no mercado de trabalho com equidade e justiça.

Derrida afirma que a justiça vai além de qualquer definição que o Direito ou a Política possam lhe atribuir, uma vez que consiste em uma abertura para o outro que está no “porvir”, ou seja, um exercício de alteridade que é constante e permanente.<sup>21</sup> Segundo essa concepção, a justiça está no porvir pelo simples fato de que é um ideal a ser alcançado, um projeto, um norte que a sociedade deve almejar e trabalhar para construir. É na abertura para o outro que residirá a Justiça por vir.

Ao tratar do conceito de Justiça, a filósofa norte-americana Nancy Fraser afirma que “a justiça hoje exige tanto redistribuição como reconhecimento”.<sup>22</sup> Para Fraser, existem dois tipos de injustiça: a injustiça econômica e a injustiça cultural.

A injustiça econômica é fundada na desigualdade socioeconômica, que gera pobreza extrema e deve ser combatida com a redistribuição de recursos financeiros.<sup>23</sup>

Já a injustiça cultural ocorre pela falta de respeito e valorização de certos coletivos que não correspondem ao padrão dominante, e pode ser resolvida por meio do reconhecimento das diferenças entre as pessoas e grupos sociais para que todos sejam acolhidos e respeitados.<sup>24</sup>

Como explica Nancy Fraser, algumas condições podem ser consideradas como bivalentes por abarcarem tanto a injustiça econômica, quanto a injustiça cultural, como exemplo o gênero. As mulheres sofrem tanto com o estereótipo criado culturalmente que as inferioriza na sociedade descredibilizando suas capacidades profissionais, quanto com a in-

20 SUXBERGER, Rejane Jungbluth. A importância da mulher no Poder Judiciário. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, 08 mar. 2016. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2016-1/a-importancia-da-mulher-no-poder-judiciario-juiza-rejane-jungbluth-suxberger>. Acesso em 04 out. 2021.

21 DERRIDA, Jacques. *Força de lei. O fundamento místico da autoridade*. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010. p. 54-55.

22 FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. *Cadernos de Campo*, São Paulo, v. 15, n. 14/15, p. 1-382, 2006. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9133.v15i14-15p231-239>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/50109>. Acesso em: 04 out. 2021. p. 231.

23 FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. *Cadernos de Campo*, São Paulo, v. 15, n. 14/15, p. 1-382, 2006. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9133.v15i14-15p231-239>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/50109>. Acesso em: 04 out. 2021. p. 231.

24 FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. *Cadernos de Campo*, São Paulo, v. 15, n. 14/15, p. 1-382, 2006. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9133.v15i14-15p231-239>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/50109>. Acesso em: 04 out. 2021. p. 232.

justiça econômica que não remunera serviços de cuidado com a família e a casa e até uma diferença discriminatória nos salários do mercado de trabalho remunerado, fundada meramente na condição de ser mulher.<sup>25</sup> Nessa hipótese, são necessários tanto a redistribuição quanto o reconhecimento para as mulheres alcançarem a justiça.

No nosso modelo de governo republicano, muitas vezes nos referimos ao Poder Judiciário como a “Justiça”. Isso porque compreendemos que é o Poder Judiciário o responsável por dar uma resposta justa a um conflito de interesses de acordo com o direito vigente. É por meio dos órgãos judiciais que o Estado oferece redistribuição e reconhecimento em situações em que ao menos uma das partes alega haver injustiça.

Além dos instrumentos para garantir que os indivíduos levem suas demandas à apreciação do Poder Judiciário ou, pelo menos, tenham seus conflitos solucionados, é fundamental pensar que o acesso à Justiça também engloba a possibilidade de o cidadão integrar o Poder Judiciário na condição de membro julgador.

A Democratização de acesso à Justiça também implica que a composição dos membros do Poder Judiciário seja democrática, ou seja, contenha em seus quadros uma representação mais fiel e equilibrada da composição da sociedade brasileira.

Dentre os direitos sociais, a [Constituição da República](#) elenca no artigo 7º, inciso XX, “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. A proteção ao mercado de trabalho da mulher inclui sua inserção também no Poder Judiciário, tanto como servidora, quanto como magistrada.

Além disso, dentre os incentivos ao mercado de trabalho por meio de legislação específica, pode-se citar o Decreto nº 4.377/2002, que ratifica e insere no ordenamento jurídico brasileiro a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Entre as considerações da Convenção, pode-se destacar o reconhecimento de que “a participação máxima da mulher, em igualdade de condições com o homem, em todos os campos, é indispensável para o desenvolvimento pleno e completo de um país, o bem-estar do mundo e a causa da paz”.

Dentre as atividades que compõem parte indispensável de um Estado, está a tarefa judicante e todos os ofícios que a circundam. Assim, é fundamental compreender que a inserção das mulheres em condições de igualdade no Poder Judiciário é parte de um projeto para garantir o desenvolvimento pleno e completo do país.

Em seu artigo 11, a Convenção da ONU para Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher estabelece que o direito ao trabalho é inalienável e deve ser proporcionado às mulheres em igualdade de condições, inclusive remuneratórias, se comparadas às dos homens.

A inserção da mulher no Poder Judiciário depende não só de incentivos para a educação de meninas e mulheres, mas também de políticas públicas que permitam a informação e a concessão de condições materiais para que possam se dedicar à formação profissional robusta que a magistratura exige. Não há como se verificar uma composição mais igua-

25 FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. *Cadernos de Campo*, São Paulo, v. 15, n. 14/15, p. 1-382, 2006. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9133.v15i14-15p231-239>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/50109>. Acesso em: 04 out. 2021. p. 233-234.

litária do Poder Judiciário, seja nas primeiras instâncias, seja nas Cortes, sem que políticas de base sejam implementadas para fomentar a formação profissional de meninas e mulheres.

Considerando a importância de se garantir o desenvolvimento sustentável com a maior participação de todos na sociedade, representantes de 193 Estados-membros da ONU elaboraram a “Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” em setembro de 2015.<sup>26</sup>

Segundo a Plataforma Agenda 2030, o documento “Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável” adotou 17 “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável” (ODS)<sup>27</sup>, sendo que o 5º objetivo é justamente “alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas”.<sup>28</sup>

Com o fim de implementar a Agenda 2030 e concretizar seus objetivos, o Conselho Nacional de Justiça, sob a presidência da Ministra Cármen Lúcia, editou a Resolução nº 255, de 4 de setembro de 2018, para instituir a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário, com especial enfoque no 5º Objetivo de Desenvolvimento Sustentável.

No nosso atual modelo, o ramo do Poder Judiciário que melhor atende a esse critério democrático é a Justiça do Trabalho, se for analisado o recorte de gênero.

Em 2019, o CNJ produziu o “Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário”, demonstrando que as mulheres ainda são minoria no Poder Judiciário brasileiro, considerando todos os seus ramos e instâncias. Apesar disso, houve um certo crescimento na participação das mulheres de 1988 a 2019. Em 1988, as mulheres representavam 24,6% da magistratura em atividade e em 2019 esse percentual foi elevado para 38,8%. Esse percentual é totalmente dispar se comparado com a composição da sociedade brasileira segundo dados do IBGE, que registra 51,6% de mulheres e 48,4% de homens.<sup>29</sup>

No panorama do “Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário”, as mulheres são maioria nos últimos 10 anos nos cargos de chefia entre servidores, representando 54,7%, e também são 56,8% dos ocupantes das funções de confiança e cargos comissionados. Já em relação aos magistrados de todos os ramos, nos últimos 10 anos, as mulheres representam apenas 37,6%.<sup>30</sup>

Segundo o Diagnóstico do CNJ, as mulheres são maioria ou representam exatamente metade da composição dos magistrados somente em alguns casos específicos, como ocorre em diversos Tribunais Regionais do Trabalho.<sup>31</sup>

26 PLATAFORMA AGENDA 2030. A Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/>. Acesso em: 04 out. 2021.

27 PLATAFORMA AGENDA 2030. A Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/>. Acesso em: 04 out. 2021.

28 PLATAFORMA AGENDA 2030. Os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável: objetivo 5:

igualdade de gênero. Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/ods/5/>. Acesso em: 04 out. 2021.

29 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/42b18a2c6bc108168fb1b978e284b280.pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.

30 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/42b18a2c6bc108168fb1b978e284b280.pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.

31 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/42b18a2c6bc108168fb1b978e284b280.pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.

Em uma análise de toda a Justiça do Trabalho, o relatório do CNJ demonstrou que em 2018 as mulheres representavam 50,5% de todos os magistrados ativos, o que indica como esse ramo alcançou em seu conjunto uma paridade de gênero entre seus membros.<sup>32</sup>

Em relação ao quadro de servidores, as mulheres já ganham maior expressividade em termos percentuais, representando a maioria das composições nos mais diversos ramos e instâncias do Poder Judiciário.<sup>33</sup>

Além dos direitos conquistados até aqui e da liberdade já alcançada, ainda se luta pela igualdade em sua forma mais plena. Como disse Clarice Lispector: “Liberdade é pouco. O que desejo ainda não tem nome”.<sup>34</sup>

Ao Poder Judiciário compete interpretar e aplicar o direito ao caso concreto e dirimir as controvérsias que lhe são submetidas, sendo importante registrar que essa função não tem gênero. Para além de uma discussão limitada ao prisma da consciência do magistrado, a questão tornou-se fundamental para compreender o próprio papel institucional do Poder Judiciário em uma democracia constitucional.

E no exercício da função jurisdicional, é importante considerar a premissa de que não se trata apenas de discutir as melhores teorias hermenêuticas que devem informar a atividade do juiz, mas de discutir as próprias condições institucionais em que o processo de decisão está inserido e o impacto das decisões judiciais sobre a sociedade.

Justamente pelo fato de o Poder Judiciário não ter gênero, é necessário que sua composição seja representativa da sociedade brasileira e contemple de forma mais equitativa a presença de mulheres. Somente assim estaremos mais próximos de responder ao questionamento da escritora inglesa do entre guerras, Virgínia Woolf, sobre a definição do que é ser mulher:

Quer dizer, o que é uma mulher? Juro que não sei. E duvido que vocês saibam. Duvido que alguém possa saber, enquanto ela não se expressar em todas as artes e profissões abertas às capacidades humanas.<sup>35</sup>

## 6 CONCLUSÃO

O trabalho é um dos elementos mais importantes da vida do ser humano, por oferecer sentido e transformação, além de definir grande parte da existência.

Com os avanços, a legislação passou a afirmar a liberdade de as mulheres ocuparem em igualdade de condições todos os tipos de trabalho e postos de liderança. Entretanto, na prática, ainda existem empecilhos a essa plena concretização dos princípios constitucionais da liberdade e da igualdade. A forte divisão sexual do trabalho presente em muitos lares brasileiros impacta de forma significativa o mercado de trabalho remunera-

32 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/42b18a2c6bc108168fb1b978e284b280.pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.

33 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/42b18a2c6bc108168fb1b978e284b280.pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.

34 LISPECTOR, Clarice. **Perto do coração selvagem**. 15. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992. p. 82.

35 WOOLF, Virgínia. **Profissões para mulheres e outros artigos feministas**. Tradução: Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2012. p. 14.

do, reduzindo as chances de as mulheres se qualificarem para os postos de liderança e poderem dedicar mais tempo para alcançarem promoções em suas carreiras profissionais.

A pandemia da Covid-19 trouxe ainda mais luz a essas desigualdades.

A [Constituição da República de 1988](#) em toda a sua estrutura normativa possui disposições expressas que garantem a igualdade e a liberdade a todos os indivíduos, como parâmetros da plena cidadania, e faz vários destaques ao mercado de trabalho da mulher, desde o inciso I, do artigo 5º, até a proteção à gestante e ao nascituro por meio do inciso XVIII, do artigo 7º, e a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, no inciso XXX do artigo 7º.

Assim, cumpre a toda a sociedade assumir a responsabilidade por concretizar aquilo que a [Constituição da República](#) reconheceu e positivou há mais de 30 anos, para que a igualdade formal também se traduza em igualdade material e as mulheres sejam realmente livres para exercerem as profissões que desejarem, assegurada a plena cidadania.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cássia; ANTUNES, Leda. Pandemia faz sete milhões de mulheres deixarem o mercado de trabalho. **O Globo**, 21 jun. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/celina/pandemia-faz-sete-milhoes-de-mulheres-deixarem-mercado-de-trabalho-24489196>. Acesso em: 04 out. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/42b18a2c6bc108168fb1b978e284b280.pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 255, de 4 de setembro de 2018**. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_255\\_04092018\\_05092018143313.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_255_04092018_05092018143313.pdf). Acesso em: 04 out. 2021.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adécio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2008.
- CHINKIN, Christine. The united nations decade for the elimination of poverty: what role for international law. **Current Legal Problems**, v. 54, n. 1, p. 553-589, 2001. DOI: <https://doi.org/10.1093/clp/54.1.553>. Disponível em: <https://academic.oup.com/clp/article-abstract/54/1/553/400413?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 04 out. 2021.
- DERRIDA, Jacques. Força de lei. O fundamento místico da autoridade. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.
- ELY, Robin J., STONE, Pamela, AMMERMAN, Colleen. **Rethink what you “know” about high-achieving women**. Disponível em: <https://hbr.org/2014/12/rethink-what-you-know-about-high-achieving-women>. Acesso em: 04 out. 2021.
- FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. **Cadernos de Campo**, São Paulo, v. 15, n. 14/15, p. 1-382, 2006. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9133.v15i14-15p231-239>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/50109>. Acesso em: 04 out. 2021.
- GEISLER, Esther; KREYENFELD, Michaela. **How policy matters: germany’s parental leave benefit reform and father’s behavior – 1999-2009**. Working paper of the Max Planck Institute for Demographic Research. Disponível em: <http://www.demogr.mpg.de/papers/working/wp-2012-021.pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade – volume 1**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.
- HERNANDES, Elizabeth Sousa Cagliari; VIEIRA, Luciana. A guerra tem rosto de mulher: trabalhadoras da saúde no enfrentamento à Covid-19. **Associação Nacional dos Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental – ANESP**, 17 abr. 2020. Disponível em: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/4/16/a-guerra-tem-rosto-de-mulher-trabalhadoras-da-sade-no-enfrentamento-Covid-19>. Acesso em: 04 out. 2021.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. **Cad. Pesqui.**, v. 37, n. 132, p. 595-609, set./dez. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15742007000300005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/cCztcWVvvtWGDvFqRmndsBWQ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.

LISPECTOR, Clarice. **Perto do coração selvagem**. 15. ed. Rio de Janeiro: Fransciso Alves, 1992.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução: Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, [1967].

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Mulheres pede (sic) atenção às necessidades femininas nas ações contra a Covid-19**. 24 mar. 2020. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/85334-onu-mulheres-pede-atencao-necessidades-femininas-nas-aco-es-contr-a-Covid-19>. Acesso em: 04 out. 2021.

PLATAFORMA AGENDA 2030. **A Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/>. Acesso em: 04 out. 2021.

PLATAFORMA AGENDA 2030. **Os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável**: objetivo 5: igualdade de gênero. Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/ods/5/>. Acesso em: 04 out. 2021.

SUXBERGER, Rejane Jungbluth. A importância da mulher no Poder Judiciário. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**, 08 mar. 2016. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2016-1/a-importancia-da-mulher-no-poder-judiciario-juiza-rejane-jungbluth-suxberger>. Acesso em 04 out. 2021.

WOOLF, Virgínia. **Profissões para mulheres e outros artigos feministas**. Tradução: Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2012.



# CAPÍTULO 2

## OS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: A CELEBRAÇÃO INTERROMPIDA<sup>1</sup>

Maria Paula Dallari Bucci

### 1 PERMANÊNCIA E TRANSFORMAÇÃO SOB A CF 88

Em aniversários anteriores da CF 88, o balanço dos seus efeitos passou por diferentes leituras. Após os dez anos, o inconformismo de alguns com as emendas do governo Fernando Henrique Cardoso que deram base às privatizações dos anos 1990, subvertendo o sentido dirigente do texto original,<sup>2</sup> conviviam com o reconhecimento da permanência do sentido referencial do texto para o processamento dos conflitos distributivos em torno da cidadania, que sustentou o fortalecimento do papel do Estado brasileiro, nos anos 2000.

Aos vinte anos, sobressaía a exaltação do neoconstitucionalismo, a fundamentar o protagonismo inédito do Poder Judiciário, legitimando decisões judiciais inovadoras, baseadas em princípios e ponderação, que avançavam sobre campos antes restritos à aplicação estrita de regras em operações lógicas de subsunção<sup>3\_4\_5</sup>). Superando-se a concepção positivista do ordenamento jurídico como algo completo, passa-se a admitir a importância dos princípios como aberturas para a comunicação do direito com a moral e a política.<sup>6</sup> Com isso, a importância da argumentação e a solução dos “casos difíceis” como critérios de aplicação do direito formam a base instrumental do tipo de atuação que se verá em seguida no “sistema de justiça” (juízes, membros do Ministério Público, órgãos de controle etc.).

Apesar de tudo, o balanço soava mais positivo que negativo, no sentido de que a CF 88 teria demonstrado capacidade de atuar como eixo de orientação do amadurecimento político e social esperado pelo país desde a sua promulgação. A interpretação judicial alargada funcionaria como fator dinâmico, a permitir construções jurídicas que avançassem nas múltiplas e diferentes direções reclamadas pelos direitos e pelo país. A atuação

1 Este artigo capítulo foi publicado originalmente no livro **30 anos da Constituição de 1988. Uma jornada inacabada**. Carlos Bolonha; Fábio Corrêa Souza de Oliveira; Máira Almeida; Elpidio Paiva Luz Segundo (orgs.). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 119-132, e a republicação tem a concordância dos organizadores da obra original. Foram feitas algumas atualizações para esta edição.

2 BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. **A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica**. Coimbra: Separata do Boletim de Ciências Econômicas, XLIX, 2006.

3 CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. Postpositivismo. *Revista Doxa*, Universidade de Alicante, v. 21, n. 21, p. 209-220, [1998]. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.1.11>. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1998-v1-n21-postpositivismo>. Acesso em: 04 out. 2021.

4 MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos vinte anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 117-168.

5 ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 27-64.

6 MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos vinte anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

supostamente “moderadora” do Supremo Tribunal Federal e do Judiciário em geral seria capaz de suprir deficiências de um Poder Legislativo carente de representatividade e densidade política, negligentemente toleradas.

Nos trinta anos, havia resultados a comemorar. Embora jovem, a duração da CF 88 não tem paralelo na história democrática do Brasil. Sua antecessora nessa linha, a de 1946, durou dez anos menos. Nesses trinta anos a vocação cidadã da CF 88 foi posta em ação, houve melhorias sociais palpáveis, mesmo que não no patamar desejado, graças a avanços na organização do Estado e à sustentação social desses, no embate de forças realizado conforme pactuado no texto.

Entretanto, o golpe parlamentar de 2016<sup>7</sup>, mesmo sem os requisitos típicos do fechamento do Congresso ou cerceamento do Poder Judiciário, com o *impeachment* da Presidente eleita, sem fundamentação convincente, fora das regras da CF 88, iniciou um momento de desgaste da ordem constitucional. A prisão do ex-Presidente Lula em 2018 completou esse quadro, após um processo em que o tempo acelerado, a discrepância em relação aos padrões usuais de decisão e a manipulação da comunicação com a opinião pública pelos principais agentes do processo judicial, em busca de legitimação “em tempo real”, expõem o alto grau de politização da justiça.<sup>8</sup>

Os efeitos desse caso serão profundos para a democracia e a ordem política, social e jurídica brasileira. Em primeiro lugar, graças à aceleração anômala do processo (9 meses, enquanto os demais processos da Lava Jato no TRF-4 duram mais que o dobro), foi afetado o quadro eleitoral para as eleições presidenciais de 2018, subtraindo-se ao eleitorado a decisão política fundamental.

Em segundo lugar, a conjugação de forças excepcional representada pela Operação Lava Jato dificilmente se sustenta como rotina para o julgamento de casos comparáveis (se é que há casos comparáveis), de réus das outras forças políticas em disputa. O “triunfo” da operação é, ao mesmo tempo, o seu ápice, a partir do qual dificilmente se manterão as condições excepcionais (delações premiadas e prisões preventivas em profusão, uma força-tarefa processante, um juízo com força atrativa de grande amplitude de casos etc.) que levaram a esse resultado. O que era mais provável – e o tempo vem confirmando – é a desmobilização paulatina dessa operação especial, de modo a restabelecer a acomodação tradicional entre a justiça e a política, afastando a ingerência daquela sobre essa. Como a história do Brasil demonstra fartamente, iniciativas de “melhorar a política” pelo viés da moralização, apartadas do eleitor, dificilmente vão além da remoção do governo de turno.

A reflexão que este artigo capítulo se propõe a fazer é em que termos se combinam a permanência da CF 88 e as transformações nos seus primeiros trinta anos. A CF 88 teria configurado um regime democrático peculiar, combinando, até 2016, estabilidade política, com o “compromisso maximizador” em relação aos direitos, e a “rigidez complacente”, no plano normativo.<sup>9</sup> Porém, o exame das dimensões jurídica, política e social

7 SANTOS, Fabiano; SZWAKO, José. Da ruptura à reconstrução democrática no Brasil. *Saúde debate*, v. 40, N. Esp., p. 114-121, dez. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-11042016S10>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/39XCmQmVXr93ZZWwGyV84mw/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 04 out. 2021.

8 RODRIGUES, Fabiana Alves; ARANTES, Rogério Bastos. Supremo Tribunal Federal e a presunção de inocência: ativismo, contexto e ação estratégica. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 21-54, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i1.459>. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/459/469>. Acesso em: 04 out. 2021.

9 VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *Transformação constitucional e democracia na América Latina*. São Paulo: FGV Direito SP, 2017. (Coleção acadêmica livre).

demonstra que há diferentes efeitos da CF 88, conforme o prisma pelo qual se observe. A tese é que os melhores resultados em relação às expectativas originais se deram no campo social, devido especialmente às políticas públicas constitucionalizadas.

Mas o clima deste aniversário não permite contemplar apenas os primeiros trinta anos de vida passada, uma vez que exatamente nesse campo a ruptura definida pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016, projetava efeitos desorganizadores pelos próximos vinte anos, conforme adiante se verá. A guinada conservadora e restritiva de direitos foi consagrada na eleição de 2018, que trouxe à cena política um governante anticonstituição, cujo propósito declarado é desfazer as políticas públicas e conquistas democráticas sob a sua égide.

Por motivos diversos, a celebração foi interrompida.

## 2 “RIGIDEZ COMPLACENTE”: UMA CENTENA DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS E SEUS DIVERSOS EFEITOS

A “rigidez complacente” seria a característica mais estritamente jurídica da CF 88, o fator a permitir “a constante atualização de seu projeto sem que ocorra erosão de sua estrutura”, “sem que esse perca a sua identidade”.<sup>10</sup>

Precisar essa identidade é algo problemático, uma vez que a CF 88 é um composto de normas de cunho “nacional-desenvolvimentista-social”, ao abrigo da ideologia da constituição dirigente, com outras de inspiração liberal.<sup>11</sup> O “compromisso maximizador”, isto é, o componente social da CF 88, talvez desempenhe, funcionalmente, esse papel. O rol de direitos e garantias, estabelecido como novo patamar coletivo da dignidade humana no Brasil, associado a uma nova concepção de civilidade que decorre da inédita participação na Constituinte, faria dele o centro vital da “Constituição-cidadã”, conforme será adiante analisado.

A rigidez complacente está relacionada com os mecanismos de permanência e atualização do texto constitucional: as emendas, a cargo do Poder Legislativo (no exercício do poder Constituinte derivado), e a interpretação, pelo Judiciário, mais especialmente o Supremo Tribunal Federal.<sup>12</sup>

Quanto ao emendamento, a centena de emendas editadas, mais de três por ano de vigência do texto, revela a “provisoriade permanente” criticada por Cláudio Couto e Rogério Arantes no sentido da agenda constitucional em aberto – “o país permaneceu numa espécie de agenda Constituinte, como se, paradoxalmente, o processo de reconstitucionalização não houvesse se encerrado em outubro daquele ano.”<sup>13</sup>

10 VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **Transformação constitucional e democracia na América Latina**. São Paulo: FGV Direito SP, 2017. (Coleção acadêmica livre). p. 225.

11 VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **Transformação constitucional e democracia na América Latina**. São Paulo: FGV Direito SP, 2017. (Coleção acadêmica livre). p. 230.

12 BRANDÃO, Rodrigo. Rigidez constitucional e pluralismo político. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 255-294.

13 COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 61, p. 41-62, jun. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-69092006000200003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/mGtBmj9Xw5m99PDdqRzjdj/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 out. 2021. p. 41.

Mas as emendas também podem significar o contrário, a ductibilidade do texto, a condição que explica a sua permanência. Rodrigo Brandão demonstra que nos constitucionalismos mais recentes a normalidade pode estar no emendamento e não na fixidez, como ocorre com algumas constituições dos países do leste europeu dos anos 1990. Conforme Donald Lutz, haveria um índice de emendabilidade razoável, associado à extensão do texto constitucional (como é próprio das constituições analíticas), à quantidade de funções governamentais nele tratadas e à facilidade do processo de emenda.<sup>14</sup>

Além disso, se contrastarmos esse ponto com a experiência histórica brasileira, perceberemos como a prática do emendamento pode ser um sinal de vitalidade democrática. Basta lembrar que a [Constituição imperial do Brasil, de 1824](#), e a da [República, de 1891](#), tiveram, cada uma, uma única emenda, em 1834 ([Ato Adicional](#)) e 1926, respectivamente. Ambas foram inspiradas por concepções formalmente liberais, sem o atrelamento às garantias e possibilidades de exigir seu cumprimento que caracterizam a “força normativa das Constituições” do pós-guerra.

A questão é saber se o efeito das emendas atinge a capacidade do texto de atuar como fator de coesão do sistema jurídico e institucional do Estado brasileiro, na direção civilizatória que inspirou a redação original. Aparentemente não, embora a resposta não seja única. Dadas as características do processo Constituinte, o texto abriga tensões entre valores distintos e até contraditórios. A mesma “Constituição-cidadã”, que resultou de intensa participação da sociedade, e por isso conferiu centralidade sem precedentes aos direitos fundamentais, também protegeu privilégios de corporações e cristalizou profunda deformação da representação política.

Não seria de se esperar que o emendamento seguisse lógica distinta.

### 3 “COMPROMISSO MAXIMIZADOR”: O SUCESSO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS CONSTITUCIONALIZADAS

A CF 88 tem um forte componente social, que se traduz no “compromisso maximizador”, segundo o qual “todos os setores que foram capazes de se articular no processo Constituinte tivessem satisfeita ao menos parcela de seus interesses”. E isso conferiria estabilização a uma “ordem assimétrica”.<sup>15</sup>

A participação, marca da vocação democrática da CF 88, está na gênese de desafios e qualidades. A falta de unidade ideológica do texto se reflete tanto nas dificuldades de implementação como na dispersão do processo político. Isso remete a permanente tensão, em que a competição política e a efetivação dos direitos se alimentam reciprocamente – o oposto de um modelo “puro” ou purificado de Constituição, sem políticas públicas, como propõem Couto e Arantes.<sup>16</sup> Na verdade, é sob esse aspecto que se revelam os melhores resulta-

14 BRANDÃO, Rodrigo. Rigidez constitucional e pluralismo político. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 271.

15 VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **Transformação constitucional e democracia na América Latina**. São Paulo: FGV Direito SP, 2017. (Coleção acadêmica livre). p. 234.

16 COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 61, p. 41-62, jun. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-69092006000200003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/mGtBmjc9Xw5m99PDdqRzjdj/?format=pdf&lang=pt>. Acesso

dos da [Constituição de 1988](#) – ainda que distantes das expectativas originais – na forma de “políticas públicas de notável intensidade.”<sup>17</sup>

Um singelo quadro, publicado na **Folha de São Paulo**, traz números que permitem a rápida visualização do argumento, ao comparar os cenários eleitorais do início do governo Collor e das eleições de 2018, cujas tendências em geral são corroboradas pela literatura especializada mais recente.<sup>18</sup> Houve uma redução constante e significativa da mortalidade infantil, elevação generalizada da expectativa de vida e uma diminuição do analfabetismo, para utilizar apenas os dados da matéria que integram os referenciais das antigas Metas do Milênio da Organização das Nações Unidas (ONU).

**Tabela 1** – Mortalidade infantil, expectativa de vida, analfabetismo, homicídios

	1989	2018
Mortalidade infantil*	48,3	13,8
Esperança de vida	66,9	75,4
Analfabetismo **	19,7	7,4
Taxa de homicídios***	22,2	26,2****

**Fonte:** *Folha de S. Paulo*, 29/1/2018, Comparada com 1989, eleição de 2018 ocorrerá em um Brasil bem diferente. \*por mil nascidos vivos/\*\* pessoas com 10 anos ou mais/\*\*\* por 100 mil habitantes/\*\*\*\* dado de 2016

Seria uma supersimplificação atribuir esses resultados diretamente à CF 88, até porque há uma tendência mundial no mesmo sentido. No entanto, para o raciocínio que aqui se desenvolve, a demonstração não deixa de ser válida, especialmente quando se comparam os avanços das políticas mais minuciosamente disciplinadas no texto – saúde e educação – daquelas que não o foram, como é o caso da segurança pública.

Para o primeiro caso, o registro de Paulo Sena Martins, consultor legislativo da Câmara Federal em matéria educacional, demonstra que a oposição entre os modelos sintético e analítico de constituição se apresentou, com muita clareza, nos debates na Assembleia Nacional Constituinte, quando se adotou, conscientemente a

[...] opção do Constituinte por uma Constituição analítica para assegurar a efetividade do direito à educação. Nesse sentido, manifestou-se o Constituinte Florestan Fernandes em defesa de uma Carta ‘não enxuta’, mas ‘molhada e salgada’:

‘Tenho a impressão de que devemos ser relativamente flexíveis com relação à extensão da parte concernente à educação na Constituição brasileira. [...]. Deveremos, nesse assunto e talvez em alguns outros, inovar no sentido de aumentar o número de normas constitucionais. Tornando certas inovações imperativas, é provável que consigamos movimentar o carro. Não podemos ficar naquelas formulações abstratas: ‘A educação é direito de todos e dever do Estado’, e depois fecharmos os olhos à realidade concreta. [...] acho que a nossa Constituição deve ser molhada e salgada. Deve ser uma Constituição ‘peso-pesado’. E, claro

em: 04 out. 2021.

17 VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **Transformação constitucional e democracia na América Latina**. São Paulo: FGV Direito SP, 2017. (Coleção acadêmica livre). p. 227.

18 ARRETCHE, Marta (org.). **Trajatória das desigualdades: como o Brasil mudou nos últimos cinquenta anos**. São Paulo: Editora UNESP/Centro de Estudos da Metrópole, 2015.

que não uma enciclopédia, porque senão ela também perderá o seu valor; deixará de ser instrumental na ação prática.’ (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 16/7/1987, p. 142) [...]”<sup>19</sup>

As alterações a esse capítulo, promovidas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 11/96 (contratação de professores estrangeiros), 14/96 (Fundef), 53/06 (Fundeb) e 59/09 (fim da incidência da DRU, extensão da faixa da educação obrigatória, qualificação do PNE decenal como instrumento de articulação dos sistemas de ensino e previsão de percentual do PIB em investimentos na educação), guardaram o espírito originário e buscaram, a par de aprimoramentos técnicos, promover uma expansão qualificada da educação e ampliar direitos e mecanismos de sua garantia.

Uma disposição que resume a orientação de aprofundamento do compromisso original da Constituição é a garantia da educação básica obrigatória e gratuita, de 4 a 17 anos, ampliação determinada pela EC 59, de 2009 (art. 208, I da CF). Essa medida não se apresenta isolada, mas se integra aos planos de educação, tanto os nacionais de 2002 (Lei 10.172) e 2014 (Lei 13.005), como os estaduais e municipais, que ganharam força como instrumentos de coordenação para a distribuição de recursos públicos (art. 214 e 212, § 2º da CF). É verdade que o conflito político se desloca para a execução dos planos, mas não se pode deixar de reconhecer os progressos reais havidos, em termos de concretização desse direito, tanto pelo seu atendimento direto, ainda que parcial, como pela tessitura de uma rede de legitimação e ação mais apta a impedir retrocessos no campo.<sup>20</sup>

A aprovação da Emenda Constitucional n.º 108, de 2020, que torna permanente o Fundeb, juntamente com sua regulamentação pela Lei 14.113, de 2020, sob intensa resistência das forças conservadoras – mas, a despeito disso, com larga margem de aprovação na votação final –, demonstra como a relação entre a política e as políticas públicas não é linear. Além disso, evidencia diferenças setoriais no balanço de sustentação política das várias áreas de política pública.<sup>21</sup> –<sup>22</sup> A educação básica parece finalmente ter alcançado visibilidade para lhe proporcionar maior proteção no processo de desmonte. Lamentavelmente, a pandemia de Covid-19 agravou muito as dificuldades da área, comprometendo a capacidade de planejamento governamental e acentuando as desigualdades, na medida em que os vulneráveis sentem mais diretamente os efeitos sociais da doença.

Em sentido diametralmente oposto, os dados referentes à segurança pública demonstram que nessa área o país nitidamente regrediu, com o aumento dos homicídios e da violência. O artigo 144 da CF 88 nunca logrou obter a legitimação necessária para as transformações que a situassem no espírito da Constituição cidadã. Tampouco passou por emendas que poderiam ajustá-lo a uma nova institucionalidade, livre da cultura autori-

19 BRASIL. Senado Federal. Anais da Assembléia Constituinte. Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes. **Anexo à Ata da 9ª reunião (ordinária) da Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes, realizada em 21 de abril de 1987**. Disponível em: [http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/Constituente/8a\\_Sub\\_Educacao\\_cultura\\_e\\_esporte.pdf](http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/Constituente/8a_Sub_Educacao_cultura_e_esporte.pdf). Acesso em: 04 out. 2021. p. 15.

20 BUCCI, Maria Paula Dallari. A PEC 241 (teto de gastos) ou como degradar a educação em política de governo. **Direito do Estado**, ano 16, n. 262, 22 set. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-paula-dallari-bucci/a-pec-241-teto-de-gastos-ou-como-degradar-a-educacao-em-politica-de-governo>. Acesso em: 04 out. 2021.

21 BUCCI, Maria Paula Dallari. 3 lições sobre políticas públicas a partir da aprovação do Fundeb. **Nexo Políticas Públicas**, 10 ago. 2020. Ponto de Vista. Disponível em: <https://pp.nexojournal.com.br/ponto-de-vista/2020/3-li%C3%A7%C3%B5es-sobre-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas-a-partir-da-aprova%C3%A7%C3%A3o-do-Fundeb>. Acesso em: 04 out. 2021.

22 BRUNET, Emiliano Rodrigues; BUCCI, Maria Paula Dallari. Os desafios para a reconstrução do Estado social no Brasil pós pandemia: aprendizados a partir das políticas públicas e capacidades estatais. **Revista Direito Público**, v. 18, n. 98, p. 515-542, mar./abr. 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4962>. Acesso em: 04 out. 2021.

tária e das práticas cunhadas senão na ditadura militar, ainda antes, quando os vínculos das instituições policiais com o poder político eram menos velados.

A intervenção federal decretada em fevereiro de 2018 no Rio de Janeiro – a par das críticas intrínsecas sobre seu imprevisto, descolamento dos aspectos reais do problema e desconsideração de soluções articuladas mais profundas, como o Plano Estadual de Segurança, então em processo de construção – demonstra, por contraste, como a falta de políticas públicas constitucionalizadas na área da segurança pública dificulta a ordenação de longo prazo necessária à implantação de garantias básicas do Estado de direito nesse campo. O período autoritário pós-2018 tem agravado esse quadro, com o aumento do armamento da população e nova escalada de crimes que já estavam em declínio.

A visão de que haveria um excesso de políticas públicas na CF 88, portanto, não se sustenta. Os sucessos governamentais sob a CF 88 estão, em grande medida, associados ao poder de organização e articulação das políticas públicas. A recíproca neste caso é verdadeira; a ausência de políticas públicas bem estruturadas e eficientes compromete a efetivação dos direitos fundamentais.

A crítica contra o engessamento da CF 88 pelas políticas constitucionalizadas refere-se ao fato de que ao não se distinguir os elementos estruturantes do Estado e direitos fundamentais (*polity*), da competição política (*politics*), e dos programas de ação dos governos (*policies*), o jogo político seria indevidamente cerceado. O arbitramento entre as várias forças, no processo de concretização do texto constitucional, seria adiado para disputas nas arenas do Legislativo e do Judiciário e teria seu custo político muito elevado, o que seria um fator adicional de instabilidade política e social.<sup>23</sup>

Essa leitura, contudo, é baseada numa concepção liberal nutrida na bibliografia norte-americana, cujo contexto é o da Constituição dos EUA, de 1787, experiência única no mundo, que resulta do projeto de uma elite homogênea. Esse padrão não é aplicável ao constitucionalismo brasileiro contemporâneo, que segue o modelo das constituições do pós-guerra do século XX, as quais, além de analíticas, estão associadas a garantias típicas do Estado social.

Na verdade, a tensão entre as dimensões jurídica e política também se apresentava nos primórdios do nosso constitucionalismo. No Brasil imperial, com a distinção entre normas formal ou materialmente constitucionais, reservava-se a rigidez apenas às últimas. Essa concepção tem raízes na supremacia do Poder Legislativo, que, embora não fosse plenamente aplicável no Brasil – dado o caráter quase absolutista do Poder Moderador –, inspirava, por emulação, o publicismo nacional. Em resumo, não se confiava em juízes interpretando a lei. Com base no entendimento de Montesquieu, de que “o juiz é a boca que profere as palavras da lei”, qualquer interpretação mais elaborada deveria ser de caráter autêntico, reservada ao Poder Legislativo, como emanção de seu exclusivo poder criador

23 COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 21, n. 61, p. 41-62, jun. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-69092006000200003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/mGtBmjc9Xw5m99PDdqRzjdj/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 out. 2021.

do direito. Essa visão ficou superada no período republicano, com a instituição do Supremo Tribunal Federal e o próprio Judiciário como poder autônomo, à semelhança do modelo americano.

Posteriormente, a distinção entre normas formal e materialmente constitucionais foi rejeitada de maneira específica no plano doutrinário.

E isso, a rigor, não é novo nem peculiar do Brasil. O debate sobre o caráter das “normas programáticas” do período pré-88 no Brasil bebia nas águas de discussão originária do constitucionalismo italiano do pós-guerra, em que também havia uma tensão clara entre o plano normativo e o regime político.

As normas programáticas, introduzidas na constituição como resultado do conflito de interesses, importam, ao menos, uma tentativa de superação da democracia formal e tendem, como visto, a instaurar um regime de democracia substancial [...]<sup>24</sup>

Esse processo alongado de concretização das disposições constitucionais, que se desdobra em ações atribuídas a diversos participantes do jogo político – Presidência da República, Congresso Nacional, Estados e Municípios, o Judiciário em decisões de aplicação, partidos políticos, corporações e entidades, movimento social – os quais atuam em tensão, mas sobre a base convergente do texto constitucional, faz das políticas públicas um dos fatores explicativos da permanência da CF 88. A estrutura constitucional aberta, complementada por leis e disposições de regulamentação, segundo o procedimento do “reenvio normativo” – marca do constitucionalismo dirigente<sup>25</sup> –, tornou possível um diferimento no tempo de obrigações cuja pactuação não seria viável no momento da Constituinte.

As medidas de concretização constitucional incluem um número significativo de Emendas Constitucionais – aspecto, entretanto, dificilmente apreciável nas análises quantitativas adotadas como expediente metodológico por Couto e Arantes, podendo-se indicar nos dedos das mãos as Emendas que alteram as políticas públicas no sentido aqui exposto, como as ECs 29 e 86, no caso da saúde, ou as ECs 14, 53 e 59, no caso da educação. Tais emendas, conforme dito acima, ao contrário de enfraquecer a Constituição, completam o trabalho organizativo que ela indica, compondo os arranjos jurídico-institucionais necessários à produção das prestações positivas determinadas no texto.<sup>26</sup>

Mesmo as emendas ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que desafiam as teorias das normas constitucionais como expressão do “momento fundador” de uma ordem jurídica e política, podem, em alguns casos, funcionar como mecanismos de articulação federativa, associados à definição de objetivos em prazo certo, o que contribui para a efetividade incremental do texto. Trata de construções normativas heterodoxas, cujo conteúdo poderia ter sido disciplinado por lei complementar, sem criar-se precedentes para a fantasmagoria de uma disposição transitória que expirará nos quarenta e oito anos da CF 88, como a EC 95.

24 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 72.

25 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

26 BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo. Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: COUTINHO, Diogo; FOSS, Maria Carolina; MOUALEM, Pedro (org.). **Inovação no Brasil**: avanços e desafios jurídicos e institucionais. São Paulo: Blucher, 2017. p. 313-340.



Assim, a CF 88 segue como repositório de expectativas sociais não apenas simbólicas, mas orientadoras de uma pauta política de mais longo prazo, que se traduz em produção legislativa adicional, muitas vezes por força de compromissos assumidos no âmbito do Sistema Internacional de Direitos Humanos, de que o Brasil é parte. Isso ocorreu, por exemplo, com a ampliação do rol de direitos sociais enunciado no artigo 6º, como a moradia (EC 26, de 2000) e o transporte (EC 64, de 2010), que se completaram com medidas legislativas e governamentais de grande relevância, como a Política Nacional da Mobilidade Urbana (Lei 12.587, de 2012) e o programa Minha Casa Minha Vida (Lei 11.977, de 2009).

Esse entendimento desafia noções muito assentadas na Ciência Política, segundo as quais num ambiente democrático, politicamente fragmentado como o do Brasil, em que se tem a combinação de presidencialismo e federalismo com multipartidarismo e sistema proporcional de lista aberta, seria muito difícil aprovar reformas.<sup>27</sup> <sup>28</sup> O Poder Executivo viveria “uma dinâmica permanente de construção de coalizões parlamentares de apoio” (Pou Giménez, 2017; Melo). Não obstante, tanto Marcus André Melo quanto Marta Arretche, por razões distintas, enxergam a melhoria das políticas sociais sob a CF 88, contrariando os prognósticos que decorreriam desse desenho político propício a bloqueios.

Para Melo, o elemento determinante para a exigência das emendas constitucionais é o federalismo, que permeia a organização das políticas sociais. Isso seria explicado pela gênese da CF 88, em que os governadores teriam jogado um papel central – os governos estaduais foram os primeiros eleitos pós-democratização, em 1982 (nomes de grande expressão política, como Montoro, Brizola, Itamar Franco, entre outros), e assim se transformaram em fiadores da transição política, os “guardiões do novo regime”. Com o Plano Real, teria havido a reorganização da União e centralização das políticas, via renegociação da dívida dos Estados, com a federalização de 80 bilhões de dólares de débito e a cessação da emissão da dívida pública pelos bancos estaduais, controlados politicamente. Isso associado à criação das contribuições sociais, que produziram um aumento da participação relativa da União no montante das receitas tributárias totais.<sup>29</sup>

Combinado com esse, teria havido outro movimento, de atribuição de um “novo lugar da política social” no governo, em que os ministérios da área social, em especial saúde e educação, passaram a ocupar o lugar político antes reservado às pastas da área de infraestrutura. Os ministros escolhidos passaram a ter perfil com forte componente técnico (ao contrário dos Ministros de Minas e Energia e dos Transportes, em regra, parlamentares) e tiveram permanência no governo muito superior à média histórica.<sup>30</sup> E assim, contra as expectativas, devido a circunstâncias históricas particulares, as reformas aconteceram e terminaram por gerar um saldo institucional importante, em especial para as políticas de saúde e educação, que explica, pelo menos em parte, seus bons resultados, na comparação histórica do Brasil com períodos anteriores e com outras políticas.

27 ARRETCHE, Marta (org.). **Trajatória das desigualdades**: como o Brasil mudou nos últimos cinquenta anos. São Paulo: Editora UNESP/Centro de Estudos da Metrópole, 2015.

28 MELO, Marcus André. O sucesso inesperado das reformas de segunda geração: federalismo, reformas constitucionais e política social. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, dez., p. 845-889, 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582005000400004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/cMDZ4JFygzBhhfRYcPrxky/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 out. 2021.

29 MELO, Marcus André. O sucesso inesperado das reformas de segunda geração: federalismo, reformas constitucionais e política social. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, dez., p. 845-889, 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582005000400004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/cMDZ4JFygzBhhfRYcPrxky/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 out. 2021.

30 MELO, Marcus André. O sucesso inesperado das reformas de segunda geração: federalismo, reformas constitucionais e política social. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, dez., p. 845-889, 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582005000400004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/cMDZ4JFygzBhhfRYcPrxky/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 out. 2021. p. 863.

Já para Marta Arretche, a constitucionalização dos direitos sociais – e seu sucesso – combinada com a maior participação eleitoral dos mais pobres explica tanto a diminuição da desigualdade na base da pirâmide social brasileira, como um novo balanço entre a política e as políticas públicas, em que passa a haver um processo de influência recíproca:

os fatores políticos que deram origem às políticas de inclusão de *outsiders* não são os mesmos que explicam sua trajetória posterior. Se a inclusão de *outsiders* foi resultado [...] [da] transição democrática, a contínua expansão dos benefícios é mais bem explicada pelo fato de que as *policies* passam a explicar a *politics* (Lowi, 1972), isto é, a convergência dos partidos em torno de beneficiários dessas políticas.

Essa leitura coincide com a percepção de que esse aspecto da CF 88 tem sido o grande argumento em defesa do texto, rejeitando propostas de Constituinte, integral ou parcial, acenadas ocasionalmente em momentos de crise nos últimos anos. No campo progressista, há um entendimento de que a coligação de forças do presente é inteiramente avessa ao compromisso com a garantia dos direitos, cerne da CF 88, que seria posto em risco em um país ainda muito desigual.

No campo oposto, sob o argumento de que as promessas constitucionais “não cabem no PIB” e “engessam a política do país”, a estratégia é o esvaziamento do sentido emancipador da CF 88 “por dentro”, como ocorreu com a Emenda Constitucional 95, de 2016, que instituiu um teto de gastos até 2036 – cuja inconstitucionalidade no exercício do poder derivado, cabe lembrar, está sendo arguida perante o STF. O teto de gastos, por si só, tem um potente efeito desorganizador das políticas sociais. E esse efeito tende a ser agravado, na medida em que a compressão sobre os dispêndios é desbalanceada, ferindo de morte o planejamento das políticas públicas, especialmente as não protegidas por mecanismos de vinculação de recursos, ainda que disciplinadas constitucionalmente, como a de cultura (art. 215, § 3º; EC 48, de 2005) e de ciência, tecnologia e inovação (art. 218 e ss.; EC 85, de 2015), entre outras.

As políticas públicas subsistem, mas seu financiamento está ameaçado. Os conservadores dirão que já estava, dada a escalada dos gastos públicos, especialmente a previdência. Mas esse argumento omite o caráter político por trás das escolhas da EC 95<sup>31</sup>, em particular o fato de que o endividamento público não está sendo submetido a controle, mas apenas o gasto. Se houver crescimento acima da inflação, permanece o congelamento dos gastos, mas não o pagamento da dívida, aprofundando a lógica perversa do tratamento privilegiado dado a essa última desde edição da Lei de Responsabilidade Fiscal. Pode-se prever a piora do problema crônico na relação entre a política e as políticas públicas, com o agravamento das discontinuidades determinadas pelas trocas políticas e os “voos de galinha” típicos das políticas sociais brasileiras.

31 BUCCI, Maria Paula Dallari. A PEC 241 (teto de gastos) ou como degradar a educação em política de governo. *Direito do Estado*, ano 16, n. 262, 22 set. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-paula-dallari-bucci/a-pec-241-teto-de-gastos-ou-como-degradar-a-educacao-em-politica-de-governo>. Acesso em: 04 out. 2021.

#### 4 “SISTEMA POLÍTICO CONSENSUAL”: A SUSTENTAÇÃO DEMOCRÁTICA DA CF EM CHEQUE

A política é terceira dimensão importante para um balanço da CF 88. O “sistema político consensual” proposto por Vieira e Glezer seria “produto de um intenso processo de conciliação entre as forças políticas que moldaram a transição brasileira (sem ruptura) e as arraigadas estruturas de poder”.<sup>32</sup>

Um dos méritos da CF 88 apontado pelos cientistas políticos teria sido viabilizar a competição política real que, de maneira geral, contribuiu para o aprimoramento das instituições.<sup>33</sup> <sup>34</sup> De fato, nos seus trinta anos, a CF 88 viu um ciclo longo de governos do PSDB (oito anos de governo FHC, de 1995 a 2002) e um ciclo longo de governos do PT (treze anos de governos Lula e Dilma, de 2003 a 2016), que somam vinte e um anos de experiência democrática plena, de que participaram, diretamente ou em coligações compondo a base de sustentação dos governos, as principais forças políticas organizadas no país. Do ponto de vista das políticas públicas, a despeito de diferenças importantes entre os dois períodos, ao final deles tem-se um acúmulo importante para a cidadania, que passa a ser alvo de retrocesso com a troca governamental que se segue a 2016.

O período anterior a 1994 pode ser caracterizado como um ciclo de transição para a democracia, com o governo Sarney (1985-90), o tumultuado período Collor (1990-92) e o governo Itamar Franco (1993-94), que somam pouco menos de uma década.

Nesse último, o país viveu aquele que se considerava o maior teste das instituições até então, o impeachment do Presidente Collor, que, a despeito de inequívoca legitimação popular que tornou o resultado irreversível, terminou não confirmado pelo Supremo Tribunal Federal. A ação penal 470 no STF, processo do chamado “mensalão”, em 2006, também demonstrava que o aparato institucional poderia ser exposto a situações limite. Mas não se caminhou para ruptura da ordem constitucional. Ainda que do ponto de vista jurídico o caso tivesse sido reconhecido como “ponto fora da curva”, decisão que não se enraizou como parâmetro geral de aplicação da lei, sob o aspecto político, as forças de então não experimentaram as vias extremas, diferentemente do que ocorreu em 2016. O segundo impeachment, da Presidente Dilma Rousseff, em 2016, quando interpretação inusitada de procedimentos contábeis editados conforme antiga prática foi imputada como motivo para a desconsideração da escolha de milhões de eleitores, marca a derruição da fase democrática, que se completa com a prisão do ex-Presidente Lula em 2018, encerrando o período de normalidade e abrindo um período de degradação institucional e instabilidade.

O que ocorre com os pedidos de impeachment do Presidente Bolsonaro – mais de 60 se acumulam na mesa do Presidente da Câmara sem encaminhamento – é a confirmação dessa decomposição. Se um Presidente

32 VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *Transformação constitucional e democracia na América Latina*. São Paulo: FGV Direito SP, 2017. (Coleção acadêmica livre).

33 NICOLAU, Jairo. *Representantes de quem: os descaminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

34 MELO, Marcus André. O sucesso inesperado das reformas de segunda geração: federalismo, reformas constitucionais e política social. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, dez., p. 845-889, 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582005000400004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/cMDZ4JFygZBhhfRYcPrgxky/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 out. 2021.

que despreza vidas humanas no gerenciamento da crise sanitária e ataca ostensivamente o Congresso e o STF não é submetido a impedimento, a base republicana da aplicação da lei igualmente a todos fica profundamente comprometida.

A “lealdade constitucional”<sup>35</sup> até então era assentada sobre frágil base política, um sistema partidário de poucas forças principais representativas, cercado de legendas disponíveis para cooptação em grande escala. Isso tudo embalado em regras de financiamento de campanha indutoras de práticas não republicanas – agravadas por decisões do STF que impediram a cláusula de desempenho (ADIs 1351 e 1354, decididas em 2006) e distorceram ainda mais a distribuição do tempo de TV, grande ativo da disputa eleitoral (ADIs 4430 e 4795). Embora se espere alguma melhora com a reforma eleitoral da EC 97, de 2017, com o fim das coligações em eleições proporcionais, o mesmo não se pode dizer da criação do Fundo Eleitoral, que tende a reforçar as oligarquias partidárias existentes.

O aspecto negativo do consensualismo político<sup>36</sup> é mascarar a incapacidade das instituições de abrigar e processar as transformações sociais inadiáveis, ocultando o seu peso na permanência de problemas de fundo, como a desigualdade social e a resiliência da mentalidade e de práticas autoritárias. O risco de punições seletivas é iludir-nos sobre esse sentido, o velho “mudar para permanecer”.

O problema da acomodação das mazelas políticas sob as formas da lei é histórico no Brasil, como advertia o Frei Caneca, em 1824, no Voto sobre o Juramento do Projeto de Constituição oferecido por D. Pedro I, recomendando a rejeição do texto outorgado, que frustrava as aspirações liberais da constituição inaugural do Brasil, após a dissolução de nossa primeira Assembleia Constituinte pelo Imperador<sup>37</sup>

[o] sistema constitucional [...] deve chegar o mais possível à igualdade civil, [não] ficando o povo indefeso nos atentados do imperador contra seus direitos, e realmente escravo, *debaixo porém das formas da lei, que é o cúmulo da desgraça*, [...]

À guisa de fecho se pode dizer, sobre a CF 88, que, se é difícil com ela, pior será sem ela.

## REFERÊNCIAS

ARRETCHE, Marta (org.). **Trajetória das desigualdades**: como o Brasil mudou nos últimos cinquenta anos. São Paulo: Editora UNESP/Centro de Estudos da Metrópole, 2015.

ARRETCHE, Marta. Democracia e redução da desigualdade econômica no Brasil. A inclusão dos outsiders. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 33, n. 96, p. 1-23, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/rbcsoc/a/Mtx4F43dy9YjLkf9k85Gg7F/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 04 out. 2021.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

35 VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **Transformação constitucional e democracia na América Latina**. São Paulo: FGV Direito SP, 2017. (Coleção acadêmica livre).

36 VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **Transformação constitucional e democracia na América Latina**. São Paulo: FGV Direito SP, 2017. (Coleção acadêmica livre).

37 MELLO, Evaldo Cabral de (org.). **Frei Joaquim do Amor Divino Caneca**: Voto sobre o juramento do projeto de Constituição oferecido por D. Pedro I. São Paulo: Editora 34, 2001. p. 561.

- BARROSO, Luis Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos. *In*: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 27-64.
- BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. **A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica**. Coimbra: Separata do Boletim de Ciências Econômicas, XLIX, 2006.
- BRANDÃO, Rodrigo. Rigidez constitucional e pluralismo político. *In*: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 255-294.
- BRASIL. Senado Federal. Anais da Assembléia Constituinte. Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes. **Anexo à Ata da 9ª reunião (ordinária) da Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes, realizada em 21 de abril de 1987**. Disponível em: [http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/Constituinte/8a\\_Sub\\_Educacao\\_cultura\\_e\\_esporte.pdf](http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/Constituinte/8a_Sub_Educacao_cultura_e_esporte.pdf). Acesso em: 04 out. 2021.
- BRUNET, Emiliano Rodrigues; BUCCI, Maria Paula Dallari. Os desafios para a reconstrução do Estado social no Brasil pós pandemia: aprendizados a partir das políticas públicas e capacidades estatais. **Revista Direito Público**, v. 18, n. 98, p. 515-542, mar./abr. 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4962>. Acesso em: 04 out. 2021.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. 3 lições sobre políticas públicas a partir da aprovação do Fundeb. **Nexo Políticas Públicas**, 10 ago. 2020. Ponto de Vista. Disponível em: <https://pp.nexojornal.com.br/ponto-de-vista/2020/3-li%C3%A7%C3%B5es-sobre-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas-a-partir-da-aprova%C3%A7%C3%A3o-do-Fundeb>. Acesso em: 04 out. 2021.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. A PEC 241 (teto de gastos) ou como degradar a educação em política de governo. **Direito do Estado**, ano 16, n. 262, 22 set. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/maria-paula-dallari-bucci/a-pec-241-teto-de-gastos-ou-como-degradar-a-educacao-em-politica-de-governo>. Acesso em: 04 out. 2021.
- BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo. Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas. *In*: COUTINHO, Diogo; FOSS, Maria Carolina; MOUALEM, Pedro (org.). **Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais**. São Paulo: Blucher, 2017.
- CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. Postpositivismo. **Revista Doxa**, Universidade de Alicante, v. 21, n. 21, p. 209-220, [1998]. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.1.11>. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1998-v1-n21-postpositivismo>. Acesso em: 04 out. 2021.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 61, p. 41-62, jun. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-69092006000200003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/mGtBmj9Xw5m99PDdqRzjdj/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 out. 2021.
- MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos vinte anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. *In*: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MELLO, Evaldo Cabral de (org.). **Frei Joaquim do Amor Divino Caneca**: Voto sobre o juramento do projeto de Constituição oferecido por D. Pedro I. São Paulo: Editora 34, 2001. p. 557-566.
- MELO, Marcus André. O sucesso inesperado das reformas de segunda geração: federalismo, reformas constitucionais e política social. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, dez., p. 845-889, 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582005000400004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/cMDZ4JFygzBhhfRYcPrgxky/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 out. 2021.
- NICOLAU, Jairo. **Representantes de quem**: os descaminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.
- RODRIGUES, Fabiana Alves; ARANTES, Rogério Bastos. Supremo Tribunal Federal e a presunção de inocência: ativismo, contexto e ação estratégica. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 21-54, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i1.459>. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/459/469>. Acesso em: 04 out. 2021.
- SANTOS, Fabiano; SZWAKO, José. Da ruptura à reconstrução democrática no Brasil. **Saúde debate**, v. 40, N. Esp., p. 114-121, dez. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-11042016S10>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/39XCmQmVXr93ZZWwGyV84mw/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 04 out. 2021.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **Transformação constitucional e democracia na América Latina**. São Paulo: FGV Direito SP, 2017. (Coleção acadêmica livre).

# CAPÍTULO 3

## EXIGIBILIDADE E JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À CRECHE: AVANÇOS E PERSPECTIVAS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Flavia Danielle Santiago Lima

### 1 INTRODUÇÃO: JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À CRECHE

Quais os limites e possibilidades da jurisdição constitucional na proteção do direito à creche diante das omissões dos poderes executivo e legislativo? Este artigo se propõe a descrever o longo processo de afirmação deste direito e os desafios para sua efetivação, como demanda necessária para assegurar acesso à educação infantil e os direitos dos trabalhadores rurais e urbanos. O direito à creche é aqui compreendido como instrumento de igualdade entre mulheres e homens, consideradas as reconhecidas dificuldades de integração (e permanência) no mundo do trabalho e da participação e reivindicações no espaço público e social<sup>1</sup>.

Trata-se de conquista fruto de mobilizações históricas e articulações entre diversos grupos sociais e políticos, que culminou com sua previsão em normas internacionais e nos artigos 7º, XXV e 208, IV, da [Constituição Federal de 1988](#). No plano normativo, tem-se um direito de caráter multifacetado – fundamental social, individual e também transindividual (difuso e coletivo) – cujos titulares e sujeitos passivos são “simultaneamente uma coisa e outra”<sup>2</sup>.

Afirma-se, em geral, o papel do Poder Judiciário como guardião da Constituição e, conseqüentemente, garantidor da efetivação (cumprimento) do catálogo de direitos fundamentais pelos poderes majoritários. Neste universo, a judicialização de políticas públicas, reconhecidas como as decisões governamentais que envolvem extensiva negociação, visando “à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”<sup>3</sup>, torna-se um dos aspectos mais controvertidos. A afirmação de um ativismo judicial em direitos fundamentais contrariaria o princípio democrático e a separação de poderes, diante dos riscos representados

1 Neste sentido, nas Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil está expressamente consignado que “creches e pré-escolas constituem-se em estratégia de promoção de igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, uma vez que permitem às mulheres sua realização para além do contexto doméstico”. BRASIL. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Básica. **Resolução nº 05, de 17 de dezembro de 2009**. Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=2298-rceb005-09&category\\_slug=dezembro-2009-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=2298-rceb005-09&category_slug=dezembro-2009-pdf&Itemid=30192). Acesso em: 04 out. 2021.

2 RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: ABMP. Todos pela educação (org.). **Justiça pela qualidade na educação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55.

3 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 38-39.

pela interferência na atuação dos poderes majoritários – legitimados pelos critérios da democracia representativa e por serem dotados de estrutura e meios técnicos para coordenar e implementar políticas públicas<sup>4</sup>.

O presente capítulo é estruturado em cinco tópicos. Inicia-se com as linhas gerais para o debate interdisciplinar referente à afirmação do direito à creche para, posteriormente, analisar os contornos normativos da sua previsão, apresentando-se a discussão em torno de sua exigibilidade e justiciabilidade. Traçadas as diretrizes gerais, passa-se à descrição do processo de afirmação do direito à creche no Supremo Tribunal Federal, para a discussão das potencialidades da judicialização como um dos aspectos necessários à concretização das políticas públicas para garantia do direito à creche.

## 2 NA GARANTIA DAS MULHERES TRABALHADORAS E CRIANÇAS: O DIREITO À CRECHE COMO CONQUISTA HISTÓRICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

A previsão constitucional mostra a complexidade do direito à creche, fruto de mobilizações históricas e articulações entre diversos grupos sociais e políticos.

No século XX, as discussões em torno do direito à creche fortaleceram-se no âmbito do direito ao trabalho, como concessão à mãe trabalhadora, que melhor desempenharia suas atividades se garantido um espaço para o cuidado de seus filhos.

Necessário recordar que, no Brasil, a conquista insere-se na articulação das lideranças feministas que haviam conquistado o direito ao voto (1932) e participaram do Congresso Constituinte (1933-1934), obtendo vitórias em pautas como licença pós-parto e garantia de emprego após a gestação, igualdade salarial e de igualdade de acesso a carreiras públicas por concurso e fim das restrições ao trabalho de mulheres casadas.

Na Consolidação das Leis do Trabalho, estabeleceu-se a obrigação de que empresas proovessem creche para crianças de até seis meses de idade, caso tivessem em seus quadros mais de 30 mulheres em “idade fértil” (*sic*). A educação pré-escolar para as crianças maiores de seis meses constituiria “gesto benemérito do empregador, a ser premiado e reconhecido pela autoridade pública” (art. 389)<sup>5</sup>. Na alteração promovida pelo Decreto-Lei nº 229/ 67, estabelecimentos com pelo menos 30 mulheres, com mais de 16 (dezesseis) anos de idade, deveriam ter locais adequados à amamentação, exigência supérvel por creches distritais públicas por outras entidades.

A partir dos anos (19)70, é possível destacar, na esteira do engajamento feminista e do processo de transição à democracia, a articulação entre os incipientes movimentos sociais urbanos e as demandas das mulheres, com reivindicações em torno do direito ao trabalho e à participação política<sup>6</sup>.

4 LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política**: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014, p. 10-ss.

5 MARQUES, Teresa Cristina Novaes. A regulação do trabalho feminino em um sistema político masculino, Brasil: 1932-1943. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 59, p. 667-686, set./dez. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/S2178-14942016000300006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/eh/a/nC7nYwNgQRRSJ9c65byvRx/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.

6 CAMPOS, Maria Malta. A mulher, a criança e seus direitos. **Cad. Pesqui.**, São Paulo, n. 106, p. 117-127, mar. 1999. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15741999000100006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/dG4c4PNgJfQL49gYs89wxK/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 out. 2021.

Posteriormente, nos anos (19)80, teve-se a convergência entre “o movimento das mulheres e o campo educacional”, com o “fortalecimento de uma subárea da educação que procura integrar a pré-escola e a creche no mesmo campo temático”. As demandas foram deslocadas para os espaços institucionais, encontrando no Conselho Nacional dos Direitos da Mulher um importante ponto de articulação e irradiação das pretensões. A “Carta de Princípios Criança: Compromisso Social” direciona o tema como um direito da criança e não apenas da mãe trabalhadora, destacando um compromisso social com o desenvolvimento infantil, como frequentemente invoca a literatura sobre o tema<sup>7</sup>.

Referida pauta se inseria no universo de demandas, consensos e dissensos típicos das mudanças de regime político, em especial a denominada terceira onda de democratizações, característica da América Latina, em que se destacaram as variáveis referentes à intervenção e ao voluntarismo dos atores políticos envolvidos nestas dinâmicas, necessários à compreensão da “micropolítica”<sup>8</sup>.

É notório que os conflitos de interesses geraram importantes e intensos debates entre os atores políticos, em que a participação da sociedade civil se manifestou como reflexo da diversidade de anseios que aquele momento histórico abrigava<sup>9</sup>. Em verdade, não havia um grupo hegemônico que reunisse condições de impor seu “projeto” ao país. Mas os setores então organizados participaram ativamente do processo, em que predominaram os acordos e complexas negociações<sup>10</sup>.

É nesse sentido que o resultado desse processo, a Constituição Cidadã de 1988, no que se refere ao direito à creche, é depositária de diversas demandas: (i) educação, com a integração entre creche e pré-escola no sistema educacional (art. 208, IV); (ii) movimento das mulheres, na garantia de educação e creche no local de trabalho para crianças de zero a seis anos, direito assegurado a homens e mulheres (art. 7º, XXV); (iii) direitos humanos, na construção de um novo “sujeito de direitos”, a criança pequena<sup>11</sup>.

Importa salientar, ainda, que a Constituição rompeu com o modelo assistencial, ao dispor que creches e pré-escolas são instituições educativas, reconhecidas como um direito das crianças e das famílias. Para as crian-

7 “A Carta de Princípios explicita três significados decorrentes dessa posição: o primeiro ressalta que esse é um direito conquistado e não um ato de benevolência; o segundo defende a creche como uma instituição educativa e não apenas custodial; o terceiro enfatiza que todas as crianças são portadoras desse direito e não apenas os filhos das mães trabalhadoras (CNDM, 1986. p.31-32).” CAMPOS, Maria Malta. A mulher, a criança e seus direitos. *Cad. Pesqui.*, São Paulo, n. 106, p. 117-127, mar. 1999. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15741999000100006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/cp/a/dG4c4PNgJfQQL49gYs89wxK/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 out. 2021. p. 123. CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER. Criança: compromisso social. Brasília: CNDM, 1986. (Relatório do Encontro Nacional sobre Políticas de Atendimento à Criança de 0 a 6 Anos)

8 ARTURI, Carlos S. O debate teórico sobre mudança de regime político: o caso brasileiro. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 17, p. 11-31, nov. 2001, p. 13.

9 Ali aconteceu um processo decisório caracterizado pelo dissenso, pela intensa e permanente mobilização de atores coletivos internos e externos, por votações altamente polarizadas e, ao mesmo tempo – sobretudo em sua fase final –, por uma atividade igualmente intensa e incessante de busca de acordos entre as lideranças das diferentes forças em choque. PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988 – progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: PUC, 2008. p. 1.

10 Sobre transição democrática e fortalecimento do sistema de justiça, LIMA, Flávia Danielle Santiago. Revisitando os pressupostos da juristocracia à brasileira: mobilização judicial na Assembleia Constituinte e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 63, n. 2, p. 145-167, ago. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufr.v63i2.59168>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59168>. Acesso em: 05 out. 2021.

11 CAMPOS, Maria Malta. A mulher, a criança e seus direitos. *Cad. Pesqui.*, São Paulo, n. 106, p. 117-127, mar. 1999. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15741999000100006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/cp/a/dG4c4PNgJfQQL49gYs89wxK/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 out. 2021. p. 124.



ças, o compartilhamento de experiências e vivências, sob supervisão e cuidado de profissionais, é tido como importante elemento para seu desenvolvimento<sup>12</sup>.

Pelos mais distintos pontos de vista, o direito à creche representou, em especial, vitórias políticas de grupos minoritários no processo Constituinte:

Feministas, educadoras, sindicalistas, trabalhadoras/es das cidades e do campo sentiram-se vitoriosas/os com esses direitos devidamente reconhecidos no texto constitucional. A proposta de colocar creche na educação era uma forma de ampliar os horizontes políticos em relação às necessidades das crianças pequenas à sociabilidade, à afetividade, ao seu desenvolvimento social, físico, emocional, afetivo e intelectual.<sup>13</sup>

Outrossim, a previsão constitucional é acompanhada de outros instrumentos normativos que se integram ao conjunto de direitos fundamentais<sup>14</sup>, a robustecer a visão de que o direito à creche é um direito das mulheres. Destaca-se, entre os documentos, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (Resolução n. 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18.12.1979), que foi ratificada pelo Estado Brasileiro em 01.02.1984, que assegura o “fomento da criação e desenvolvimento de uma rede de serviços destinados ao cuidado das crianças”, cujo objetivo é “impedir a discriminação contra a mulher por razões de casamento ou maternidade e assegurar a efetividade de seu direito a trabalhar” (art. 11, 2, “c”).

Deste modo, a despeito dos relevantes enfoques atribuídos ao tema, o direito à creche como direito da mulher remanesce como importante questão, considerando que – a despeito da melhor escolaridade e inserção no mundo do trabalho – o cuidado e educação das crianças continua sendo atribuição feminina. São muitos os dados empíricos, produzidos pelas mais diversas agências em distintos contextos, mas também é uma percepção que pode ser compartilhada por observadores atentos de realidades próximas.

Essas estatísticas encontram correspondência no contexto brasileiro.

De acordo com o Relatório “Estatísticas de Gênero – Indicadores sociais das mulheres no Brasil”, produzido pelo IBGE, conclui-se que mulheres dedicam substancial atenção aos cuidados e afazeres domésticos que os homens (numa proporção entre 18,1 horas x 10,5 horas)<sup>15</sup>.

E, nesse sentido, a desigualdade brasileira se mostra evidente:

O ciclo de pobreza, exclusão, marginalização, estigmatização da população negra, e ainda mais da mulher negra, somente terão uma solução pelas vias do trabalho e da educação, situação na qual as vagas em

12 A autora salienta que este compartilhamento é relevante para as crianças, como indivíduos em desenvolvimento, independentemente de sua origem socioeconômica. ROSEMBERG, Fúlvia. Políticas de Educação Infantil e Avaliação. *Cad. Pesqui.*, v. 43, n. 148, p. 44-75, jan./abr. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15742013000100004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/rCQyvkxLbt68jLbyvmy3bwh/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 05 out. 2021.

13 TELES, Maria Amélia de Almeida. Creche em tempos de perdas de direitos. In: TELES, Maria Amélia de Almeida Teles *et al.* (org.). **Por que a creche é uma luta das mulheres?** Inquietações femininas já demonstram que as crianças pequenas são de responsabilidade de toda a sociedade. São Carlos: Pedro & João Editores, 2018. p. 163-180. p. 167.

14 Para Flávia Piovesan (2014), o Constituinte atribuiria a estes direitos hierarquia de norma constitucional e aplicabilidade imediata; de modo que seria possível classificar os direitos fundamentais em três grupos: (a) expressos na Constituição; b) implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) decorrentes dos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. PIOVESAN, Flávia. **Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF**. [S. l.: s. n., 199-?].

15 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil**. 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 05 out. 2021.

creches se revelam como condição indispensável para o desenvolvimento dessas famílias que vivem em condição de vulnerabilidade<sup>16</sup>.

Como sabido, a procura por essas vagas se dá, sobretudo, em grande parte por mulheres de baixa renda, situação que atinge em especial as mulheres negras. Nesse sentido, matricular essas crianças tem um duplo aspecto: emancipação das mulheres e das crianças a partir do acesso à educação. Indo além, pode-se cogitar ainda os benefícios dos irmãos, em especial das irmãs, frequentemente encarregadas dos cuidados com o(a)s irmã(o)s mais nov(o)as.

### 3 EM BUSCA DA EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: A CONSOLIDAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DO DIREITO À CRECHE NO BRASIL

A judicialização é o processo em que regras, procedimentos e discurso jurídico permeiam diversos aspectos da vida moderna, numa ampliação do âmbito jurídico sobre as demais esferas sociais. Na esteira de um processo com manifestações nos mais diversos continentes, assiste-se mais recentemente a um processo específico, direcionado à tutela jurisdicional dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC's).

Na vasta produção acadêmica na área, o fenômeno é discutido em suas causas e consequências. Sumarizando os principais aspectos, Malcolm Langford adere às explicações usualmente destacadas entre os juristas: o avanço da estrutura jurídica, consistente na constitucionalização destes direitos, além do engajamento social nesta litigância (nas palavras do autor, para “construir uma sociedade civil com financiamentos suficientes e organizada”). Como fatores adicionais – e decisivos para a ampliação e chance de sucesso – tem-se com igual importância:

- (a) *A configuração institucional do sistema jurídico*, particularmente a disponibilidade dos tribunais e suas regras processuais, além da orientação ou preferências dos juízes (interpretação teleológica, conservadorismo ou simples “desconhecimento da existência de parâmetros e jurisprudência sobre direitos humanos”);
- (b) *O grau de efetividade dos direitos sociais e econômicos em relação ao “limite do máximo de recursos de que dispõe o Estado”, pois o autor sustenta que a “receptividade do poder judiciário a casos relacionados com direitos sociais, particularmente referentes a obrigações positivas, em geral depende de evidências claras da falta de cumprimento por parte do Estado ou de particulares de suas obrigações”<sup>17</sup>.*

16 ROSSI, Danilo Valdir Vieira. Do ativismo judicial na formação de políticas públicas: a falta de vagas em creches. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga (org.). *Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar*. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2018. p. 327-363. p. 359.

17 LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise socio-jurídica. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 11, p. 98-133, 2009. p. 102-105. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452009000200006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/XQdkD9BS9g4dBQgdSFqKnPL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 05 out. 2021.

Varun Gauri e Daniel Brinks salientam pesquisa concernente a 187 países, em que se constatou que, dos 165 países com constituições escritas disponíveis, 116 fizeram referência ao direito à educação e 73 ao direito à saúde. Em 2004, 95 destes países estabeleceram o direito à educação gratuita e 29 algum tipo de atendimento gratuito em saúde<sup>18</sup>.

A despeito da previsão normativa, os direitos que demandam prestações estatais geram controvérsias em torno de sua exigibilidade e justiciabilidade, compreendida como a possibilidade de demandar em juízo e exigir o cumprimento das prestações materiais decorrentes da previsão destes direitos sociais<sup>19</sup>. Trata-se de um desafio institucional enfrentado por muitos países na denominada terceira onda de democratização, como consequência da adoção de compromissos constitucionais substantivos, processo com particular relevância nos países mais pobres do mundo<sup>20</sup>.

O sistema jurídico brasileiro, nesse sentido, apresenta substanciais avanços na garantia dos direitos sociais, e o direito à creche é um importante *locus* para observação destas conquistas da mobilização pública e institucional nas últimas décadas.

A **Constituição Federal**, como um dos instrumentos do processo de restauração democrática, intentou redefinir as “formas de decidir da política nacional” e, dentre outras medidas, fortaleceu os tribunais e outras instituições jurídicas, como Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública<sup>21</sup>.

Materialmente, adotou-se um modelo analítico de constituição da “transição democrática”, com normas que permitem a “tradução de demandas políticas na linguagem jurídica, tornando-as ‘judicializáveis’”<sup>22</sup>. No caso brasileiro, a fundamentalidade destes direitos é tida como um elemento-chave para a interpretação e eficácia dos direitos sociais, decorrente da estrutura jurídica do ordenamento, que contempla uma extensa previsão constitucional, mas também incorpora os citados tratados internacionais e normatização estes direitos no plano infraconstitucional.

Referidas normas também exigem a atuação do legislador para sua regulamentação, pois, em alguns casos, são preceitos vagos e imprecisos, que dependem de regulamentação para serem cumpridos. Prescindem também da atuação dos agentes governamentais para a execução de políticas públicas e prestação dos serviços estipulados. É na configuração infraconstitucional que se apresentaria um dos grandes obstáculos à exigibilidade dos direitos sociais: a indeterminação da conduta devida aos seus titulares, superável pela via semântica “regulamentar, jurisprudencial ou dogmática” ou, no plano concreto (quando a conduta não está devidamen-

18 GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. Introduction: The elements of legalization and the triangular shape of social and economic rights. In: GAURI, Varun; BRINKS, Daniel (ed.). **Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 1-37.

19 ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Prólogo de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 37.

20 GLOPPEN, Siri. Courts and social transformation: an analytical framework. In: GARGARELLA, Roberto; ROUX, Theunis; DOMINGO, Pilar (org.). **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?** London: Routledge, 2006. p. 35-60. p. 36.

21 CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Trajetória da revisão de constitucionalidade no desenho institucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 12, n. 23, p. 176-207, jan./abr. 2010, p. 186. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1517-45222010000100007>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/KkwdrkGPFMmsBmZyyPvsjwv/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 05 out. 2021.

22 LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 221.

te regulamentada), com o reconhecimento de que “faticamente só existe um ou um número limitado de cursos de ação, garantia ou satisfação determináveis a respeito do direito em questão”<sup>23</sup>.

No Brasil, o direito à creche está previsto na [Constituição Federal de 1988](#) e na legislação ordinária e, como necessário à calibração de qualquer política pública, nos decretos e resoluções que direcionam a atividade educacional.

Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), em seus artigos 53, V, e 54, IV, determina o direito da criança e do adolescente à educação, com acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência. Ademais, afirma ser um dever estatal, que pode implicar em responsabilidade das autoridades, como se infere do seu art. 54:

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade; (Redação dada pela Lei nº 13.306, de 2016)

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.<sup>24</sup>

A Lei de Diretrizes Básicas da Educação (Lei nº 9.394/96) determina aos Municípios “oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental” (art. 11, V), configurando o direito à creche e pré-escola em seu art. 30, nos seguintes termos:

Art. 30. A educação infantil será oferecida em:

I – creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

II – pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)<sup>25</sup>

Importante questão refere-se aos critérios para organização destas estruturas e período de permanência nas unidades educacionais, conforme o art. 31, que determina “carga horária mínima anual de 800 (oitocentas) horas, distribuída por um mínimo de 200 (duzentos) dias de trabalho educacional” e “atendimento à criança de, no mínimo, 4 (quatro) horas diárias para o turno parcial e de 7 (sete) horas para a jornada integral”, com controle de frequência. Nesse sentido, a jornada inclui “pelo menos quatro horas de trabalho efetivo em sala de aula, sendo progressivamente ampliado o período de permanência na escola” (art. 34).

Diante da determinação constitucional (art. 214) de que o Plano Nacional de Educação será objeto de lei de duração decenal, cujo objetivo é “articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e de-

23 ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Prólogo de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 257.

24 BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 05 out. 2021.

25 BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm). Acesso em: 05 out. 2021.

finir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação” e considerando a natureza progressiva do direito, a Lei n. 13.005/2014 estabelece as seguintes metas quanto ao tema:

META 01 – Educação Infantil

Meta 1: universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE.

Estratégia 1.17 – estimular o acesso à educação infantil em tempo integral para todas as crianças de 0 a 5 anos, conforme estabelecido nas Diretrizes Curriculares Nacionais para a Ed. Infantil.

META 06 – Oferecer educação em tempo integral em, no mínimo, 50% das escolas públicas, de forma a atender, pelo menos, 25% dos alunos da educação básica.<sup>26</sup>

No mesmo sentido, tem-se a lei regulamentadora do Fundo de Manutenção e desenvolvimento da Educação Básica e da valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB (Lei n. 11.494/07).

Verifica-se, no caso brasileiro, que foram vencidos os bloqueios institucionais para a regulamentação e estabelecimento dos contornos gerais da política pública relativa ao direito à creche e de outros direitos prestacionais, obstáculos ainda persistentes em muitos ordenamentos em relação aos direitos socioeconômicos. Deste modo, estariam afastadas as objeções e os argumentos questionadores da legitimidade e legalidade dos direitos sociais, frequentemente considerados empecilhos à sua justiciabilidade<sup>27</sup>.

Não por acaso, a intensa judicialização das pretensões jurídicas organizadas em políticas públicas é um processo com repercussões em todo o complexo sistema judiciário brasileiro, a abranger desde as ações individuais em que se requer a tutela específica de direitos prestacionais, passando por ações civis públicas e populares e, por fim, no questionamento dos principais aspectos e omissões quanto aos direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal<sup>28</sup>.

Neste contexto, a discussão assume outros patamares, voltando-se à atuação dos tribunais no acolhimento destes direitos, considerando que “há decisões sobre diversas obrigações dos Estados com relação a efetivar os DESC”, a partir de questões mais complexas e profundas no exercício da jurisdição quanto ao tema<sup>29</sup>.

26 BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm). Acesso em: 05 out. 2021.

27 TUSHNET, Mark. A response to David Landau. *Harvard International Law Journal*, [v. 53, p. 155-164, 2012]. Disponível em: [http://opiniojuris.org/2012/01/23/hilj\\_tushnet-responds-to-landau/](http://opiniojuris.org/2012/01/23/hilj_tushnet-responds-to-landau/). Acesso em: 05 out. 2021.

28 V.g. KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 59-86, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/judicializacao-politica-control-judicial-de-politicas-publicas>. Acesso em: 05 out. 2021.

29 LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise socio-jurídica. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 11, p. 98-133, dez. 2009. p. 122. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452009000200006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/XQdkD9BS9gdBQgdSFqKnPL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 05 out. 2021.

## 4 UM PASSO ALÉM DA JUSTICIABILIDADE: A JURISPRUDÊNCIA EXPANSIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA GARANTIA DO DIREITO À CRECHE

Superadas as dificuldades técnicas em torno da exigibilidade do direito à creche e em busca das potencialidades da tutela jurisdicional, para fazê-lo valer nas demandas trazidas à apreciação, é importante historiar sua trajetória de afirmação pela via jurisprudencial, tendo sido paulatinamente reconhecidos relevantes aspectos do direito. Deve-se ressaltar, inicialmente, que a judicialização deste direito tem como foro principal a Justiça Estadual, diante da atribuição ao município deste dever. Eventualmente, questões tratadas neste âmbito chegam ao Supremo Tribunal Federal, pela interposição de recursos, de sorte que na via do controle difuso de constitucionalidade foi possível o estabelecimento de precedentes inovadores.

A apreciação, em 2005, do Recurso Extraordinário nº 436.996-SP, interposto pelo Ministério Público de São Paulo contra o Município de Santo André, é considerada um marco jurisprudencial quanto ao direito à creche, mas também significativa para o controle judicial de políticas públicas.

Naquela oportunidade, fixou-se entendimento de que a “educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível”, não estando sujeita a “avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental”, afastando-se o argumento da reserva do possível. Reforçou-se a atribuição municipal, decorrente de mandato constitucional. E, após afirmar a atribuição dos poderes majoritários, estabeleceu-se a hipótese de que – excepcionalmente – o Poder Judiciário determine a implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas<sup>30</sup>.

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO

– A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

(...)

– Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, RE436.996/SP 3 por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.<sup>31</sup>

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgR no RE nº 410715/SP**. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2254591>. Acesso em: 05 out. 2021.

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgR no RE nº 410715/SP**. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2254591>. Acesso em: 05 out. 2021.

Deste modo, existe uma jurisprudência consolidada no STF, a partir de julgados cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello, em torno da educação infantil como direito das crianças, cujo conteúdo pode ser extraído diretamente do art. 208, IV, da CRFB, constituindo dever estatal assegurar o atendimento em creche e pré-escola<sup>32</sup>.

Em 2006, o STF reiterou o direito à creche, desta vez com respaldo no Estatuto da Criança e do Adolescente, também reconhecido como norma não programática, reconhecendo sua “exigibilidade em juízo”, enquanto “interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária”<sup>33</sup>.

De sorte a garantir efetividade aos provimentos jurisdicionais que determinam matrícula das crianças aos municípios, os magistrados nas decisões e as sentenças condenatórias estabeleceram uma práxis de estabelecimento de sanções em caso de descumprimento: multas (astreintes) por inobservância da ordem judicial. Em sede recursal, o STF já confirmou a constitucionalidade da aplicação dessas sanções processuais, como se observa do seguinte julgado:

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, [...] POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: [...] A ‘astreinte’ – que se reveste de função coercitiva – tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.<sup>34</sup>

Atualmente, o STF reconheceu repercussão geral ao tema, que chegou à sua apreciação no Agravo de instrumento nº 761.908, interposto pelo Município de Criciúma contra liminar em sede de mandado de segurança que determinou a matrícula de criança em creche pública. O recurso ampara-se na discussão sobre a autoaplicabilidade ou não do art. 208, IV, da Constituição. A repercussão geral está assentada no Tema “548” – “Dever estatal de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a 5 (cinco) anos de idade”.

Desse modo, após julgada a matéria ter-se-ia um precedente vinculante, através de um mecanismo formal de uniformização da jurisprudência.

## 5 CONCLUSÕES: NORMATIVIDADE, EFEITOS SIMBÓLICOS E MOBILIZAÇÃO JURÍDICA

Neste quadro geral, verifica-se que os argumentos normativos em torno da natureza específica do direito à creche e da falta de meios processuais para assegurar decisões judiciais efetivas, que redundariam na inexi-

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 761908/RG. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2689833>. Acesso em: 05 out. 2021.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR nº 463210/SP. Rel. Min. Carlos Velloso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2332073>. Acesso em: 05 out. 2021.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 639337/SP. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4063691>. Acesso em: 05 out. 2021.

gibilidade destes direitos ou sua não justiciabilidade, não se sustentam, diante das previsões constitucionais, legais e infralegais que regem o tema.

É possível afirmar, quanto ao direito à creche, um processo de reconhecimento de sua fundamentalidade, autoaplicabilidade e, como consequência, afirmada a possibilidade de intervenção judicial nestas políticas públicas, em especial em casos de omissões dos poderes majoritários.

No caso, verifica-se que além da afirmação de um modelo “forte” de revisão judicial (“*strong-form review*”), em que as decisões judiciais sobre questões constitucionais são vinculantes e representariam a última palavra quanto à interpretação do direito, o STF avançou em torno das chamadas medidas estruturantes, em que se admite que os tribunais possam estabelecer obrigações específicas aos poderes públicos<sup>35</sup>.

Contudo, consolidados pelo menos 15 anos do paradigmático julgamento do Recurso Extraordinário nº 436.996-SP, resta refletir quais as repercussões desta jurisprudência expansiva do “guardião da constituição” em torno da sindicabilidade judicial das políticas públicas, em especial para a litigância para garantia do direito à creche perante as instâncias ordinárias e recursais.

Nesta seara, deve-se ponderar o notório *déficit* de vagas em creches, que alcançava em 2014, de acordo com os dados do Observatório do Plano Nacional de Educação (PNE), dois milhões e meio de vagas, em claro descompasso com as metas estabelecidas pelo mencionado plano<sup>36</sup>.

Dados como este podem, à primeira vista, pôr em xeque as decantadas virtudes da judicialização enquanto mecanismo de reformas sistêmicas, argumento comum na teoria jurídica<sup>37</sup>, quando constatadas as dificuldades de implementação de decisões judiciais e as limitações das instituições jurídicas na mobilização de direitos dos grupos vulnerabilizados<sup>38</sup>. É neste sentido que as teorias discutem a funcionalidade dos tribunais, sua utilidade, se eles realmente controlam os agentes que se submetem à sua análise<sup>39</sup>.

Levadas em consideração estas questões, em especial os (não) impactos de longo prazo da judicialização e de decisões ativistas, pode-se questionar se os tribunais efetivamente constituem uma arena de transformação e quais seriam as potencialidades destas conquistas jurisprudenciais.

35 O debate sobre a melhor forma para que o Poder Judiciário – e, sobretudo, as cortes constitucionais – possam assegurar direitos socioeconômicos é profícuo na literatura internacional. David Landau apresenta quatro formas: a) ações individuais (*individual actions*); b) injunções proibitivas (*negative injunctions*); c) por determinações “fracas” de políticas públicas (*weak-form review*) e d) por decisões estruturais (*structural injunctions*). E afirma que as duas últimas seriam mais adequadas para a garantia destes direitos à população menos favorecida. LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal*, v. 53, n.1, p. 190-247, Winter 2012. Disponível em: [https://harvardilj.org/2012/01/issue\\_53-1\\_landau/](https://harvardilj.org/2012/01/issue_53-1_landau/). Acesso em: 05 out. 2021. Para Mark Tushnet, um modelo “fraco” (*weak-form review*), em que os juizes adotam postura deferente e dialógica às interferências legislativas, seria mais vantajoso. TUSHNET, Mark. Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 41, p. 1-22, 2006. p. 13. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/240/>. Acesso em: 05 out. 2021. Para o debate entre ambos, TUSHNET, Mark. A response to David Landau. *Harvard International Law Journal*, [v. 53, p. 155-164, 2012]. Disponível em: [http://opiniojuris.org/2012/01/23/hilj\\_tushnet-responds-to-landau/](http://opiniojuris.org/2012/01/23/hilj_tushnet-responds-to-landau/). Acesso em: 05 out. 2021.

36 O Plano Nacional de Educação (2001-2010) estabelecia a meta de atendimento de 50% da demanda até o ano de 2005; por não ter sido alcançada, esta foi postergada para o planejamento posterior (2014-2024). Observatório do PNE. **Metas do PNE: 1 – Educação Infantil**. Disponível em: [http://simec.mec.gov.br/pde/grafico\\_pne.php](http://simec.mec.gov.br/pde/grafico_pne.php). Acesso em: 05 out. 2021.

37 SCHEINGOLD, Stuart A. **The politics of rights: lawyers, public policy, and political change**. Michigan: University of Michigan Press, 2010. p. 6.

38 ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope: can courts bring about social change?** Chicago: University of Chicago Press, 1991. p. 118.

39 SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 142.



Inicialmente, é necessário considerar as características do sistema jurídico brasileiro e o poder irradiador das decisões do STF, ainda que produzidas em sede de controle difuso de constitucionalidade. Referidas decisões, numa processualística que valoriza os precedentes como elemento indissociável da práxis jurisprudencial, convertem-se num importante aspecto para a fundamentação nos complexos litígios que envolvem a política pública de acesso à creche. E o Tribunal, nesse sentido, avança para mais um importante paradigma, desta vez vinculante, quando decidir o Tema “548”, em que certamente assentará o “*dever estatal de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a 5 (cinco) anos de idade*”. Ao julgar a demanda, além de se pronunciar sobre a autoaplicabilidade art. 208, IV, da CRFB, o STF tem a oportunidade de estabelecer um novo marco para a justiciabilidade dos direitos sociais no Brasil.

Mas para além das questões processuais específicas nacionais, é importante consignar os impactos simbólicos da jurisdição constitucional, que ultrapassam os resultados materiais diretos e imediatos. Não despropositadamente, sugere-se, no caso de sentenças estruturais, uma abordagem multidimensional que contemple elementos como “mudanças na jurisprudência, nas práticas institucionais, nas atitudes e nos discursos”. Como recorda Cesar Rodríguez Garavito, reformas estruturais são caras e demoradas, além de exigir habilidade gerencial e política do Poder Judiciário, para a construção de soluções capazes de sanar falhas sistêmicas e omissões dos poderes públicos<sup>40</sup>.

Nesse sentido, o sistema de justiça nacional conta com, na interpretação do art. 208, IV c/c art. 7º, XXV da Carta Cidadã, empreendida pelo Supremo Tribunal Federal, as linhas normativas de mobilização de atores sociais e dos órgãos institucionais voltados à defesa da cidadania – Ministério Público e Defensoria Pública – para a afirmação progressiva e nas instâncias jurisdicionais para a busca pela efetividade do direito à creche, prerrogativa fundamental das crianças, dos trabalhadores e trabalhadoras e, em particular, das mulheres e meninas brasileiras.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Prólogo de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.

ARTURI, Carlos S.. O debate teórico sobre mudança de regime político: o caso brasileiro. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 17, p. 11-31, nov. 2001, p. 13.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Básica. **Resolução nº 05, de 17 de dezembro de 2009**. Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=2298-rceb005-09&category\\_slug=dezembro-2009-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=2298-rceb005-09&category_slug=dezembro-2009-pdf&Itemid=30192). Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/13005.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/13005.htm). Acesso em: 05 out. 2021.

40 O autor pondera diversas consequências possíveis para estas decisões: [...] efeitos materiais diretos (por exemplo, a formulação de uma política pública ordenada pelo tribunal); efeitos materiais indiretos (por exemplo, a participação de novos atores no debate); efeitos simbólicos diretos (por exemplo, nova estrutura para notícias na mídia) e efeitos simbólicos indiretos (por exemplo, a transformação da opinião pública sobre o problema). GARAVITO, César A. Rodríguez et al. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, n. 2, p. 1-27, dic. 2013. p. 13. Disponível em: <https://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/10619?locale-attribute=en>. Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm). Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. PNE EM MOVIMENTO. **Metas do PNE: 1 –Educação Infantil**. Disponível em: [http://simec.mec.gov.br/pde/grafico\\_pne.php](http://simec.mec.gov.br/pde/grafico_pne.php). Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI nº 761908/RG**. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2689833>. Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgR no RE nº 410715/SP**. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2254591>. Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 639337/SP**. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4063691>. Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE-AgR nº 463210/SP**. Rel. Min. Carlos Velloso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2332073>. Acesso em: 05 out. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMPOS, Maria Malta. A mulher, a criança e seus direitos. **Cad. Pesqui.**, São Paulo, n. 106, p. 117-127, mar. 1999. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15741999000100006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/dG4c4PNgJfqQL49gYs89wxK/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 out. 2021.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Trajetória da revisão de constitucionalidade no desenho institucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 12, n. 23, p. 176-207, jan./abr. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1517-45222010000100007>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/KkwdrkGPFMmsBmZyyPvsjw/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 05 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER. Criança: compromisso social. Brasília: CNDM, 1986. (Relatório do Encontro Nacional sobre Políticas de Atendimento à Criança de 0 a 6 Anos)

GARAVITO, César A. Rodriguez et al. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, n. 2, p. 1-27, dic. 2013. p. 13. Disponível em: <https://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/10619?locale-attribute=en>. Acesso em: 05 out. 2021.

GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. Introduction: The elements of legalization and the triangular shape of social and economic rights. In: GAURI, Varun; BRINKS, Daniel (ed.). **Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

GLOPPEN, Siri. Courts and social transformation: an analytical framework. In: GARGARELLA, Roberto; ROUX, Theunis; DOMINGO, Pilar (org.). **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?** London: Routledge, 2006. p. 35-60.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil**. 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 05 out. 2021.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, v. 8, n.1, p. 59-86, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/judicializacao-politica-controle-judicial-de-politicas-publicas>. Acesso em: 05 out. 2021.

LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. **Harvard International Law Journal**, v. 53, n.1, p. 190-247, Winter 2012. Disponível em: [https://harvardilj.org/2012/01/issue\\_53-1\\_landau/](https://harvardilj.org/2012/01/issue_53-1_landau/). Acesso em: 05 out. 2021.

LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise socio-jurídica. **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 6, n. 11, p. 98-133, dez. 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452009000200006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/XQdkD9BS9g9dBQgdSFqKnPL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 05 out. 2021.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Revisitando os pressupostos da juristocracia à brasileira: mobilização judicial na Assembleia Constituinte e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 63, n. 2, p. 145-167, ago. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdupr.v63i2.59168>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59168>. Acesso em: 05 out. 2021.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

MARQUES, Teresa Cristina Novaes. A regulação do trabalho feminino em um sistema

político masculino, Brasil: 1932-1943. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 59, p. 667-686, set./dez. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/S2178-14942016000300006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/eh/a/nC7nYwNgQRRSJ9c65byvvRx/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988** – progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: PUC, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF**. [S. l.: s. n., 199-?].

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: ABMP. Todos pela educação (org.). **Justiça pela qualidade na educação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSEMBERG, Fúlvia. Políticas de Educação Infantil e Avaliação. **Cad. Pesqui.**, v. 43, n. 148, p. 44-75, jan./abr. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15742013000100004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/rCQyvKxLbt68jLbyvmy3bwh/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 05 out. 2021.

ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope: can courts bring about social change?** Chicago: University of Chicago Press, 1991.

ROSSI, Danilo Valdir Vieira. Do ativismo judicial na formação de políticas públicas: a falta de vagas em creches. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga (org.). **Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar**. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2018. p. 327-363.

SCHEINGOLD, Stuart A. **The politics of rights: lawyers, public policy, and political change**. Michigan: University of Michigan Press, 2010.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002.

TELES, Maria Amélia de Almeida. Creche em tempos de perdas de direitos. In: TELES, Maria Amélia de Almeida Teles *et al.* (org.). **Por que a creche é uma luta das mulheres?** Inquietações femininas já demonstram que as crianças pequenas são de responsabilidade de toda a sociedade. São Carlos: Pedro & João Editores, 2018. p. 163-180.

TUSHNET, Mark. A response to David Landau. **Harvard International Law Journal**, [v. 53, p. 155-164, 2012]. Disponível em: [http://opiniojuris.org/2012/01/23/hilj\\_tushnet-responds-to-landau/](http://opiniojuris.org/2012/01/23/hilj_tushnet-responds-to-landau/). Acesso em: 05 out. 2021.

TUSHNET, Mark. Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 41, p. 1-22, 2006. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/240/>. Acesso em: 05 out. 2021.

# CAPÍTULO 4

## MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ivette Senise Ferreira

### 1 INTRODUÇÃO

Embora a evolução das ideias ecológicas tenha impulsionado a atuação do Estado no sentido de estabelecer um sistema de proteção mais adequado e eficiente para impedir a crescente degradação da natureza e a paulatina destruição dos bens que ela comporta, e que são essenciais à manutenção da vida sobre a terra, o surgimento de um complexo de normas, princípios e técnicas destinados a essa finalidade congregou todos os ramos do Direito para que, com os seus instrumentos próprios, fosse possível proporcionar no âmbito da tutela jurídica as condições de efetivação do *direito ao meio ambiente equilibrado e à sadia qualidade de vida*, não somente como um dos direitos fundamentais da pessoa humana mas também de toda a coletividade.

A adoção desse princípio no Brasil, que já era objeto de recomendação da comunidade internacional, encontrou guarida expressa na [Constituição Federal de 1988](#), e além de passar a nortear toda a legislação ambiental subjacente veio dar uma nova conotação às normas já existentes, no sentido de favorecer uma interpretação das mesmas que fosse coerente com a orientação político-institucional que então se inaugurava.

Por outro lado, o campo de abrangência da proteção ambiental alargou-se enormemente, a começar pela ampla conceituação dada ao seu objeto que passou a incluir, ao lado dos recursos naturais – o denominado *patrimônio natural* –, todos os bens considerados essenciais para a plena realização da pessoa humana e para a vida em comunidade – o denominado *patrimônio cultural* – cujo conjunto forma o *patrimônio nacional ambiental*.

Essa ampliação do conceito de meio ambiente, que se firmou a partir da Constituição de 1988, significa que o mesmo é integrado não somente pelos recursos oferecidos pela natureza, que constituem a condição essencial da vida sobre a Terra e também da sua origem, do seu desenvolvimento e da sua sobrevivência, mas é também acrescido daqueles outros que permitem aos indivíduos organizarem-se em grupos articulados e harmoniosos, estruturando-se de modo a condicionar ou facilitar a vida em sociedade e a sua realização plena como pessoa.

Na verdade, há muito que a proteção jurídica do meio ambiente realizava-se com a regulamentação dirigida à correta utilização dos recursos naturais, que a conceituação então vigente privilegiava, nos termos da definição que lhe fora dada pela Lei nº 6.938/81, a qual, no seu artigo 3º, definia o meio ambiente como “o

conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”<sup>1</sup>.

A **Constituição Federal brasileira de 1988**, acolhendo recomendações e exemplos da ordem internacional, além de incluir expressamente referência à noção de patrimônio cultural, definindo-o no seu art. 216 e indicando os bens de natureza material e imaterial que o compõem, incorporou os princípios da célebre Declaração de Estocolmo, de 1972, aprovada na Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, que constitui um marco histórico no Direito Ambiental por ter oferecido ao mundo os critérios e princípios comuns para nortear a melhoria e a preservação do meio ambiente nas legislações dos países membros.

Dela destacamos o Princípio I, que inspirou o legislador brasileiro na redação do artigo 225 da Constituição Federal, declarando que:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada, em um ambiente que esteja em condições de permitir uma vida digna e de bem-estar; tem ele a grave responsabilidade de proteger e melhorar o ambiente para as gerações presentes e futuras.<sup>2</sup>

E, por referir-se à questão que analisamos, também deve ser mencionado o seu Princípio X, o qual afirma: “O desenvolvimento econômico e social é essencial para assegurar um ambiente de vida e de trabalho favoráveis ao homem e para criar na Terra condições necessárias à melhoria da qualidade de vida”.<sup>3</sup>

Posteriormente, a Organização das Nações Unidas voltou a insistir no tema, na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução nº 41/128 da sua Assembleia Geral, de 4 de dezembro de 1986, reconhecendo que a pessoa humana é o sujeito central do processo de desenvolvimento e que a política de desenvolvimento das nações deveria fazer do ser humano o principal participante e beneficiário do mesmo, proclamando no seu artigo 1º que: “O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados”.<sup>4</sup>

Em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, reafirmando a Declaração de Estocolmo de 1972, e buscando avançar a partir dela, com o objetivo de construir uma nova e justa parceria global por meio do estabelecimento de novos níveis de cooperação entre os Estados, os setores-chave da sociedade e os indivíduos, inicia a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ali aprovada, enfatizando no seu Princípio I: “Os seres humanos estão no cen-

1 BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm). Acesso em: 05 out. 2021.

2 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 out. 2021.

3 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 out. 2021.

4 UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento – 1986. Adotada pela Revolução nº 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 06 out. 2021.

tro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”.<sup>5</sup>

Aliás, no Seminário preparatório dessa Conferência, realizado em Brasília em 7 de março de 1992, a Comissão de Redação de suas Conclusões já manifestara que “existe uma relação íntima entre desenvolvimento e meio ambiente, desenvolvimento e direitos humanos, e meio ambiente e direitos humanos. Esses vínculos podem encontrar-se, por exemplo, nos direitos à vida e à saúde em sua ampla dimensão, que requerem tanto medidas negativas quanto medidas positivas por parte dos Estados. Em realidade, a maioria dos direitos econômicos, sociais e culturais, bem como os direitos civis e políticos mais básicos, demonstram essa relação íntima. Afinal, existe um paralelo entre a evolução da proteção dos direitos humanos e da proteção do meio ambiente, havendo ambas passado por um processo de internacionalização e de globalização”.

Embora tenha havido na atualidade uma notável conscientização da necessidade dessa proteção, como afirma o internacionalista Antonio Augusto Cançado Trindade,

nenhum cidadão pode estar hoje alheio à temática dos direitos humanos e do meio ambiente, mormente os que vivem em países como o Brasil, detentores dos mais altos índices de disparidades sociais do mundo, que levam à triste e inelutável convivência, em seu cotidiano, com a insensibilidade e insensatez das classes dominantes, a injustiça institucionalizada e perpetuada, e a continuada dificuldade do meio social em identificar com discernimento e compreender os temas verdadeiramente primordiais que lhe dizem respeito, a requererem reflexão e ação com seriedade.<sup>6</sup>

Para a evolução desses conceitos e para o alargamento da tutela que até então era dispensada aos bens ambientais, muito influenciou a noção de **interesses difusos**, introduzida modernamente na ordem jurídica, bem como a institucionalização da sua defesa através dos instrumentos adequados, além das atribuições concedidas ao Ministério Público para a proteção do meio ambiente.

Papel preponderante também exerceram os organismos internacionais com suas Declarações e Recomendações, as atividades das associações civis de defesa do meio ambiente, as pesquisas dos cientistas, que contribuíram para elucidar os problemas ecológicos, e as discussões dos estudiosos em torno do tema, que puseram em cheque o *substratum* filosófico precedente da proteção jurídica ambiental, passando a fundamentá-la não mais apenas em termos econômicos ou de mera satisfação de interesses individuais, mas também em outros valores básicos da condição humana, de tipo cultural e de conotação ética, os quais passaram a compor o novo conceito de **qualidade de vida** a que a [Constituição brasileira de 1988](#) faz referência, sobretudo aquele que foi acolhido como princípio básico para nortear os seus dispositivos e garantir a efetividade de defesa dos direitos humanos, que é o da **dignidade humana**, mencionado no inciso III do artigo 1º como sendo um dos fundamentos da nossa República Federativa.

5 UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio 1992 (Rio de Janeiro, 1992)**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-meio-ambiente-e-desenvolvimento.html>. Acesso em: 06 out. 2021.

6 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente**. Porto Alegre: Sergio Fabris Ed., 1993. p. 24.

Tal se deve ao reconhecimento, na atualidade, de que a pessoa humana é o “valor-fonte do Direito”, conforme afirma Miguel Reale em trabalho com esse título inserido na obra **Nova Fase do Direito Moderno**, onde ressalta que “foi através de uma longa experiência social que se deu a emergência do valor da pessoa, mas, uma vez revelado esse valor, ele se tornou uma constante ou invariante axiológica”. Essa invariante axiológica, que condiciona a vida ética em geral – e a jurídica em particular –, diz ele, transcende o processo empírico no qual e do qual emergiu, para adquirir uma validade universal. E acrescenta: “no caso de uma experiência cultural, como é a do Direito, esse conteúdo é de natureza axiológica, apresentando-se o valor da pessoa humana como valor primordial, pedra de toque essencial de aferição de legitimidade da ordem jurídica positiva”.<sup>7</sup>

Esse aspecto foi levado em consideração pelo legislador ao incluir, no Título referente à Ordem Econômica e Financeira, na Constituição Federal, no seu artigo 170, entre os princípios gerais da ordem econômica, a menção de que:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:  
(...)  
VI – a defesa do meio ambiente.<sup>8</sup>

A evolução do direito moderno nesse sentido refletiu-se numa nova concepção dos direitos fundamentais, que da fase primitiva das liberdades individuais que exprimia passou para a fase dos **direitos sociais** como obrigação do Estado, ao lado daqueles formulados em 1789, entre os quais foram incluídos, segundo Arnaldo Süssekind, “a seguridade social, o direito do trabalho, os direitos sindicais, o direito a uma vida sã e ao repouso, e as garantias econômicas para as classes trabalhadoras”.<sup>9</sup>

A correlação dessa evolução dos direitos fundamentais com as transformações sociais no mundo foi bem analisada por Ari Possidonio em sua Tese de concurso para Professor Titular, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que versou sobre esse tema, intitulada **Direitos do Homem, Direito do Trabalho e novos conflitos**, em que menciona quatro gerações de direitos fundamentais, prelecionando que a primeira geração está relacionada com o direito do indivíduo a não ser oprimido, permitindo-se que goze de algumas liberdades fundamentais consideradas naturais; a segunda geração, dos direitos genericamente chamados sociais, na verdade abrange direitos econômicos, sociais e culturais, decorrentes da reação ao Estado liberal, permitindo-se a intervenção do Estado no domínio privado para minimizar as desigualdades entre as pessoas; quanto aos direitos de terceira geração, reporta-se ao entendimento de Norberto Bobbio<sup>10</sup> e de outros autores que assinalam o aparecimento de uma terceira categoria, ainda um tanto heterogênea e vaga, mas que coincide com a noção de interesses difusos, como é o caso do **direito ao meio ambiente equilibrado e à sadia quali-**

7 REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 63.

8 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 out. 2021.

9 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 12.

10 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 4.

**dade de vida**, mencionando alguns comentaristas, entre outros, os direitos de solidariedade e de fraternidade, o direito à paz e ao desenvolvimento sustentado, e ainda o direito ao respeito do patrimônio comum da humanidade. Depois surgiram referências aos direitos de quarta geração, com a característica de direitos de toda a humanidade, com altíssimo teor de universalidade, como é o caso dos referentes à integridade do patrimônio genético e suas questões correlatas.

Nesse contexto, não resta a menor dúvida de que o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado constitui o mais importante dos direitos de terceira geração, cujo alto grau de humanismo tem sido ressaltado pelos modernos constitucionalistas, entre os quais Paulo Bonavides, que afirma a sua qualidade de não se dirigir especificamente à proteção de interesses individuais ou coletivos de um determinado Estado, mas de ter como destinatário todo o gênero humano, homens e mulheres indistintamente.<sup>11</sup>

No direito brasileiro essas características foram impressas na norma constitucional, que elevou esse direito à categoria de direito fundamental da pessoa humana, embora não inserido na enumeração feita no artigo 5º, o que sem dúvida resulta da configuração que lhe deu o artigo 225 da [Constituição Federal de 1988](#) ao declarar: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.<sup>12</sup>

## 2 O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O conceito ampliado de meio ambiente, decorrente da fórmula adotada pela Constituição Federal, explicitada no *caput* e nos vários parágrafos e incisos do artigo 225, que se referem tanto ao patrimônio ambiental natural quanto ao patrimônio cultural da Nação, comporta uma particularização para sua melhor compreensão e diversidade na tutela, podendo distinguir-se seus vários aspectos, como fez José Afonso da Silva<sup>13</sup> ao considerar:

- a) o **meio ambiente natural ou físico**, constituído pela interação dos seres vivos e o seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam;
- b) o **meio ambiente artificial**, constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos – ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral (espaço urbano aberto);
- c) o **meio ambiente cultural**, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arquitetônico, paisagístico, turístico, etc. que, embora artificial em regra, como obra do homem, difere do anterior, que é também cultural, pelo sentido de valor especial que adquiriu ou se impregnou.

11 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 523.

12 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 out. 2021.

13 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 3.



O autor ressalta, porém, a existência de uma unidade nesse patrimônio universal, que só pode ser considerado em seus diferentes aspectos pelo fato de estarem os mesmos sujeitos a regime jurídico diverso, como acontece com o **meio ambiente do trabalho** que, embora possa ser inserido no conceito de **meio ambiente artificial**, merece o tratamento especial que a Constituição lhe dispensa, pelas suas relevantes e particulares características.<sup>14</sup>

Consequentemente pode o mesmo ter uma conceituação própria, levando em conta a sua especificidade, embora mantendo as características do gênero a que pertence.

Apesar de uma certa dificuldade para a sua definição, pode-se afirmar, em princípio, que o termo refere-se ao local da prestação de serviço que em geral é no estabelecimento da empresa, mas pode o conceito ser estendido para abranger também as áreas de descanso do trabalhador, aquelas destinadas ao seu lazer ou ao recebimento de benefícios, programas profissionais, educacionais, etc.

Na Convenção Internacional da Organização Internacional do Trabalho nº 155/81, Sobre Segurança, Saúde dos Trabalhadores e Meio Ambiente, foi incluída uma definição de meio ambiente do trabalho, no seu artigo 3, de grande abrangência, considerando que: “a expressão **lugar de trabalho** compreende todos os locais onde os trabalhadores devem permanecer ou para onde têm que se dirigir em razão de seu trabalho, e que se acham sob o controle direto ou indireto do empregador”<sup>15</sup> (grifo nosso).

José Afonso da Silva conceitua o meio ambiente do trabalho como “um complexo de bens imóveis e móveis de uma empresa e de uma sociedade, objeto de direitos subjetivos privados e de direitos invioláveis da saúde, e da integridade física dos trabalhadores que o frequentam”.<sup>16</sup> Acrescenta ele que esse complexo pode ser agredido e lesado tanto por fontes poluidoras internas como externas, provenientes de certas empresas ou outros estabelecimentos civis de terceiros, quando então se coloca a questão da responsabilidade por danos ambientais e dos procedimentos para a sua reparação.

Por outro lado, o meio ambiente do trabalho não é um compartimento independente, desligado do meio ambiente geral, considerando-se que os efeitos nocivos de certas atividades ultrapassam os seus limites físicos para atingir a vizinhança ou mesmo a cidade como um todo, como é o caso da contaminação do ar, das vibrações do ar e dos ruídos excessivos.

Estas e outras perturbações têm sido objeto de inúmeras Recomendações Internacionais, pela Organização Internacional do Trabalho, quanto à necessidade de estabelecer-se a sua proteção, mas também a sua preven-

14 SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

15 BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. **ANEXO LI – Convenção nº 155 da OIT sobre segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm#anexo51](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm#anexo51). Acesso em: 06 out. 2021.

16 SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 5.

ção, impulsionando assim a organização de uma tutela jurídica que os Estados membros foram construindo, com base em seus princípios constitucionais e nos direitos fundamentais da pessoa humana.

### 3 A TUTELA JURÍDICA: DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No Brasil, a questão da saúde e da segurança do trabalhador no ambiente do trabalho é matéria de normas especiais de tutela contidas na Consolidação das leis do Trabalho, nos artigos 154 e seguintes, mas também foi objeto de previsão constitucional em 1988.

Com efeito, em estreita correlação com a promoção do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado à categoria de direito humano fundamental, feita pelo artigo 225, em outros de seus dispositivos a Constituição Federal especificou a contribuição que para isso pode ser atribuída ao meio ambiente do trabalho, dando ênfase à proteção da vida, da saúde e da segurança do trabalhador, que também se integram na tutela jurídica do meio ambiente.

Nesse sentido manifestou-se a intenção do legislador ao dispor no artigo 200 da Constituição brasileira que: “Ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...) VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.<sup>17</sup>

Essa indicação é feita depois de ter declarado, no artigo 196, que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.<sup>18</sup>

A adoção desse princípio, aliás, apenas vem corroborar o que se proclamou no artigo 7º, referente aos direitos sociais do trabalhador, que são relacionados como direitos e garantias fundamentais, incluindo-se aí os que se referem à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, nos termos do inciso XXII, e o referente à obrigação de um “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”, conforme dispõe o inciso XXIII.<sup>19</sup>

Esses dispositivos constitucionais costumam ser confrontados com normas preexistentes a esse respeito na legislação trabalhista, mais precisamente com aquelas referentes à segurança do trabalhador e à medicina do trabalho, existentes nos artigos 154 e seguintes da C.L.T.

Ali são encontradas várias exigências ou recomendações no que tange à manutenção pelas empresas de serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho, fornecimento de equipamento de proteção individual contra os riscos de acidente e danos à saúde dos empregados, além de medidas preventivas de medicina do trabalho, requisitos técnicos para a segurança das edificações no local de trabalho, iluminação ade-

17 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 out. 2021.

18 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 out. 2021.

19 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 out. 2021.

quada, apropriada à natureza da atividade desenvolvida, conforto térmico no local de trabalho, cuidados na movimentação, armazenagem e manuseio de materiais, prevenção de riscos na utilização de máquinas e equipamentos, caldeiras, fornos e recipientes sob pressão, cuidados para a prevenção da fadiga, e outras medidas de proteção, relacionadas no artigo 200, sendo indicadas no artigo 201 as penalidades a que ficam sujeitos os infratores. Nesse amplo contexto também se incluem várias disposições relativas a atividades insalubres ou perigosas, previstas nos artigos 189 a 197, inclusive as que asseguram o recebimento de um adicional na remuneração dos trabalhadores que a elas se submetem.

Um Capítulo específico na Consolidação das Leis do Trabalho é dedicado à mulher trabalhadora, introduzindo outras regras protetivas destinadas a atualizar a lei aos ditames constitucionais ou à legislação posterior em conformidade com as transformações sociais dos últimos tempos. Assim, o seu Capítulo III, denominado “Da Proteção ao Trabalho da Mulher”, estabelece um sistema normativo para a duração, condições de trabalho e discriminação contra a mulher (arts. 372 a 378), o trabalho noturno das mulheres (arts. 379 a 381), os períodos de descanso (arts. 382 a 386), mas também alguns ditames sobre os locais de trabalho das mulheres nas empresas (arts. 387 a 389), além de outras regras de proteção à maternidade (arts. 391 a 400), com as penalidades aplicáveis pela infração a qualquer dispositivo do referido Capítulo (art. 401).

São interesses individuais ou coletivos que compõem uma ampla rede de proteção e de prevenção na legislação trabalhista relativa às obrigações do Estado para com os direitos sociais das classes trabalhadoras.

Convém porém distinguir, como bens jurídicos distintos, aqueles que são tutelados pelo Direito do Trabalho e pelo Direito Ambiental, considerando-se que o primeiro ocupa-se de relações privatísticas entre empregador e empregado, e o segundo de interesses ou direitos difusos, buscando proteger o trabalhador como ser vivo, dotado da dignidade inerente a todo ser humano, o qual merece exercer os seus misteres num ambiente isento de degradação ou perturbações que possam afetar-lhe a vida, a saúde ou a segurança.

O confronto de todas as normas existentes na legislação brasileira relacionada com a proteção do meio ambiente do trabalho deu origem a uma discussão na doutrina a respeito de uma possível antinomia daquelas com as regras constitucionais de proteção à saúde e segurança do trabalhador enquanto pessoa, dotado da dignidade comum a todos os seres humanos pelo simples fato de existirem como tal.

Essa aparente contradição da legislação interna brasileira foi objeto de uma percuciente análise feita por Guilherme Purvin de Figueiredo e Daniela Câmara Ferreira,<sup>20</sup> sob o ângulo de um novo princípio interpretativo, recentemente surgido, que tem sido denominado **interpretação conforme a Constituição**, o qual alcançou grande importância nos Tribunais Constitucionais europeus, principalmente no da Alemanha, chegando até o nosso Supremo Tribunal Federal, para resolver problemas de incompatibilidade de normas.

20 Daniela Câmara Ferreira e Guilherme José Purvin de Figueiredo – “Direito constitucional ao meio ambiente de trabalho seguro e saudável”, in Boletim 399 do Centro de Estudos da PGE/SP. <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/boletins/bol399/doutrina3/doutrina1.htm>

Como o ordenamento jurídico não aceita a existência de conflitos de normas, pelo que as normas infra-constitucionais devem conformar-se àquelas que lhes são hierarquicamente superiores, dizem eles, o referido princípio pode ser aplicado no âmbito do controle de constitucionalidade sobre normas já em vigor, quando outros princípios de interpretação forem insuficientes para sanar as dúvidas existentes.

Levando em consideração a unidade da ordem jurídica e a existência de uma hierarquia em suas normas, surge a necessidade de que o direito anteriormente vigente seja adaptado à nova situação criada por uma nova Constituição para que possam ser recepcionadas.

Trazendo à baila o **princípio de presunção de constitucionalidade**, atribuído às normas constitucionais, e o **princípio de conservação das normas**, enquanto puderem ser interpretadas de forma constitucional, para salvá-las e evitar os prejuízos e inconvenientes de uma declaração de inconstitucionalidade, os autores analisam os limites dessa interpretação e sugerem a sua importância como mecanismo de atualização ou mudança terminológica, bem como os vários métodos de possíveis soluções para recepcionar e aplicar as leis já existentes, afastando somente aquelas que não puderem ser interpretadas em conformidade com a determinação constitucional.

Com relação à questão em exame, a norma básica é a previsão feita no *caput* do artigo 225, a qual garante a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio, com o acréscimo do seu inciso V, determinando que incumbe ao Poder Público o dever de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente. Acrescenta-se que o artigo 1º da Constituição menciona a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, e o seu artigo 5º fala no direito à vida e à segurança, concluindo-se então que o Estado não pode tolerar atividades que ponham em risco a vida, a integridade física e a segurança, conforme dispõe.

Por isso discute-se se não haveria um conflito dessas normas com a determinação do direito a um adicional no pagamento ao trabalhador por sua exposição a riscos nas atividades perigosas ou insalubres admitidas pela legislação trabalhista que regulamenta a sua existência e fiscalização, definindo-as.

Com efeito, o artigo 189 da C.L.T. considera **atividades ou operações insalubres** “aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos”.<sup>21</sup> E o artigo 193 descreve as **atividades ou operações perigosas** nos seguintes termos:

São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.<sup>22</sup>

21 BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 06 out. 2021.

22 BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 06 out. 2021.

Como resolver essa aparente oposição?

Os autores do citado trabalho sugerem a aplicação do **método da concorrência**, admitido pelo constitucionalista J.J. Canotilho, quando o comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais, ou seja, quando incidem vários direitos fundamentais sobre uma mesma conduta, podendo haver ou o seu cruzamento ou a sua acumulação.

No caso, concluem eles, há um cruzamento de direitos constitucionais, pois dois direitos incidem sobre o mesmo sujeito, considerado como indivíduo e como trabalhador. Aplicando-se o **princípio da especialidade** para resolver esse conflito aparente de normas, deve ser privilegiada a norma que garante o adicional, levando em conta a sua especialidade, decorrente da condição de trabalhador.

Aliás, a própria Constituição Federal demonstrou admitir a existência dessas atividades questionadas, ao dispor, no seu artigo 7º, inciso XXII, como direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, “a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” e, no inciso XXIII, o “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”.<sup>23</sup>

Ética e filosoficamente, porém, isso não resolve a questão, segundo a opinião dominante.

Embora se possa levar em consideração que certas atividades ou profissões que comportam riscos para o trabalhador, por serem extremamente importantes para a vida social, não podem ser abolidas, sendo algumas delas até mesmo necessárias para assegurar o direito dos demais habitantes a uma vida saudável, e embora haja uma recompensa prevista para aqueles que se expõem a eventuais acidentes ou prejuízos à sua própria vida ou saúde, a regra mais importante a ser observada é a que impõe, como direito da pessoa assim exposta, a redução dos riscos a que se submete por necessidade do trabalho, nos termos do que afirma o citado artigo 7º, dela não devendo descuidar tanto aqueles que elaboram as leis quanto os seus intérpretes e aplicadores, e também os empregadores em geral.

A estes incumbe, aliás, a parte mais relevante dessa tarefa, no sentido de minimizar os riscos de fato existentes nas atividades executadas por seus empregados, com técnicas e equipamentos adequados, respeitando o seu direito à saúde e à integridade física, levando também em consideração o seu direito, como pessoa comum, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que inclui o meio ambiente do trabalho e a sadia qualidade de vida como imperativos constitucionais, que o Poder Público tem o dever de fiscalizar e exigir.

O que nos leva à questão da prevenção e da reparação dos danos causados, que examinaremos a seguir.

23 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 out. 2021.

## 4 REPARAÇÃO DO DANO

Em matéria de reparação de danos causados, a opinião majoritária na doutrina é a de que, por constituir o meio ambiente do trabalho objeto de interesses difusos, além de ser um direito transindividual, ou metaindividual como querem alguns, situa-se ele na órbita da tutela legal da Lei nº 7.347/85<sup>24</sup>, que instituiu a **ação civil pública de responsabilidade por danos causados** ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, além da ordem urbanística e outros interesses difusos ou coletivos.

Essa ação, segundo dispõe a Lei, está afeta principalmente ao Ministério Público, embora para a sua propositura também estejam legitimadas as pessoas jurídicas de Direito público e certas entidades civis com os requisitos que a lei enumera, podendo nelas facilmente serem incluídos os sindicatos.

O papel de realce nessa iniciativa, atribuído ao Ministério Público, também lhe foi assinalado pela **Constituição Federal de 1988**, promulgada a seguir, ao estabelecer as suas funções institucionais, no artigo 129, entre as quais mencionou, no inciso III, a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

A preferência por essa forma de tutela já originou extensa atividade na área dos litígios relativos ao meio ambiente do trabalho, que têm sido ajuizados seja pelo Ministério Público Estadual seja pelo Ministério Público do Trabalho, sempre enfatizando o caráter de interesse difuso ou coletivo da questão, para justificar a iniciativa.

Em monografia sobre esse tema, Laura Martins Maia de Andrade, embora focalizando mais especificamente a saúde como direito material constitucional comum a todos, realizou um estudo completo sobre essa possibilidade de postulação no Juízo trabalhista, os seus fundamentos e a sua relação com a proteção dos direitos fundamentais, comentando importantes aspectos da prestação jurisdicional.<sup>25</sup>

O assunto, porém, não goza de unanimidade na doutrina, havendo quem sustente a possibilidade de tutela exclusivamente individual em ofensas que se verificam no âmbito do meio ambiente do trabalho, que devem depender da provocação do interessado, mesmo que a sua solução interesse a todos.

É a posição que sustenta Guilherme Guimarães Feliciano no estudo em que faz uma importante análise do meio ambiente do trabalho sob o prisma da sua dimensão histórica e aborda inúmeras outras questões relevantes desse tema. Apontando a divergência doutrinária, o autor relaciona a sua solução em cada caso com a qualidade do direito ao meio ambiente do trabalho, equilibrado e saudável, concluindo que ela depende do contexto do conflito em que se insere a pretensão: se individual, homogêneo, coletivo ou difuso, embora reconheça que

24 BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm). Acesso em: 06 out. 2021.

25 ANDRADE, Laura Martins Maia de. **Meio ambiente do trabalho e ação civil pública trabalhista**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

em termos conceituais (sem a minúcia da circunstância), o direito ao meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado é um **direito difuso**, como é, de resto e *in genere*, o direito geral ao meio ambiente equilibrado, designado constitucionalmente como ‘bem de uso comum do povo’ e destinado ‘às presentes e futuras gerações’ (i.e. titulares indeterminados, ligados pela condição mesma de ser humano).<sup>26</sup> (grifo do autor).

Feliciano chama em seu apoio o magistério de Nelson Nery Jr.,<sup>27</sup> quando afirma que, na área do processo, o direito não se classifica segundo a matéria genérica *in abstracto*, mas segundo o tipo de tutela jurídica que se pretende com a ação judicial. Daí não se poder dizer aprioristicamente que o direito ao meio ambiente seja um direito difuso, pois um mesmo evento pode ensejar **interesse individual** (por exemplo, pretensão de indenização de uma das vítimas, em ação ordinária de perdas e danos), **interesse individual homogêneo** (pretensão de indenização a favor de todas as vítimas, em ação ajuizada por entidade associativa), **interesse coletivo** (pretensão de obrigação de fazer, em ação coletiva) e **interesse difuso** (tutela da vida e segurança das pessoas em geral, mediante ação ajuizada pelo Ministério Público).

Na hipótese de ajuizamento de ação civil pública, porém, é cabível a iniciativa prévia, também a cargo do Ministério Público, de tentar solucionar a questão mediante **compromisso de ajustamento**, podendo o mesmo requerer vistorias técnicas, requisitar laudos ambientais, atas das CIPAs, comunicações de acidentes de trabalho, enfim, tudo o que servir para facilitar o bom êxito do ajustamento pretendido, já que em matéria de Direito ambiental sempre se privilegia o acordo em detrimento da repressão.

Isso não obsta, entretanto, se for o caso, a aplicação de multas administrativas ao infrator, mencionadas pela própria legislação trabalhista, ou uma ação civil de indenização ao trabalhador lesado, e até mesmo, quando couber, um procedimento criminal, se a conduta puder ser tipificada como crime ambiental, nos termos da Lei nº 9.605/88, a qual, é bom lembrar, instituiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica pelas ações lesivas ao meio ambiente em geral.

## 5 PREVENÇÃO DOS DANOS

No que se refere à prevenção dos danos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente do trabalho, há concordância geral sobre a necessidade de adotarem-se medidas preventivas, no sentido de serem evitadas as lesões a bens jurídicos da maior magnitude, como são a vida, a saúde e a segurança das pessoas em geral, e dos trabalhadores em particular.

Com esse intuito a Organização Internacional do Trabalho tem atuado energicamente nesse campo, aprovando inúmeras Convenções e elaborando Recomendações que têm incrementado a melhoria das condições do ambiente de trabalho e, através das ratificações, tem orientado os legisladores dos países membros nesse sentido.

26 FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho – aspectos gerais e propedêuticos. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 20, p. 160-203, 2002. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/109018>. Acesso em: 06 out. 2021.

27 NERY JÚNIOR, Nelson. O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos – um estudo sobre a ação civil pública trabalhista. *Revista LTr*, n. 64, 2002, p. 151.

Merece destaque a Convenção nº 155/81, sobre segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente do trabalho, aprovada pelo Congresso Nacional e ratificada pelo Brasil em 1993, tendo sido promulgada pelo Decreto nº 1.254/94 para aplicação a todos os ramos da atividade econômica, em que foram estabelecidas as bases da política a ser formulada nessa matéria, com o objetivo de prevenir os acidentes e os danos para a saúde que sejam consequência do trabalho, que tenham relação com a atividade laboral ou sobrevenham durante o trabalho, para que se reduzam ao mínimo, se possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente do trabalho.

A humanização do ambiente físico do trabalho e os investimentos na qualidade de vida do local, onde aliás o trabalhador passa a maior parte do seu dia, devem ser complementados com ofertas de oportunidades de lazer, aprimoramento educacional e profissional, diálogo para o esclarecimento dos riscos ambientais e dos modos de evitá-los, técnicas de relaxamento e de diminuição do *stress* e da fadiga, com o acompanhamento por especialistas e, eventualmente, a oferta de psicólogos e psiquiatras para tratamentos apropriados.

Se essas medidas ainda não constituem propriamente exigências legais, apresentam-se como adequadas e recomendáveis para um sistema de prevenção na defesa do meio ambiente do trabalho, que devem ser estimuladas por serem sobretudo compatíveis com o respeito à dignidade humana, princípio fundamental do Direito e da Justiça, aplicável também nas relações de trabalho. Seria a perfeita harmonização da matéria com os preceitos constitucionais que estabeleceram novos parâmetros para a questão ambiental, preconizando o meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio como um direito fundamental de toda pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Laura Martins Maia de. **Meio ambiente do trabalho e ação civil pública trabalhista**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 out. 2021.
- BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. **ANEXO LI – Convenção nº 155 da OIT sobre segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm#anexo51](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm#anexo51). Acesso em: 06 out. 2021.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 06 out. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm). Acesso em: 05 out. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm). Acesso em: 06 out. 2021.
- BRUZASCOS, Vinicius. **Meio ambiente do trabalho**. Trabalho de Conclusão de Curso II (Bacharel em Direito) – Universidade São Francisco. São Paulo, 2009.



FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho – aspectos gerais e propedêuticos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 20, p. 160-203, 2002. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/109018>. Acesso em: 06 out. 2021.

FERREIRA, Daniela Câmara; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Direito constitucional ao meio ambiente de trabalho seguro e saudável. Boletim 399 do Centro de Estudos da PGE/SP.

NERY JÚNIOR, Nelson. O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos – um estudo sobre a ação civil pública trabalhista. **Revista LTr**, n. 64, 2002, p. 151.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente**. Porto Alegre: Sergio Fabris Ed., 1993.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento – 1986. Adotada pela Revolução n.º 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 06 out. 2021.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio 1992 (Rio de Janeiro, 1992)**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-meio-ambiente-e-desenvolvimento.html>. Acesso em: 06 out. 2021.

# CAPÍTULO 5

## VALORIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NA REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO (EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45 DE 2004)

Ana Cecilia Sampaio de Martino

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O aumento do número de processos ajuizados nas últimas décadas levou o Poder Judiciário brasileiro a enfrentar grandes desafios, como a morosidade na entrega da prestação jurisdicional. Esse contexto se deu em razão das mudanças sociais, transformações tecnológicas e com a promulgação da [Constituição de 1988](#), que ampliou o acesso à justiça.

A previsão constitucional trouxe uma abertura para o ajuizamento de ações judiciais e um esgotamento do sistema processual brasileiro, que não estava preparado para a alteração de paradigma, já que o Código de Processo Civil de 1973 tinha como enfoque precípua a solução de demandas individuais e não a solução de conflitos coletivos.

Em razão disso, o sistema passou a enfrentar uma “enxurrada” de processos, por meio de demandas com temas idênticos, exigindo inúmeras manifestações do Poder Judiciário sobre a mesma questão apresentada.

A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, enalteceu a autonomia coletiva da vontade como forma de autocomposição dos conflitos trabalhistas. Assim, a negociação coletiva foi reconhecida como direito fundamental do trabalhador e um meio de solução de conflitos pelos próprios atores sociais sem intervenção do Poder Judiciário.

De acordo com o argumento utilizado na reforma constitucional do Judiciário (Emenda Constitucional n. 45 de 2004), houve a valorização da autocomposição com a inserção do comum acordo no §2º do artigo 114. Diante disso, o presente capítulo tem o objetivo de verificar se houve melhoria para negociação coletiva.

## 1 AUMENTO DA LITIGIOSIDADE

As transformações sociais, o consumismo e o rápido avanço tecnológico modificaram a sociedade moderna, como bem pontuou Jesús-María Silva Sánchez<sup>1</sup>:

com efeito a sociedade atual aparece caracterizada, basicamente, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade. O extraordinário desenvolvimento da técnica teve, e continua tendo, obviamente, repercussões diretas em um incremento do bem-estar individual.

Essa alteração também se deu em razão da mudança da atividade econômica, corolário do desenvolvimento do sistema de produção e distribuição em série de bens<sup>2</sup>.

Assim, as mudanças sociais, juntamente com a redemocratização trazida pela [Constituição Federal de 1988](#), foram capazes de originar conflitos igualmente massificados, o que levou ao aumento exagerado no número de demandas ajuizadas.

Ressalta-se que não há como ignorar a importância da ampliação do acesso à justiça trazida com a promulgação da Constituição da República, que consagrou de forma clara e inequívoca a tutela judicial efetiva<sup>3</sup>.

Ocorre que, concomitante à alteração de paradigma constitucional, deveria ter havido a alteração do sistema processual brasileiro, que não estava preparado para receber tantas demandas. O enfoque precípua do Código de Processo Civil de 1973 era a solução de demandas individuais, não abrangendo as coletivas ou em massa. Outra dificuldade também enfrentada foi a falta de reestruturação institucional e administrativa do Estado.

Uma pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas<sup>4</sup> mostrou outras causas que fomentam a litigiosidade no Brasil. Um diagnóstico sobre as causas externas e internas que impactam o sistema mostram que o setor público, a advocacia e a mídia podem alimentar a judicialização. Nesse sentido, o setor público que cria e viola direitos garantidos por lei; a advocacia quando explora novas alternativas de atuação individualizando demandas que poderiam ser coletivizadas; e a mídia que, ao levar as informações à população, muitas vezes expõe as questões jurídicas de forma equivocada.

Embora, centenas de processos sejam ajuizados, muitos são julgados anualmente. Quando se observa a movimentação judicial e a evolução do número de processos que foram ajuizados, nota-se que a solução de natureza judicial tem sido extraordinária e crescente<sup>5</sup>.

1 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. port. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 38 p.

2 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, v.193, p. 255-279, 2011.

3 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Augusto Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

4 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira**. jul. 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/81>. Acesso em: 06 out. 2021.

5 SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos av.**, v. 18, n. 51, p. 79-101, ago. 2004. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142004000200005>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200005&script=sci_arttext). Acesso em: 06 out. 2021.

De acordo com o Relatório Geral da Justiça do Trabalho<sup>6</sup>, que reúne dados estatísticos referentes aos processos que tramitaram nos três graus de jurisdição, constatou-se que no ano de 2019 a demanda aumentou 5,4%, somando 3.056.463 (três milhões, cinquenta e seis mil, quatrocentos e sessenta e três) novos casos.

Conforme relatório, a indústria, os serviços diversos e o comércio lideraram, entre as diversas atividades econômicas, com maior quantitativo de casos novos, além da Administração Pública e o Sistema Financeiro.

Ainda sobre o relatório, os assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho são: aviso-prévio, multa de 40% do FGTS e multa prevista no artigo 477 da CLT. O aviso prévio e a multa de 40% do FGTS são constitucionalmente garantidos, e ainda assim não estão sendo pagos sem o ajuizamento de ações. A multa do artigo 477 da CLT decorre do atraso no pagamento nas verbas rescisórias.

Em que pese o fato de que muitas alternativas tenham sido encontradas para possibilitar a vasão desse crescente número de processos, como é o caso das súmulas vinculantes (art. 103-A da CF/1988), técnicas para julgamento de recursos repetitivos nos tribunais superiores (art. 543-B e 543-C do CPC/1973; 1036 a 1041 do CPC/2015) e a própria negociação coletiva (artigo 7º, XXVI, CF), fato é que, como verificado pelos dados trazidos, não temos ainda elementos suficientes para responder satisfatoriamente à diminuição de processos nas Varas e Tribunais trabalhistas.

## 2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

A [Constituição Federal de 1988](#) trouxe grandes avanços democráticos para o Direito do Trabalho, principalmente ao prever a presença de grupos sociais na feitura de normas jurídicas que passam a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, a norma constitucional reconheceu a negociação coletiva trabalhista, por meio dos incisos VI, XIII, XIV e XXVI, do artigo 7º e artigo 8º da Constituição da República.

O texto constitucional preservou alguns institutos paradoxais. Em que pese o *caput* do artigo 8º estabelecer o princípio da liberdade de associação profissional dos trabalhadores, os dispositivos corporativistas de organização sindical foram mantidos, como a disposição do inciso II do mesmo artigo, a manutenção da unicidade e o enquadramento sindical.

A Emenda Constitucional n. 45/2004, na seara do Direito do Trabalho, ampliou significativamente a competência da Justiça do Trabalho ao alterar o artigo 114. A reforma inseriu o §2º no artigo 114, que restringiu o poder normativo judicial trabalhista.

<sup>6</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Justiça do Trabalho. **Relatório demonstrativo**: relatório geral da justiça do trabalho. Brasília, DF: Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST – CESTP, 2021. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/27418815/Relat%C3%B3rio+Demonstrativo+2020.pdf/b008ce47-e63f-3c7c-b938-4ff817737765?t=1624912295004>. Acesso em: 06 out. 2021.

O poder normativo na Justiça do Trabalho era aceito nas ações de dissídios de natureza econômica, mas a Emenda Constitucional criou o requisito do comum acordo para a propositura do dissídio econômico, diminuindo assim a frequência e a viabilidade real dessa ação coletiva<sup>7</sup>.

Alguns autores entendem que a inserção do requisito do comum acordo apenas veio para valorizar a negociação coletiva, pois, dessa forma, obrigaria os atores sociais a negociar.

Para que seja possível compreender melhor o tema deste capítulo, necessária se faz a análise da negociação coletiva na Justiça do Trabalho.

### 3 INSTRUMENTOS COLETIVOS

O artigo 8º da Constituição Federal sinaliza que o sindicato é uma entidade associativa *sui generis*, pois dispõe em seu inciso III que cabe ao sindicato representar a categoria, independentemente do representado ser sócio ou não, o que o diferencia da associação civil comum. Ressalta-se que o artigo 5º da Constituição Federal traz regramento sobre as associações em seus incisos XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, e pormenoriza no inciso XXI que as entidades associativas em geral têm legitimidade para representar apenas seus filiados.

O sindicato tem natureza de pessoa jurídica de direito privado, mas, ante o interesse público-social, representa um *mínus* público constitucional, já que negocia condições de trabalho para toda categoria.

O artigo 8º, inciso VI, da [Constituição Federal](#) prevê como uma das funções do sindicato a negocial, sendo de prerrogativa exclusiva dos sindicatos, salvo quando a categoria estiver inorganizada em sindicato, quando atuará a Federação e, na falta desta, a Confederação (artigo 611, §2º, da CLT).

O artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal prevê que as convenções coletivas de trabalho “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a previsão da convenção coletiva também está no *caput* do seu artigo 611. O artigo estabelece seu caráter normativo “pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho”.

No âmbito internacional, a negociação coletiva está na essência da Convenção 98 da OIT (direito de sindicalização e negociação coletiva) e da Convenção 154 da OIT (direito ao fomento à negociação coletiva), ambas ratificadas pelo Brasil.

O artigo 4º da Convenção 98 prevê a necessidade de fomento da negociação coletiva ao estabelecer que:

Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores

7 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. 122 p.

ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego.

As convenções coletivas possuem natureza jurídica híbrida, tendo o aspecto de contrato e natureza normativa, pois criam normas gerais e abstratas, aplicáveis aos contratos individuais, dirigidos a regulamentar situações futuras. São consideradas normas autônomas, pois derivam de decisões dos próprios trabalhadores e empregadores, votadas em assembleias, convocadas para esse fim, pelas entidades que os representam.

É certo que as normas coletivas são alternativas que podem diminuir o ajuizamento de demandas no Poder Judiciário trabalhista. Utilizadas como método para prevenir conflitos, por meio delas se busca a pacificação por ajuste de vontades, com concessões recíprocas, instrumentalizado por convenções e acordos coletivos, contribuindo para maior efetividade da justiça.

#### 4 DOS LIMITES À NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Desde a promulgação da Constituição Federal que se fala que o Constituinte tem tomado medidas para enaltecer a negociação coletiva com intuito de que as partes resolvam os seus litígios sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Ocorre que, de forma contraditória, manteve o sistema corporativista do País, como a unicidade sindical, conforme art. 8º, II, com o antigo sistema de financiamento compulsório, o poder normativo, entre outros.

O poder normativo era conhecido como um poder anômalo do Judiciário, que permitia que o próprio Tribunal, ao decidir litígio sobre as normas coletivas, submetidas a julgamento por meio do dissídio coletivo, criasse ou modificasse normas.

Com a reforma da Constituição (Emenda Constitucional nº 45, de 2004), houve a alteração da redação do art. 114, §2º, da CF. Além de ampliar a competência da Justiça do Trabalho, também passou a exigir o comum acordo para ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica.

A inserção do “comum acordo” tinha como intuito fomentar a negociação coletiva, mas, na prática, não foi o que aconteceu.

Quando o sindicato profissional deseja negociar, se o empregador não tem essa intenção, ainda que sem justificativa, os trabalhadores ficam à mercê da sua vontade. Para que o Tribunal resolva o litígio, o empregador precisa concordar (comum acordo) com o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica. Com a discordância, a negociação é paralisada.

Dessa forma, a única alternativa para os trabalhadores é a paralisação coletiva (greve), na medida que o dissídio de greve não exige o comum acordo. Ocorre que, com o alto índice de desemprego e a pulverização das categorias, o trabalhador tem medo de fazer greve, ainda que seja para defesa dos seus direitos.

Esse entendimento não é pacífico. Para outra corrente, a recusa também pode vir do sindicato profissional. Realmente, mas caso haja a negativa por parte do sindicato dos trabalhadores, há alternativa para o setor patronal, pois a empresa pode celebrar o acordo diretamente com os empregados, após ser dado conhecimento do fato à Federação, e, em falta dessa, à correspondente Confederação (art. 617 da CLT).

Após a reforma do Poder Judiciário, o Tribunal Superior do Trabalho reinterpreto o §2º do artigo 114, parte final, e alterou seu posicionamento em sua súmula 277 para prever a ultratividade da norma coletiva.

A ultratividade tem relação com o tempo em que os instrumentos coletivos aderem aos contratos de trabalho (artigo 468, CLT). É a hipótese de a norma coletiva continuar em vigor após o prazo nela fixado.

Antes dessa modificação, o Tribunal Superior do Trabalho estabelecia na sua súmula 277 o entendimento de que “as condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos”, e por interpretação extensiva, alcançava os acordos e as convenções coletivas.

Essa teoria de que os instrumentos coletivos vigoram pelo prazo assinado é denominada de aderência contratual limitada pelo prazo (ausência de ultratividade).

De acordo com o artigo 114 da CF, após EC 45, ficou constituído que, se a negociação coletiva restasse frustrada, as partes poderiam eleger árbitros (§1º). E ainda, se qualquer das partes se recusarem à transação ou à arbitragem, poderiam, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, **respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente** (§2º). (g.n)

Em razão da parte grifada acima, prevista na Constituição, o Tribunal Superior do Trabalho reinterpreto o entendimento da súmula 277, com base na parte final do §2º do artigo 114 do texto constitucional. A súmula passou a prever que “as cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”.

Os Ministros inseriram o princípio da ultratividade das normas coletivas, com base no termo “anteriormente”, descrito no §2º, do art. 114, que antes não era previsto.

Para os trabalhadores, a ultratividade veio como alternativa ao “comum acordo”, (o artigo 114, §2º, da Constituição Federal). Até que não viesse nova negociação, permanecia vigente o acordo anterior.

Em 2016, a súmula teve sua aplicação suspensa em razão da medida cautelar deferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 323/DF de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Por conta disso, os processos e efeitos de decisões no âmbito da Justiça do Trabalho que discutam a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletiva ficaram suspensos.

Antes da decisão de mérito, foi promulgada a Lei 13.467 de 2017, denominada Reforma Trabalhista, que alterou o §3º do artigo 614 da CLT, proibindo a ultratividade das normas coletivas. Já que a justificativa para promulgar a reforma trabalhista foi também o incentivo do negociado sobre o legislado, o legislador deveria ter deixado a ultratividade para as partes resolverem, optando ou não por ela.

Verifica-se que nem a previsão do comum acordo nem a proibição da ultratividade valorizaram a negociação coletiva como haviam justificado; ao contrário, impossibilitaram a solução do litígio de forma coletiva, o que não inibe o número de processos ajuizados no Poder Judiciário, como demonstram os números constantes no Relatório supracitado.

Ao invés de negociarem, as partes continuam ajuizando novas demandas individuais, aumentando o número de novos casos anualmente.

## CONCLUSÃO

Nas últimas décadas, houve um aumento da litigiosidade, que sobrecarregou o Poder Judiciário, seja em razão das transformações sociais, avanços tecnológicos, alteração da [Constituição de 1988](#), sem modificar o paradigma das normas processuais que tinham como enfoque o direito individual.

No Direito do Trabalho, a negociação coletiva pode ser utilizada como forma de prevenção ou solução de litígios. Ela busca a pacificação, por meio do ajuste de vontades, mediante concessões recíprocas, instrumentalizado por convenções e acordos coletivos, contribuindo para maior efetividade da justiça.

Embora a vontade do legislador em aumentar a solução do litígio por negociação coletiva, bem como desafogar o Poder Judiciário, o “comum acordo” e a ultratividade não fomentaram a negociação, nem diminuíram o número de processos, conforme verificado no relatório anual.

## REFERÊNCIAS

- AROUCA, José Carlos. **Organização sindical no Brasil: passado-presente-futuro**. São Paulo: LTr, 2013.
- AROUCA, José Carlos. Organização sindical: pluralidade e unicidade: fontes de custeio. **Revista do TST**, São Paulo, v. 78, n. 2, p. 84-96, abr/jun. 2012. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/31423>. Acesso em: 06 out. 2021.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, v. 102, p. 232, abr./jun. 2001. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDC\\_06\\_36.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_06_36.pdf). Acesso em: 06 out. 2021.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2016.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Justiça do Trabalho. **Relatório demonstrativo: relatório geral da justiça do trabalho**. Brasília, DF: Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST – CESTP, 2021. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/27418815/Relat%C3%B3rio+Demonstrativo+2020.pdf/b008ce47-e63f-3c7c-b938-4ff817737765?t=1624912295004>. Acesso em: 06 out. 2021.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Direito sindical**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.



- CABRAL, Antonio do Passo. Julgamento de casos repetitivos. In: DIDIER JÚNIOR., Fredie;
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. **Acesso à justiça**. Trad. port. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; MILHOMEM, Maria José Carvalho de Sousa. Acesso à justiça: a busca pela efetividade processual. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, v. 2, n. 2, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-026X/2016.v2i2.1499>. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/1499>. Acesso em: 06 out. 2021.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. Niterói: Impetus, 2008.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira**. jul. 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/81>. Acesso em: 06 out. 2021.
- COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Poder judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 63, dez. 2014. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao063/MonicaCouto\\_SamanthaMeyerPflug.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao063/MonicaCouto_SamanthaMeyerPflug.html). Acesso em: 06 out. 2021.
- CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; BORGES, Sabrina Nunes. Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas: análise dos aspectos polêmicos à luz dos fundamentos constitucionais. **Revista de Processo**, v. 261, n. 2016, p. 315 – 337, nov. 2016.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, v.193, p. 255-279, 2011.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **CLT Comentada**. São Paulo: Método, 2017.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Método, 2008.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios; LENZA, Coord Pedro. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- KALIL, Renan Bernardi. As entidades sindicais no ordenamento jurídico brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, 08 out. 2012. Direito do Trabalho. Disponível em: [http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,asentidades-sindicais-no-ordenamento-juridico-brasileiro,39873.html#\\_ednref9](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,asentidades-sindicais-no-ordenamento-juridico-brasileiro,39873.html#_ednref9). Acesso em: 06 out. 2021.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Augusto Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Anulação de cláusulas, acordos e convenções coletivas de trabalho. **Repertório IOB de jurisprudência**, n. 5, p. 141–128, 1 quin. mar., 2004.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. São Paulo: LTr, 2012.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito sindical**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- ROMITA, Arion Sayão. **Direito sindical brasileiro**. Brasília, 1976. p. 35
- SAAD, Eduardo Gabriel. **CLT Comentada**. 46. São Paulo: LTR, 2013.
- SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos av.**, v. 18, n. 51, p. 79-101, ago. 2004. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142004000200005>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200005&script=sci_arttext). Acesso em: 06 out. 2021.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. port. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Princípios processuais constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 7.

# CAPÍTULO 6

## A DESIGUALDADE ENTRE GÊNEROS NO MERCADO DE TRABALHO E SUA GARANTIA NA CONSTITUIÇÃO

Fabiana Tronenko

### 1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história, a clivagem social ganhou cada vez mais força, desalinhando e enfraquecendo grupos sociais, étnicos, identidades de gênero e de vulnerabilidade social, que ficaram excluídos da sociedade. Isso desencadeou em indivíduos de relações estabelecidas e grupos de interesse que impossibilitaram, de algum modo, seu acesso no processo de garantias dos direitos básicos e fundamentais.

O caminho das mulheres em busca de igualdade, reconhecimento e condições mais justas no mercado de trabalho é marcado pela sua luta hodierna e cotidiana. No anseio pelos direitos que por muitas vezes lhe foram negados, essa vontade esteve presente ao longo da história, principalmente em períodos regidos por uma sociedade patriarcal que tratou as mulheres de maneira tão desigual e vexatória.

Em muitos momentos, por uma ideia errada em alusão ao gênero feminino, foram direcionadas enormes expectativas que estão enraizadas na sociedade que as pratica, e muitas vezes, depositadas em cima de todos aqueles indivíduos que se identificam com a natureza da mulher nos seus aspectos de normas e diretrizes, geram mal-estar e sensação de sufocamento.

Lembro-me vivamente do momento em que pus meus olhos na Lei nº 9.029/95, na qual irei fundamentar o início de minha ponderação. Mas antes de expor meu ponto de vista em relação a esse trecho de nossa constituição, dissertarei sobre sua história, resumindo é claro, pois a riqueza da história de todas as mulheres envolvidas nessa luta incessante por uma maior representação (incontestavelmente de nosso direito) é deveras inestimável, impagável e de riqueza que não caberiam no espaço de que tenho em posse. Isso certamente comprometeria meu comentário, nebulando-o, o que, indubitavelmente, não faz parte da menor de minhas intenções.

### 2 TRABALHO E MATERNIDADE ANDAM JUNTOS

A Lei nº 9.029/95 determina que, a partir daquele momento, é proibida “a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho”. Essa prescrição foi mais uma das conquistas do Conselho Nacional de Direitos da Mulher – CNDM, que após sua fundação garantida na campanha de Tancredo Neves, mas realizada apenas no

mandato de José Sarney, buscou conscientizar as pessoas sobre a necessidade da posição de mulheres em cargos públicos e aumentar as diretrizes que protegem seus direitos, quase nulas na época de seu início. Como todos os outros mandatos e textos estabelecidos na época com derivação feminista, críticas de todos os ramos sociais vieram de encontro. O que mais me chama atenção, sinceramente, é como essa lei só teve origem após uma série de lutas de órgãos como o CNDM.

É de fato triste perceber que a ideia da mulher vinculada com a única função meramente reprodutiva para atender às necessidades do *pater*, já que a família era baseada no *Pater Familiae*, foi predominante por tantos séculos. Até 1916, essa expressão ainda era presente no Código Civil. Essa situação era tão grave ao ponto de a mulher, ao arrumar um emprego, ter que prestar satisfação de seu corpo e sua família, como que se ela ser mãe fosse uma característica que atrapalhasse seu rendimento no emprego. Beira o absurdo pois, afinal, quando foi que a ideia de boa mãe e boa profissional começaram a andar separadas?

O princípio da isonomia entre homens e mulheres está contemplado no primeiro parágrafo da cláusula geral do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, deixando claro que ambos apresentam direitos e obrigações semelhantes sem nenhuma distinção quanto ao gênero. Então, por que que anos depois ainda era obrigatório a uma mulher emitir laudos provando que não estava gestante no momento em que aceitou o emprego, enquanto um homem não precisava mencionar sobre sua família ou se era estéril numa mesma situação?

### 3 CONQUISTAS COM O TEMPO

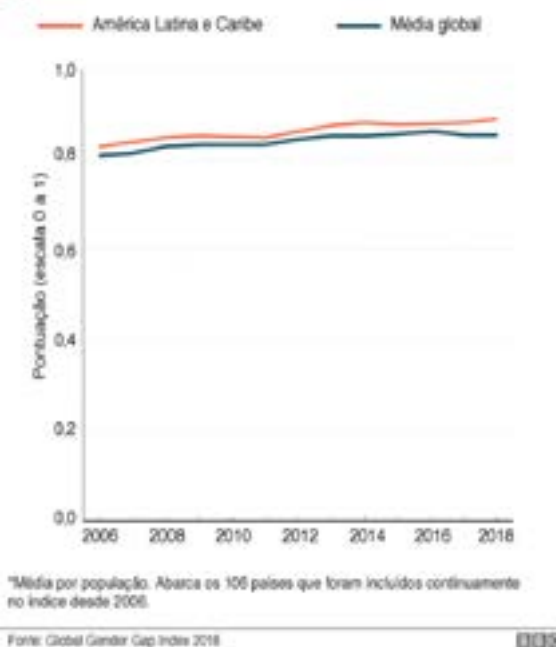
Apesar dos contratemplos, a luta feminista ganhou força ao longo de sua história, principalmente durante o processo de redemocratização, acumulando conquistas e reivindicações principalmente após a Revolução Industrial. A busca pela igualdade de gênero atualmente ainda continua árdua, e é perceptível no gráfico abaixo que, apesar de as novas normas e leis já terem servido como primeiro passo numa longa jornada em busca da igualdade escrita e aplicada, ainda há muito para se defender e conquistar.

É desanimador ver como no Brasil, infelizmente, a luta pela igualdade e reconhecimento dos direitos das mulheres vem se contrapondo às imposições de uma sociedade machista, o que se entrelaça com o fato de que há menos de 40 anos ainda estávamos atrelados à influência de um Estado autoritário e sexista.

A ainda frequente desinformação quanto ao sofrimento e dificuldades presentes no dia a dia das mulheres é um problema que, quando andando de mãos dadas com a ignorância, impossibilita a visão por parte da sociedade da necessidade de medidas que auxiliem na pavimentação da estrada que guiará cidadãs determinadas a posições de destaque.

Gráfico 1

## Evolução do índice global de desigualdade de gênero, 2006-2018



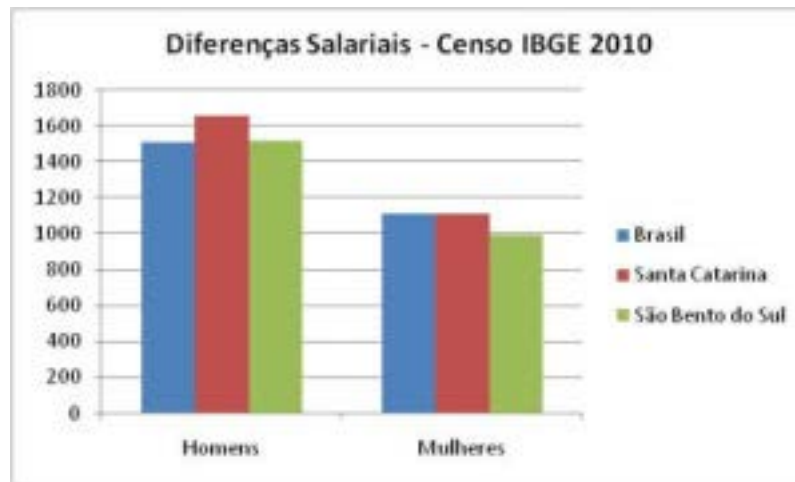
Fonte: <https://coletivomuv.wordpress.com/page/2/>

Essa parede que separa a competência feminina da masculina é uma imposição única e exclusiva de uma sociedade tecida por homens ao longo de séculos. Infelizmente, a concepção de que um serviço prestado por uma mulher é inferior e tem de ser comparado a um realizado por alguém do sexo masculino é muito presente, fato que dificulta seu reconhecimento. Inclusive, fazendo das palavras de Tania Garcia<sup>1</sup> as minhas, “o mais cruel é que muitas mulheres defendem os preceitos que as mantêm aprisionadas, já que foi essa a linguagem que aprenderam”.

Estamos cercadas por homens dizendo que nossos direitos já foram assegurados, e que o buscado agora seria privilégio. Entretanto, como podem ser essas afirmações verdadeiras se atualmente o salário médio das mulheres não chega a 80% do dos homens, segundo IBGE? E embora tenhamos conseguido um avanço significativo no mercado de trabalho com movimentos e decretos como o conhecido “Lobby do Batom”, dados atuais apenas apontam como homens ainda estão em posição privilegiada no tocante a oferta de trabalho e convivência no mesmo?

<sup>1</sup> Tania Garcia é Professora do Centro Universitário Newton Paiva, psicóloga clínica, especialista em Gestalt-terapia e análise existencial, e sua citação foi retirada do artigo: A condição da mulher no Oriente Médio: o que tem isso a ver conosco? *Diário do Comércio*, em: <https://diariodocomercio.com.br/livre/a-condicao-da-mulher-no-orientemidio-que-tem-isso-a-ver-conosco>. Acesso em: 1 dez. 2021.

Gráfico 2



Fonte: <https://coletivomuv.wordpress.com/page/2/>

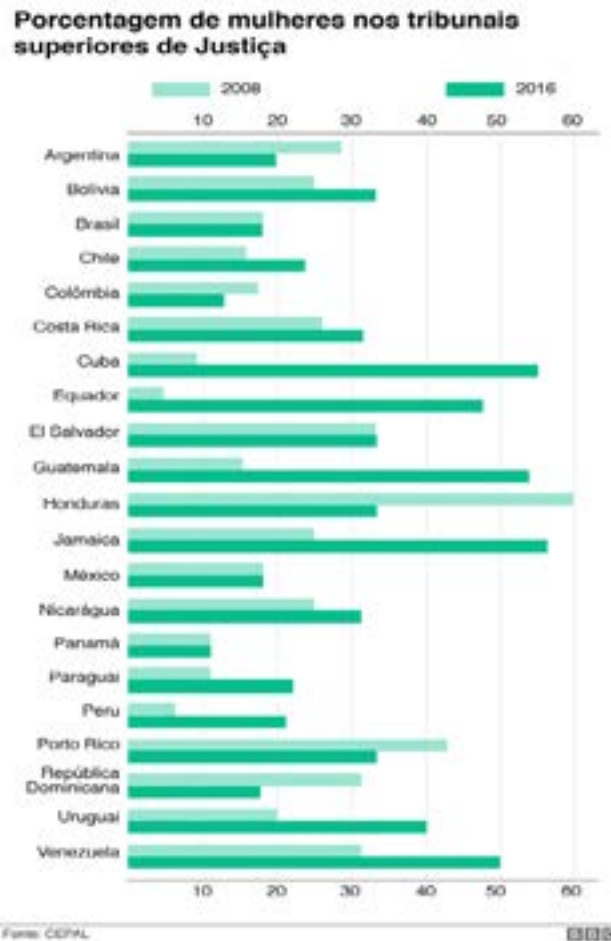
É evidente que as leis e normas relacionadas à igualdade de gênero estão sujeitas à moral da época, aos limites geográficos, ao tempo e cultura de cada povo, além de seu prazo de vigência. Isso resulta em diretrizes que por muitas vezes ferem o que é razoável e justo, mas há de se concordar que beira o absurdo conviver com uma realidade salarial vexatória para a maior parte da população brasileira.

Conclui-se então que muitas vezes a legislação não goza de legitimidade, e como diziam os romanos, “*non omne quod licet honestum est*”, nem tudo o que é legal é honesto. Por essas mesmas razões, o que foi escrito por uma sociedade machista há décadas não deve servir de base para uma suposta eternidade, mas sim viver em constante mudança, garantindo a todas, com o passar do tempo, uma visão mais igualitária e respeitosa, tecendo uma pátria melhor para todos os seus cidadãos e cidadãs. Se faz necessário, para conscientização de todos, que sejam implantados programas e incentivos para a discussão desse tema. Apenas com o diálogo, convivência com o assunto e educação se pode esperar que essas situações venham a ser erradicadas um dia e, por enquanto, sejam ao menos reconhecidas e trabalhadas, para que mulheres do mundo inteiro possam, em sua verdade, se sentirem como cidadãs merecedoras de seus direitos.

#### 4 DIFICULDADES NO MERCADO DE TRABALHO

Um dos exemplos mais emblemáticos da dificuldade da inserção da mulher no mercado de trabalho é perceptível no Judiciário brasileiro, onde a participação feminina é deveras baixa, realçando essa disparidade na área jurídica. Isso indica que por mais que tenham conseguido uma grande melhoria em sua inserção no mercado de trabalho as mulheres ainda encontram concorrência desleal para galgar cargos de maior nível hierárquico, já que infelizmente os vetores do poder ainda emanam da cultura machista que eleva o homem como ser superior. Infelizmente, estatísticas apontam que a ausência da mulher em cargos de importância no judiciário não é um fenômeno exclusivo no cenário brasileiro.

Gráfico 3



Fonte: BBC News Brasil apud Costa; Tombesi, 2019.<sup>2</sup>

Apesar de, na maioria dos casos, os números apresentarem uma crescente participação feminina, a desigualdade permanece evidente quando as porcentagens raramente ultrapassam a marca de 50%. As mulheres raramente estão em maioria, e isso pode ser normalizado e considerado um detalhe sem importância quando comparado com as pouquíssimas oportunidades a todas há menos de um século atrás.

Entretanto, nas palavras da Excelentíssima Chefe da Suprema Corte Americana que nos deixou esse ano, Ruth Bager Ginsburg<sup>3</sup>, ao ser questionada sobre a quantidade de mulheres que seria suficiente no Judiciário, disse que o máximo de cadeiras. E por ora isso pode chocar ou aterrorizar algumas pessoas, mas, se houve homens ocupando toda a maioria de um órgão tão importante, por que a ideia de mulheres direcionando-o por inteiro soa tão revolucionária? De qualquer forma, o mercado de trabalho continua sendo cruel com mulheres

2 COSTA, Camilla; TOMBESI, Cecília. Dia Internacional da Mulher: 6 indicadores que mostram como as mulheres avançaram (ou não) na América Latina. 08 mar. 2019. **Terra**, da BBC News Brasil e da BBC News Mundo em Londres. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/dia-internacional-da-mulher-6-indicadores-que-mostram-como-as-mulheres-avancaram-ou-nao-na-america-latina,8475b85431be338d5dc8f7e105f6e2d68209bpv8.html>. Acesso em: 06 out. 2021.

3 Ruth Bader Ginsburg (/ˈbeɪdər ˈɡɪnzbɜːrɡ/; nascida Joan Ruth Bader e também conhecida como RBG; Nova Iorque, 15 de março de 1933 – Washington, D.C., 18 de setembro de 2020) foi uma advogada e juíza norte-americana que serviu como juíza associada da Suprema Corte dos Estados Unidos de 1993 até sua morte. Foi indicada para o cargo pelo presidente Bill Clinton e empossada em 10 de agosto de 1993. Depois de Sandra Day O'Connor, foi a segunda mulher a ser confirmada pelo Senado para a Suprema Corte. Após a aposentadoria de O'Connor em 2006, e antes de a juíza Sonia Sotomayor se juntar ao tribunal em 2009, era a única mulher a atuar como juíza associada. Durante este período, tornou-se mais contundente em suas opiniões dissidentes. Era geralmente vista como pertencente à ala liberal da Corte. [https://pt.wikipedia.org/wiki/Ruth\\_Bader\\_Ginsburg](https://pt.wikipedia.org/wiki/Ruth_Bader_Ginsburg)

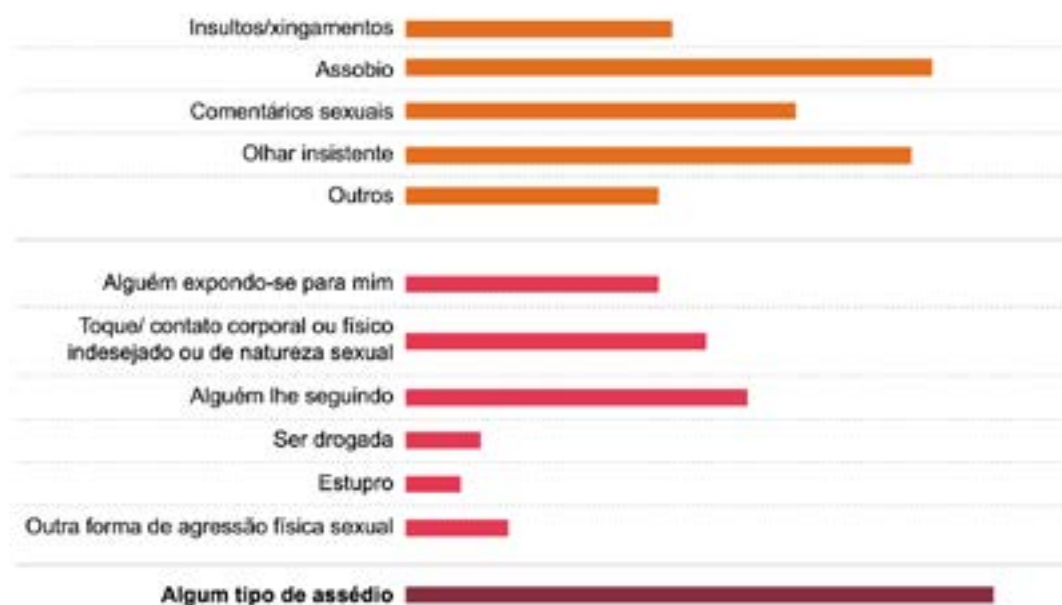
de todo o mundo e, quando sua participação é assegurada, não fica garantida segurança, bem-estar e até mesmo direitos iguais.

Discutir sobre o assédio moral no ambiente de trabalho também se faz necessário. Lamentavelmente, esse fenômeno é normalizado e, muitas vezes, mulheres são submetidas a situações constrangedoras e humilhantes, que passam por “brincadeiras” ou apenas tentativas de descontração, direcionadas por colegas homens. Na verdade, essas situações acabam por ferir e diminuir a autoestima da vítima, que se vê obrigada a permanecer calada pois numa concepção geral não se passou de um comentário inofensivo, ou atitude brincalhona.

Uma denúncia ou oposição certamente seriam encaradas como confronto e indisciplina, o que deixaria o ambiente mais tenso e causaria até mesmo sua demissão. Outro problema enraizado em nosso cotidiano é o fato de que muitas pessoas não chegam a ter informações e até mesmo a noção do perigo presentes nas atitudes de violência, assédio moral, físico e verbal, e que esses são graves e devem ser denunciados e podem ser enquadrados até mesmo como crimes passíveis de pena.

Por anos, mulheres estiveram afogadas pelo temor e insegurança provocados pela pressão em que já nasceram condenadas. Feitas de refém, tiveram que conviver e aceitar comportamentos inadequados, ofensivos e discriminatórios, que, alimentados por uma sociedade regrada por homens, a condenaram a um silêncio ensurdecedor de seus próprios medos.

Gráfico 4



Fonte: Ferreira, 2016.<sup>4</sup>

4 FERREIRA, Paula. Pesquisa diz que 50% das brasileiras já foram perseguidas na rua. *O Globo*, 20 maio 2016. <https://oglobo.globo.com/sociedade/pesquisa-diz-que-50-das-brasileiras-ja-foram-perseguidas-na-rua-1-19338593>. Acesso em: 06 out. 2021.

Mulheres relatam ter sofrido assédios moral e sexual nos mais diversos ambientes. A presença de uma cultura que normaliza esse tipo de constrangimento em forma de comentários inofensivos ou apenas elogios é uma marca massiva do machismo na construção da sociedade atual. Se há anos tivéssemos mulheres presentes na construção de políticas igualitárias e tendo seu espaço assegurado em áreas de trabalho manual ou de abordagem científica, hoje seu valor não seria questionado, e sua aparência ou personalidade não seriam o que as definem.

Essa imagem está aos poucos sendo diluída e trabalhada, mas apenas com o tempo e persistência se chegará no mais próximo que se pode haver de respeito. É por isso também que a mudança deve se dar pela educação e conscientização das pessoas ao nosso redor. Discutir sobre a necessidade de melhorias nunca fez mal a ninguém e, na verdade, muito pelo contrário, sempre serviu de base para medidas que mudaram o rumo do mundo contemporâneo. Comitês, encontros e palestras como o Global Summit of Women<sup>5</sup> são polos de diálogo onde opiniões são trabalhadas e pensamentos, moldados. Participar de eventos e buscar contribuições ouvindo a história de outras mulheres e buscar entender o que elas experienciaram é um exercício simples, mas de extrema importância para o coletivo, podendo mudar a forma como diversas pessoas veem umas às outras e a forma como interagem entre si, transformando aos poucos o ambiente em que vivem e o seu redor.<sup>6</sup>

## 5 NECESSIDADE NÃO SÓ FEMININA

A **Constituição** é incisiva na teoria dos Direitos Fundamentais, que são defendidos com total rigor nas cláusulas pétreas, mas a sua aplicação e efetividade na vida cotidiana estão longe do ideal, pois vivemos em uma sociedade pluralista, na qual, chamamos atenção, não só as mulheres sofrem, mas também pessoas negras, integrantes da comunidade LGBTQI+ e PCD também têm seus direitos ofuscados. A inacessibilidade dessas pessoas que saíram do padrão masculino patriarcal a cargos públicos e privados ainda é pontual, e isso é basicamente o que mais dificulta no caminho a igualdade.

Ainda se percebe, de forma dolorosa, que as notícias e veículos de informação sempre têm uma manchete descrevendo um tipo de ataque vinculado a gênero, cor e orientação sexual. Uma área que retrata claramente um exemplo dessa discriminação é a esportiva, que como escrito no gráfico 5 apresentou mais de 60 ocorrências documentadas ligadas apenas ao futebol. São inúmeras as áreas onde mulheres e quaisquer indivíduos invalidados no passado estão oprimidos e, novamente, se o caminho para alcançar um posto foi árduo, manter-se nele pode ser ainda mais difícil.

<sup>5</sup> Primeira do seu tipo mundialmente, a cúpula realiza uma série de discussão que tratam de assuntos relacionados com problemas políticos, sociais, econômicos, ambientais e demográficos de relevância para o mundo atual. A programação também se concentra em desenvolvimentos políticos, tecnológicos e econômicos elaborados para transformar o mundo em um futuro próximo.

<sup>6</sup> O evento conta com a participação de mulheres porta-vozes mundiais de alto nível do parlamento, representantes parlamentares e delegados de diferentes áreas de especialidade, como cientistas, influenciadores, legisladores, empreendedores e representantes governamentais.

<https://www.nsctotal.com.br/noticias/press-release-from-business-wire-global-summit-of-women-speakers-of-parliament>



A partir dessa perspectiva, pode-se construir uma sociedade mais igualitária de forma indelével, onde são defendidos os direitos humanos não de forma meramente escrita, mas com penas e responsabilizações reais e concretas, em que as vítimas possam se sentir seguras na hora de fazer uma denúncia, e que tenham em seu subconsciente a noção de que sua voz será escutada, que apesar do sofrimento anterior, seu futuro não o terá como base.

Gráfico 5

Dos 61 (sessenta e um) casos relacionados com o futebol, 43 (quarenta e três) ocorrências estão atreladas a discriminação racial; 10 (dez) a LGBTfobia; 05 (cinco) com machismo; 03 (três) com xenofobia.



É preciso que todas as pessoas, independente de cor, gênero, orientação sexual, etnia e capacidade motora tenham possibilidade de chegar num local onde possam falar por si e demandar ações que defendam seus interesses. Essa busca por representação se funde entre todas essas necessidades, que teoricamente são defendidas pela Constituição Federal, mas são pouco respeitadas na prática. As correntes que defendem preceitos e ideais preconceituosos têm de ser combatidas e erradicadas em nossa sociedade. Esse tipo de atitude não tem mais espaço atualmente, época em que a mulher e todos os movimentos reprimidos devem ser reconhecidos, valorizados e tomados por dignos em toda a sua essência.

## 6 UMA PROPOSTA DE INSERÇÃO

Na minha percepção, acredito que essa mudança deveria partir do próprio chefe de Estado, que tem poder discricionário de indicação e nomeação de ministros do STF e outros cargos de influência, pois é perceptível como as indicações são direcionadas a homens em sua totalidade ou massiva maioria. A partir do momento em que as mulheres começarem a fazer parte expressiva da lista de indicados, passa-se a escrever uma nova página na história.

Nas palavras de Aristóteles<sup>7</sup>, “a base da sociedade é a justiça”, e uma sociedade respeitável se dá com respeito pelos seus cidadãos e a manutenção da ordem por suas normas, incluindo a isonomia, reconhecimento e

<sup>7</sup> Aristóteles foi um importante filósofo para a Grécia Antiga e para o Ocidente em geral, visto que a importância dada por ele ao conhecimento empírico e as suas classificações sistemáticas do conhecimento muito influenciaram a Filosofia Escolástica e Moderna e as ciências modernas que surgiram a partir do século XVI.

O filósofo grego também se dedicou a estudos de lógica, que renderam bons resultados para a argumentação, para a linguagem e para a escrita filosófica até a contemporaneidade, quando filósofos da linguagem desenvolveram novos modos de se entender e estudar a lógica.

igualdade de direitos, que quando mantidos são os pilares de um país promissor. E a certeza de que sem respeito não há futuro é o que deve ser o vetor para mover um sistema que por séculos é falho, mas que tem chances reais, sólidas e concretas de mudança, que deve ser iniciada por seus governantes. Isso ainda mais num período em que sua influência é demarcada e reconhecida por mídias sociais e o alcance ao povo de forma hodierna.

A desvalorização da pessoa e do gênero tem seu ponto final, e esse tem de ser a exclusão. Essa mudança de paradigmas e remodelação da forma como se estabeleceu uma sociedade preconceituosa pode ter seu início no comportamento dentro da casa de cada um. A ruptura da figura da mulher como cuidadora do lar e do homem como “macho-alfa” tem que começar na criação das crianças, mudando o comportamento de pequenos grupos em uma forma educativa e consciente.

O feminismo também merece ter sua ideia reconhecida de forma mais correta. Ele não é algo novo. Uma crença de que todos, independentemente da situação, merecem os mesmos direitos e tratamento, não é algo que deveria ser visto como tão radical e assustador. A visão deturpada que muitos criam e se comprometem a guardar apenas fere uma luta travada há séculos, que tem por exemplo a Revolução Industrial ou a participação das mulheres na Primeira e na Segunda Guerras Mundiais. A dispersão do verdadeiro significado do termo promove a reeducação das pessoas que, ao abrirem os olhos para a necessidade de se considerar feminista no mundo atual, colaboram para um mundo melhor e uma convivência digna a todos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há de se convir que a mulher, independente da área, desdobra-se de forma imensurável numa luta desigual, que a ela foi imposta por uma cultura patriarcal. O gênero não é regulador de QI, e muitas vezes as mulheres demonstraram a sua alta capacidade, força e astúcia em cargos importantes, que denotamos como exemplo multinacionais, judiciário, mundo empresarial e órgãos políticos de alcance internacional, apesar do longo e difícil caminho trilhado. Essa ruptura do difícil, do árduo, da corrida contra tantos fatores desfavoráveis tem de acontecer.

Não se pode continuar esperando que as minorias ou as mulheres como um todo apenas se conformem com a dificuldade que a elas foi imposta. Uma mudança, seu sucesso e reconhecimento precisam ocorrer. E precisam ter sido originadas delas, ter vindo delas. É por isso que a Constituição precisa ser analisada em suas entrelinhas, de forma que seja refletida a importância da mulher cidadã e seu papel na construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Precisamos de mais mulheres com expoente profissional para inspirar umas às outras, que sirvam como fonte de exemplo e uma pequena proporção de esperança para todas as jovens que querem acreditar num futuro onde elas possam deixar sua contribuição.

## REFERÊNCIAS

BRASIL ESCOLA. **Artistóteles**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/aristoteles.htm>. Acesso em: 06 out. 2021.

COSTA, Camilla; TOMBESI, Cecília. Dia Internacional da Mulher: 6 indicadores que mostram como as mulheres avançaram (ou não) na América Latina. 08 mar. 2019. **Terra**, da BBC News Brasil e da BBC News Mundo em Londres. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/dia-internacional-da-mulher-6-indicadores-que-mostram-como-as-mulheres-avancaram-ou-nao-na-america-latina,8475b85431be338d5dc8f7e105f6e2d68209bvpv8.html>. Acesso em: 06 out. 2021.

FERREIRA, Paula. Pesquisa diz que 50% das brasileiras já foram perseguidas na rua. **O Globo**, 20 maio 2016. <https://oglobo.globo.com/sociedade/pesquisa-diz-que-50-das-brasileiras-ja-foram-perseguidas-na-rua-1-19338593>. Acesso em: 06 out. 2021.

GARCIA, Tania Azevedo. A condição da mulher no Oriente Médio: o que tem isso a ver conosco? **Diário do Comércio**, 03 mar. 2020. Disponível em: <https://diariodocomercio.com.br/livre/a-condicao-da-mulher-no-orient-medio-o-que-tem-isso-a-ver-conosco>. Acesso em: 06 out. 2021.

WIKIPÉDIA. **Ruth Bader Ginsburg**. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Ruth\\_Bader\\_Ginsburg](https://pt.wikipedia.org/wiki/Ruth_Bader_Ginsburg). Acesso em: 06 out. 2021.

# CAPÍTULO 7

## O TRABALHO DOS MIGRANTES E O DIÁLOGO ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A AGENDA 2030 DA ONU NA PROTEÇÃO ÀS MULHERES E MENINAS<sup>1</sup>

Elisaide Trevisam

Daniela Rocha Rodrigues Peruca

### INTRODUÇÃO

A [Constituição Federal de 1988](#) inaugurou um novo tempo, não apenas no cenário político, mas, especialmente, no âmbito dos direitos individuais e sociais, principalmente no que concerne à igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I) e a ampliação da teia protetiva dos direitos das mulheres, como p.ex., proibição de discriminação (art. 7º, XXX) e proteção do mercado de trabalho com incentivos específicos (art. 7º, XX). Todavia, transcorridos trinta e dois anos da promulgação da Constituição Federal, a luta pela igualdade de gêneros e o empoderamento de mulheres e meninas encontram-se presentes não somente no âmbito interno, mas é uma pauta de desenvolvimento global, que deve ser concretizada pelo Brasil até 2030.

Essa pauta global é disciplinada por meio da Agenda 2030 que, diga-se, é um importante instrumento para se alcançar a igualdade entre os gêneros e o empoderamento de mulheres e meninas, bem como promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos em conformidade com os ODS(s) n. 5 e 8, respectivamente. Nesse contexto, há que se lançar um olhar ao trabalho desenvolvido pelos migrantes, especialmente no que se refere ao trabalho da mulher e ao trabalho infantil das meninas.

O fenômeno da migração tem crescido exponencialmente na última década, por vários fatores (climático, conflitos armados, religião etc.), sendo que esse movimento implica, por via de consequência, em geração de mão de obra precária. A expressão “trabalhador migrante” contida na Convenção Internacional sobre a Proteção de Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e membros de suas Famílias consiste na “pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada em um Estado de que não é nacional” (art. 2º).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Resultado parcial do Projeto de Pesquisa “Análise do Tráfico de Pessoas e Migrações na Fronteira de Mato Grosso do Sul: Fase 2”, com fomento da FAPEC e da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

<sup>2</sup> CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRANTES E DOS MEMBROS DAS SUAS FAMÍLIAS. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1990%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Protec%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20de%20Todos%20os%20Trabalhadores%20Migrantes%20e%20suas%20Fam%C3%ADlias,%20a%20resolu%C3%A7%C3%A3o%2045-158%20de%2018%20de%20dezembro%20de%201990.pdf>. Acesso em: 06 out. 2021.

Visando à ampliação do espectro protetivo aos migrantes foi editada a Lei n. 13.445/17, que assegura a eles, dentre outras garantias, a “*garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória*” (XI, do art. 4º) (grifo nosso).<sup>3</sup>

Verifica-se que, tanto o ordenamento jurídico interno quanto o internacional, alinham esforços para garantir a proteção aos direitos dos trabalhadores migrantes, em especial das mulheres migrantes e das meninas. Desse modo, pontua-se que a precarização e a informalidade das condições de trabalho contribuem para a manutenção do ciclo de exploração da mão de obra. Modificar esse ciclo é medida que se impõe, visando à valorização do trabalho humano. Portanto, a problemática a ser enfrentada define-se em quais são as medidas adotadas para fortalecer ações que visem à promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas, em particular aquelas na condição de migrantes.

Para alcançar os fins almejados, a metodologia utilizada na presente reflexão é de caráter documental e exploratória, em que se utilizou o método indutivo, através de uma pesquisa bibliográfica e documental.

## 1 PRECARIZAÇÃO DO EMPREGO E A INFORMALIDADE

Para que se possa entender os fenômenos de precarização e informalidade, há necessidade de conhecermos seus conceitos e consequências. Ricardo Antunes,<sup>4</sup> ao tratar de precarização, assevera que se trata de algo intrínseco ao capitalismo, vejamos:

[...] a precarização não é algo estático, mas um modo de ser intrínseco ao capitalismo, um processo que pode tanto se ampliar como se reduzir, dependendo diretamente da capacidade de resistência, organização e confrontação da classe trabalhadora. Trata-se de uma tendência que nasce, conforme Marx demonstrou em **O capital**, com a própria criação do trabalho assalariado no capitalismo.

Como bem pontuado por Antunes, a precarização nasce com o capitalismo e o seu processo de ampliação ou redução depende da capacidade de resistência, organização e luta da classe trabalhadora em aceitar ou não essa condição. Essa capacidade de resistência nos remete aos ensinamentos de Bobbio,<sup>5</sup> ao afirmar que “*o que hoje se tende a derrubar não é uma determinada forma de Estado (as formas degeneradas de Estado, segundo a tradicional classificação aristotélica), mas uma determinada forma de sociedade, da qual as instituições políticas são apenas um aspecto*” (grifo nosso).

Vê-se que a resistência não está direcionada a combater uma determinada forma de Estado, mas uma determinada forma de sociedade, o que nos leva a pensar que a precarização que advém com o capitalismo so-

3 BRASIL. Lei n° 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm). Acesso em: 06 out. 2021.

4 ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: o novo proletariado de serviços na era digital. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 59.

5 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 140-141.

mente poderá ser combatida com a mudança de paradigma da sociedade. No que se refere à informalidade, Antunes<sup>6</sup> elenca dois modos de ser da informalidade, a saber:

Um primeiro modo de ser da informalidade está presente na figura dos trabalhadores informais tradicionais, inseridos nas atividades que requerem baixa capitalização, buscando obter uma renda para consumo individual e familiar. Nessa atividade, vivem de sua força de trabalho, podendo se utilizar do auxílio de trabalho familiar ou de ajudantes temporários. [...] Um segundo modo de ser da informalidade remete à figura dos trabalhadores informais assalariados sem registro, à margem da legislação trabalhista, uma vez que perderam o estatuto de contratualidade e passaram da condição de assalariados com carteira assinada para a de assalariados sem carteira, o que os exclui do acesso das resoluções presentes nos acordos coletivos de sua categoria e os torna desprovidos dos direitos existentes para aqueles que têm contrato formal de trabalho.

Percebe-se que para o autor a informalidade decorre tanto do trabalho em atividade familiar, quanto nas condições de assalariado sem registro ou de assalariado que perdeu a condição de empregado e passou a trabalhar sem anotação em CTPS.<sup>7</sup> Contrapondo-se os dois fenômenos (precarização e informalidade), tem-se que em certa medida a informalidade é a face mais perversa do capitalismo, pois o trabalhador se encontra à margem de qualquer forma de proteção (trabalhista e previdenciária), e poderá contar apenas com a atenção assistencial do Estado, que na maioria das vezes nunca chega a quem de fato necessita. O Governo Federal possui o Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente,<sup>8</sup> no qual elenca como seus objetivos:

[...] **o fortalecimento da capacidade do Estado brasileiro para avançar no enfrentamento dos principais problemas estruturais da sociedade e do mercado de trabalho**, entre os quais se destacam: a pobreza e a desigualdade social; **o desemprego e a informalidade**; a extensão da cobertura da proteção social; a parcela de trabalhadoras e trabalhadores sujeitos a baixos níveis de rendimentos e produtividade; os elevados índices de rotatividade no emprego; as desigualdades de gênero e raça/etnia; as condições de segurança e saúde nos locais de trabalho, sobretudo na zona rural. (grifo nosso)

Embora conste expressamente no Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente o compromisso do Governo no enfrentamento ao desemprego e informalidade, tem-se pela sua não observância, uma vez que há um aumento progressivo na taxa de desemprego, intensa precarização das relações laborais e flexibilização dos direitos trabalhistas. A flexibilização dos direitos trabalhistas teve seu ápice com a promulgação da Lei n. 13.467/17. O discurso para aprovação da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/17) foi justamente a possibilidade de geração de empregos, com uma legislação mais moderna e capaz de fazer frente ao mundo globalizado. Todavia, constata-se que o padrão de regulação e contratação baseado no princípio protetivo do trabalhador sofreu enorme modificação, sendo substituído, ao que se verifica por um padrão de autorregulação, acentuando-se a superexploração e a própria autoexploração do trabalho.

6 ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: o novo proletariado de serviços na era digital. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 68-69.

7 “A Carteira de Trabalho e Previdência Social é obrigatória para o exercício de qualquer emprego, inclusive de natureza rural, ainda que em caráter temporário, e para o exercício por conta própria de atividade profissional remunerada” (art. 13, *caput* da CLT).

8 Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/pt-br/assuntos/itens-para-verificar/uncategorised/plano-nacional-de-emprego-e-trabalho-decente>. Acesso em: 1 dez. 2021.

Consubstanciado na modificação do padrão de ocupação, o índice de trabalho informal continua a crescer. Conforme a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), divulgada pelo IBGE em 31.1.2020<sup>9</sup>, “houve um acréscimo de 0,3 ponto percentual na taxa de informalidade (soma dos trabalhadores sem carteira, trabalhadores domésticos sem carteira, empregador sem CNPJ, conta própria sem CNPJ e trabalhador familiar auxiliar), atingindo 41,1% da população ocupada, o equivalente a 38,4 milhões de pessoas, sendo considerado o maior contingente desde 2016, apesar da estabilidade em relação a 2018”.

Portanto, verifica-se que a flexibilização dos direitos trabalhistas não impulsionou o desenvolvimento econômico e muito menos trouxe geração de empregos, ao contrário, desencadeou uma crise estrutural maior com o aumento de taxa de informalidade. E no tocante ao trabalho dos migrantes, especialmente no que concerne às mulheres e às meninas, passa a ser ora tratado na presente reflexão.

## 2 A FORÇA DE TRABALHO DOS MIGRANTES

Para que se possa ter uma visão ampla do conceito de trabalho dos migrantes, há que se analisar os instrumentos normativos que o regulam no âmbito interno e internacional. A Lei n. 13.445/17<sup>10</sup> considera imigrante a “pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil” (II, § 1º do art. 1º).

No tocante à expressão “trabalhador migrante”, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos membros das suas Famílias designa como sendo “a pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada num Estado de que não é nacional” (art. 2º).<sup>11</sup> Já no que se refere às relações de emprego, o inciso XI, do art. 4º, da Lei 13.445/17, garante aos migrantes a condição de igualdade com os nacionais, asseverando a: “*garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória*”<sup>12</sup> (grifo nosso). E, no mesmo sentido, o art. 55 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos membros das suas Famílias<sup>13</sup> dispõe que:

Os trabalhadores migrantes a quem tenha sido concedida autorização para exercer uma atividade remunerada, sujeita às condições previstas nessa autorização, deverão beneficiar de igualdade de tratamento com os nacionais do Estado de emprego no exercício daquela atividade remunerada.

9 NERY, Carmen. Desemprego cai para 11,9% na média de 2019; informalidade é a maior em 4 anos. **Agência IBGE Notícia**, 31 jan. 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26741-desemprego-cai-para-11-9-na-media-de-2019-informalidade-e-a-maior-em-4-anos>. Acesso em: 06 out. 2021.

10 BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm). Acesso em: 27 abr. 2020.

11 INSTITUTO MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS. **Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias**. 14 jan. 2006. Disponível em: <https://www.migrante.org.br/migracoes/convencao-internacional-sobre-a-protecao-dos-direitos-de-todos-os-trabalhadores-migrantes-e-dos-membros-das-suas-familias/>. Acesso em: 1 maio 2020.

12 BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm). Acesso em: 27 abr. 2020.

13 INSTITUTO MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS. **Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias**. 14 jan. 2006. Disponível em: <https://www.migrante.org.br/migracoes/convencao-internacional-sobre-a-protecao-dos-direitos-de-todos-os-trabalhadores-migrantes-e-dos-membros-das-suas-familias/>. Acesso em: 1 maio 2020.

Emerge que ambos os instrumentos consideram os migrantes como pessoas em situação de vulnerabilidade e buscam garantir-lhes proteção em condição de igualdade com os nacionais. Todavia, como garantir a efetiva proteção aos trabalhadores migrantes se os trabalhadores nacionais convivem diariamente com os fenômenos da precarização e informalidade?

Para Zygmunt Bauman, em síntese, o fluxo migratório pode gerar na população que recebe os migrantes ainda mais competição pelo mercado de trabalho, diante da fragilidade existencial, precariedade de sua condição e de suas expectativas sociais.<sup>14</sup> Salienta-se que Bauman não é contra a migração e nem é defensor de tratamento discriminatório, apenas lança uma reflexão acerca do fato que acomete os trabalhadores nacionais, que é a exploração da mão de obra. Ricardo Antunes chama a atenção para a exploração dos trabalhadores migrantes, o que ele considera como sendo a ponta do *iceberg*:

Um relato ilustrativo da situação dos imigrantes pode nos ajudar a perceber que ele talvez seja a ponta mais visível do iceberg no que concerne à precarização de trabalho no capitalismo atual. [...] Os trabalhadores imigrantes têm, em geral, os horários mais desconfortáveis, com jornadas noturnas e nos finais de semana. [...] Discriminados, mas não resignados, eles são parte integrante da classe-que-vive-do-trabalho, exprimindo a vontade de melhorar as próprias condições de vida por meio do trabalho.<sup>15</sup>

Logo, a migração poderá acentuar ainda mais o grau de precarização e informalidade nas relações de trabalho, principalmente em relação aos trabalhadores migrantes. É nesse sentido o pensamento de Ynes da Silva Félix e Andrea de Souza Ferrão:<sup>16</sup>

A predominância de trabalhadores migrantes em situação irregular ou clandestina corrobora para que seus direitos sejam violados tanto na esfera dos direitos humanos como dos direitos fundamentais do trabalho, haja vista que muitos deles desconhecem seus direitos trabalhistas, bem como a legislação brasileira. Vivendo na informalidade, esses trabalhadores são constantemente explorados pelos nacionais que se aproveitam de suas fragilidades para lograr maiores ganhos.

Descortina-se, assim, com a migração um enorme espectro de violação aos direitos humanos e aos direitos fundamentais dos migrantes, em desacordo, inclusive, com a legislação pátria que lhes assegura a condição de igualdade com os nacionais (XI, do art. 4º da Lei 13.445/17).<sup>17</sup> Dentre os trabalhadores migrantes que sofrem com a precarização e informalidade, analisar-se-á a condição das mulheres e do trabalho infantil, a seguir alinhavados.

14 BAUMAN, Zygmunt. *Estranhos à nossa porta*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. p. 10.

15 ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 72-75.

16 FÉLIX, Ynes da Silva, FERRÃO, Andrea de Souza. Proteção jurídico-trabalhista dos trabalhadores domésticos na fronteira Brasil/Bolívia. *Revista Sociedades de Paisajes Áridos y Semiáridos*, ano 4, v. 6, p. 199-210, jun. 2012. Disponível em: <http://www2.hum.unrc.edu.ar/ojs/index.php/spas/article/view/901>. Acesso em: 06 out. 2021.

17 BRASIL. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm). Acesso em: 27 abr. 2020.



## 2.1 MULHERES MIGRANTES – TRABALHO DOMÉSTICO

Inicia-se esse capítulo com uma passagem de Manuel Castells<sup>18</sup> ao descrever o envolvimento das mulheres na força de trabalho no mundo inteiro com o efeito da globalização:

No mundo inteiro, o efeito da globalização no envolvimento das mulheres na força de trabalho foi muito grande. A indústria eletrônica, internacionalizada desde fins da década de 1960, emprega na Ásia mulheres jovens e sem qualificação profissional. As maquiladoras americanas estabelecidas no norte do México dependem em grande parte da mão de obra feminina. E as novas economias industrializadas introduziram no mercado de trabalho mulheres que recebem baixos salários em quase todos os níveis da estrutura de cargos. Ao mesmo tempo, uma parcela significativa dos postos de trabalho ocupados por mulheres nos centros urbanos nos países em desenvolvimento continua sendo no setor informal, representado principalmente pelo fornecimento de alimentação e serviços domésticos prestados a habitantes das grandes cidades.

Vê-se que Castells faz um triste retrato do trabalho da mulher no mundo globalizado, sendo que sua mão de obra, quando não é precarizada (recebimento de baixos salários), é utilizada no setor informal, principalmente em serviços domésticos. De acordo com a Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio (Pnad) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE),<sup>19</sup> “atualmente são 6,3 milhões de trabalhadores domésticos no Brasil. Desse total, 1,5 milhão têm carteira de trabalho assinada; 2,3 milhões estão na informalidade; e 2,5 milhões trabalham como diaristas [...]”. Percebe-se, nitidamente que o número de trabalhadores domésticos na informalidade é superior àqueles que possuem contrato de emprego (carteira de trabalho assinada). Ainda, o estudo divulgado pelo Ipea<sup>20</sup> indica três pontos fundamentais para compreensão do nível de trabalhadores domésticos no Brasil:

O primeiro decorre do sistema escravocrata da sociedade brasileira. O segundo tem origem na divisão sexual do trabalho (sociedade patriarcal), no qual cabia às mulheres a execução das tarefas de casa. O terceiro é a imensa desigualdade social, econômica e de renda no Brasil.

Destaca-se dentre os três pontos a divisão sexual, que, nas palavras de Flávia Biroli,<sup>21</sup> atinge todas as mulheres, mas não da mesma maneira.

A divisão sexual do trabalho é uma base fundamental sobre a qual se assentam hierarquias de gênero nas sociedades contemporâneas, ativando restrições e desvantagens que modulam trajetórias das mulheres. O segundo pressuposto é que as hierarquias de gênero assumem formas diferentes segundo a posição de raça e classe das mulheres. A divisão sexual do trabalho, no entanto, não se detém nos limites e vantagens de classe e raça; impacta também nas privilegiadas, porém com consequências distintas daquelas que se impõem à maioria das mulheres.

18 CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. 9. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Paz & Terra, 2018. p. 289.

19 PEDUZZI, Pedro. Avanços e desafios marcam o dia da empregada doméstica. **Agência Brasil**, 27 abr. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-04/avancos-e-desafios-marcam-o-dia-da-empregada-domestica>. Acesso em: 06 out. 2021.

20 PINHEIRO, Luana; LIRA, Fernanda; REZENDE, Marcela; FONTOURA, Natália. TD 2528 – os desafios do passado no trabalho doméstico do século XXI: reflexões para o caso brasileiro a partir dos dados da PNAD Contínua. **IPEA**, 23 dez. 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=35231&Itemid=444.%20](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35231&Itemid=444.%20). Acesso em: 06 out. 2021.

21 BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdade: limites da democracia no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 23.

Nesse contexto de sistema escravocrata, sexista e permeado pela desigualdade social, a mão de obra feminina no trabalho doméstico é mais intensa que a mão de obra masculina, conforme dados divulgados pelo então Ministério do Trabalho e Previdência Social,<sup>22</sup> em 2016, que nos dava conta de que as mulheres representavam 92% dos empregados domésticos.<sup>23</sup> Dessa fatia do mercado de trabalho doméstico com utilização de mão de obra feminina, cresce o número de ocupação com a mão de obra de trabalhadoras migrantes, principalmente pela circunstância de não terem contrato formal e não receberem horas extras, é o que se verifica do estudo feito pelo Centro de Direitos Humanos e Cidadania do Imigrante (CDHIC):<sup>24</sup>

- Os dados mostram que a nacionalidade mais frequente entre as domésticas migrantes em São Paulo é a haitiana, seguida pela venezuelana. Em geral, essas mulheres estão no Brasil de um a dois anos, tempo que coincide com os novos fluxos migratórios que o país recebeu nos últimos anos. A maior parte delas integra a população adulta, de 30 a 59 anos, são solteiras e estão em condição legal no país, ou seja, possuem visto permanente.
- De maneira geral, as mulheres não passaram por outro país antes de virem ao Brasil, vêm acompanhadas de seus familiares e são responsáveis por enviar remessas aos seus países de origem. Em relação às condições de trabalho, as migrantes, na maioria, têm contratação verbal, não possuem carteira de trabalho assinada e não recebem hora extra.
- Entre as entrevistadas, 50% afirmam já terem sido insultadas por seus empregadores. A maior parte não conhece também seus direitos trabalhistas, a lei que regulamenta o trabalho doméstico no Brasil, nem sequer algum sindicato das trabalhadoras domésticas.

Ficou evidenciado no estudo que a nacionalidade mais frequente entre as domésticas migrantes em São Paulo é a haitiana, seguida pela venezuelana, ou seja, países que atravessam conflitos políticos e econômicos. Também, constata-se do estudo que as entrevistadas possuem visto permanente no país e que cerca de 50% desconhecem a legislação trabalhista brasileira. O desconhecimento da legislação nacional contribui para a exploração da mão de obra e o aumento da informalidade.

Ainda, tem-se que o desconhecimento pode se dar pela dificuldade de acesso ao idioma, pois é cediço que a língua é uma das barreiras para integração dos migrantes. Nesse viés, o Estado deverá ampliar a teia protetiva para fins de alcançar as mulheres migrantes, oferecendo condições de acesso ao idioma, por meio de cursos gratuitos em sua rede de ensino, bem como fornecer cartilhas contendo informações básicas da legislação trabalhista, em especial no que concerne à Lei Complementar n. 150/2015 (Contrato de Trabalho Doméstico).

## 2.2 MENINAS MIGRANTES – TRABALHO INFANTIL

O combate ao trabalho precoce é uma meta global, estampada na Agenda 2030, Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 8, especificamente na meta 8.7. A Agenda 2030 tornou-se um dos principais catálogos de com-

22 A Lei n. 13.844/2019 alterou a denominação para Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Econômica.

23 Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-domestico/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

24 DEMOCRACIA E MUNDO DO TRABALHO EM DEBATE. **Trabalho doméstico informal é realidade para mulheres migrantes**. 05 mar. 2018. Fonte: Carta Capital. Disponível em: <http://www.dmtemdebate.com.br/trabalho-domestico-informal-e-realidade-para-mulheres-migrantes/>. Acesso em: 06 out. 2021.

bate à exploração da mão de obra infantil, tanto em âmbito mundial, quanto em âmbito regional e local. A Organização das Nações Unidas (ONU) quanto ao trabalho infantil destaca que:<sup>25</sup>

Um total de 152 milhões de crianças – 64 milhões de meninas e 88 milhões de meninos – estão sujeitas ao trabalho infantil, representando quase uma em cada dez crianças no mundo. O maior número de crianças de 5 a 17 anos envolvidas em trabalho infantil foi encontrado na África (72,1 milhões), seguida da Ásia e do Pacífico (62 milhões), das Américas (10,7 milhões), da Europa e da Ásia Central (5,5 milhões) e dos Estados Árabes (1,2 milhões). Aproximadamente um terço das crianças de 5 a 14 anos envolvidas em trabalho infantil estão fora do sistema educacional. Além disso, entre as crianças que realizam trabalhos perigosos, 38% das que têm de 5 a 14 anos e quase dois terços das que têm de 15 a 17 anos trabalham mais de 43 horas por semana.

Insurge dos percentuais elencados pela ONU que um terço das crianças de 5 a 14 anos envolvidas em trabalho infantil estão fora do sistema educacional, o que impõe concluir que o ciclo de pobreza não será rompido e, por certo, essas crianças na idade adulta serão relegadas ao trabalho informal. Frise-se que uma grande parcela da sociedade brasileira é omissa com relação ao trabalho infantil, o que contribui para a naturalização do problema e a invisibilidade desses trabalhadores. Voltando-se o olhar ao trabalho infantil das meninas, que é o propósito deste capítulo, tem-se que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) divulgou que:

[...] o trabalho doméstico infantil em casa de terceiros é uma das formas mais comuns e tradicionais de trabalho infantil, sendo caracterizado por todas as atividades econômicas realizadas por pessoas menores de 18 anos e pelas quais elas podem ou não receber alguma remuneração. **A maioria do trabalho doméstico infantil é realizado por meninas**, que, geralmente, exercem atividades de adultos, trabalhando muitas horas diárias em condições prejudiciais à sua saúde e desenvolvimento, por rendimentos baixos ou em troca de habitação, alimentação e educação.<sup>26</sup> (grifo nosso)

Extrai-se que, dentre os inúmeros casos de trabalho infantil, o trabalho doméstico tem-se destacado como uma das formas mais comuns, e na qual a maioria da mão de obra é oriunda de meninas. **Maria Zuíla Lima Dutra, desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, discorre acerca do trabalho infantil das meninas nas Regiões Norte e Nordeste do Brasil:**<sup>27</sup>

Nas regiões norte e nordeste é recorrente a cultura das famílias no sentido de buscarem “meninas no interior” para a condição de serviçais, sob o argumento de tratá-las como “filhas de criação” ou “afilhadas”, fato que também é normalmente aceito por grande parte da sociedade, sobretudo pelas famílias envolvidas (exploradas e exploradoras). A superexploração dessas meninas inclui excessiva jornada de trabalho, ausência de repouso semanal e de férias, não pagamento ou salário inferior ao mínimo legal, constrangimentos, violência física, psicológica, moral, racial, discriminações, humilhações, cerceamento de liberdade e de comunicação, abuso sexual, queimaduras, cortes com faca, dor muscular, fadiga, cansaço, tristeza e muita solidão. O certo é que depois de mais de 100 anos da promulgação da Lei Áurea

25 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção N° 189**: quatro pontos para entender a importância da promoção do trabalho decente para trabalhadoras domésticas em tempos de Covid-19. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_742927/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_742927/lang-pt/index.htm). Acesso em: 06 out. 2021.

26 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção N° 189**: quatro pontos para entender a importância da promoção do trabalho decente para trabalhadoras domésticas em tempos de Covid-19. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_742927/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_742927/lang-pt/index.htm). Acesso em: 06 out. 2021.

27 TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO: VERGONHOSA CHAGA SOCIAL. Disponível em: <https://fnpeti.org.br/noticias/2019/04/27/trabalho-infantil-domestico-vergonhosa-chaga-social/>. Acesso em: 06 out. 2021.

(Lei 3.353, de 13/05/1888<sup>28</sup>), a escravidão ganhou nova roupagem, mas seus métodos de exploração permanecem inalterados.

Denota-se que a tônica é a superexploração dessas meninas que trabalham expostas a excessivas jornadas, ausência de pagamento de salários e/ou percepção inferior ao mínimo legal, constrangimentos, discriminações, humilhações, dentre outras violências. Visando coibir essa violação aos direitos humanos, a Lei Complementar n. 150, de 1º de junho de 2015, que redesenhou a regulamentação do trabalho doméstico em nosso ordenamento jurídico, incorporou ao parágrafo único, do art. 1º, a vedação contida na Convenção n. 182 da OIT no que se refere ao trabalho do menor de 18 anos, vejamos: “*É vedada a contratação de menor de 18 (dezoito) anos para desempenho de trabalho doméstico, de acordo com a Convenção nº 182, de 1999, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e com o Decreto no 6.481, de 12 de junho de 2008*” (grifo nosso).

Por isso, o trabalho doméstico realizado por menores de 18 anos será considerado como uma das piores formas de trabalho infantil, uma vez que há menção expressa ao Decreto n. 6.481, de 12 de junho de 2008, que trata especificamente da matéria. Diante de inúmeros retrocessos legislativos no âmbito dos direitos sociais, a Lei Complementar n. 150/2015<sup>29</sup> avançou no aspecto de proteção ao trabalho do menor ao considerar a utilização de mão de obra de menores de 18 anos como sendo das piores formas de trabalho infantil. No que se refere ao trabalho infantil migrante, um estudo realizado pela OIT e *Child Helpline International*, no Quênia, Nepal e Peru (2013, p. 44), revelou em relação às meninas:

Que as crianças trabalhadoras migrantes (muitas das quais eram crianças trabalhadoras domésticas) pareciam estar, em vários aspectos, numa situação pior do que as crianças trabalhadoras locais. Principalmente, tinham que trabalhar mais horas, pagavam-lhes menos, negavam-lhes mais a alimentação, eram mais expostas a perigos e mais susceptíveis à violência e tendiam mais a ser impedidas de sair de casa dos empregadores.<sup>30</sup>

Embora o estudo tenha sido realizado com crianças no Quênia, Nepal e Peru, a constatação não é diferente em outras localidades, pois a circunstância de ser migrante gera o tratamento discriminatório e a prática de exploração, conforme já asseverado linhas acima. Consegue-se, inclusive, construir um raciocínio de que o trabalho infantil de meninas migrantes também tenha a mesma feição e utilização do trabalho infantil de meninas nas Regiões Norte e Nordeste do Brasil, qual seja, voltado ao trabalho doméstico e, por via de consequência, uma das piores formas de trabalho infantil. **Por fim, a OIT utilizando-se de dados do IBGE revela que, do total de trabalhadores domésticos no Brasil, 90 mil são adolescentes de 14 a 17 anos de idades.**<sup>31</sup>

28 BRASIL. Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim3353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm). Acesso em: 06 out. 2021.

29 BRASIL. Lei complementar nº 150, de 1º de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm). Acesso em: 06 out. 2021.

30 Disponível em: [https://www.ilo.org/ipec/Informationresources/WCMS\\_221734/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/ipec/Informationresources/WCMS_221734/lang--pt/index.htm)

31 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 189**: quatro pontos para entender a importância da promoção do trabalho decente para trabalhadoras domésticas em tempos de Covid-19. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_742927/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_742927/lang--pt/index.htm). Acesso em: 06 out. 2021.

Nesse contexto, tem-se que o Estado deverá adotar medidas para ampliar a fiscalização, visando coibir a utilização de mão de obra infantil, em especial das meninas (nacionais e migrantes), efetivando-se, desta feita, as metas 8.7 e 8.8 do ODS 8 da Agenda 2030. A ampliação na fiscalização descortina-se como sendo uma das medidas de fortalecimento de políticas sólidas para a promoção da igualdade entre os gêneros e empoderamento de todas as meninas.

### 3 UM DIÁLOGO ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A AGENDA 2030

A luta pela igualdade de gêneros e empoderamento das mulheres e meninas encontra-se retratada na Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes de 1987. Esse documento traz, em síntese, reivindicações no âmbito de saúde, trabalho, educação, cultura, família, questões internacionais, dentre outros. No preâmbulo da Carta das Mulheres, há um clamor pela democracia e a liberdade, e também uma constatação de que para se atingir esse propósito deve ser garantida a igualdade de tratamento e oportunidades:

Nós, mulheres, estamos conscientes que este país só será verdadeiramente democrático e seus cidadãos e cidadãs verdadeiramente livres quando, sem prejuízo de sexo, raça, cor, classe, orientação sexual, credo político ou religioso, condição física ou idade, for garantido igual tratamento e igual oportunidade de acesso às ruas, palanques, oficinas, fábricas, escritórios, assembleias e palácios.<sup>32</sup>

Passados trinta e dois anos da promulgação da [Constituição Federal de 1988](#), as mulheres buscam incessantemente pela igualdade material entre os gêneros, quer no mercado de trabalho, quer no exercício da cidadania, quer na constituição familiar – enfim, há ainda um caminho a ser percorrido para a efetivação da igualdade. Esse caminho encontra-se entrelaçado com os preceitos e princípios estampados na Constituição Federal de 1988 e o ordenamento internacional. O inciso XX do art. 7º da CF, ao estabelecer a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”, oportunizou que o Brasil ratifica a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, por meio do Decreto n. 4.377/2002.

A partir de 2015 o Brasil tornou-se signatário da Agenda 2030,<sup>33</sup> que elege a erradicação da pobreza como sendo o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável. Visando atingir o desafio global (erradicação da pobreza), a Agenda 2030 estabeleceu 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas, dentre elas, os itens 5.c e 8.8, que são desdobramentos ODS(s) n. 5 e n. 8, respectivamente.

O Objetivo n. 5,<sup>34</sup> está adstrito a “*alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas*”, dispondo em sua meta 5.c: “Adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a pro-

32 BRASIL. Câmara dos Deputados. [Carta das Mulheres](#). Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/a-Constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-Constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf). Acesso em: 06 out. 2021.

33 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. [Conheça a Agenda 2030](#). Conheça o plano de ação global para mudar o mundo até 2030. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/>. Acesso em: 06 out. 2021.

34 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. [Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável](#). Objetivo 5: igualdade de gênero. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/ods/5/>. Acesso em: 06 out. 2021.

moção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas em todos os níveis”. Já o Objetivo 8 tem por intuito “*promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos*”, sendo que a sua meta 8.8 preleciona: “Proteger os direitos trabalhistas e promover ambientes de trabalho seguros e protegidos para todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes, em particular as mulheres migrantes, e pessoas em empregos precários”.<sup>35</sup>

Vê-se que os ODS(s) dialogam com a [Constituição Federal](#), principalmente quando se busca a concretização da igualdade de gênero (art. 5º, I), proibição de discriminação (art. 7º, XXX) e condições especiais para as mulheres e meninas no mercado de trabalho (art. 7º, XX). O Secretário-Geral da ONU, António Guterres,<sup>36</sup> ao discursar sobre a igualdade de gêneros, revela as inúmeras conquistas, mas também demonstra que o caminho ainda é longo:

A desigualdade de gênero é a grande injustiça de nossa época e o maior desafio de direitos humanos que enfrentamos. Mas a igualdade de gênero oferece soluções para alguns dos problemas mais intratáveis de nossos tempos.

Em todos os lugares, as mulheres estão em situação pior do que os homens – simplesmente porque são mulheres. A realidade para mulheres de minorias, mulheres idosas, pessoas com deficiência e mulheres migrantes e refugiadas é ainda pior. Embora tenhamos visto um enorme progresso nos direitos das mulheres nas últimas décadas, desde a abolição de leis discriminatórias até o aumento do número de meninas na escola, agora enfrentamos um forte retrocesso. As proteções legais contra estupro e abuso doméstico estão sendo retiradas em alguns países, enquanto políticas que penalizam as mulheres, da austeridade à reprodução coercitiva, foram introduzidas em outros lugares. Os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres estão ameaçados por todos os lados. Tudo isso porque a igualdade de gênero é fundamentalmente uma questão de poder. Séculos de discriminação e patriarcado profundamente arraigados criaram uma desigualdade de poder entre os gêneros em nossas economias, sistemas políticos e corporações. A evidência está em todo lugar.

[...] Tome como exemplo a desigualdade. As mulheres ganham 77 centavos por cada dólar ganho pelos homens. A pesquisa mais recente do Fórum Econômico Mundial diz que serão necessários 257 anos para fechar essa lacuna. Enquanto isso, mulheres e meninas fazem cerca de 12 bilhões de horas de trabalho não remunerado todos os dias, o que simplesmente não é levado em conta na tomada de decisões econômicas.

[...] O século 21 deve ser o século da igualdade das mulheres nas negociações de paz e nas negociações comerciais; em salas de diretoria e salas de aula; no G20 e nas Nações Unidas. É hora de parar de tentar mudar as mulheres e começar a mudar os sistemas que as impedem de alcançar seu potencial.

Depreende-se do discurso que há uma aspiração para que o nosso século seja o século de concretização da igualdade de gêneros, no qual as mulheres possam ocupar espaços importantes de diálogos globais. Denota-se, ainda, a necessidade de se respeitar as diferenças e se promover a igualdade de ofertas de oportunidades para as mulheres, com o intuito de coibir a discriminação e, ainda, garantir às mulheres migrantes idênticas condições. Igualdade de ofertas significa a criação de novos postos de trabalho e a melhoria das condições laborais, em prol do trabalho decente para todos. O emprego pleno, produtivo e decente, contribui para o empoderamento de mulheres e meninas e, por de via consequência, dá concretude ao art. 5º, I, da Constituição Federal e aos objetivos 5 e 8 de desenvolvimento sustentável.

35 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Objetivo 8: trabalho decente e crescimento econômico. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/ods/8/>. Acesso em: 06 out. 2021.

36 Disponível em: <https://unric.org/pt/a-desigualdade-de-genero-e-o-desequilibrio-de-poder/>

Na concepção de Brito Filho,<sup>37</sup> entende-se por trabalho decente:

Um conjunto mínimo de direitos do trabalhador que corresponde ao direito do trabalho; à liberdade de trabalho; à igualdade no trabalho; ao trabalho com condições justas, incluindo a remuneração, e que preservem sua saúde e segurança; à proibição do trabalho infantil; à liberdade sindical; e à proteção contra os riscos sociais.

Verifica-se que o conceito de trabalho decente descrito por Brito Filho remete ao discurso de António Guterres (Secretário-Geral da ONU) que apregoa acerca da necessidade de trabalho com condições justas (igualdade de remuneração), proteção contra os riscos sociais e atenção aos mais vulneráveis (mulheres de minorias, mulheres idosas, pessoas com deficiência e mulheres migrantes e refugiadas).

Portanto o trabalho decente espelha um direito humano ao assegurar a dignidade da pessoa do trabalhador, inclusive esse é pensamento de Azevedo Neto:<sup>38</sup>

que deve ser, doravante, tutelado pelo Direito e reconhecido pela jurisprudência como situação que merece atenção especial e interpretação com base no princípio da dignidade humana e outros que assegurem efetividade aos direitos humanos.

Nesse diapasão, os ODS(s) n. 5<sup>39</sup> e n. 8<sup>40</sup> de desenvolvimento sustentável entrelaçam-se com o art. 5º, I, e o art. 7º, XX, XXX, ambos da [Constituição Federal](#), pois buscam por meio do trabalho decente o empoderamento de todas as mulheres e meninas, inclusive das mulheres e meninas migrantes.

É chegada a hora de adoção de políticas que congreguem o desenvolvimento econômico alinhado ao desenvolvimento social, fomentando-se o fortalecimento das indústrias e em igual medida a geração de novos postos de trabalho. Também, visando a concretude da Agenda 2030 e a máxima efetividade dos preceitos constitucionais (art. 5º, I, e art. 7º, XX, XXX), deve-se oportunizar a qualificação da mão de obra, em particular da mão de obra de trabalhadoras mulheres (nacionais e migrantes) e, em relação às migrantes, com cursos de idiomas para possibilitar uma maior integração ao mercado de trabalho. Com isso, tais medidas poderão propiciar o empoderamento de todas as mulheres e meninas.

## CONCLUSÃO

Constata-se que a [Constituição Federal de 1988](#) é um importante marco de restabelecimento da democracia no país, e ainda um documento vanguardista ao elencar os direitos e garantias fundamentais em capítulo precedente à organização do Estado. O vanguardismo, destaca-se, também, ao preceituar a igualdade entre

37 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente**: análise jurídica da exploração do trabalho. Trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 4. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 56.

38 AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **O trabalho decente como um direito humano**. São Paulo: LTr, 2015. p. 62.

39 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Objetivo 5: igualdade de gênero. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/ods/5/>. Acesso em: 06 out. 2021.

40 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Objetivo 8: trabalho decente e crescimento econômico. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/ods/8/>. Acesso em: 06 out. 2021.

homens e mulheres (art. 5º, I), bem como a proibição de qualquer forma de discriminação (art. 7º, XXX) e, ainda, estabelecer a previsão de proteção ao mercado de trabalho (art. 7º, XX), dentre outras garantias descritas em vários títulos e capítulos.<sup>41</sup>

Todavia, decorridos trinta e dois da promulgação de nossa Constituição, a igualdade de gêneros e o empoderamento das mulheres e meninas ainda são pautas que demandam concretização. Aliás, o Brasil, ao tornar-se signatário da Agenda 2030, comprometeu-se em fortalecer políticas sólidas para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas em todos os níveis, inclusive daquelas na condição de migrantes, uma vez que a legislação vigente assegura a condição de igualdade com os nacionais (XI, do art. 4º da Lei 13.445/17).<sup>42</sup>

É cediço que o mercado de trabalho para as mulheres se apresenta permeado pela dominação e exploração em decorrência da precarização e informalidade que atingem de forma mais acentuada essa parcela da população brasileira. Assim, no diálogo entre os Objetivos (ODS) n. 5 e n. 8 da Agenda 2030 com a Constituição Federal, surge a urgência em se adotar ações visando promover a igualdade de ofertas de oportunidades para as mulheres nacionais, e ainda garantir às mulheres migrantes idênticas condições. Sendo assim, é certo que a efetiva igualdade de gêneros demandará algumas décadas nesse século para sua concretização, porém, tem-se que continuar avançado nos compromissos de empoderamento de mulheres e meninas, modificando-se o tecido cultural, e colocando-as como sujeito de direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. São Paulo: Boitempo, 2018.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **O trabalho decente como um direito humano**. São Paulo: LTr, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdade: limites da democracia no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Carta das Mulheres**. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/a-Constituinte-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-Constituinte-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf). Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. **Lei complementar nº 150, de 1º de junho de 2015**. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm). Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13445.htm). Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019**. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13844.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13844.htm). Acesso em: 06 out. 2021.

41 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 06 out. 2021.

42 BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm). Acesso em: 27 abr. 2020.



BRASIL. **Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888.** Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim3353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm). Acesso em: 06 out. 2021.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente:** análise jurídica da exploração do trabalho. Trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 4. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BUREAU INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Eliminar o trabalho infantil no trabalho doméstico e proteger os jovens trabalhadores das condições de trabalho abusivas.** Programa Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil (IPEC) – Genebra: OIT, 2013. Disponível em: [https://www.ilo.org/ipec/Informationresources/WCMS\\_221734/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/ipec/Informationresources/WCMS_221734/lang--pt/index.htm). Acesso em: 06 out. 2021.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade.** 9. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Paz & Terra, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos direitos humanos.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRANTES E DOS MEMBROS DAS SUAS FAMÍLIAS. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1990%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Protec%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20de%20Todos%20os%20Trabalhadores%20Migrantes%20e%20suas%20Fam%C3%ADlias,%20a%20resolu%C3%A7%C3%A3o%2045-158%20de%2018%20de%20dezembro%20de%201990.pdf>. Acesso em: 06 out. 2021.

DELGADO, Maurício G. **Curso de direito do trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DEMOCRACIA E MUNDO DO TRABALHO EM DEBATE. **Trabalho doméstico informal é realidade para mulheres migrantes.** 05 mar. 2018. Fonte: Carta Capital. Disponível em: <http://www.dntemdebate.com.br/trabalho-domestico-informal-e-realidade-para-mulheres-migrantes/>. Acesso em: 06 out. 2021.

FÉLIX, Ynes da Silva, FERRÃO, Andrea de Souza. Proteção jurídico-trabalhista dos trabalhadores domésticos na fronteira Brasil/Bolívia. **Revista Sociedades de Paisajes Áridos y Semiáridos**, ano 4, v. 6, p. 199-210, jun. 2012. Disponível em: <http://www2.hum.unrc.edu.ar/ojs/index.php/spas/article/view/901>. Acesso em: 06 out. 2021.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho.** 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

INSTITUTO MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS. **Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.** 14 jan. 2006. Disponível em: <https://www.migrante.org.br/migracoes/convencao-internacional-sobre-a-protecao-dos-direitos-de-todos-os-trabalhadores-migrantes-e-dos-membros-das-suas-familias/>. Acesso em: 1 maio 2020.

MEZZARROBA, Orides Monteiro. **Manual de metodologia da pesquisa no direito:** São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY, Carmen. Desemprego cai para 11,9% na média de 2019; informalidade é a maior em 4 anos. **Agência IBGE Notícia**, 31 jan. 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26741-desemprego-cai-para-11-9-na-media-de-2019-informalidade-e-a-maior-em-4-anos>. Acesso em: 06 out. 2021.

NOCCHI, Andrea Saint Pastous, VELLOSO, Gabriel Napoleão, FAVA, Marcos Neves, organizadores. **Criança, adolescente, trabalho.** São Paulo: LTr, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conheça a Agenda 2030.** Conheça o plano de ação global para mudar o mundo até 2030. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/>. Acesso em: 06 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.** Objetivo 5: igualdade de gênero. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/ods/5/>. Acesso em: 06 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.** Objetivo 8: trabalho decente e crescimento econômico. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/ods/8/>. Acesso em: 06 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, 1966. Disponível em: [https://nacoesunidas.org?post\\_type=post&s=PACTO+INTERNACIONAL+DIREITOS+ECO+NOMICOS+SOCIAIS+E+CULTURAIS](https://nacoesunidas.org?post_type=post&s=PACTO+INTERNACIONAL+DIREITOS+ECO+NOMICOS+SOCIAIS+E+CULTURAIS).

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 189:** quatro pontos para entender a importância da promoção do trabalho decente para trabalhadoras domésticas em tempos de Covid-19. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_742927/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_742927/lang--pt/index.htm). Acesso em: 06 out. 2021.

PEDUZZI, Pedro. Avanços e desafios marcam o dia da empregada doméstica. **Agência Brasil**, 27 abr. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-04/avancos-e-desafios-marcam-o-dia-da-empregada-domestica>. Acesso em: 06 out. 2021.

PINHEIRO, Luana; LIRA, Fernanda; REZENDE, Marcela; FONTOURA, Natália. TD 2528 – os desafios do passado no trabalho doméstico do século xxi: reflexões para o caso brasileiro a partir dos dados da PNAD Contínua. **IPEA**, 23 dez. 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=35231&Itemid=444.%20](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35231&Itemid=444.%20). Acesso em: 06 out. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RIBEIRO, Alcina Costa. **Autonomia da criança no tempo de criança**. Estudos em homenagem a Rui Epifânio. Coimbra: Almedina, 2009.

ROESLER, Átila Da Rold; OLIVEIRA, Gabriela Goergen de. Acesso à Justiça: o drama da classe trabalhadora não começou com a reforma trabalhista. **Democracia e Mundo do Trabalho em Debate**, 13 dez. 2017. Disponível em: <https://www.dmtmdebate.com.br/aceso-a-justica--o-drama-da-classe-trabalhadora-nao-comecou-com-a-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 06 out. 2021.

TOMÁS, Catarina. Convenção dos direitos da criança: reflexões críticas. **Infância e juventude**, n. 4, out./dez./2007.

TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO: VERGONHOSA CHAGA SOCIAL. Disponível em: <https://fnpeti.org.br/noticias/2019/04/27/trabalho-infantil-domestico-vergonhosa-chaga-social/>. Acesso em: 06 out. 2021.

UNICEF BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://unric.org/pt/a-desigualdade-de-genero-e-o-desequilibrio-de-poder/>. Acesso em: 06 out. 2021.

# CAPÍTULO 8

## MULHERES E INTERCULTURALIDADE: O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NA BUSCA POR JUSTIÇA SOCIAL

Carolina de Albuquerque

Nathalia Lima

Solange Teles da Silva

### INTRODUÇÃO

A significativa participação dos movimentos de mulheres no processo de redemocratização e na Constituinte implicaram em uma importante visibilidade das questões femininas no Brasil. A igualdade entre homem e mulher estabelecida na norma constitucional como limite para a lei e para a interpretação do Direito, constitui uma guinada de esforços para esse reconhecimento e busca de sua efetividade. Nesse sentido, observa-se que tal parâmetro normativo constitucional protetivo fixado e, pretensamente dotado de eficácia jurídica e social, tem o intuito de informar a realidade social e superar as desigualdades existentes.

Todavia, vários problemas persistem. O direito ainda comporta situações de opressão das mulheres e, na prática, a Constituição demonstra ter um papel limitado na concretização dos direitos das mulheres, ainda mais de mulheres indígenas e quilombolas, bem como ribeirinhas, extrativistas, quebradeiras de babaçu, pescadoras, marisqueiras, entre outras mulheres em comunidades tradicionais.<sup>1</sup> Nessas situações em que o debate da multiculturalidade passa a ter destaque, a complexidade e a interseccionalidade implicam em novos desafios e novas tomadas de consciência da questão feminina e feminista.

O desafio de voltar um olhar para a Constituição a partir do prisma feminino, considerando a proteção ao meio ambiente e a questão da multiculturalidade, intrínseca a este debate, não permite conclusões apressadas, mas demanda a compreensão de saberes indicativos das possibilidades de proteção dos direitos das mulheres dentro da realidade jurídica brasileira e informa, assim, o papel da Constituição na árdua tarefa de proteger e dar voz àquelas que por muito tempo ficaram emudecidas, invisibilizadas e oprimidas.

<sup>1</sup> Por vezes há superposição de categorias: mulheres quilombolas pescadoras, por exemplo.

## 1 MULHERES E CONSTITUIÇÃO: DA CRÍTICA AO DIREITO À BUSCA POR JUSTIÇA SOCIAL

Considerando-se a presença das mulheres no cenário socioeconômico e cultural brasileiro como sujeito histórico-social, que emerge do espaço doméstico para a esfera pública, velhas e novas temáticas, outrora menosprezadas, aparecem no cenário político e uma “nova” versão da mulher brasileira começa a se delinear, notadamente a partir da década de 1970, mesmo que antes desse período fosse possível identificar mulheres que conduziram esse debate do papel da mulher na sociedade<sup>2</sup> e travaram lutas pela igualdade e liberdade. Dandara, rainha do Quilombo dos Palmares, por exemplo, figura certamente como uma dessas expoentes, entretanto há falta de registros oficiais, o que demonstra o silenciamento de sua voz e “o apagamento imposto às mulheres negras no Brasil”<sup>3</sup>.

Os movimentos de mulheres evidenciaram e ainda evidenciam a hierarquia das relações sociais apesar de sua heterogeneidade e complexidade: mães, donas de casa, estudantes, executivas, líderes, políticas, trabalhadoras, camponesas, indígenas, quilombolas, extrativistas, pescadoras, marisqueiras, dentre outras, cada qual em um contexto no qual devem ser analisadas as peculiaridades, sinergias e contradições de suas lutas. Essas mulheres lutaram e lutam por seus direitos, por suas vidas e seus corpos, por voz, por espaço no ambiente acadêmico e no mercado de trabalho, incluindo melhores e equitativos salários; por creches e direito de criar seus filhos, por terras, territórios e recursos naturais, por seu empoderamento, e isso tudo em uma relação solidária e por vezes conflitiva, que implicou, nos anos 80, apesar das dificuldades, na luta: “Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher”, com importantes conquistas para os direitos das mulheres.<sup>4,5</sup>

A capacidade dos movimentos das mulheres de dar visibilidade às suas necessidades durante o processo Constituinte indica uma ampliação da capacidade de diálogo entre as pautas das mulheres e os setores políticos/jurídicos no Brasil, implicando por exemplo na possibilidade de aposentadoria das “donas-de-casa”, incluindo a atividade doméstica dentro do conceito de trabalho.<sup>6</sup> Nesse sentido, a visibilidade é uma estratégia vitoriosa que permite a consideração de novos paradigmas de análise e inscreve a questão feminina nos debates acadêmicos e nos mais variados espaços sociais.<sup>7</sup>

2 SOARES, Vera. Movimento feminista: paradigmas e desafios. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, n. esp. 2º sem. p. 11-24, 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16089/14633>. Acesso em: 10 ago. 2020.

3 SOUZA, Duda Porto de. *Extraordinárias*: mulheres que revolucionaram o Brasil. São Paulo: Seguinte, 2017. p. 16.

4 SOARES, Vera. Movimento feminista: paradigmas e desafios. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, n. esp. 2º sem. p. 11-24, 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16089/14633>. Acesso em: 10 ago. 2020.

5 CRESCÊNCIO, Cíntia Lima, OLIVEIRA, Mariana Esteves de. “Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher”: Movimento de Mulheres do IAJES, Movimento Regional de Mulheres e a luta por democracia no Brasil. *Revista do Programa de Pós-Graduação em História Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 26, p. 1-20, 2019. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/anos90/article/view/89908>. Acesso em: 06 set. 2021.

6 CRESCÊNCIO, Cíntia Lima, OLIVEIRA, Mariana Esteves de. “Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher”: Movimento de Mulheres do IAJES, Movimento Regional de Mulheres e a luta por democracia no Brasil. *Revista do Programa de Pós-Graduação em História Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 26, p. 1-20, 2019. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/anos90/article/view/89908>. Acesso em: 06 set. 2021.

7 SOARES, Vera. Movimento feminista: paradigmas e desafios. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, n. esp. 2º sem. p. 11-24, 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16089/14633>. Acesso em: 10 ago. 2020.

O feminismo nasce a partir do movimento gerado por uma diversidade de mulheres que busca evidenciar a relação de poder entre os sexos, construída socialmente. E, o direito, por fazer referência à realidade, a reproduz normativamente, mediando e contribuindo para a reprodução das normas sociais. Apesar disso, as teorias jurídicas feministas se desenvolveram em paradigmas de igualdade, ou de direitos individuais, de diferença, em situações específicas como gravidez, parto, tetos de vidro e feminização da pobreza; e de diversidade, considerando a pluralidade de identidades e contextos de cada pessoa (MACCISE, 2011).<sup>8</sup>

Assim, apesar de cada teoria feminista realizar uma crítica diferente ao direito e correntes feministas fixarem linhas interpretativas diversas, seja a liberal, a marxista, a radical, entre outras, constituindo o universo feminista uma verdadeira arena de debates, todas as teorias jurídicas feministas indicam as dificuldades da concretização da igualdade de gênero através do Direito. Há necessidade de alterar a situação jurídica das mulheres para que se possibilitem alterações de fato, ou em outras palavras, as teorias feministas indicam ser necessário respostas jurídicas diferenciadas das tradicionais soluções trazidas pelo universo das normas jurídicas (RABENHORST, 2010a).<sup>9</sup>

A presunção da existência de um direito neutro, universal, abstrato, completo, coerente e imparcial se mantém na academia, apesar de, tanto a norma, como sua interpretação e aplicação, serem no mínimo inconsistentes quanto a incorporarem a lente da categoria social gênero. O Direito, apesar de expressar explicita e formalmente a igualdade na sua norma fundamental, permite que normas jurídicas, decisões judiciais e a própria doutrina reproduzam estereótipos de gênero, o que conduz a identificação de três questões: o direito é sexista, o direito é masculino e o direito tem gênero (SMART, 1994).

O direito é sexista porque colocou a mulher em desvantagem na criação da norma jurídica, como as de casamento, divórcio, prostituição e assédio, desconsiderando o paradigma feminino como lastro para a legislação.

O direito é masculino porque a maioria dos legisladores e advogados são homens, vinculando as suas características de neutralidade e objetividade ao paradigma masculino universalizado. Assim, a mesma lei, em sua interpretação e aplicação, se afasta da igualdade, pois considera critérios e valores masculinos, como a igualdade no ambiente de trabalho e o teto de vidro.

O direito tem gênero pois uma mesma prática pode ter significados diferentes quando aplicados a homens e a mulheres, fixando um protótipo de homem e mulher ideais, que se afastam da realidade, como por exemplo a mulher honesta, que com o neoliberalismo se transforma na mulher que deve se prevenir, evitando o risco e é prudente.

Considerando essas críticas ao direito, quais reflexões são possíveis para conduzir uma alteração desse *status quo* e qual o papel da Constituição nessa seara? Para responder a essa indagação devemos compreender

8 MACCISE, Regina Larrea. Feminismo(S), Perspectiva de Género y Teorías Jurídicas Feministas. *Revista Derecho en Libertad*, Facultad Libre de Derecho, Monterrey, p. 132-157, 2011.

9 MACCISE, Regina Larrea. Feminismo(S), Perspectiva de Género y Teorías Jurídicas Feministas. *Revista Derecho en Libertad*, Facultad Libre de Derecho, Monterrey, p. 132-157, 2011.

o fenômeno jurídico e considerá-lo como um espaço de luta para as alterações e adequações necessárias das normas jurídicas para a determinação do sentido de gênero, enquanto questão de ética e de justiça social.<sup>10</sup>

Nesse sentido, a busca é por um “projeto concreto de transformação do direito” através da participação, ou seja, da criação de espaços de fala para os excluídos do espaço público (RABENHORST, 2010a; RABENHORST, 2010b), construindo democraticamente novos direitos, considerando o paradigma feminino brasileiro, a realidade de nosso país e a diversidade dos sujeitos.<sup>11</sup> Não se trata apenas de uma transformação tipo “maquiagem”, mas da edificação de um verdadeiro projeto estruturante.

E, para tanto a Constituição é uma peça fundamental desse projeto de transformação do direito, uma vez que consiste no elo estruturante de um projeto político de um país, da fonte de interpretação para todo o sistema jurídico dos conceitos de homens e mulheres iguais em direitos e obrigações, proteção do mercado de trabalho da mulher, aposentadoria da mulher considerando a dupla, às vezes tripla jornada de trabalho, que inclui a carga de trabalho doméstico, o igual exercício de direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal entre outros aspectos, a consideração das especificidades das mulheres em comunidades tradicionais.

Assim, para além da nomenclatura feminista, necessário identificar os meios para a organização e implementação de projetos igualitários e para a construção de novas relações de colaboração e cooperação entre as pessoas, incluindo “mulheres pobres, as trabalhadoras do campo, as trabalhadoras das cidades, mulheres profissionais, donas-de-casa, mulheres negras, mulheres indígenas, mulheres do primeiro mundo, latino-americanas, meninas, adultas, idosas”, “as mulheres inscritas nos projetos políticos, as mulheres ligadas aos projetos religiosos” em um projeto comum democrático, refletindo-se sobre o sentido de democracia para as mulheres no Brasil.<sup>12</sup> Necessário identificar igualmente os meios para uma transformação das bases do sistema jurídico.

O processo de *feminização* da democracia passa essencialmente pela questão de parâmetros para delimitar os campos do direito e da política, fixando o papel do Direito e da Constituição na promoção da efetividade de direitos, dotando-os de força normativa e considerando a reflexão sobre a Justiça social na globalização. E, os problemas que ameaçam a Justiça social na globalização, são, conforme relata Fraser<sup>13</sup>: a reificação das identidades coletivas, a substituição da redistribuição pelo reconhecimento e o enquadramento das lutas em contextos globais, nacionais e locais. A Constituição, assim como os Estados Nacionais, depende de um efetivo entendimento de suas possibilidades e limitações para a resolução de questões de proteção às mulheres e ao meio ambiente.

10 SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In: LAR-RAURI, Elena (comp.). *Mujeres, derecho penal y criminología*. Madri, Siglo Veintiuno, 1994. p. 167-189.

11 SOARES, Vera. Movimento feminista: paradigmas e desafios. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, n. esp. 2º sem. p. 11-24, 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16089/14633>. Acesso em: 10 ago. 2020.

12 SOARES, Vera. Movimento feminista: paradigmas e desafios. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, n. esp. 2º sem. p. 11-24, 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16089/14633>. Acesso em: 10 ago. 2020.

13 FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 63, p. 7-20, out. 2002. DOI: <https://doi.org/10.4000/rccs.1250>. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/1250>. Acesso em: 06 out. 2021.

O primeiro ponto talvez seja abraçar uma concepção bidimensional de justiça social. Isso porque as lutas por reconhecimento, como o direito das mulheres como um todo, passam para a centralidade do debate e das lutas por justiça, em um momento em que as desigualdades econômicas são exacerbadas. O risco é a substituição de um problema pelo outro, truncando o significado de justiça, que deve ser considerada de forma bidimensional, abarcando tanto preocupações tradicionais de distribuição – em razão da pobreza, exploração e desigualdade – como as de reconhecimento recíproco, valorizando a diversidade.<sup>14</sup>

O princípio norteador, capaz de acoplar distribuição e reconhecimento, seria o da paridade de participação, que prescinde de duas condições: distribuição que garanta participação e voz para todos e padrões institucionalizados de valor cultural que impliquem em igualdade de respeito aos participantes.<sup>15</sup>

A questão posta, portanto, é que para além da necessária tomada de consciência para os direitos da mulher<sup>16</sup> e do meio ambiente, e das alterações jurídicas, políticas e culturais, para a superação da subordinação da mulher e da mercantilização do ambiente, são necessários instrumentos distributivos que deem conta da feminização da pobreza e da criminalização das populações tradicionais no acesso e uso da terra e da irresponsabilidade de grupos privilegiados no acesso a bens ambientais.

O segundo ponto que merece uma reflexão diz respeito a contrariar a reificação, ou a coisificação dos grupos que lutam pelo reconhecimento, contestando imagens pejorativas de grupos minoritários fixadas pela cultura dominante, de forma a dar lugar a autorrepresentações construídas propriamente, remodelando identidade e implicando em respeito, com abertura para a diversidade e para a clarificação das interseccionalidades e de suas correlações com questões de distribuição (FRASER, 2002).<sup>17</sup>

A luta aqui é pela superação da genderificação<sup>18</sup> do direito e da mercantilização do ambiente, que devem ser tomados e interpretados, desde e a partir da Constituição, passando por toda a estrutura de regulamentação infraconstitucional, tais como a legislação federal, estadual e municipal, decretos, instruções normativas, portarias e demais atos administrativos, de forma a reconhecer a diversidade das pessoas e a complexidade do ambiente.

O terceiro ponto a ser considerado refere-se a contrariar o enquadramento “desajustado”, no sentido de descentralizar a justiça social, afastando o entendimento de o Estado não ser seu único regulador, sendo ne-

14 FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 63, p. 7-20, out. 2002. DOI: <https://doi.org/10.4000/rccs.1250>. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/1250>. Acesso em: 06 out. 2021.

15 FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 63, p. 7-20, out. 2002. DOI: <https://doi.org/10.4000/rccs.1250>. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/1250>. Acesso em: 06 out. 2021.

16 SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In: LAR-RAURI, Elena (comp.). *Mujeres, derecho penal y criminología*. Madri, Siglo Veintiuno, 1994.

17 FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 63, p. 7-20, out. 2002. DOI: <https://doi.org/10.4000/rccs.1250>. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/1250>. Acesso em: 06 out. 2021.

18 Entende-se por genderificação o processo de acordo com o qual há uma construção binária de identidade sexual, que ocorre a partir do masculino e feminino, considerando-se que gênero corresponde a expressão social da diferenciação sexual (MONICA, SGANZERLA, 2016)

cessária uma multiplicidade de espaços capazes de acomodar as demandas dos processos sociais, dentro da ideia de paridade participativa, em processos transnacionais e subnacionais.<sup>19</sup>

Assim, podemos partir de uma tomada de consciência na interpretação constitucional com o intuito de realizar a inclusão de direitos dos subincluídos e tornar os sobreincluídos responsáveis<sup>20</sup> (NEVES, 1994), mas para além disso, necessário alocar as vozes feministas e de defensoras da natureza nos vários espaços participativos, disponibilizados pela estrutura democrática nacional, desde o Congresso Nacional até os conselhos gestores e demais espaços de participação e controle social. Essa luta pela (re)conquista, manutenção e ampliação de espaços democráticos diz respeito igualmente a um processo em prol do não retrocesso social e ambiental, uma vez que observa-se uma tendência à redução desses espaços.<sup>21</sup>

Diante desse cenário, talvez, a tomada de consciência feminista (SMART, 1994) possibilitasse a criação de um “metamétodo” para a criação coletiva de conhecimento a partir do compartilhamento das experiências de vida das mulheres, mobilizadas para a concretização de direitos, de cidadania e de empoderamento (JARAMILLO, 2000), na busca pela sustentabilidade social ampla, pela participação, com consideração de saberes tradicionais, em diálogo com o conhecimento científico e a tecnologia, considerando as diversidades das populações (SANDRONI, CARNEIRO, 2017).

## 2 DO PÚBLICO AO PRIVADO: O RECONHECIMENTO DA DIVERSIDADE E A IGUALDADE

A distribuição desigual dos trabalhos dentro de uma sociedade não se deve, exclusivamente, às diferenças biológicas, mas sim aos significados sociais atribuídos a elas, repercutindo a divisão de trabalho no âmbito doméstico/familiar e demonstrando a amplitude da construção social do gênero e sua relação com os conceitos de público e privado. Assim, os papéis atribuídos dentro da família podem funcionar como um espelho daquilo que a teoria política entende por público e privado e vice-versa, extraíndo-se o caráter patriarcal dessa divisão, que acaba por ser um mecanismo de perpetuação da desigualdade de gênero (OKIN, 2008), pois “o grau de sujeição das mulheres à autoridade (poder legitimado culturalmente) dos homens, em uma dada sociedade, é correlato ao grau em que a dicotomia público/doméstico é destacada.”<sup>22</sup>

No que se refere ao movimento das mulheres indígenas e quilombolas, importante discutir em que medida a dicotomia público/privado repercute nas diferentes culturas, vez que as respostas liberais de não intervenção do Estado no espaço doméstico reforça as desigualdades existentes nesse âmbito e que a natureza do

19 FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 63, p. 7-20, out. 2002. DOI: <https://doi.org/10.4000/rccs.1250>. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/1250>. Acesso em: 06 out. 2021.

20 NEVES, M. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 37, p. 253-276, 1994.

21 A título ilustrativo pode-se citar a nova composição do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA. Cf. Decreto n. 9806, de 28 de maio de 2019 e ADPF 623.

22 OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. *Rev. Est. Fem.*, Florianópolis, ano 16, n. 2, p. 305-332, maio/ago. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2008000200002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/4MBhqfxYMpPPkqQN9jd5hB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 06 out. 2021. p. 318.



direito à privacidade na esfera doméstica tem sido fortemente influenciada pela natureza patriarcal do liberalismo<sup>23</sup>, que apela para a lógica dos “negócios privados domésticos” que não deveriam sofrer interferência estatal, como o caso da decisão de um pai sobre o casamento da filha. “Que a filha possa, ela mesma, ter um interesse nessa escolha, e possa, assim, ter um direito à privacidade para escolher seu próprio marido, não parece ter passado pela sua cabeça”.<sup>24</sup>

As palavras público/privado têm sido utilizadas ambigualmente, tanto para referir-se à distinção entre Estado (público) e sociedade (privado), quanto para se referir à distinção entre vida não doméstica e vida doméstica. A implicação é que sendo concebidas como categorias distintas e independentes seria possível analisá-las separadamente. Em um recorte de gênero, especialmente considerando a petrificação dos papéis atribuídos a homens e mulheres, percebe-se que, nem o domínio doméstico nem o público podem ser discutidos sem uma referência constante ao outro. A partir desta afirmação, reconhece-se que as desigualdades entre homens e mulheres no mundo do trabalho e da política estão diretamente relacionadas com as desigualdades no interior da família, estando tais desigualdades interligadas e afetando objetivamente uma a outra.<sup>25</sup>

Essa discussão abriu espaço para a compreensão de que o “pessoal é político”, uma vez que as relações entre os sexos são socialmente construídas e impactadas diretamente pela dinâmica do poder. Assim, “a noção de que o Estado pode escolher entre intervir ou não na vida familiar não faz qualquer sentido; a única questão compreensível é como o Estado ao mesmo tempo define e influencia a vida familiar”.<sup>26</sup>

Uma vez compreendida como a construção social dos significados das diferenças biológicas impacta na divisão sexual do trabalho e contribui para a manutenção de uma estrutura social herdada do patriarcado, resta entender como essa mesma questão aparece em grupos minoritários, como as populações indígenas, e de que forma tornar o “pessoal político” pode favorecer a diminuição da desigualdade de gênero nessas comunidades tradicionais.

Okin<sup>27</sup> acredita que a interferência dos estados liberais no sentido de atribuir direitos ou privilégios aos grupos minoritários não poderia ser feita sem impactar de forma negativa na desigualdade de gênero; discorda dos defensores dos grupos minoritários que não reconhecem a necessidade de intervenção na esfera privada de tais culturas, para a mitigação da discriminação entre os gêneros; e defende a necessidade de reconhecimento das desigualdades vivenciadas no interior desses grupos e, não somente, os fatores que os tornam diferentes dos demais grupos.

23 OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. *Rev. Est. Fem.*, Florianópolis, ano 16, n. 2, p. 305-332, maio/ago. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2008000200002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/4MBhqfXYMppPkqQN9jd5hB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 06 out. 2021.

24 OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. *Rev. Est. Fem.*, Florianópolis, ano 16, n. 2, p. 305-332, maio/ago. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2008000200002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/4MBhqfXYMppPkqQN9jd5hB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 06 out. 2021. p. 321.

25 OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. *Rev. Est. Fem.*, Florianópolis, ano 16, n. 2, p. 305-332, maio/ago. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2008000200002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/4MBhqfXYMppPkqQN9jd5hB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 06 out. 2021. p. 314.

26 OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. *Rev. Est. Fem.*, Florianópolis, ano 16, n. 2, p. 305-332, maio/ago. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2008000200002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/4MBhqfXYMppPkqQN9jd5hB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 06 out. 2021. p. 314.

27 OKIN, Susan Moller. O multiculturalismo é ruim para as mulheres? *In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. Teoria política feminista: textos centrais*. Vinhedo, SP: Editora Horizonte, 2013. p. 361.

Assim, a proteção cultural não seria suficiente para que os indivíduos tivessem capacidade de questionar seu papel social, bem como de os dotar de liberdade para se autodeterminar. A concessão de privilégios e direitos especiais aos grupos minoritários, sem considerar o aspecto do gênero, pode ser prejudicial às mulheres, pois a esfera da vida pessoal, sexual e reprodutiva funciona como um foco central em muitas culturas, como tema dominante nas práticas e normas culturais. Portanto, a defesa irrefletida de “práticas culturais” pode ter um impacto muito maior sobre as vidas das mulheres do que sobre as dos homens.<sup>28</sup>

Diante dessas premissas, Okin<sup>29</sup> propõe que as mulheres participem das negociações sobre os direitos que serão concedidos aos grupos, para que seus interesses possam ser promovidos e seus direitos não sejam prejudicados pela concessão de tais privilégios.

O lar é, afinal de contas, o locus onde grande parte da cultura é praticada, preservada e transmitida aos jovens. Por outro lado, a distribuição de responsabilidades e poder no lar tem um impacto significativo sobre quem pode participar e influenciar nas partes mais públicas da vida cultural, nas quais se fazem as normas e regulações tanto da vida pública como da vida privada.<sup>30</sup>

O respeito à diversidade cultural não significa necessariamente renunciar à igualdade, mas há a necessidade de que as conquistas sociais se deem nesses dois campos, de forma harmônica, sendo necessário considerar a perspectiva de gênero no momento de sopesar quais direitos e privilégios serão concedidos aos grupos minoritários, bem como capacitar os indivíduos para se autodeterminarem dentro de suas culturas, como é o caso das mulheres indígenas. E, isso significa trazer para esfera pública diversos problemas de gênero considerados dentro do âmbito privado, pois “[...] em uma realidade socialmente solidária, todos os gêneros podem falar por si, encontrar formas de desestabilizar a normalidade compulsória e trabalhar em uma dinâmica mais equilibrada, afastada da metáfora da guerra de sexos.”<sup>31</sup>

É certo que com o advento da **Constituição de 1988**, foram consagrados direitos socioambientais tais como direitos dos povos indígenas (artigo 231), o direito às terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos (ADCT, artigo 68), além de direitos ambientais (artigo 225) e os direitos culturais (artigos 215 e 216), entre outros. Se, por um lado esse texto constitucional traz a consciência de que não é suficiente proteger a biodiversidade – a diversidade de espécies, genética e de ecossistemas – sem assegurar a diversidade cultural, que está intimamente relacionada a ela. Por outro lado, para além do reconhecimento da diversidade, fundamental à perspectiva da igualdade de gênero no seio desses grupos étnicos bem como no caso das demais comunidades tradicionais e de toda a sociedade brasileira.

28 OKIN, Susan Moller. O multiculturalismo é ruim para as mulheres? In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Teoria política feminista: textos centrais**. Vinhedo, SP: Editora Horizonte, 2013. p. 363.

29 OKIN, Susan Moller. O multiculturalismo é ruim para as mulheres? In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Teoria política feminista: textos centrais**. Vinhedo, SP: Editora Horizonte, 2013. p. 375.

30 OKIN, Susan Moller. O multiculturalismo é ruim para as mulheres? In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Teoria política feminista: textos centrais**. Vinhedo, SP: Editora Horizonte, 2013. p. 363.

31 THÜRLER, Djalma; ARAGÃO, Rafael. Representação feminina, identidade masculina. **Revista Interfaces Científicas – Humanas e Sociais**, Aracaju, v. 1, n. 1, p. 9-15, out. 2012. DOI: <https://doi.org/10.17564/2316-3801.2012v1n1p09-15>. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/humanas/article/view/150>. Acesso em: 23 out. 2021. p. 13.

### 3 FEMINISMO E MULTICULTURALISMO EM GRUPOS ÉTNICOS

Nesse contexto, uma ação feminista, focada na promoção da igualdade de direitos e oportunidades entre homens e mulheres em comunidades tradicionais indígenas ou não, como as quilombolas e ribeirinhas, seria incompatível com as premissas fundamentais do multiculturalismo, como respeito aos costumes e tradições e prioridade da identidade do grupo? Necessário refletir sobre isso, pois:

[...] devido não possuímos ideais politicamente progressistas, fomos demasiado apressados em assumir que feminismo e multiculturalismo são ambas coisas boas e facilmente harmonizáveis. Na verdade, há uma considerável possibilidade de tensão entre eles. Pois, o que nos resta fazer quando as exigências dessas culturas se chocam com a norma da igualdade de gênero que, pelo menos formalmente, é endossada pelos Estados liberais?<sup>32</sup>

O Brasil possui uma sociedade múltipla e diversa, com uma complexidade de etnias e diferentes modos de ser e viver. São indígenas, quilombolas, faxinalenses, caiçaras e ribeirinhos e ribeirinhas entre outras; todas denominadas de “minorias étnicas”, não apenas por possuírem um conjunto populacional numericamente menor, mas também por representarem, frente ao modelo de Estado-Nação liberal, sociedades com crenças, valores e práticas distintas, que não se adequam ao sistema monístico vigente pautado em uma lógica capitalista de apropriação dos recursos naturais e espaços.

A jurisdição consuetudinária de cada grupo étnico está indissolúvelmente ligada às suas práticas culturais, pois são o resultado de um conhecimento aceito e professado por todos os seus integrantes. Diferentemente, a jurisdição ordinária do mundo ocidental liberal é baseada em um Direito estatal, uniformizador e eurocêntrico, fruto de uma sociedade profundamente dividida, onde o individualismo é um traço marcante.<sup>33</sup>

Entretanto, não há como negar que a maioria destes grupos étnicos estão repletos de práticas culturais aceitáveis entre seus membros que reforçam o que se denomina de discriminação em razão do gênero nas sociedades contemporâneas. Especificamente, no caso das etnias indígenas brasileiras, há determinadas comunidades nas quais as mulheres indígenas são vistas como um objeto pertencente ao grupo, e quando estas praticam, por exemplo, o adultério são submetidas a um conselho dos líderes de sua comunidade que definem o seu destino. Outra situação ocorre quando as mulheres indígenas podem realizar apenas tarefas relacionadas ao lar, como a criação dos filhos, o preparo de comida e a limpeza da casa. Nesses casos, há uma disparidade visível de poder entre os sexos, de tal modo que os membros mais poderosos, os masculinos, estejam em posição de determinar e articular os interesses do grupo, podendo ocupar cargos importantes dentro de sua comunidade, como o de *Tuxáua*, que é visto como um representante entre a sociedade indígena e não indígena.

32 OKIN, Susan Moller. O multiculturalismo é ruim para as mulheres? In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Teoria política feminista: textos centrais**. Vinhedo, SP: Editora Horizonte, 2013. p. 357.

33 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

Sob tais condições, os direitos de grupo são potencialmente, em muitos casos, antifeministas. Em virtude disso, Okin tenta separar as ideias de feminismo e multiculturalismo, para salvaguardar a ideia de que não existe a possibilidade de ambas ideologias conviverem em harmonia:

[...] feminismo é a convicção de que as mulheres não devem ficar em desvantagem em virtude de seu sexo, devem ter sua dignidade humana reconhecida como equivalente à dos homens, e devem ter a oportunidade de poder viver suas vidas tão plena e livremente, segundo suas escolhas, como ocorre com os homens. Já o multiculturalismo, no contexto de democracias basicamente liberais, defende a ideia de que os grupos minoritários não são suficientemente protegidos e que estes deveriam gozar de privilégios especiais de grupo.<sup>34</sup>

Okin<sup>35</sup> acredita que defensores dos direitos de grupo para minorias, nos Estados liberais, não tratam adequadamente dos direitos das mulheres, pois há uma tendência de considerar os grupos culturais como monolíticos, com foco nas diferenças entre grupos, não se reconhecendo que grupos culturais minoritários podem ter costumes que albergam substanciais diferenças de poder, conferindo uma condição desfavorável às mulheres. Ou seja, os multiculturalistas dedicam pouca ou nenhuma atenção à esfera privada destes grupos, onde se ocultam práticas opressivas às mulheres culturalmente aceitas, havendo intervenção estatal apenas em circunstâncias extraordinárias de publicidade.

A hipótese de Okin<sup>36</sup> é que mulheres oprimidas dentro de tais grupos poderiam estar em uma situação melhor se os seus membros se integrassem a uma cultura envolvente menos sexista ou, preferencialmente, se a igualdade das mulheres fosse reforçada em conformidade com a cultura majoritária. Isso porque a ideia multicultural de essencialidade do pertencimento a uma “estrutura cultural rica e segura”<sup>37</sup> não é aplicável a todos os casos. Multiculturalistas afirmam que minorias culturais necessitam de direitos especiais para alcançar uma posição igualitária em relação à maioria e pelo risco de extinção cultural, que provavelmente abalaria o autorrespeito e a liberdade dos membros destes grupos étnicos,<sup>38</sup> todavia, necessária a discussão sobre a discriminação interna vivenciada por grupos minoritários:

Os que defendem direitos de grupo, a partir de fundamentos liberais, precisam tratar dessas espécies de discriminação genuinamente privadas e culturalmente reforçadas. Pois, o autorrespeito e a autoestima requerem certamente mais do que o simples pertencimento a uma cultura viável. Seguramente, o fato de a cultura de alguém ser protegida não é suficiente para que esse alguém tenha capacidade de “questionar seu papel social herdado” e possa fazer escolhas sobre a vida que pretende ter. Pelo menos tão importante para o desenvolvimento do autorrespeito e da autoestima é o nosso lugar dentro de nossa cultura. E é pelo

34 OKIN, Susan Moller. O multiculturalismo é ruim para as mulheres? In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Teoria política feminista: textos centrais**. Vinhedo, SP: Editora Horizonte, 2013. p. 360-361.

35 OKIN, Susan Moller. O multiculturalismo é ruim para as mulheres? In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Teoria política feminista: textos centrais**. Vinhedo, SP: Editora Horizonte, 2013.

36 OKIN, Susan Moller. O multiculturalismo é ruim para as mulheres? In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Teoria política feminista: textos centrais**. Vinhedo, SP: Editora Horizonte, 2013.

37 KYMLICKA, Will. **Liberalism, community, and culture**. Oxford: Clarendon Press, 1989. p. 165.

38 KYMLICKA, Will. **Liberalism, community, and culture**. Oxford: Clarendon Press, 1989.

menos tão pertinente para nossa capacidade de questionar nossos papéis sociais o fato de nossa cultura instilar-nos e impor-nos papéis sociais específicos.<sup>39</sup>

Necessário, portanto, inserir no bojo das discussões enfrentadas pelo multiculturalismo as discriminações internas que impedem a construção de uma identidade individual e de autonomia, simultaneamente à defesa da identidade dos grupos e comunidades tradicionais.

A coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes num mesmo espaço social sob o princípio do respeito à diferença é importante, mas insuficiente para a garantia dos direitos de um indivíduo, pertencente a um determinado grupo étnico. A alternativa proposta é o conceito de interculturalidade<sup>40</sup>, que pressupõe como inevitável a interação entre culturas e propõe um projeto político capaz de estabelecer um diálogo entre elas, como forma de garantir uma real convivência pacífica, estando o Estado obrigado a criar e fortalecer mecanismos de resgate e respeito da identidade cultural dos diferentes grupos que o compõem e adotar sistemática e gradualmente espaços e processos de interação positiva entre as diferentes culturas, com a finalidade de abrir e gerar relações de confiança, de reconhecimento mútuo, cooperação e convivência.

#### 4 ENFIM, O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO

Dentro dessas premissas, amplia-se a complexidade da reflexão sobre o papel da Constituição ao considerar a interseccionalidade de mulheres em grupos étnicos, para a efetivação de justiça social. Isso porque essa resposta deve considerar direito de igualdade, de diferença, de existência, de preservação cultural e de proteção ambiental, vez que reconhecer a diversidade não deve significar abrir mão da igualdade.

Outro problema é a marginalização de grupos discriminados, principalmente quando não há consciência da discriminação e da própria existência de direitos que estão sendo violados, o que demanda a tomada de consciência para a “reivindicação de direitos adormecidos”<sup>41</sup>.

A Constituição, apesar de instituir um Estado Democrático de Direito, assecuratório de direitos individuais e sociais em uma sociedade justa, fraterna, pluralista e livre de preconceitos, não declarou-se expressamente como multiétnica e pluricultural, como fazem as Constituições da Colômbia, do Equador e do Paraguai, sendo necessária uma interpretação sistêmica dos seus artigos para determinar tal proteção e uma clarificação de como essa proteção deve se efetivar nos casos em que essas tradições violem os direitos da pessoa humana em parâmetros ocidentais.<sup>42</sup>

39 OKIN, Susan Moller. O multiculturalismo é ruim para as mulheres? In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Teoria política feminista: textos centrais**. Vinhedo, SP: Editora Horizonte, 2013. p. 373.

40 ALVARADO, Virgilio. Políticas públicas e interculturalidad. In: FULLER, Norma. **Red para el desarrollo de las ciencias sociales en el Perú**. Lima: Interculturalidad y política, 2003.

41 SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; COLAÇO, Thaís Luzia. O direito das minorias na constituição brasileira: o papel das mulheres indígenas na preservação ambiental e sustentável de suas comunidades. **Anais... XV Congresso Nacional CONPEDI – Manaus**. p. 718-732, 2006.

42 SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; COLAÇO, Thaís Luzia. O direito das minorias na constituição brasileira: o papel das mulheres indígenas na preservação ambiental e sustentável de suas comunidades. **Anais... XV Congresso Nacional CONPEDI – Manaus**. p. 718-732, 2006.

É necessário enfatizar o papel da mulher indígena que ressurgiu, uma vez que, massacradas e caladas ao longo dos séculos, que junto com suas famílias foram violentadas pelo racismo e brutalidade das pequenas e grandes cidades brasileiras. Esse povo sobreviveu ao peso da colonização, do racismo, da intolerância civil e religiosa [...]. A sociedade nacional e internacional deve se comprometer a assegurar e valorizar os povos indígenas, em especial as mulheres, dando oportunidades para todos e acesso a oportunidades de trabalho, reconhecimento a sua identidade, bem como a divulgação de quão importante é a efetivação e aplicação prática de seus direitos como mulher e como integrante das comunidades indígenas. Nesse sentido, enxergá-las e reconhecê-las, bem como as suas comunidades e sua história, constitui o desafio do Estado na contemporaneidade, como forma de consolidação de justiça social, uma vez que essas sociedades indígenas diferenciam-se substancialmente do padrão moderno de Estado, de desenvolvimento e de direito.<sup>43</sup>

Embora as normas jurídicas, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais, sejam incapazes de alterar, como em um passe de mágica, o atual cenário de discriminação, elas figuram como o fundamento para a edificação de estratégias políticas de enfrentamento e superação das desigualdades de gênero e proteção da interculturalidade, concretizando direitos. Isso ocorre dentro das possibilidades e limites do direito.

Assim, se tanto o direito material à igualdade de gênero como a autoafirmação multiétnica e pluricultural estão presentes na Constituição, há a possibilidade de fixar diretrizes de enfrentamento desta problemática. E isso considerando-se que a Justiça Social, como ressaltamos nesse ensaio, depende de uma concepção bi-dimensional de justiça social, o enfrentamento da reificação e o correto enquadramento das demandas, dentro do princípio norteador de paridade de participação.

Portanto, interpretações constitucionais compartimentadas, que neguem a complexidade da discriminação e as armadilhas da interseccionalidade devem ser afastadas. Nesse sentido, a proteção dos direitos decorrentes das lutas por reconhecimento das comunidades tradicionais deve considerar os problemas de pobreza, exploração e desigualdade, no sentido principal de garantia de acesso a terras e recursos naturais, permitindo, através de reconhecimento recíproco, a valorização da diversidade, considerando as necessidades materiais específicas dos grupos específicos.<sup>44</sup>

Enfrentar a reificação, ou a coisificação dos grupos que lutam pelo reconhecimento, implica não apenas no afastamento de sua percepção pejorativa como grupo. Necessários espaços para a construção de uma autorrepresentação construída do grupo, a ser fortalecida e compartilhada socialmente, e também o reconhecimento dos componentes específicos e diferenciados que vivem dentro do grupo, considerando suas peculiaridades, deixando claras as interseccionalidades que precisam de respostas específicas, a diversidade das pessoas e a complexidade do ambiente.

43 SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; COLAÇO, Thaís Luzia. O direito das minorias na constituição brasileira: o papel das mulheres indígenas na preservação ambiental e sustentável de suas comunidades. *Anais... XV Congresso Nacional CONPEDI – Manaus*. p. 718-732, 2006. p. 729.

44 FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 63, p. 7-20, out. 2002. DOI: <https://doi.org/10.4000/rccs.1250>. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/1250>. Acesso em: 06 out. 2021.

Contrariar o enquadramento desajustado implica em entender que a Constituição, apesar de base jurídica possível para um entendimento bidimensional de justiça e de afastamento da reificação, por estar vinculada ao Estado nação acaba por determinar a atuação deste ente regulador, devendo ser reconhecidos processos transnacionais e subnacionais que precisam ser considerados para o acesso à Justiça Social.

Para além do espaço nacional, transnacionalmente, os princípios constitucionais devem nortear a atuação internacional do Estado, e assim determinar parâmetros para a ratificação das normas internacionais aplicáveis nacionalmente, evidenciando o comprometimento dos Estado com a Jurisdição Internacional no cumprimento de suas regras e decisões. Subnacionalmente, os princípios constitucionais são limite para a construção dos espaços de debate e decisão e das regras que regulam tais processos. Aqui, espaços de interrelação entre Estado e grupos minoritários devem considerar a paridade de participação, garantindo participação e voz para todos, dando visibilidade para as necessidades e direitos dos sujeitos intragrupos. Coloca-se, assim, a necessidade, para além do alcance da regulação jurídica, da tomada de consciência para a concretização dos direitos da mulher e da proteção do meio ambiente.

Em todos esses espaços de aplicação da Constituição, os parâmetros que determinam a interpretação jurídica partem da norma, mas tem um traço de subjetividade, assim, necessários instrumentos específicos que permitam a construção de respostas, dando voz às mulheres, aos grupos étnicos e igualmente às mulheres dentro dos grupos étnicos, realizando a inclusão de direitos dos subincluídos e a responsabilização dos sobreincluídos, dentro das mais variadas possibilidades de relações sociais.

Os níveis de enquadramento partem do transnacional, influenciado localmente pelos limites constitucionais, e chegam ao local, dentro dos espaços participativos estaduais e municipais, e devem se utilizar da tomada de consciência feminista como “metamétodo” para a criação coletiva de conhecimento e concretização de direitos e da sustentabilidade social ampla, sendo que violações dos direitos das mulheres, dos indígenas e das mulheres indígenas e quilombolas e de outras mulheres em comunidades tradicionais sejam reconhecidas como clara violação de direitos fundamentais inscritos em normas constitucionais.

Tarefas árduas não são necessariamente impossíveis, assim, imprescindível a compatibilidade entre igualdade e diversidade, de autodeterminação e proteção das mulheres, de reconhecimento do grupo e dos indivíduos dentro dos grupos étnicos. Enfim, ... o papel da [Constituição!](#)

## REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ALVARADO, Virgilio. Políticas públicas e interculturalidad. *In*: FULLER, Norma. **Red para el desarrollo de las ciencias sociales en el Perú**. Lima: Interculturalidad y política, 2003.

BARBERA, Maria Caterina La. Una reflexión crítica a través del pensamiento de Susan Okin sobre género y justicia. **Anais...** XX Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, Santa Fe, 2006.

CRESCÊNCIO, Cíntia Lima, OLIVEIRA, Mariana Esteves de. “Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher”: Movimento de Mulheres do IAJES, Movimento Regional de Mulheres e a luta por democracia no Brasil. **Revista do Programa de Pós-Graduação em História Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 26, p. 1-20, 2019. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/anos90/article/view/89908>. Acesso em: 06 set. 2021.

FIGUEROA, Robert; MILLS, Claudia. Justiça ambiental. In: JAMIESON. **Manual de filosofia do ambiente**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 63, p. 7-20, out. 2002. DOI: <https://doi.org/10.4000/rccs.1250>. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/1250>. Acesso em: 06 out. 2021.

JARAMILLO, Isabel Cristina. La crítica feminista al derecho. In: WEST, Robin. **Género y teoría del derecho**. Bogotá: Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 2000. p. 103-133.

KYMLICKA, Will. **Liberalism, community, and culture**. Oxford: Clarendon Press, 1989.

LAGOS, Marcia Beraldo; LAGOS, Frank Silvano; MELLO, Nilvânia Aparecida; CORONA, Hieda *Maria Pagliosa*. A perspectiva de gênero na construção da sustentabilidade. **Cadernos de Gênero e Tecnologia**, v. 8, n. 31/32, 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.3895/cgt.v8n31/32.6114>. Disponível em <https://periodicos.utfpr.edu.br/cgt/article/view/6114>. Acesso em: 23 out. 2021.

MACCISE, Regina Larrea. Feminismo(S), Perspectiva de Género y Teorías Jurídicas Feministas. **Revista Derecho en Libertad**, Facultad Libre de Derecho, Monterrey, p. 132-157, 2011.

MONICA, Eder; SGANZERLA, Rogério. Transexualidade e autonomia: a noção de sujeito e a possibilidade de autodeterminação de si na jurisprudência do STJ e STF. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SGANZERLA, Rogerio Barros (coord.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 118-141.

NEVES, M. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 37, p. 253-276, 1994.

OKIN, Susan Moller. O multiculturalismo é ruim para as mulheres? In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Teoria política feminista: textos centrais**. Vinhedo, SP: Editora Horizonte, 2013.

OKIN, Susan Moller. **Gênero, o público e o privado**. Rev. **Est. Fem.**, Florianópolis, ano 16, n. 2, p. 305-332, maio/ago. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2008000200002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/4MBhxfxYMpPPPkqQN9jd5hB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 06 out. 2021.

RABENRORST, Eduardo Ramalho. Encontrando a teoria feminista do direito. **Prima Facie**, João Pessoa, v. 9, n. 17, p. 7-24, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/9871>. Acesso em: 23 out. 2021.

RABENRORST, Eduardo Ramalho. Feminismo e Direito. **Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gênero**, João Pessoa, v. 1, n. 1, p. 113-131, jan./jun. 2010.

SACCHI, Ângela. Mulheres indígenas e participação política: a discussão de gênero nas organizações de mulheres indígenas. **Revista Antropológicas**, Ano 7, v. 14, n. 1-2, p. 95-110, 2003. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaantropologicas/article/view/23601>. Acesso em: 23 out. 2021.

SANDRONI, Laila; CARNEIRO, Maria José. Conservação da biodiversidade em pauta nas ciências sociais: como aliar desenvolvimento humano e conservação ambiental? **SciELO em Perspectiva: Humanas**, 6 mar. 2017. Disponível em: <https://humanas.blog.scielo.org/blog/2017/03/06/conservacao-da-biodiversidade-em-pauta-nas-ciencias-sociais-como-aliar-desenvolvimento-humano-e-conservacao-ambiental/>. Acesso em: 23 out. 2021.

SILVA, Solange Teles da. Estado de Direito Ambiental e Ecofeminismo: desafios para a construção de uma sociedade igualitária. In: LEITE, J. R. M.; DINNEBIER, F. F. (org.). **Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza**. São Paulo: Instiituto o Direito por um Planeta Verde, 2017, v. 1. p. 566-584.

SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In: LAR-RAURI, Elena (comp.). **Mujeres, derecho penal y criminología**. Madri, Siglo Veintiuno, 1994.

SOARES, Vera. Movimento feminista: paradigmas e desafios. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, n. esp. 2º sem. p. 11-24, 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16089/14633>. Acesso em: 10 ago. 2020.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA, Duda Porto de. **Extraordinárias: mulheres que revolucionaram o Brasil**. São Paulo: Seguinte, 2017.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; COLAÇO, Thaís Luzia. O direito das minorias na constituição brasileira: o papel das mulheres indígenas na preservação ambiental e sustentável de suas comunidades. **Anais... XV Congresso Nacional CONPEDI – Manaus**. p. 718-732, 2006.



THÜRLER, Djalma; ARAGÃO, Rafael. Representação feminina, identidade masculina. **Revista Interfaces Científicas – Humanas e Sociais**, Aracaju, v. 1, n. 1, p. 9-15, out. 2012. DOI: <https://doi.org/10.17564/2316-3801.2012v1n1p09-15>. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/humanas/article/view/150>. Acesso em: 23 out. 2021.

VERDUM, Ricardo. *Mulheres indígenas, direitos e políticas públicas*. In: VERDUM, Ricardo (org.). *Mulheres indígenas, direitos e políticas públicas*. Brasília: Inesc, 2008.

# CAPÍTULO 9

## COMPLEXIDADES DO DIREITO À IGUALDADE: LICENÇA-MATERNIDADE/LICENÇA-PATERNIDADE E O DIREITO AO PAI

Maria Garcia

### INTRODUÇÃO

A condição feminina encontra, no Brasil, situações complexas e contradições que somente a questão cultural poderá explicar suficientemente.

“Chamo *cultura*” – refere Jacques Soustelle<sup>1</sup> “ao conjunto de comportamentos, técnicas, crenças, ritos, instituições – que caracterizam ao homem e às sociedades humanas – por contraste com os animais – e que se opõem, por isso, à “natureza”.

Constata-se a posição diminuída da mulher, em termos de família, estudo, trabalho, posição social – dependente de mudanças culturais, o que somente virá mediante mudanças educacionais, portanto de longo trajeto – se a questão for estudada, planejada e efetivada.

*Condição feminina*, portanto, ser *mulher* e seu significado, em sociedade e no mundo.

José Afonso da Silva<sup>2</sup> comenta *a igualdade entre homens e mulheres*:

Essa igualdade já se contém na norma geral da igualdade perante a lei. Já está também contemplada em todas as normas constitucionais que vedam discriminação de sexo (arts. 3º, IV, e 7º, XXX). Mas não é sem consequência que o Constituinte decidiu destacar, em um inciso específico (art. 5º, I), que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*. Era dispensável acrescentar a cláusula final, porque, ao estabelecer a norma, por si, já estava dito que seria “nos termos desta Constituição”. Isso é de somenos importância. Importa mesmo é notar que é uma regra que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Mais relevante ainda é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações.

1 “Los cuatro soles. Origen y ocaso de las culturas”, Guadarrama, Madrid, 1969 p. 91. “Chamo *civilização* o estado a que chegaram certas culturas no curso da história humana. Enquanto existiram e existem um grande número de culturas, não conhecemos no passado e em nossos dias nada mais senão um número restrito de civilizações. Salvo omissão devida ao fato de que as investigações arqueológicas são ainda um tanto incompletas em todo o mundo, a mais antiga civilização parece ser a de Sumer, na Mesopotâmia meridional, cerca de 3.500 anos de nossa era; a mais antiga das civilizações da América Central, parece-me, é a dos olmecos, da costa do Golfo do México cujo início pode situar-se dois ou três séculos antes de nossa era e o apogeu no princípio desta”. (p. 93). Tradução nossa.

2 “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Malheiros, 2006, p. 217. “O conceito de igualdade provocou posições extremadas. Há os que sustentam que a desigualdade é a característica do universo. Assim, os seres humanos, ao contrário da afirmativa do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, nascem e perduram desiguais. Nesse caso, a igualdade não passaria de um simples *nome*, sem significação no mundo real, pelo que os adeptos dessa corrente são denominados *nominalistas*. No pólo oposto, encontram-se os *idealistas*, que postulam um *igualitarismo* absoluto entre as pessoas. Afirma-se, em verdade, uma igual liberdade natural ligada à hipótese do estado de natureza, em que reinava uma igualdade absoluta. [...] O que se quer é a igualdade jurídica que embasa a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único”.

[...] Significa que existem dois termos concretos de comparação: *homens* de um lado e *mulheres* de outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional.

A finalidade deste estudo consiste em analisar os preceitos constitucionais e, especificamente, a condição feminina da *maternidade* verificando-se em que termos a Constituição estabelece a situação da mulher – em face do princípio da igualdade – com referência, então, à licença – gestante e à licença – paternidade, dado que o art. 5º, I da Constituição Federal estabelece e preconiza, como visto:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Nessa conformidade, e em conclusão, aspectos do que denominamos *direito ao pai e nova paternidade*, conforme explica Rosely Sayão<sup>3</sup>:

As crianças têm o direito de saber quem são seu país e de conviver com ambos. Os homens têm o direito de exercer essa nova paternidade e de não se conformarem em ser apenas reprodutores ou visitantes dos filhos. Lutar por esses direitos é dever de todos nós.

A partir daí, desses pressupostos, certamente haverá reflexão e atitude de parte a parte, mães e pais, em benefício das novas gerações.

## 1 A CONDIÇÃO FEMININA E A CONSTITUIÇÃO

*Feminino*, do Latim *femininus* registra o Larousse<sup>4</sup>: “que é próprio da mulher; que tem características reconhecidas tradicionalmente nas mulheres”. O registro da palavra refere, também, *feminismo* e os debates sobre a condição feminina na sociedade:

Por influência dos filósofos e das mulheres letradas do século XVIII reivindicações feministas apareceram já na Revolução Francesa em 1791. Olympe de Gouges escreveu a famosa *Declaração dos direitos das mulheres e da cidadã*. De Flora Tristan e Simone de Beauvoir, passando por Pauline Roland. E, Pankhurst, M. G Fawcett, Nelly Roussel, etc. numerosas mulheres militaram pela emancipação feminina sob todas as suas formas. As primeiras manifestações de vulto, nesse sentido, partiram das sufragistas inglesas, que, em 1919, sensibilizaram a opinião pública exigindo o direito de voto às mulheres. O debate sobre a condição feminina na sociedade foi retomado em 1968, com o aparecimento *do Women's Lib* nos EUA e do Movimento de Libertação das Mulheres na França.

[...]

O movimento se espalhou pela Europa, Austrália e Japão. No Brasil, difundiu-se a partir de 1975, aparecendo uma série de publicações feministas (*Nós mulheres*, *Brasil Mulher: Mulheiro*) de entidades (Centro de Desenvolvimento da Mulher Brasileira; Centro da Mulher Brasileira: SOS – Mulher, que espalhou-se por vários Estados a partir de 1980: Centro de Informação da Mulher: Tribunal Bertha Lutz. etc.).

<sup>3</sup> In Folha de S. Paulo, 26/3/2009, “Equilíbrio”, p. 12.

<sup>4</sup> Grande Enciclopédia Larousse, Nova Cultural, Rio de Janeiro, 1998.

Assinalando-se apenas o início, portanto, pois a luta mostra-se atual, perene.

Conforme se verificará, entretanto, a Constituição discrimina para igualar em direitos e obrigações, assim destacado no art. 5º, I, “nos termos desta Constituição”.

## 2 IGUALDADE E DISCRIMINAÇÃO

*Discriminar*, anota o Dicionário Aurélio, corresponde a “diferençar distinguir, reparar, discernir”.

Celso Antônio Bandeira de Mello tem obra clássica sobre “O conteúdo jurídico do princípio de igualdade”<sup>5</sup>:

O preceito magno da igualdade como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.

[...]

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político – ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

[...] Cumpre, todavia, buscar precisões maiores, porque a matéria, inobstante a limpidez das assertivas feitas, resente-se da excessiva generalidade destes enunciados.<sup>6</sup>

E em sequência esclarece o autor:

*O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele.*

Na introdução deste estudo sublinhadamente enfatizou-se este aspecto. Com efeito, há espontâneo e até inconsciente reconhecimento da juridicidade de uma norma diferenciadora quando é perceptível a congruência entre a distinção de regimes estabelecida e a desigualdade de situações correspondentes.

Segue-se que o problema das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da igualdade não se adscreeve aos elementos escolhidos como fatores de desigualação, pois resulta da conjugação deles com a disparidade estabelecida nos tratamentos jurídicos dispensados.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.

Trata-se, portanto, de uma regra, diríamos, quase matemática: constitucionalidade = discrimen + finalidade da norma.

<sup>5</sup> Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978, p. 13-16.

<sup>6</sup> Op. cit. p. 215 “Demais disso, para desate do problema é insuficiente recorrer à notícia afirmação de Aristóteles, assaz de vezes repetida, segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Sem contestar a inteira procedência do que nela se contém e reconhecendo, muito ao de ministro, sua validade como ponto de partida, deve-se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: *Quem são os iguais e quem são os desiguais?*”

Em “Igualdad y discriminación”<sup>7</sup>, Miguel Rodrigues – Piñero e Ma. Fernanda Fernandez Lopez acrescenta à consideração a consideração que:

Pese a origem latina do termo (*‘discriminatio’*: separar, dividir, diferenciar) deve-se alcançar o mundo anglo-saxão e, em particular, o contexto norte americano, para examinar o processo de transformação do significado do termo. Originariamente, no idioma inglês ‘discriminar’ e ‘discriminação’ têm dupla significação, uma de caráter neutro, no sentido de perceber, notar ou fazer distinção ou diferença entre objetos, seja pela mente ou pela ação; tem, ademais, um sentido que caberia chamar positivo, equivalente a ‘discernimento’, ou seja, o poder de fazer observações e diferenciadores com agudeza, sutileza ou exatidão. [...] A outra via da evolução do uso jurídico do termo encontra-se na prática judicial norte-americana relativa à aplicação da 14ª Emenda à Constituição, aprovada pelo Congresso norte-americano em 1.866. A cláusula de ‘equal protection’, contida naquela, tratava de proibir nos Estados da União o que hoje chamaríamos ‘discriminação racial’. [...] estavam assentadas as bases para [...] traçar a distinção entre dois diferentes sentidos do termo, o neutro e originário (*‘discrimination between’*) e o novo negativo (*‘discrimination against’*) que faz referência a uma distinção prejudicial injusta contra um indivíduo ou grupo em razão de suas características pessoais.

E esclarecem:

Num primeiro momento este segundo uso é, por assim dizer, minoritário, prevalecendo o primeiro uso e somente é em meados do presente século (XX) quando acabará prevalecendo este segundo significado.

Constata-se, assim, a [Constituição de 1988](#) discriminando entre *homem e mulher* no art. 7º (“direitos dos trabalhadores urbanos e rurais”):

XX – Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

E, especialmente:

XVIII – licença à gestante sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

A Constituição distingue, ou discrimina, *entre* homens e mulheres a fim de assegurar a estas possibilidades, dentro da sua condição feminina.

### 3 A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Demanda, entre requisitos comuns à interpretação das leis e atos normativos, a observância obrigatória de certos princípios, conforme expõe Celso Bastos<sup>8</sup>:

Há alguns princípios de obediência obrigatória na interpretação constitucional.

7 Tecnos, Madrid, 1986, pp. 85-88 os autores distinguem igualdade ante a lei e igual aplicação da lei [...] Essa igualdade diante da lei vai produzir efeitos significativos no plano da execução da própria lei, é dizer no momento *da aplicação da lei*. A igualdade perante a lei progressivamente será entendida (e isso mais como fruto do Direito Administrativo que do próprio Direito Constitucional) como igualdade na aplicação da lei: já não se trata de que a lei seja geral e impessoal senão que sua aplicação pelos Poderes Públicos encarregado dessa tarefa se faça “sem exceções, sem considerações pessoais”. A igualdade perante a lei de se interpreta assim como “aplicação da lei conforme a lei (Kelsen) como única aplicação regular, correta, das disposições legais, sem outras distinções de supostos ou casos que os determinados pela norma legal”. (pp. 20-21). Tradução nossa.

8 “Curso de Direito Constitucional”, Saraiva, São Paulo, 1999, p. 62-63.

O primeiro deles é o da unidade da Constituição.

É necessário que o intérprete procure as recíprocas implicações de preceitos e princípios até chegar a uma vontade unitária da Constituição.

[...] A simples letra da lei é superada mediante um processo de cedência recíproca. Dois princípios aparentemente contraditórios podem harmonizar-se desde que abdicuem da pretensão de serem interpretados de forma absoluta. Prevalerão, afinal, apenas até o ponto em que deverão renunciar à sua pretensão normativa em favor de um princípio que lhe é antagônico ou divergente.

Um segundo princípio de interpretação é o de que na Constituição não devem existir normas tidas por não jurídicas. Todas têm de produzir algum efeito. Com mais rigor ainda afirma Jorge Miranda, citando lição de Thoma: “A uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê” (Manual de Direito Constitucional, II/224).

De outra parte figura o princípio segundo o qual os preceitos constitucionais não de ser o interpretados segundo não só o que explicitamente postulam, mas também de acordo com o que implicitamente encerram. [...]

Finalmente, cumpre observar que, nada obstante o fato de as Constituições conterem conceitos exógenos, isto é, provenientes de outras searas do direito ou mesmo do campo extrajurídico, desde que apreendidos em disposições constitucionais, deem ser interpretados no sentido que adquirem por força desta nova inserção sistemática.

Um exemplo do 3º princípio do explícito/implícito contido na norma trata-se, precisamente, dos diferentes prazos da licença – maternidade e da licença-paternidade, sem atendimento às necessidades físicas e emocionais na relação pai/filho e atenção ao disposto no art. 227 da mesma Constituição<sup>9</sup>.

#### 4 O DIREITO AO PAI

Silvia Lane<sup>10</sup> assinala “uma redefinição da Psicologia Social, em que “o grupo não é mais considerado como dicotômico em relação ao indivíduo (Indivíduo sozinho x Indivíduo em grupo) mas sim como condição necessária para conhecer as determinações sociais que agem sobre o indivíduo, bem como a sua ação como sujeito histórico [...]”

Em “Um esboço de Psicanálise”<sup>11</sup>, Freud explica o aparelho psíquico e a vida mental:

O longo período da infância, durante o qual o ser humano em crescimento vive na dependência dos pais, deixa atrás de si, como um precipitado, a formação, no ego, de um agente especial no qual se prolonga a influência parental. Ele recebeu o nome de *superego*. Na medida em que este superego se diferencia do ego ou se lhe opõe, constitui uma terceira força que o ego tem de levar em conta.

[...] Os pormenores da relação entre o ego e o superego tornam-se completamente inteligíveis quando são remontados à atitude da criança para com os pais. Esta influência parental, naturalmente, inclui em sua operação não somente a personalidade dos próprios pais, mas também a família, as tradições raciais e nacionais por eles transmitidas, bem como as exigências do *milieu* social imediato que representam.<sup>12</sup>

9 “Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

10 Silvia Tatiana Maurer Lane”, O processo grupal” in “Psicologia Social. O homem em movimento”, Brasiliense, São Paulo, 1999, p. 78.

11 Imago, Rio de Janeiro, 1975, p. 171.

12 “Da mesma maneira, o superego, ao longo do desenvolvimento de um indivíduo, recebe contribuições de sucessores e substitutos posteriores aos pais, tais como professores e modelos, na vida pública, de ideais sociais admirados”. (p. 171)

Sempre, portanto, a influência parental – ou quem a substitua – especificamente, *mãe e pai*, com todas as suas potencialidades, ou não, de *in* fluir (fluir para dentro de; incutir, transmitir; exercer ascendência, domínio, poder”).<sup>13</sup>

Henri Wallon escreve sobre “As origens do caráter na criança. Os prelúdios do Sentimento de Personalidade”.<sup>14</sup>

*Personalidade* – define Giselle Câmara Groeninga<sup>15</sup> – “é a condição ou maneira de ser da pessoa. É a organização, mais ou menos estável que a pessoa imprime à multiplicidade de relações que a constituem. O aspecto físico e os psíquicos, como a vontade, a emoção, a inteligência são aspectos da personalidade”.

Com efeito, prossegue, “É inicialmente na família que aprendemos as leis da diferença – condição para o livre desenvolvimento da personalidade, diferença que desconhecemos ao nascer e que formarão nosso desejo, nessa busca interminável de completude e que nos vincula, para sempre, ao outro”.

Wallon<sup>16</sup> trata da “Crise da personalidade (3 anos)”, da “Afirmação do eu e objetividade”:

Por volta dos três anos, opera-se uma reviravolta assaz violenta, nos modos da criança e em suas relações com o ambiente. [...] A distinção entre o eu e o não – eu é apenas uma das primeiras etapas desta caminhada. Entre tanto, não se produz isoladamente. Ao tempo em que a transpõe, a criança vai revelando uma maior objetividade em suas relações e em seus motivos de ação. Já não reage tão – somente às impressões guardadas do passado, às representações por ela formadas. [...]. As reações de presença, porém, se transformam com as etapas do crescimento. Antes dos 3 anos são, por assim dizer, toscas e não diferenciadas. [...] Depois dos 3 anos, esta ação tende a se diversificar e a se relacionar com as circunstâncias e as pessoas.

Tais observações do desenvolvimento da personalidade – mostram bem a influência poderosa da presença dos pais – ou seus substitutos, daí em diante, na formação do “Eu” – durante toda uma existência. E, portanto, a parte concernente à figura, masculina – de importância fundamental, que se inicia aos primeiros dias de vida.

“*A parte do pai*”, a obra de Geneviève Parseval<sup>17</sup>, traduz, precisamente, a disparidade feminino/masculino da licença, em vários e importantes aspectos da questão colocados, desde logo, na sua Introdução, ou seja:

Quem se interessa pelas relações pais-filhos não pode deixar de se impressionar, pelo menos na sociedade ocidental, pela acentuação enfática do papel e da importância da mãe; essa acentuação acontece, como veremos, em detrimento do papel e da vivência do pai, que os diferentes autores que trabalham sobre o

13 Novo Dicionário Básico da Língua Portuguesa, Folha/Aurélio, Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1995.

14 Difusão Europeia do Livro, São Paulo, 1971.

15 “Os Direitos da Personalidade e o Direito de ter uma Personalidade”, In “Aspectos psicológicos na prática jurídica”, Millenium, Campinas – SP, 2018, p. 68-69. “Em Psicanálise”, explicita: “o termo *personalidade* tem um sentido dinâmico, do desenvolvimento do ser e do vir-a-ser, e da forma como o indivíduo se mostra e é percebido pelos outros. A personalidade se constrói pela combinação de aspectos herdados e constitucionais, com experiências marcantes da vida infantil e da vida adulta, que darão um sentido de continuidade ao ser. [...] A personalidade desenvolve-se por meio dos exemplos significativos: as identificações são resultado destas experiências emocionais com os adultos, pais ou substitutos. Como disse Freud, o ego é um precipitado de identificações.”

16 Henri Wallon. *As origens do caráter na criança*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1971. pp. 245 e segs.

17 Geneviève Delaisi de Parseval, LePM, Porto Alegre – RS, 1986. Afinal, comenta a autora: “O que há de espantoso, então, que o homem francês (e latino, de maneira geral) tenha reagido a essa privação de posse de paternidade ora acentuando-a de modo defensivo e se refugiando em uma atitude de “machão” ora regredindo (ou progredindo) em comportamento de resguardo? Estamos aqui diante de um sistema ideológico da qualidade e do teor das relações entre os sexos na procriação. O pai aí aparece como quantidade mínima durante esse parêntese gigantesco que começa no coito fecundante para terminar nas proximidades da entrada da criança na escola maternal... Não há, entretanto, nenhum absurdo em se supor que, se o pai não leva o filho no ventre, pode, como Zeus com sua filha Atena, levá-lo dentro da cabeça.”

assunto negligenciam ou reduzem de maneira estranha. [...] A paternidade parece ser, realmente, *terra incógnita* dentro do campo coberto pelas ciências humanas.”

E explicita a autora:

O núcleo desta pesquisa constitui-se de uma escuta de caráter clínico dos próprios pais. Pareceu-nos, com efeito, que se os pais ‘foram falados’ pelos diferentes especialistas que se dedicaram à questão da paternidade, eles mesmos pouco falaram, ou, de toda forma, pouco foram ouvidos.

A autora chama a atenção para a forma como as palavras *mãe* e *pai* são registradas nos Dicionários, assim:

Antes de estar inscrita nos comportamentos, a desigualdade dos pais face ao filho existe na língua. Os dicionários (Larousse ou Robert) definem o pai como: ‘o homem que gerou, que deu origem a um ou vários filhos’; e a mãe como: 1. a mulher que concebeu ou deu à luz um ou vários filhos; 2. a mulher que concebeu e está grávida.

Notamos de início que a mãe é definida de maneira dupla: ela é – como o pai – aquela que gera filhos, mas também podemos nomeá-la assim, quando ela concebeu e está grávida: é uma mulher grávida. O pai, em compensação, não tem direito a nenhum estado particular durante esse período: não existe homem grávido na língua francesa. Em russo; porém, a palavra existe e é, segundo E. Jakobson, de uso corrente (nos contos, na literatura, na imprensa). Mais próximo de nós, em inglês, encontramos um *expectant father*; expressão bem comum, tanto na linguagem científica quanto na linguagem corrente.<sup>18</sup>

Fernanda Otoni de Barros escreve, diretamente, “*Direito ao Pai*”<sup>19</sup>, relacionando Psicanálise e Direito, na conformação desse tema principal, sob vários aspectos:

O fundamento do Direito e a paternidade. [...] A norma fundamental da qual deriva todo o Direito – “deverás obedecer” – tem sua causa na crença em uma autoridade, uma instituição fictícia. Historicamente, podemos constatar que em todos os ordenamentos essa autoridade última é uma referência ao pai, ou seja, sua metáfora.

[...] O Estado, enquanto uma instituição ficcional, cumpre a função paterna de regular por meio de um ordenamento jurídico e, portanto, possibilitar as relações sociais. [...] olhar para a contemporaneidade, destacando o desprestígio das instituições jurídicas nos tempos que correm, certa insuficiência ao cumprir a função de seu ordenamento. Procuro a expressão jurídica, do pai de família no Código e percebo como seu lugar de chefe de família, ordenador absoluto das relações familiares foi sendo esvaziado de significação [...] a contribuição da psicanálise, para iluminar essa discussão sobre o pai e sua função. [...] O ordenamento jurídico poderá [...] criar essa possibilidade, num retorno à base de seu fundamento, sustentando a instituição nome do pai.

Conforme poder-se-ia concluir, este pequeno estudo, afinal, é que a atribuição, à mulher, para mais – (licença-maternidade de 120 dias) constitui-se, efetivamente, em mais um fator de discriminação *against*, portanto, negativa porquanto não terá ela direito à participação/companhia do homem/pai, nesse período em que o ingente tanto exigirá, no seu esforço de mudança existencial e adaptação.

18 Em Português: “Pai (Do Lat. *Pater, patris*. 1 . Homem que tem um ou mais filhos. 2 . P. ext. Aquele que exerce as funções de pai: *pai adotivo*. 3 . Animal do sexo masculino que gerou outro”. etc. (Larousse Cultural). *Pai*. 1 . Homem que deu ser a outro homem; homem que tem um ou mais filhos; genitor; progenitor. 2 . P. ext. Aquele que exerce as funções de pai. 3 . Animal do sexo masculino que gerou outro. [...] 7 . Criador, fundador. [...] 10 . Aquele que concebe; imagina; autor [...] Pai de família. Indivíduo que tem mulher e filhos”.

19 A paternidade no Tribunal e na Vida”, Del Rey, Belo Horizonte – MG, 2005, Introdução



A disparidade permanece, portanto – e a necessidade de alterar uma situação prejudicial à condição feminina nessa complexa discussão da igualdade, alterando-se a lei para conceder ao trabalhador/pai, uma licença condizente com seu direito a exercer a *paternidade* e ao infante, o *direito ao pai*.

## REFERÊNCIAS

- BARROS, Fernanda Otoni de. **A paternidade no tribunal e na vida**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2005.
- BASTOS, Celso. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 out. 2021.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.
- GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1998.
- GROENINGA, Giselle Câmara. Os direitos da personalidade e o direito de ter uma personalidade. In: ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; BIZZI, Idete Zimmerman. **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. Campinas, SP: Millenium, 2018.
- LANE, Silvia. O processo grupal. In: LANE, Silvia T. M.; CODO, Wanderley (org.). **Psicologia social: o homem em movimento**. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio de igualdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- PARSEVAL, Geneviève. **A parte do pai**. Porto Alegre, RS: L&PM, 1986.
- RODRIGUES PIÑERO, Miguel; FERNANDEZ LOPEZ, Ma. Fernanda. **Igualdad y discriminación**. Madrid: Tecnos, 1986.
- SAYÃO, Rosely. Nova paternidade. **Folha de S. Paulo**, 26 mar. 2009, Equilíbrio, p. 12. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/equilibrio/eq2603200912.htm>. Acesso em: 23 out. 2021.
- SIGMUND, Freud. **Um esboço de psicanálise**. Rio de Janeiro: Imago, 1975.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SOUSTELLE, Jacques. **Los cuatro soles: origen y ocaso de las culturas**. Madrid: Guadarrama, 1969.
- UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-da-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 23 out. 2021.
- WALLON, Henri. **As origens do caráter na criança**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1971.

# CAPÍTULO 10

## A REGULAMENTAÇÃO COM AMPLIAÇÃO DA LICENÇA-PATERNIDADE COMO AÇÃO AFIRMATIVA PARA A EFETIVAÇÃO DO ARTIGO 5º DA CF/88

Rejane da Silva Sánchez

### INTRODUÇÃO

Historicamente, a proteção ao trabalho da mulher no Brasil passou por fases que vão da total inexistência, avançando lentamente até os direitos atuais, que se reputa ainda insuficientes.

Da exclusão, onde inexistia um direito do trabalho para mulheres, pois a estas cabiam os afazeres domésticos e, culturalmente, cabia aos homens o sustento dos lares e famílias. Mesmo com a necessidade de inserção das mulheres no mercado de trabalho era completa a negação de direitos, inexistindo qualquer amparo legal ou limitação de jornada de trabalho, além de a remuneração ser bem inferior à dos homens. Além da falta de proteção do Estado, as mulheres ainda dependiam da outorga dos maridos para ingressar no mercado de trabalho e eram absolutamente reféns dos efeitos sociais impostos pela maternidade. A Constituição outorgada de 1937, conhecida como ditatorial, omitiu a garantia do emprego à gestante, assim como não prestigiou a isonomia salarial entre os gêneros, embora trouxesse o princípio da igualdade de todos perante à lei.<sup>1</sup>

Com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, experimentou-se um período inicial de proteção, esta traduzida por vezes em restrições como a proibição da mulher trabalharem período noturno.<sup>2</sup>

Somente na [Constituição de 1988](#) é que se operou a chamada igualdade de tratamento. O artigo 5º da Constituição Federal, promulgada no dia 5 de outubro de 1988, portanto há 32 anos, estabeleceu que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. Esta igualdade consagrada no texto constitucional passou a ser observada também na legislação infraconstitucional, daí emergindo uma nova fase de oportunidades e direitos das mulheres ao trabalho.

As consequências de um novo Texto Constitucional se fazem sentir em todas as áreas do Direito, obrigando a legislação infraconstitucional às adequações necessárias. Assim, “A [Constituição Federal de 1988](#) re-

<sup>1</sup> SÁ, Ana Paula Suitsu de. A questão da igualdade de gênero nas constituições brasileiras. *Âmbito Jurídico*, 1 nov. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-questao-da-igualdade-de-genero-nas-constituicoes-brasileiras/>. Acesso em: 28 nov. 2021.

<sup>2</sup> Artigo 379 da CLT, revogado pela Lei 7.855 de 24.10.1989.

cepcionou as demandas por igualdade entre homens e mulheres, constituindo-se no marco legal a partir do qual a reforma do Código Civil, obrigatoriamente, deve se orientar.”<sup>3</sup>

Neste escopo é a orientação doutrinária:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social.<sup>4</sup>

Na Constituição de 1988 é assumido, finalmente, o compromisso com a igualdade material, defato, entre homens e mulheres, não somente a assegurada formalmente na lei:

[...] devendo a igualdade ser interpretada não a partir da sua restrita e irreal acepção oriunda do liberalismo, que apenas considerava a igualdade no sentido formal – no texto da forma – mas devendo ser interpretada com uma igualdade material – igualdade no texto e na aplicação na norma – impondo tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais.<sup>5</sup>

Em seu artigo 7º, capítulo reservado aos Direitos Sociais, a Constituição Federal de 1988 traz dispositivos com referência expressa à proteção ao trabalho da mulher. De relevante importância, por exemplo, o inciso XVIII, que estipula “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;” e a determinação do inciso XX, que prevê “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”, criou um novo cenário para o empregador que até então tratava a admissão de mulheres como exceção.

As normas de proteção à maternidade destinam-se não apenas à trabalhadora que é ou será gestante e mãe, mas também têm como foco proteger o filho desta mulher desde a sua concepção.

A maternidade foi, por muito tempo, usada como argumento para que a mulher não se empregasse, já que seu dever era ficar em casa cuidando da prole. Porém, muitas mulheres jamais tiveram a opção de não trabalhar para cuidar exclusivamente do cenário doméstico, pois seu labor provinha o sustento de seus filhos. E principalmente após a revolução industrial, que promoveu o emprego de mulheres em larga escala, caíram por terra os argumentos de que a mulher não deveria estar no mercado profissional, surgindo a necessidade de lhe garantir direitos iguais aos dos homens trabalhadores.

3 BARRETO, Ana Cristina Teixeira. Carta de 1988 é um marco contra discriminação. **ConJur: Consultor Jurídico**, 5 nov. 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>. Acesso em: 28 nov. 2021.

4 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 65.

5 LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Gênero, discriminação e tráfico internacional de mulheres**. Estudos sobre a efetivação do direito na atualidade: a cidadania em debate. Organizadora: Lília Maia de Moraes Sales. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2006. p. 11.

Ainda hoje existem aqueles que entendem ser a maternidade um empecilho para a contratação de mulheres em idade reprodutiva, porém, vez que o poder público arca integralmente com o pagamento do salário-maternidade, semelhante argumentação mascara, na verdade, arraigado preconceito.

## 2 MERCADO DE TRABALHO: A REALIDADE COM A COVID-19

Em 11 de março de 2020, a OMS (Organização Mundial da Saúde) decretou a pandemia mundial do novo coronavírus<sup>6</sup>, com reflexos sociais de toda ordem. Todos os estudos e pesquisas até agora divulgados têm revelado que as mulheres são as mais impactadas, seja emocional, social e/ou profissionalmente. A exemplo de outros momentos da História, em que as mulheres são as principais padecedoras quando das grandes crises mundiais, este não tem sido diferente.

Veja-se o que ocorreu nas Primeira e Segunda Guerras Mundiais no campo do trabalho feminino.

Na Primeira Guerra, a partir de 1915, na Europa e depois nos Estados Unidos, a indústria começa a contratar mulheres, que são poupadas da guerra até 1917. Mas também houve as que atuaram na frente de batalha, como enfermeiras ou auxiliares do Exército. Na Grã-Bretanha, mais de 80 mil mulheres se alistaram nos corpos femininos auxiliares do Exército (Women's Army Auxiliary Corps, WAAC), criados em 1917, como motoristas de caminhões e ambulâncias, cozinheiras ou mecânicas.<sup>7</sup> Já as mulheres combatentes eram minoria. Participaram, por exemplo, da frente russa, onde foram criados, na primavera de 1917, "batalhões femininos da morte", por iniciativa de Maria Bochkareva<sup>8</sup>, camponesa e soldado. Ao final da guerra as mulheres de todos os países foram estimuladas a retornar aos lares.

Na Segunda Guerra mulheres ocuparam funções antes exclusivamente masculinas, tais como engenheiras, supervisoras de produção, motoristas de caminhão, de tanque e tantas outras profissões, resultando num impacto social que mudaria toda a estrutura do mundo e, particularmente, da família.

Aqui a ideologia se faz sentir para além dos campos de batalha. Os Aliados recrutaram as mulheres, que passaram então a trabalhar nas fábricas, enfermarias, escritórios e outros bastidores, atuando ainda como soldados e guerreiras. Ao mesmo tempo, o lado nazista ainda considerava que as mulheres deveriam permanecer distante das questões políticas e militares. O ideal da mulher ariana alemã era ser o alicerce da família, cuidando da casa e dos filhos.

Algumas eram submetidas a extenuantes jornadas diárias de 12 a 16 horas no trabalho nas fábricas e em outros setores; outras mulheres eram exploradas sexualmente nos campos. Para as que ficavam nas cidades,

6 WATANABE, Phillippe. OMS declara pandemia do novo coronavírus Sars-Cov-2. *Folha de S. Paulo*, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibriosaude/2020/03/oms-declara-pandemia-do-novo-coronavirus.shtml>. Acesso em: 28 nov. 2021.

7 ESTADO DE MINAS INTERNACIONAL. *Mulheres no coração do esforço de guerra durante o primeiro conflito mundial*. 28 jun. 2014. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2014/06/28/interna\\_internacional,542499/mulheres-no-coracao-do-esforco-de-guerra-durante-o-primeiro-conflito-mundial.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2014/06/28/interna_internacional,542499/mulheres-no-coracao-do-esforco-de-guerra-durante-o-primeiro-conflito-mundial.shtml). Acesso em: 28 nov. 2021.

8 WIKIPÉDIA – A enciclopédia livre. Maria Bochkareva. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Maria\\_Bochkareva](https://pt.wikipedia.org/wiki/Maria_Bochkareva). Acesso em: 28 nov. 2021.

havia a sobrecarga doméstica, com o cuidado dos filhos, da casa e dos parentes com mais idade, numa tradição de cuidadora que ainda hoje se observa.

Quando iniciou a Segunda Guerra Mundial eram poucos os países onde as mulheres tinham respeitados seus direitos civis e plena cidadania.

Com tímida participação na Primeira Guerra, na Segunda o Brasil enviou cerca de 25 mil homens, o que influiu diretamente em algumas mudanças no emprego da mão de obra feminina.

De outro lado, a inserção da mulher no mercado de trabalho tem como marco o fortalecimento das indústrias, a partir dos efeitos do capitalismo e das condições sociais. A Revolução Industrial dispensou mão de obra e trouxe o empobrecimento dos trabalhadores; famílias que se viram atingidas cederam à mobilização que visava o emprego das mulheres e dos menores nas fábricas, a um custo menor para o empregador, que oferecia baixos salários e péssimas condições de trabalho. Assim, a dita preferência pela mão de obra feminina não passava de medida para baixar os custos de produção.

É inegável que o preconceito, a discriminação e as desigualdades ainda persistem: apesar de ter havido uma maior inserção da mulher no mercado de trabalho e, portanto, em cargos que até então eram exclusivos dos homens, não houve um rompimento com o ideal feminino da mulher como mãe e dona de casa.<sup>9</sup>

Para Simone de Beauvoir<sup>10</sup>, o papel feminino pode ser comparado à servidão da maternidade:

Quanto às servidões da maternidade, elas assumem, segundo os costumes, uma importância muito variável: são esmagadoras se se impõem à mulher muitas procriações e se ela deve alimentar e cuidar dos filhos sem mais ajuda; se procria livremente, se a sociedade a auxilia durante a gravidez e se se ocupa da criança, os encargos maternos são leves e podem ser facilmente compensados no campo do trabalho.

Hoje, em meio à grande crise global decorrente da pandemia trazida pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2) causador da Covid-19, novamente as mulheres despontam como as mais afetadas. Representam, no Brasil, 80% da mão de obra que trabalha diretamente em serviços de atendimento de saúde da população<sup>11</sup>, como enfermeiras, médicas, ou nos serviços de limpeza e conservação, atuando ainda como cuidadoras, cozinheiras, entre outras.

De outro lado, seja em razão da maternidade ou dos papéis predefinidos socialmente de que à mulher são reservados os cuidados com a família e casa, além dos encargos legais que em geral são mal recebidos pelo setor privado da economia, grande parte das mulheres perdeu o emprego ou teve de abandoná-lo em consequência das medidas de isolamento social e das restrições ao transporte urbano, por exemplo.

9 CISNE, Mirla. *Feminismo e consciência de classe no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2014.

10 BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo: fatos e mitos*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1960. p. 74.

11 PIRES, Roberto Rocha C. *Os efeitos sobre grupos sociais e territórios vulnerabilizados das medidas de enfrentamento à crise sanitária da Covid-19*: propostas para o aperfeiçoamento da ação pública. Nota Técnica, 33. abr. 2020. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/200408\\_nota\\_tecnica\\_diest.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200408_nota_tecnica_diest.pdf). Acesso em: 28 nov. 2021.

No Brasil, mesmo com a retomada gradativa da contratação, o mercado de trabalho tem priorizado os homens. Em recente matéria, a Folha de São Paulo<sup>12</sup> ouviu especialistas de economia e mulheres atingidas por esta nova realidade. A matéria revela que “As mulheres, que já eram minoria entre os empregados formais, perderam ainda mais espaço desde março, quando a crise do coronavírus começou a afetar a economia nacional.”

Segundo o Ministério da Economia, foram fechados 220,4 mil postos de trabalho formais paramulheres, que já eram minoria entre os empregados formais e, portanto, continuam perdendo mais espaço desde o início da pandemia.

Os dados do CAGED (Cadastro Geral de Empregados e Desempregados) indicam que as mulheres representavam 40,75% dos contratos com carteira assinada e os homens, 59,25%. Contudo, nas demissões, essa proporção ficou em 47% das mulheres demitidas e 53% dos homens. É a conta da injusta desigualdade.

A doutora em Sociologia, professora Carmem Migueles, da FGV/Ebape, entende que o fechamento das escolas e creches e a sobrecarga das tarefas domésticas, em razão da pandemia, geraram mais dificuldades para as mulheres, impedindo-as inclusive de procurar emprego. Sendo certo que milhares de mulheres precisaram abandonar seus empregos, é nas classes mais baixas que tal realidade tem sido mais implacável. Para Migueles, a principal iniciativa a ser adotada em um programa de apoio à retomada de empregos é o suporte à maternidade em empresas privadas e no setor público.

Salienta-se que a maternidade deve ser uma escolha e, quando decidida pela mulher, há que encontrar um ambiente sadio e estável a fim de garantir a dignidade tanto dela, quanto da criança. De outro lado, e tão importante quanto, está o direito dos homens que desejam exercera paternidade e ser agentes ativos na entidade familiar, mas que esbarram em uma legislação que no Brasil ainda é absolutamente tímida nesta seara. Tudo isto, ao que parece, por questões socioculturais, de saúde pública ou econômicas que têm por base conceitos já superados em muitos países.

O fato é que o direito à maternidade, à paternidade, à família e à dignidade da pessoa humana estão protegidos constitucionalmente, nos artigos 226, §§4º e 7º da [Constituição Federal](#). Contudo, o texto infraconstitucional ainda padece de ajustes e implementos que tornem mais eficazes a busca pela equidade entre os gêneros.

### 3 AS LICENÇAS À MATERNIDADE E À PATERNIDADE NO BRASIL

A licença à gestante surgiu no Brasil na Carta de 1934 (art.121, §1º, h), possibilitando o afastamento das obrigações oriundas do contrato de trabalho, com garantia de remuneração e sem prejuízos ao emprego<sup>13</sup>. Com a entrada em vigor da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, a licença à gestante passou a ter o prazo de

12 RESENDE, Thiago. Retomada de empregos com carteira assinada prioriza contratação de homens. *Folha de S. Paulo*, 5 jan. 2021. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/01/retomada-de-empregos-com-carteira-assinada-prioriza-contratacao-de-homens.shtml>. Acesso em: 28 nov. 2021.

13 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

12 semanas, previsto no art. 392. Já a Carta Magna de 88, em seu artigo 7º, inciso XVIII, ratificou a licença-maternidade, estendendo o período para 120 dias.<sup>14</sup>

A licença-maternidade à mãe adotiva foi contemplada somente pela Lei nº. 10.421/2002, alterando a redação do art. 392 da CLT<sup>15</sup>, igualando ao período concedido às mães biológicas, ou seja, 120 dias<sup>16</sup>. Contudo, o legislador ainda não regulamentou previsão de licença-paternidade ao pai adotante.

A licença-paternidade foi inicialmente prevista na CLT em 1943, em seu artigo 473, inciso III. O prazo destinado ao pai para afastamento do trabalho em razão da paternidade era de apenas 1 dia. A ideia preestabelecida das funções do homem dava a este unicamente a obrigação burocrática de realizar o registro do seu filho, tarefa que o impediria de cumprir integralmente aquele único dia de labor.

Foi apenas com a [Constituição Federal de 1988](#) que surgiu o direito no inciso XIX, do art. 7º. Entretanto, ainda se encontra pendente de regulamentação, por meio de lei específica, o prazo da licença-paternidade. Atualmente a única norma sobre o tema é o ADCT em seu art. 10, § 1º.

Neste artigo, o prazo estabelecido e reconhecido socialmente é de apenas 5 dias de licença para os homens que se tornem pais.

Em 2008 foi instituído pela Lei 11.770/2008 o Programa Empresa Cidadã que, mediante concessão e incentivo fiscal, e alterando a Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, destina-se a prorrogar por 60 dias a duração da licença-maternidade e por quinze dias, além dos 5 já estabelecidos, a licença-paternidade. Logo, para a trabalhadora que labore em pessoa jurídica que tenha aderido ao Programa Empresa Cidadã<sup>17</sup>, o prazo da licença-maternidade pode ser estendido por mais 60 dias além dos 120 regulamentares, e o prazo de licença-paternidade, passa a ser de até 15 (quinze) dias. Segundo esta lei, o empregador passa a ser responsável pela remuneração integral da empregada, permitindo-se-lhe a dedução do total da remuneração no imposto de renda da empresa, que, nos termos do seu artigo 5º, limitou àqueles empregadores tributados com base no lucro real (grandes empresas). No serviço público federal, o Programa de Prorrogação da Licença-paternidade está regulamentado no Decreto 8.737 de 3/5/2016.

A mesma Lei 11.770/2008 ainda prevê a ampliação do benefício às trabalhadoras que adotarem ou obtiverem guarda judicial para fins de adoção de criança, igualando a maternidade, não importando os fatos que a constituam.

Segundo o Ministério da Economia, por volta de 22.400 empresas se utilizam da Lei 11.770/2008 para a obtenção de isenções fiscais, o que aumenta o espectro social da lei. Mas, analisado o perfil da maioria das gestantes, a desigualdade é notória, pois as beneficiadas do Programa são, em geral, empregadas sabidamen-

14 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

15 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

16 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 917.

17 BRASIL. [Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008](#). Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Diário Oficial da União, Brasília, 10 set. 2008. S. 1, p. 1.

te mais bem remuneradas. Há uma discriminação latente, seja em razão ao dever fundamental de solidariedade do RGPS – Regime Geral de Previdência Social –, seja pelo objetivo constitucional assegurado no artigo 3º, inciso III, da CF/88.<sup>18</sup>

Contudo, a discrepância entre as licenças maternidade e paternidade demonstra um abismo entre os direitos. Este abismo, reforçado pela cultura patriarcal e sexista, fortemente presente na sociedade brasileira, destaca a ausência de isonomia e igualdade previstas no artigo 5º da [Constituição Federal de 1988](#) e, na via dupla, potencializa a desigualdade e a dificuldade comum às mulheres que adentram no mercado de trabalho.

#### 4 AS LICENÇAS À MATERNIDADE E À PATERNIDADE NO MUNDO

São diversas as convenções internacionais que visam o fortalecimento dos direitos de cidadania mundo, muitas delas sugerindo diretrizes a serem adotadas internamente pelo Estado e também pela iniciativa privada.

Todas se constituem em normas voltadas a evitar conflitos. Como exemplo a Convenção 156, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, relativa à igualdade de oportunidades e de tratamento para os trabalhadores com responsabilidades familiares. Já a Convenção 183, mais atual, aplica-se a todas as mulheres empregadas, incluídas as que desempenham formas atípicas de trabalho subordinado, garantindo-lhes licença-maternidade de no mínimo catorze semanas, das quais ao menos seis deverão ser usufruídas depois do parto.<sup>19</sup>

Ao adotar em 2000 a Convenção 183, a OIT aprovou a recomendação 191, referente à proteção à maternidade, assim dispondo sobre a licença parental<sup>20</sup> (itens 3 e 4 do artigo 10):

- (3) A mãe empregada ou o pai empregado da criança devem ter direito à licença parental após o término da licença-maternidade.
- (4) O período durante o qual a licença parental pode ser concedida, a duração da licença e outras modalidades, incluindo o pagamento de prestações parentais e a utilização e distribuição da licença parental entre os pais empregados devem ser determinados pelas leis ou regulamentos nacionais ou de qualquer maneira consistentes com a prática nacional.<sup>21</sup>

Signatários ou não, muitos países têm avançado na esteira das Convenções e Recomendações da OIT.

Analisando a legislação em vigor em 2013 nos países filiados à OIT, identificou-se a concessão da licença parental em 66 dos 169 países cujas informações estavam disponíveis naquele ano. A licença é garantida

18 KERN, Ricardo Alessandro. Reflexos da Lei nº 11.770/08 sobre o salário-maternidade das seguradas do Regime Geral da Previdência Social – RGPS à luz do postulado fundamental da isonomia. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 60, abr. 2014. Disponível em: [https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao060/Ricardo\\_Kern.html](https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao060/Ricardo_Kern.html). Acesso em: 28 nov. 2021.

19 MELO, Cláudia Virginia Brito de. *Proteção à maternidade e licença parental no mundo*. Estudo Técnico, jul. 2029. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/38219/protecao maternidade\\_licen%C3%A7a parental\\_melo.pdf?sequence=1](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/38219/protecao maternidade_licen%C3%A7a parental_melo.pdf?sequence=1). Acesso em: 28 nov. 2021.

20 A licença parental é um direito laboral disponível em praticamente todos os países que prevê a ausência remunerada do emprego para poder tomar conta de uma criança ou para realizar tarefas que proporcionem bem-estar à criança. O termo “licença parental” geralmente inclui a licença de maternidade, licença de paternidade e licença de adoção. (WIKIPÉDIA – A enciclopédia livre. *Licença parental*. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Licen%C3%A7a\\_parental](https://pt.wikipedia.org/wiki/Licen%C3%A7a_parental). Acesso em: 28 nov. 2021)

21 WIKIPÉDIA – A enciclopédia livre. *Licença parental*. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Licen%C3%A7a\\_parental](https://pt.wikipedia.org/wiki/Licen%C3%A7a_parental). Acesso em: 28 nov. 2021.



em 35 dos 36 países de economia desenvolvida e nos 16 países da Europa e da Ásia Central, que disponibilizaram informações para o estudo. Dos 66 países listados, apenas nos Estados Unidos e no Reino Unido a licença-maternidade não é remunerada, embora em 5 estados americanos existam previsões para pagamento de benefícios durante o período.<sup>22</sup>

Segundo o mesmo estudo de 2013, no tocante à licença-paternidade 31 dos 66 países mencionados não a contemplavam em sua legislação. Nos demais 35 a licença-paternidade variava de um dia (na Itália) a noventa dias (na Islândia e na Eslovênia), sendo, em média, de quinze dias. Em cinco dos 35 países que concediam licença-paternidade e licença parental, a relativa à paternidade não era remunerada. Em 21 deles, a licença era remunerada com valor equivalente a 100% do salário do pai e, em oito países, parcialmente remunerada.<sup>23</sup>

Atualmente alguns países têm se destacado, como a Espanha, que a partir de 2021 passou a equiparar as licenças-paternidade e maternidade de 16 semanas para pais e mães e 100% remuneradas, avançando na igualdade de gênero.<sup>24</sup>

No Canadá, o governo informa em seu site que a empregada grávida tem direito a até dezessete semanas de licença-maternidade. A lei prevê licença parental adicional de até 63 semanas para pais biológicos ou adotivos. A licença-maternidade e a licença parental, somadas, não podem exceder 78 semanas, se forem usufruídas exclusivamente pela mãe, ou 86 semanas, se for compartilhada por ambos os pais.<sup>25</sup>

Conforme informa a página da Comissão Europeia na internet, o sistema de licença parental dinamarquês é um dos mais generosos e flexíveis da União Europeia. As mães têm direito a quatro semanas de licença-maternidade antes da data prevista para o parto e catorze semanas após o nascimento da criança; os pais têm direito a duas semanas de licença-paternidade, a ser usufruída nas primeiras catorze semanas após o parto. Além disso, cada progenitor tem direito a 32 semanas de licença parental.<sup>26</sup>

No Chile, a licença-maternidade é de seis semanas antes e de doze semanas depois do parto; já a licença-paternidade é de cinco dias. A Lei 20.545/2011<sup>27</sup> prevê ainda que estes direitos são irrenunciáveis.

Outros países como Finlândia, França, Noruega e Portugal compartilham de legislações protecionistas. Nestes, o período de licença varia, assim também os requisitos para a concessão remunerada, como na França, que relaciona o período de concessão com o número de filhos que a família já possui.

22 WIKIPÉDIA – A enciclopédia livre. **Licença parental**. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Licen%C3%A7a\\_parental](https://pt.wikipedia.org/wiki/Licen%C3%A7a_parental). Acesso em: 28 nov. 2021.

23 WIKIPÉDIA – A enciclopédia livre. **Licença parental**. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Licen%C3%A7a\\_parental](https://pt.wikipedia.org/wiki/Licen%C3%A7a_parental). Acesso em: 28 nov. 2021.

24 SALDAÑA, Cristina. Espanha equipara licença paternidade e maternidade, e avança na igualdade de gênero. *El País*, 01 jan. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-01-01/espanha-equipara-licenca-paternidade-e-maternidade-e-avanca-na-igualdade-de-genero.html>. Acesso em: 28 nov. 2021.

25 MELO, Cláudia Virginia Brito de. **Proteção à maternidade e licença parental no mundo**. Estudo Técnico, jul. 2029. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/38219/protecaomaternidade\\_licen%C3%A7a\\_aparental\\_melo.pdf?sequence=1](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/38219/protecaomaternidade_licen%C3%A7a_aparental_melo.pdf?sequence=1). Acesso em: 28 nov. 2021.

26 MELO, Cláudia Virginia Brito de. **Proteção à maternidade e licença parental no mundo**. Estudo Técnico, jul. 2029. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/38219/protecaomaternidade\\_licen%C3%A7a\\_aparental\\_melo.pdf?sequence=1](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/38219/protecaomaternidade_licen%C3%A7a_aparental_melo.pdf?sequence=1). Acesso em: 28 nov. 2021.

27 CHILE. **Ley 20545, de 17 de outubro de 2011**. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1030936>. Acesso em: 09 jan. 2021.

## 5 ISONOMIA, UMA NECESSIDADE

A OIT considera que a proteção da mulher contra a demissão durante e após o parto, combinada com medidas de licença durante e após a gestação, são instrumentos políticos fundamentais para proteger a situação das mães no mercado de trabalho.<sup>28</sup>

O Brasil é signatário da Convenção 156 da OIT, porém não das mais recentes, as Convenções 183 e 191, cujo foco de proteção à mulher é mais abrangente e direto, indicando, ainda, a licença parental.

A adoção das Convenções mais recentes pelo Brasil, com a implementação das medidas práticas nela inspiradas, contribuiria para a minoração das desigualdades, com o compartilhamento das responsabilidades familiares, com ênfase na criação dos filhos, a mais adequada distribuição do trabalho doméstico e ainda, a redução dos desafios enfrentados pelas mulheres no mercado de trabalho.

Em pesquisa de 2009, segundo dados da OIT<sup>29</sup>, tensões entre labor e vida familiar geraram um alto custo para mais de 100 milhões de mulheres inseridas no mercado de trabalho da América Latina e Caribe. O citado Relatório indica que “53% das mulheres da América Latina e do Caribe estão incorporadas ao mercado de trabalho”.

Grande parcela da literatura empírica que avalia tais impactos parte de experiências de países que mudaram as regras, como a França, que realizou em 1994 uma alteração nas regras de concessão de incentivos financeiros a pais de recém-nascidos.

Para o Brasil, o estudo empírico mais significativo é o de Carvalho (2005)<sup>30</sup>, que verifica o impacto da mudança da licença-maternidade, que passou de 12 semanas para 120 dias na [Constituição Federal de 1988](#), sobre o mercado de trabalho das mulheres. Utilizando dados da Pesquisa Mensal de Emprego (PME) de 1986 a 1991, o autor observou que a licença não impôs impactos significativos sobre salários. Também não foram encontrados indícios de que tenha ocorrido aumento na retenção das mulheres no mercado de trabalho, mesmo para o grupo das mais escolarizadas.

A realidade permanece e diante da fragilidade do apoio do Estado no que toca aos afazeres vinculados à maternidade e demais responsabilidades domésticas, esta promissora inserção das mulheres no mercado de trabalho, por certo, ocorre à custa de muitos sacrifícios. Não bastasse a falta de aporte financeiro para a contratação de serviços domésticos, os resquícios da cultura machista fazem pesar mais sobre as mulheres os encargos gerais com a família, notadamente com crianças e idosos, mesmo quanto às mulheres que estejam em igualdade de posição no mercado de trabalho em relação aos seus cônjuges ou companheiros. Estes fatos indicam

28 MELO, Cláudia Virginia Brito de. *Proteção à maternidade e licença parental no mundo*. Estudo Técnico, jul. 2029. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/38219/protocaomaternidade\\_licen%C3%A7a%20parental\\_melo.pdf?sequence=1](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/38219/protocaomaternidade_licen%C3%A7a%20parental_melo.pdf?sequence=1). Acesso em: 28 nov. 2021.

29 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Trabalho e família*: rumo a novas formas de conciliação com corresponsabilidade social. Organização Internacional do Trabalho. – Brasília: OIT, 2009. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS\\_233473/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_233473/lang-pt/index.htm). Acesso em: 28 nov. 2021.

30 CARVALHO, S. S. D. *Os efeitos da licença maternidade sobre salário e emprego da mulher no Brasil*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2005.

que apesar do tão festejado preceito constitucional da isonomia, insculpido no artigo 5º, caput, da Carta de 88, a realidade se mostra refreada.

O mesmo princípio se manifesta em diversos dispositivos constitucionais, como por exemplo, nos artigos 3º, inc. III, 5º, inc. I, 226, § 5º<sup>31</sup>, porém, a realidade atesta que ainda estamos longede vê-los idealmente efetivados.

A [Constituição Federal de 1988](#) tem como um dos principais objetivos a institucionalização do bem-estar coletivo, o que se afere nas diversas garantias em relação ao nascituro, haja vista as especificidades de tal condição, a exigir diferenciado tratamento.<sup>31</sup>

Para a criação de laços afetivos, observados os ideais de família, a presença das figuras paterna, materna ou de quem venha a se unir para constituir a entidade familiar, é essencial e indispensável, especialmente nos primeiros dias de vida da criança. Nesse contexto, o convívio do pai com o filho, desde o nascimento, participando das obrigações, deveres, responsabilidades domésticas, sem apenas exercer o papel do provedor – cuja obrigação seria apenas a de fazer o registro do nascimento da criança –, é um fator importante na desconstrução da masculinidade tóxica e do sexismo. É permitir que a paternidade e a maternidade sejam exercidas de modo mais isonômico tornando-se, para além de um direito, um dever.

Apesar de já existirem normas como o art. 226, § 5º, da CF de 1988, que declara que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, bem como o art. 229, que dispõe ainda que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, ainda percebemos, na prática, uma exclusão benevolente do pai no que concerne à criação dos filhos.<sup>32</sup>

Logo, há que se reconhecer que “Uma política que vise dar à mulher uma situação de igualdade com o homem na vida econômica e política de um país não tem condições de vingar se mantivero ônus da casa, do lar e dos filhos somente nos ombros da mulher”.<sup>33</sup>

Mesmo que o artigo 5º, *caput*, da Constituição Cidadã, preveja a isonomia de tratamento entre homens e mulheres ao asseverar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, bem como em seu inciso I preleciona que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, a iniciar pelos prazos concedidos de licenças maternidade e paternidade fica claramente demonstrado o desencontro de propósitos do legislador.

Evidentemente que se observa a existência de opiniões divergentes, na medida em que muitos entendem que há a necessidade de tratar com igualdade os iguais e com desigualdade os desiguais, justificando-se aí das diferenças, a partir das questões biológicas. Para estes, aquela que concebe tem a necessidade de um período maior de afastamento das atividades laborais, para a recuperação do parto e os cuidados com o filho, o que não

31 FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

32 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

33 VERUCCI, Florisa. *A mulher e o direito*. São Paulo: Novel, 1987. p. 37.

poderia ser feito pelo sexo masculino, que não amamenta, por exemplo. Contudo, analisados a licença-maternidade concedida à mãe adotiva, ou o caso do pai que acaba pleiteando a licença em caso de falecimento da mãe no parto, o entendimento passa a ser superável. Percebe-se que o foco da proteção, por fim, dá-se ao recém-nascido e não aos progenitores.

Logo, ao analisarmos que o homem e a mulher estão em idêntica situação ao conceberem uma criança – a de pais – e que, conforme art. 5º, caput, e inciso I, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, e também que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, a desconformidade trazida pelo ordenamento jurídico brasileiro no que tange aos prazos concedidos às licenças maternidade e paternidade viola o princípio da isonomia, bem como o instituto da família.

O Constituinte, preocupado em assegurar de modo efetivo a igualdade, estabeleceu que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal devem ser exercidos igualmente entre homens e mulheres (art. 226, § 5º). Deste modo, os atos, no âmbito familiar, podem ser praticados tanto pelo homem quanto pela mulher, sendo inconstitucional qualquer tratamento em benefício de um dos cônjuges.<sup>34</sup>

Avaliando-se a legislação infraconstitucional e especialmente o aspecto operacional e econômico da questão, a “injustiça” é evidenciada na legislação previdenciária. Isto porque, após a sanção da Lei 12.873/13 foi concedido ao pai adotivo o direito da licença-paternidade equiparada à licença-maternidade, ou seja, de 120 dias, sendo que ao pai biológico não é dado igual direito, eis que a licença-paternidade ainda está pendente de regulamentação legal formal. Entretanto, se o custeio – considerando o caráter contributivo e solidário da Previdência Social – é igual para homens e mulheres, inexistindo diferença de alíquotas com base no critério do sexo, e se as mulheres possuem a garantia de remuneração integral durante o período de licença-maternidade, a equiparação seria a medida de mais absoluta justiça pois representaria tratamento isonômico real entre os sexos.

Resta evidenciado que a licença-paternidade hoje vigente no Brasil, tão curta, é certamente um dos grandes problemas para que o homem exerça a paternidade efetiva. E fica claro que a legislação é que coloca a mulher no lugar da cuidadora, reforçando estereótipos, o malfadado sexismo e a discriminação no mercado de trabalho.

Por fim, acaba por sonegar à criança o direito ao convívio com o genitor, na construção da sua primeira infância e, por fim, em uma análise interseccional, fomenta a desigualdade entre gêneros, contribuindo para que a mulher fique à mercê de oportunidades para a obtenção de melhores condições de vida.

## 8 CONCLUSÃO

Ao longo da história as mulheres têm enfrentado os mais diversos desafios, sendo duramente penalizadas no mercado de trabalho, com menores salários, ausência de direitos e sobrecarga com a criação dos filhos

34 FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

e tarefas domésticas. Ao que parece, as mulheres ainda precisam escolher entre a maternidade e a realização profissional, como se optar por ambos fosse algo incompatível, como explica Pierre Bourdieu<sup>35</sup>:

A verdade das relações estruturais de dominação sexual se deixa realmente entrever a partir do momento em que observamos, porexemplo, que as mulheres que atingiram os mais altos cargos (chefe, diretora em um ministério et.) têm que “pagar”, de certo modo, por estesucesso profissional com um menor “sucesso” na ordem doméstica (divórcio, casamento tardio, celibato, dificuldades ou fracassos com osfilhos, etc.) e na economia de bens simbólicos [...].

No presente trabalho, verificou-se que a pandemia da Covid-19 intensificou esta realidade injusta, afastando percentual significativo de mulheres do mercado de trabalho e dificultando seu retorno, enquanto criava vagas para homens.

A legislação brasileira evoluiu de forma importante, tendo na Constituição Federal de 1988 assegurado inclusive a isonomia entre os gêneros, prevista em seu artigo 5º.

Todavia, ao passo que alguns dispositivos constitucionais ressaltam o direito à igualdade e à família, questões primordiais, como uma efetiva equiparação entre a maternidade e a paternidade, pendente de regulamentação, mantém, na via transversa, a mulher na condição de cuidadora, endossando o sexismo, gerando mais discriminação às mulheres no mercado de trabalho. Seja porque, no caso específico tratado neste artigo, os prazos das licenças maternidade e paternidade são desiguais, seja porque não são necessariamente remunerados, seja porque não são compulsórios.

A Lei Federal nº 11.770/08, que institui o programa empresa cidadã, parece-nos igualmente ineficaz e, em verdade, acaba por impor uma desigualdade inaceitável, pois privilegia uma partedas mulheres, as empregadas mais bem remuneradas que trabalham em grandes empresas ou são servidoras da Administração Pública.

Exemplos bem-sucedidos, como na Espanha, que equiparou as licenças maternidade e paternidade e totalmente remuneradas, colocam mulher e homem em condições de igualdade, pois a empresa deverá necessariamente conceder a licença parental a ambos os genitores. Na prática, há uma igualdade substancial, que corresponde ao patamar mínimo civilizatório e solidifica-se mediante a consecução da igualdade de oportunidades e da redução das desigualdades. O resultado será certamente a efetivação da justiça social e da democracia.

Portanto, ainda que a [Constituição Federal de 1988](#) tenha significado um importante marco para a transição democrática brasileira e a construção de uma sociedade mais igualitária, é necessária a reformulação na legislação infraconstitucional, assim como a urgente regulamentação da licença-paternidade no Brasil, para que a isonomia entre os gêneros seja efetivamente alcançada e a plena cidadania exercida por todas e todos.

35 BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Tradução: Maria Helena Küher. Rio de Janeiro: Bertrand, 2012.

## REFERÊNCIAS

- BARRETO, Ana Cristina Teixeira. Carta de 1988 é um marco contra discriminação. **ConJur: Consultor Jurídico**, 5 nov. 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: fatos e mitos**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1960.
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução: Maria Helena Küher. Rio de Janeiro: Bertrand, 2012.
- BRASIL. **Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008**. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Diário Oficial da União, Brasília, 10 set. 2008. S. 1, p. 1. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm). Acesso em: 28 nov. 2021.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CARVALHO, S. S. D. **Os efeitos da licença maternidade sobre salário e emprego da mulher no Brasil**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2005.
- CHILE. **Ley 20545, de 17 de outubro de 2011**. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1030936>. Acesso em: 09 jan. 2021.
- CISNE, Mirla. **Feminismo e consciência de classe no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2014.
- ESTADO DE MINAS INTERNACIONAL. **Mulheres no coração do esforço de guerra durante o primeiro conflito mundial**. 28 jun. 2014. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2014/06/28/interna\\_internacional,542499/mulheres-no-coracao-do-esforco-de-guerra-durante-o-primeiro-conflito-mundial.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2014/06/28/interna_internacional,542499/mulheres-no-coracao-do-esforco-de-guerra-durante-o-primeiro-conflito-mundial.shtml). Acesso em: 28 nov. 2021.
- FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- KERN, Ricardo Alessandro. Reflexos da Lei nº 11.770/08 sobre o salário-maternidade das seguradas do Regime Geral da Previdência Social – RGPS à luz do postulado fundamental da isonomia. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 60, abr. 2014. Disponível em: [https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao060/Ricardo\\_Kern.html](https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao060/Ricardo_Kern.html). Acesso em: 28 nov. 2021.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Gênero, discriminação e tráfico internacional de mulheres**. Estudos sobre a efetivação do direito na atualidade: a cidadania em debate. Organizadora: Lília Maia de Moraes Sales. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2006.
- MELO, Claudia Virginia Brito de. **Proteção à maternidade e licença parental no mundo**. Estudo Técnico, jul. 2029. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/38219/protecaomaternidade\\_licen%C3%A7a%7Aparental\\_melo.pdf?sequence=1](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/38219/protecaomaternidade_licen%C3%A7a%7Aparental_melo.pdf?sequence=1). Acesso em: 28 nov. 2021.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Trabalho e família : rumo a novas formas de conciliação com responsabilidade social**. Organização Internacional do Trabalho. – Brasília: OIT, 2009. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS\\_233473/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_233473/lang--pt/index.htm). Acesso em: 28 nov. 2021.
- PIRES, Roberto Rocha C. **Os efeitos sobre grupos sociais e territórios vulnerabilizados das medidas de enfrentamento à crise sanitária da Covid-19: propostas para o aperfeiçoamento da ação pública**. Nota Técnica, 33. abr. 2020. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/200408\\_notat\\_tenica\\_diest.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200408_notat_tenica_diest.pdf). Acesso em: 28 nov. 2021.
- RESENDE, Thiago. Retomada de empregos com carteira assinada prioriza contratação de homens. **Folha de S. Paulo**, 5 jan. 2021. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/01/retomada-de-empregos-com-carteira-assinada-prioriza-contratacao-de-homens.shtml>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- SÁ, Ana Paula Suitsu de. A questão da igualdade de gênero nas constituições brasileiras. **Âmbito Jurídico**, 1 nov. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-questao-da-igualdade-de-genero-nas-constituicoes-brasileiras/>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- SALDAÑA, Cristina. Espanha equipara licença paternidade e maternidade, e avança na igualdade de gênero. **El País**, 01 jan. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-01-01/espanha-equipara-licenca-paternidade-e-maternidade-e-avanca-na-igualdade-de-genero.html>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- VERUCCI, Florisa. **A mulher e o direito**. São Paulo: Novel, 1987.
- WATANABE, Phillippe. OMS declara pandemia do novo coronavírus Sars-Cov-2. **Folha de S. Paulo**, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibriosaude/2020/03/oms-declara-pandemia-do-novo-coronavirus.shtml>. Acesso em: 28 nov. 2021.

WIKIPÉDIA – A enciclopédia livre. **Licença parental**. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Licen%C3%A7a\\_parental](https://pt.wikipedia.org/wiki/Licen%C3%A7a_parental). Acesso em: 28 nov. 2021.

WIKIPÉDIA – A enciclopédia livre. **Maria Bochkareva**. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Maria\\_Bochkareva](https://pt.wikipedia.org/wiki/Maria_Bochkareva). Acesso em: 28 nov. 2021.

# CAPÍTULO 11

## A EDUCAÇÃO PARA O ACESSO À JUSTIÇA PELAS MULHERES: DA IDENTIFICAÇÃO DE DIREITOS A SUA EFETIVIDADE

Adriana Silva Maillart

Sílvia Andréia Vasconcelos

### INTRODUÇÃO

Tendo-se ciência da complexidade de fatores que cerceiam o acesso à Justiça, este artigo tem por escopo a análise de um deles: a falta de acesso à orientação jurídica como barreira para alcançar o efetivo acesso à Justiça pelo gênero feminino. Para tanto, adotando-se o método dedutivo de abordagem e a revisão bibliográfica e documental como técnica de pesquisa, este artigo abordará as nuances do princípio do Acesso à Justiça e suas interpretações; as dificuldades de identificação de direitos e as barreiras para a obtenção do efetivo acesso à justiça pelas mulheres; e, objetivando auxiliar neste processo de educação para os direitos, apontará alguns projetos que permitam a ampliação do acesso à justiça pelas mulheres no Brasil.

Verificou-se, no momento do levantamento de dados e de pesquisas bibliográficas, que o tema acesso à Justiça e mulheres é majoritariamente relacionado à violência de gênero, olvidando-se, por vezes, de outras variáveis, tais como, renda, informação, orientação sexual, raça, escolarização, acesso ao trabalho, que poderiam impactar no nível de acesso à Justiça pelas mulheres. Neste estudo dar-se-á ênfase à falta de reconhecimento de direitos como aspecto que pode impactar referido acesso.

Assim, este capítulo analisa o acesso à Justiça para além da violência de gênero; tendo como premissa de que o acesso à Justiça é um direito humano e fundamental e depende da remoção de obstáculos econômicos, sociais, políticos, culturais e burocráticos para que haja a sua viabilização. Outrossim, que o acesso à Justiça não corresponde apenas à ideia de acesso ao Poder Judiciário, mas a uma gama de direitos e garantias que vão deste o reconhecimento do direito e a sua instrução até a escolha por um meio adequado de jurisdição, garantindo, por sua vez, o tratamento adequado do conflito.

### 1 DIMENSIONANDO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à Justiça é um direito humano que teve como marco de acontecimento a Declaração de Direitos Humanos, que determinou o reconhecimento dos *direitos e deveres sociais* dos governos, comunidades, asso-



ciações e indivíduos (Cappelletti; Garth, 1988, p. 10). Reflexo dessa garantia encontra-se exposta também na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF), que “é pródiga em exemplos de preceitos demonstradores de intenção de favorecer o acesso de todos os homens ao benefício da justiça”, como observa José Renato Nalini (2000, p. 42).

Essas garantias podem ser encontradas ao longo de toda a Constituição, como por exemplo, no art. 1º, III, ao dispor como fundamento da República a dignidade da pessoa humana; no art. 3º, que enuncia como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização e promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; e entre vários outros dispositivos encontrados ao longo do art. 5º<sup>1</sup>, mas tendo como sua principal materialização no seu inciso XXXV ao determinar que “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Durante algum tempo, a previsão do art. 5º, XXXV da CF foi denominada de princípio da inafastabilidade de jurisdição, sendo associada à ideia de que o judiciário seria ente exclusivo para conhecer de questões onde houvesse a lesão ou ameaça a direito. Entretanto, tal concepção, demonstrando que o Direito não é estanque e evolui com a sociedade, foi ultrapassada, de tal forma que, no momento atual, este princípio é conhecido como o princípio de acesso à justiça<sup>2</sup> e associado a uma gama de garantias de assegurar a Justiça, com letra maiúscula, e não apenas o acesso aos tribunais do sistema judiciário.

Além do mais, se nos Séculos XVIII e XIX, o acesso à justiça correspondia ao direito formal que possuíam as pessoas de reclamar perante o Judiciário, o que trazia como necessidade de recursos viáveis para acessar aos Tribunais. Não sendo preocupação do Estado, “a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9). Atualmente, prima-se pela tentativa de que “o sistema deve ser igualmente acessível a todos” e que possa produzir “resultados que sejam individual e socialmente justos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8). O acesso à Justiça, portanto, pode ser considerado o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário, podendo ser considerado o mais básico dos direitos humanos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

Na visão desta pesquisa, acesso à Justiça compreende não só o acesso ao Judiciário<sup>3</sup>, mas há outros valores e direitos do ser humano, sendo importante para a viabilização deste acesso, a remoção de obstáculos eco-

1 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 espelhou e ampliou todos os direitos civis e políticos estendendo uma ampla cidadania em relação ao gênero feminino. Introduziu em seu texto muitas das reivindicações dos movimentos das mulheres, tais como: O artigo 5º trata da “igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres”. Já no artigo 226, o parágrafo 5º abarca o princípio da igualdade para as relações familiares. No parágrafo 8º deixa claro em relação à violência dos membros daquele clã familiar, “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.” A Constituição Federal de 1988 inovou ao trazer a concepção de família ao reconhecer as uniões de fato entre homens e mulheres. Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a união estável homoafetiva trazendo o afeto como valor jurídico e o Direito à busca da felicidade. Mudanças constitucionais em relação à família e à violência doméstica foram admitidas graças a muitas alterações em legislações infraconstitucionais a partir dos anos de 2000.

2 Este princípio foi conhecido ao longo do tempo como o princípio da inafastabilidade de jurisdição, mas, a partir de 2001, com o caso MBV x Resil, o art. 5, XXXV da CF passou a ser reconhecido como o princípio do acesso à Justiça.

3 Hoje a ideia de acesso à Justiça, como aponta Rodrigues (1994, p. 28), possui dois sentidos fundamentais. O primeiro dá ao significante “Justiça” o mesmo sentido e conteúdo que o de “Poder Judiciário”, tornando sinônimas as expressões “acesso à Justiça” e “acesso a esse poder”. O segundo, por sua vez, de acordo com uma visão axiológica, “compreende o acesso a ela [Justiça] como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano”.

nômicos, sociais, políticos, culturais e burocráticos e a criação de meios práticos para torná-lo efetivo<sup>4</sup>. Neste sentido, o Regimento Geral n. 33 sobre acesso das mulheres à justiça dispõe que: “o direito de acesso à justiça é multidimensional. Abarca a justiciabilidade, disponibilidade, acessibilidade, boa qualidade, provisão de remédios para as vítimas e a prestação de contas dos sistemas de justiça” (ONU, CEDAW/C/CG/33, 2020).

Para este trabalho, o direito de acesso à Justiça perpassa, primeiramente, pelo reconhecimento de direitos e das formas de assegurá-lo e não apenas ao acesso aos tribunais, propriamente dito. Entendendo-se que a educação para o acesso à justiça é um elemento chave para a garantia deste princípio humano e fundamental, principalmente no que diz respeito às questões de gênero. Pois, como aponta a defensora pública Kênia Martins, “acessar a justiça é ter acesso a direitos, à educação sobre direitos, é ter efetividade na garantia desses direitos” (DEFENSORIA PÚBLICA DE TOCANTINS, 2020).

Orientação esta também prevista no Plano Mundial de Ação para a Educação em prol dos Direitos Humanos e da Democracia, adotado em março de 1993 pelo Congresso Internacional sobre a Educação em prol dos Direitos Humanos e da Democracia da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (e em outros instrumentos de direitos humanos, como as determinadas pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos), que recomenda aos Estados que desenvolvam programas e estratégias visando especificamente a ampliar ao máximo a educação em direitos humanos e a divulgação de informações públicas nessa área, enfatizando particularmente os direitos humanos da mulher. (ONU, 1993).

Como observar-se-á a seguir, dados demonstram que a desigualdade de gênero ainda é uma realidade brasileira e que o acesso à Justiça também perpassa pela necessidade da “educação em direitos e pela conscientização de que enquanto mulheres precisam reconhecer-se nessa condição de desigualdade para lutar pela efetividade desses direitos” (Defensoria Pública de Tocantins, 2020).

## **2 O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA SOB O VIÉS DO UNIVERSO FEMININO E AS BARREIRAS QUE O CERCEIAM**

No que diz respeito à situação de acesso à Justiça em relação ao gênero, tem-se assegurado em vários dispositivos internos e internacionais a igualdade de direitos, obrigações e, conseqüentemente, de garantias de acesso à Justiça entre homens e mulheres.

Dentre os dispositivos internacionais que consagram esta igualdade de gênero pode-se citar: a Carta das Nações Unidas (1945); Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Convenção Interamericana Sobre a Concessão dos Direitos Cíveis à Mulher (1948)<sup>5</sup>; Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1953)<sup>6</sup>;

<sup>4</sup> Acesso à Justiça compreende, portanto, o reconhecimento dos direitos por parte dos seus titulares; a facilidade ao acesso a tribunais que julguem de maneira célere e competente os litígios levados ao seu conhecimento; a proteção de minorias e dos direitos difusos, que deve ser disponibilizado a todos os cidadãos; e a opção de escolha pela jurisdição que acredite ser mais adequada, quando haja esta possibilidade. (SILVA, 2005, p. 121)

<sup>5</sup> Outorga às mulheres os mesmos direitos civis de que gozam os homens. Promulgada no Brasil por meio do decreto no. 31.643, de 23 de outubro de 1952.

<sup>6</sup> Determina o direito ao voto em igualdade de condições para mulheres e homens, bem como a elegibilidade das mulheres para todos os organismos públicos em eleição e a possibilidade, para as mulheres, de ocupar todos os postos públicos e de exercer todas as funções públicas estabelecidas pela legislação nacional. A convenção foi aprovada pelo

Convenção da OIT no. 100 (1951)<sup>7</sup>, Convenção da OIT no. 103 (1952)<sup>8</sup>, Convenção da OIT no. 111 (1958)<sup>9</sup>; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial – CERD (1966)<sup>10</sup>; Convenção Americana de Direitos Humanos, São José (1969)<sup>11</sup>; I Conferência Mundial sobre a Mulher (Cidade do México, 1975)<sup>12</sup>; Convenção Para Eliminar Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher – CEDAW (1979)<sup>13</sup>; II Conferência Mundial sobre a Mulher (Copenhague, 1980)<sup>14</sup>; III Conferência Mundial Sobre a Mulher (Nairóbi, 1985)<sup>15</sup>; Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio, 92)<sup>16</sup>; II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)<sup>17</sup>; III Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Cairo, 94)<sup>18</sup>; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1994); IV Conferência Mundial sobre a Mulher (Beijing, 95)<sup>19</sup>; Declaração do Milênio (2000)<sup>20</sup> e Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável (2015).

Estes dispositivos internacionais de proteção dos direitos das mulheres procuram, ao menos de maneira formal, assegurar que homens e mulheres são iguais perante a lei e deveriam possuir as mesmas condições de desenvolver todo seu potencial humano. Porém, a necessidade de dispositivos específicos para frisar que há a necessidade de manutenção da igualdade também demonstra que a sociedade, como um todo, não possibilita

Brasil em 20 de novembro de 1955, por meio do decreto legislativo no. 123. Sua promulgação ocorreu em 12 de setembro de 1963, pelo decreto no. 52.476.

7 Dispõe sobre igualdade de remuneração. Ratificada pelo Brasil em 1957. Considerada uma convenção fundamental pela OIT, o que significa que deve ser ratificada e aplicada por todos os Estados Membros da Organização. Promulgada em 25/06/1957, por meio do Decreto no. 41.721.

8 Dispõe sobre o amparo materno. Ratificada pelo Brasil em 1965. Promulgada em 14/07/1966, por meio do Decreto no. 58820.

9 Dispõe sobre a discriminação em matéria de Emprego e Profissão. Ratificada pelo Brasil em 1965.

10 Promulgada pelo Brasil em 8 de dezembro de 1969, por meio do decreto no. 65.810. Em 12 de junho de 2003, por meio do decreto no. 4.738, o Congresso Nacional Brasileiro promulgou a Declaração Facultativa prevista no artigo 14 da Convenção, reconhecendo a competência do Comitê Internacional para a Eliminação da Discriminação Racial para receber e analisar denúncias de violação dos direitos humanos previstos na CERD.

11 Promulgada por meio do decreto no. 678, em 6 de novembro de 1992.

12 Reconheceu o direito da mulher à integridade física, inclusive a autonomia de decisão sobre o próprio corpo e o direito à maternidade opcional. No contexto da Conferência, foi declarado o período de 1975-1985 como “Década da Mulher”.

13 Promulgada por meio do decreto no. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Em 06 de outubro de 1999, foi adotado, em Nova York, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. O protocolo determina a atuação e define as competências do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher na recepção e análise das comunicações recebidas dos Estados Partes. O protocolo foi aprovado pelo Brasil em 06 de junho de 2002, por meio do decreto legislativo no. 107. Sua promulgação se deu em 30 de julho de 2002, por meio do decreto no. 4.316.

14 Conferência avaliativa dos progressos ocorridos nos primeiros cinco anos da Década da Mulher e o Instituto Internacional de Pesquisa e Treinamento para a Promoção da Mulher (INSTRAW) é convertido em um organismo autônomo no sistema das Nações Unidas.

15 Aprovação de estratégias de aplicação voltadas para o progresso da mulher. O Fundo de Contribuições Voluntárias das Nações Unidas para a Década da Mulher é convertido no Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM).

16 A Agenda 21 dispõe no art. 24: “Pede-se urgência aos Governos para que ratifiquem todas as convenções pertinentes relativas à mulher, se já não o fizeram. Os que ratificaram as convenções devem fazer com que sejam cumpridas e estabelecer procedimentos jurídicos, constitucionais e administrativos para transformar os direitos reconhecidos em leis nacionais e devem tomar medidas para implementá-los, a fim de fortalecer a capacidade jurídica da mulher de participar plenamente e em condições de igualdade nas questões e decisões relativas ao desenvolvimento sustentável.” – art. 24.4

17 Inclusão do art. 18: “Os direitos do homem, das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A participação plena e igual das mulheres na vida política, civil, econômica, social e cultural, em nível nacional, regional e internacional, e a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo constituem objetivos prioritários da comunidade internacional”

18 Aponta como um de seus objetivos “alcançar a igualdade e a justiça com base em uma parceria harmoniosa entre homens e mulheres, capacitando as mulheres para realizarem todo o seu potencial”.

19 Trata sobre a Igualdade, Desenvolvimento e Paz” e instaura uma nova agenda de reivindicações: além dos direitos, as mulheres reclamam a efetivação dos compromissos políticos assumidos pelos governos em conferências internacionais por meio do estabelecimento de políticas públicas. Foi assinada pelo Brasil em 1995.

20 Tem como objetivo promover o desenvolvimento global com base nas políticas de valores defendidos pela Declaração dos Direitos Humanos. Suas expectativas almejam paz, segurança, desarmamento, erradicação da pobreza, proteção dos vulneráveis e reforço das Nações Unidas. Com a assinatura do Documento, foram estabelecidas as Oito Metas do Milênio. Entre elas estão: promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; melhorar a saúde materna; combater o HIV/Aids, a malária e outras doenças; estabelecer uma parceria mundial para o Desenvolvimento.

com que a mulher seja tratada de igual para igual em nível de gênero, sendo considerada ainda, em alguns países, como um mamífero, não tendo reconhecido o seu status de humano<sup>21</sup>.

De maneira recorrente, estes dispositivos internacionais frisam a necessidade da igualdade de gênero, como é o caso da Agenda 2030 da ONU, que traça 17 objetivos para garantir o desenvolvimento sustentável. O objetivo 5 é reservado à igualdade de gênero, visando alcançar esta igualdade e empoderar<sup>22</sup> todas as mulheres e meninas e tendo como uma de suas metas: “adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas, em todos os níveis” (ONU, Objetivo 5: igualdade de gênero). Vale ressaltar, que nosso ordenamento maior também proclama no seu art. 5, I que, “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Entretanto, apesar de dispositivos legais que formalmente viabilizariam a igualdade de tratamento entre homens e mulheres, o Comitê para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulheres, no seu Regimento Geral n. 33 sobre acesso das mulheres à justiça, identificou alguns fatores que impedem o acesso das mulheres à justiça:

a) a concentração de tribunais e órgãos quase judiciais nas principais cidades e sua não disponibilidade em regiões rurais e remotas; b) o tempo e dinheiro necessários para acessá-los; c) a complexidade dos procedimentos; d) as barreiras físicas para as mulheres com deficiências; e) **a falta de acesso à orientação jurídica de alta qualidade e competente em matéria de gênero**, incluindo a assistência jurídica, bem como as deficiências na qualidade dos sistemas de justiça (por exemplo, decisões ou julgamentos insensíveis a gênero devido à falta de formação, à demora e à duração excessiva dos procedimentos, à corrupção etc.) (ONU/CEDAW/C/CG/33, 2020, p. 6, grifo nosso).

No Brasil, embora a legislação tente disciplinar a garantia de igualdade entre homens e mulheres, ela está longe de ser alcançada. Estudo do IBGE (Mulheres brasileiras na educação e no trabalho, 2020) em relação ao papel da mulher na sociedade brasileira indica que, em pleno Século XXI, as mulheres recebem cerca de  $\frac{3}{4}$  a menos de salário do que os homens para desenvolverem as mesmas atividades, simplesmente pelo fator de gênero<sup>23</sup>. Que mesmo atingindo um nível de estudo mais elevado que os homens (homens de uma faixa etária de 25 ou mais tem curso superior de 13,5%, enquanto as mulheres na mesma faixa etária têm 16,9%), trabalhando muito mais tempo fora e dentro de casa (homens dedicam uma média de 10h30 semanais para afazeres domésticos e cuidados com outras pessoas, enquanto as mulheres dedicam 18 horas semanais), ainda sofrem desvalorizações.

Outro indicador importante diz respeito à proporção de ocupados em trabalho por tempo parcial, por sexo, que demonstra um percentual mais elevado de mulheres que trabalha em período parcial, de até 30 ho-

21 Em 2017, cientistas muçulmanos sauditas concluíram que a mulher é um mamífero, o que foi comemorado pelas mulheres daquela sociedade, pois até então, naquela região, elas eram consideradas objeto, como um aparelho que fazia parte da casa. (CAPRA; OLIVEIRA, 2020).

22 Na língua inglesa, o termo “*Empowerment*” denomina-se o ato de autoridade ou poder dado a alguém para fazer algo, chegando ao Brasil a tradução para a expressão empoderar, significando conceder poder ou conseguir poder; obter mais poder.

23 Como aponta Amartya Sen (2001, p. 190), “embora os níveis salariais e de remuneração relativa ao sexo na maioria das sociedades, existem muitas outras esferas de benefícios diferenciais, p. ex., na divisão do trabalho dentro da família, na extensão da assistência ou educação recebidas, nas liberdades que se permitem a diferentes membros desfrutar”.

ras, quando comparado com os homens, isto porque as mulheres que necessitam conciliar trabalho remunerado com os afazeres domésticos e cuidados, em muitos casos acabam por trabalhar em ocupações com carga horária reduzida (IBGE, 2018, p. 4).

Outro ponto importante sobre a desigualdade de gênero, diz respeito à participação das mulheres na vida política. No cenário internacional, o Brasil ocupava, em dezembro de 2017, a 152ª posição entre os 190 países que informaram à Inter-Parliamentary Union – IPU19, pois as mulheres detinham apenas 10,5% das cadeiras do Congresso<sup>24</sup>, obtendo o pior resultado entre os países sul-americanos. “Outro indicador do CMIG que monitora a participação das mulheres na vida política do país é a participação de mulheres nos cargos ministeriais do governo (CMIG 43). Em 13.12.2017, dos 28 ministros de Estado, apenas dois eram mulheres, o que representava 7,1%” (IBGE, 2018, p. 9-10).

Ainda na seara da vida pública e tomada de decisão, outro indicador levado em consideração é a proporção de policiais mulheres. Segundo as informações da Estadic 2014, as mulheres representavam 13,4% do efetivo ativo das polícias militares e civis das Unidades da Federação, em 31.12.2013 (IBGE, 2018, p. 9-10).

No âmbito da violência, os dados são alarmantes. Apenas no estado de São Paulo, por exemplo, foram registradas 10.495 ocorrências em relação a homicídio doloso e estupro tendo como vítima mulheres no ano de 2020 (dados registrados entre os meses de janeiro e agosto do corrente ano) (SÃO PAULO (ESTADO)). Dados estes reforçados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD), que é composto por 36 nações, e que indica que, em 2015, a taxa de feminicídio no Brasil é maior do que qualquer outro Estado que faz parte da OECD, ressaltando ainda que o estado de Roraima lidera a lista com mais que o dobro de casos de homicídios (GUSTAFSON, 2019).

Dados recentes demonstram, ainda, que quase 68% dos feminicídios ocorridos no Brasil são contra mulheres negras, pois constituem o grupo mais atingido por estes crimes (CERQUEIRA; BUENO; ALVES *et al.* 2020, p. 37). O fator cor ou raça, infelizmente, também é um fator preponderante na desvantagem educacional, havendo considerável desigualdade neste quesito entre mulheres brancas e mulheres pretas e pardas (IBGE, 2018, p. 7).

Isto indica que a questão da cor potencializa a discriminação de gênero, aumentando o grau de vulnerabilidade da mulher e demonstra a necessidade urgente do desenvolvimento de políticas públicas relacionadas às questões de gênero e à problemática racial na sociedade brasileira.

Repisasse que, na visão desta pesquisa, para que a mulher atinja o efetivo acesso à justiça, é necessário que ela seja educada para reconhecer seus direitos e reconhecer-se como protagonista de suas vidas, assumindo a luta pela equidade de gênero e reconhecendo que o papel social estereotipado da mulher prejudica

<sup>24</sup> “Apesar da existência de cotas, em 20.12.2017, o percentual de cadeiras ocupadas por mulheres em exercício no Congresso Nacional era de 11,3%. No Senado Federal, composto por eleições majoritárias, 16,0% dos senadores eram mulheres e, na Câmara dos Deputados, composta por eleições proporcionais, apenas 10,5% dos deputados federais eram mulheres. Paraíba, Sergipe e Mato Grosso não tinham nenhuma mulher exercendo o cargo de deputada federal na data”. (IBGE, 2018, p. 9)

a efetividade de seus direitos e, conseqüentemente, a como acessá-los e assegurá-los. Pois como bem aponta o Atlas da Violência 2018 (CERQUEIRA; LIMA, *et al.* 2018, p. 47), em relação ao caso de feminicídio,

[...] a mulher que se torna uma vítima fatal muitas vezes já foi vítima de uma série de outras violências de gênero, por exemplo: violência psicológica, patrimonial, física ou sexual. Ou seja, muitas mortes poderiam ser evitadas, impedindo o desfecho fatal, caso as mulheres tivessem tido opções concretas e apoio para conseguir sair de um ciclo de violência.

A educação para reconhecer direitos e de como assegurar o acesso à justiça são essenciais para reverter esta situação de desigualdade de gênero, pois a educação, por si só, é acompanhada de princípios e valores éticos e morais que buscam nortear as pessoas em seus processos de desenvolvimento. A educação procura transformar o desenvolvimento social afim de construir uma sociedade livre, justa e solidária como a própria Constituição da República Federativa do Brasil traz como objetivos fundamentais.

Para Rabinow e Dreyfus (1995), “o poder só exerce sobre ‘sujeitos livres’, enquanto ‘livres’ – entende-se por isso sujeitos individuais ou coletivos que têm diante de si um campo de possibilidades onde diversas condutas, diversas reações e diversos modos de comportamento podem acontecer”.

Nessa concepção, somente as pessoas livres têm o poder de criar possibilidades infinitas nas suas vidas, assim, o conhecimento/a educação liberta os indivíduos da ignorância e da submissão e, em relação às mulheres, coaduna com o processo de evolução e fortalecimento de mecanismos de empoderamento social. Com o intuito de corroborar para a educação para o acesso à Justiça, o próximo tópico trata de projetos implementados no Brasil com o intuito de auxiliar na implementação este acesso pelas mulheres.

### **3 IDENTIFICANDO PROJETOS QUE VIABILIZAM O ACESSO À JUSTIÇA PELAS MULHERES NO BRASIL**

Ao se analisar o decurso dos tempos, a sociedade mundial vivenciou cenários de transformações sociais, os quais tornaram as mulheres protagonistas na luta de direitos individuais e coletivos, evidenciando comportamentos de ruptura e de busca por ideais de necessidade como integrante ativo da sociedade.

Como exemplos destes momentos, pode-se citar os movimentos sociais políticos, feministas, raciais e de orientações sexuais que aumentam o seu diapasão na sociedade do conhecimento, mas sem sombras de dúvidas com a forte influência da efetividade da acessibilidade e na celeridade das informações por via digital, atualmente. Entretanto, a via digital também atua em sentido contrário, propagando práticas imorais, de preconceitos e incitando a desvalorização e a violência contra mulheres. O que acaba ultrapassando a tela do computador e se materializando na vida real, como se pode observar nos dados de violência mencionados anteriormente. Torna-se primordial dentro deste círculo vicioso de exclusão, desigualdade e violência que a mulher tenha ciência de seus direitos, sabendo reconhecê-los e como assegurá-los. Para tanto, serão citados a seguir alguns projetos e

instituições que executam este papel de informação e acolhimento das mulheres, permitindo o empoderamento feminino e a proteção e o asseguramento dos direitos previstos em dispositivos internacionais e internos.

1) Defensoria Pública da Mulher – (NUDEM – Núcleo de Promoção e Defesa de Direito da Mulher) é setor especializado na prestação de assistência jurídica, integral e gratuita, atuando na garantia de direitos e garantias fundamentais, especialmente de mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Ela possui representação em vários estados federativos<sup>25</sup> e é um “órgão do Estado, responsável pela defesa das cidadãs que não possuem condições econômicas de ter advogado contratado por seus próprios meios. Possibilitam a ampliação do acesso à Justiça, bem como, a garantia às mulheres de orientação jurídica adequada e de acompanhamento de seus processos” (BRASIL. SENADO FEDERAL).

2) A **Delegacia de Defesa da Mulher** (DEAMs), conhecida popularmente como a Delegacia da Mulher, foi inaugurada no Brasil a sua primeira unidade em 1985 no estado de São Paulo, desde então, encontramos nos 26 estados da federação e no Distrito Federal Delegacias para Mulheres (BIROL, 2013). O IBGE informou que 91,7% dos municípios não têm delegacias das mulheres, e que são apenas 8,3% que dispõem desses atendimentos, o que corresponderia a 400 DEAMs no território nacional, com sua maior concentração na Região Sudeste (AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS, 2019).

3) O **Projecto Acesso à justiça para mulheres em situação de violência**: Estudo comparativo das Delegacias da Mulher na América Latina (Brasil, Ecuador, Nicarágua, Peru)<sup>26</sup>. Analisando seus dados, verifica-se que as Delegacias surgem de dois contextos históricos, o primeiro refere-se a expansão dos movimentos feministas e de mulheres chamada de “segunda onda” no início dos anos 70; e o segundo, a transição dos governos militares para o civil, com a abertura política para a redemocratização do Estado.

4) **Casas-abrigo para mulheres** em situação de violência doméstica é um serviço de Acolhimento Institucional para mulheres em situação de violência doméstica e familiar sob risco de morte (acompanhadas ou não de seus filhos/as). (Resolução CNAS nº 109/2009). Constitui-se um serviço público, de longa duração (de 90 a 180 dias) e, em geral, sigiloso. Tem como objetivo garantir a integridade física e emocional das mulheres e auxiliar no processo de reorganização da vida das mulheres e no resgate de sua autoestima (BRASIL, 2011, p. 22).

5) Casas de Acolhimento Provisório são serviços de abrigamento temporário de curta duração (até 15 dias), não sigilosos, para mulheres em situação de violência, acompanhadas ou não de seus filhos, que não correm risco iminente de morte. Vale destacar que as Casas de Acolhimento Provisório não se restringem ao atendi-

25 O Nudem está presente em vários estados, entretanto, percebe-se a dificuldade de encontrar informações consistentes a respeito do Núcleo, pois cada estado federativo mantém um site e fazendo pequenas modificações na nomenclatura do Núcleo, mas com a mesma abreviatura.

26 Maiores informações vide: <https://www.endvavnow.org/uploads/browser/files/MAPEO%20Portuguese.pdf>. – JUBB, Nadine *et al.* **Mapeamento regional das delegacias da mulher a América Latina**: projeto Acesso à justiça para mulheres em situação de violência: estudo comparativo das delegacias da mulher na América Latina [(Brasil, Equador, Nicarágua, Peru)]. Quito, Equador, 2008. Disponível em: <https://www.endvavnow.org/uploads/browser/files/MAPEO%20Portuguese.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.

mento de mulheres em situação de violência doméstica e familiar, devendo acolher também mulheres que sofrem outros tipos de violência, em especial vítimas do tráfico de mulheres. (BRASIL. SENADO FEDERAL.)

6) Os **Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher** são órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal que poderão ser criados pela União (no Distrito Federal e nos Territórios) e pelos Estados para o processo, julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Segundo a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que prevê a criação dos Juizados, esses poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e da saúde. Estes juizados ou varas especializadas estão presentes em todos os estados da federação e no DF, mas contabilizam apenas 4,5% de tribunais em território nacional (BRASIL. SENADO FEDERAL).

7) **Projeto Movimento Mulher 360** promove e incentiva o empoderamento feminino, desenvolvido pelo hipermercado Walmart juntamente com empresas associadas, trabalham para um movimento empresarial pelo desenvolvimento econômico das mulheres. A Missão do Movimento Mulher 360 é “contribuir para o empoderamento econômico da mulher brasileira em uma visão 360 graus, através do fomento, da sistematização e da difusão de avanços nas políticas e nas práticas empresariais e do engajamento da comunidade empresarial brasileira e da sociedade em geral”. (MULHER 360, 2021)

8) **Grupo Mulheres do Brasil** foi criado em 2013 por 40 mulheres de diferentes segmentos com o intuito de engajar a sociedade civil na conquista de melhorias para o país. É presidido pela empresária Luiza Helena Trajano e participam deste projeto mulheres do Brasil e do exterior. É composto por 66.947 mil mulheres, 22 comitês e 108 núcleos de atuação. Tem como intuito fomentar a adoção de políticas afirmativas e eliminar as desigualdades de gênero, raça e condição social existentes no Brasil e no exterior (GRUPO MULHERES DO BRASIL, 2021).

9) **Fundo ELAS** é um “fundo brasileiro de investimento social voltado exclusivamente para a promoção do protagonismo das mulheres”. Criado em 2000, tem como fundamento a ideia de que investir nelas é o caminho mais rápido para o desenvolvimento de um país. Pois, como informa o grupo ELAS, “quando se investe nas mulheres, a vida de seus filhos e das pessoas a sua volta se transforma, gerando resultados diretamente em comunidades, cidades, estados e, por fim, em todo o Brasil”. (ELAS, 2021).

10) **Projeto Mulheres Inspiradoras**, criado pela professora Gina Vieira, visa a valorização da figura feminina. Após assistir a um vídeo, que erotizava e depreciava a figura da mulher, Gina resolveu lançar o projeto na escola que lecionava com o objetivo de mudar a mentalidade dos alunos quanto ao papel e a posição da mulher na sociedade. Além da mudança de visão, os resultados são diversos prêmios, como o 4º Prêmio Nacional de Educação e Direitos Humanos, patrocinado pelo Ministério da Educação, e a expansão para mais de 15 escolas do Distrito Federal (BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2020).



11) **Instituto Reação**, criado no ano 2003 pelo medalhista olímpico Flavio Canto e seu técnico Geraldo Bernardes e amigos, é uma Organização da Sociedade Civil que promove o desenvolvimento humano e a integração social por meio do esporte e da educação, fomentando o judô desde a iniciação esportiva até o alto rendimento. Em setembro de 2019, foi idealizado um projeto com o foco totalmente voltado para o público feminino. As participantes assistirão palestras sobre assuntos referentes aos quatro ciclos do projeto, cujos temas são: Saúde (financeira, física e mental), Trabalho (competências psicossociais, empreendedorismo e histórias de sucesso), Família (adolescência, relacionamento e resolução de conflitos) e feminino (autoestima, sexualidade e sororidade). A ideia é trazer estes assuntos à tona, com ajuda de especialistas, que tenham correlação com o papel e a influência da mulher na transformação social (INSTITUTO REAÇÃO, [2020?]).

12) **Trabalhadoras Domésticas: construindo a Igualdade no Brasil**. O projeto alcançou a capacitação econômica das mulheres, em especial as trabalhadoras domésticas, categoria mais atingida pela precarização do trabalho decente no país. Apoiando-se no debate com a sociedade civil, oito sindicatos estaduais, representando as cinco regiões do Brasil, e a Federação das Trabalhadoras Domésticas (Fenatrad), as trabalhadoras domésticas tiveram suas lideranças expandidas e reforçadas (ONU MULHERES BRASIL, [2020?]).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pôde-se observar ao longo deste estudo que a falta de educação para identificar direitos é uma barreira para a obtenção do efetivo acesso à Justiça pelas mulheres. Percebeu-se que, apesar de vários dispositivos internos e internacionais preverem a igualdade de gênero, esta igualdade e o efetivo acesso à Justiça estão longe de ser alcançados no Brasil. Isto pode ser constatado em dados de instituições reconhecidas que demonstram a disparidade de salários, de ocupação de espaços públicos e de representatividade política, que ainda são agravadas pela cor da pele. Sendo assim, verifica-se que nosso país, apesar de fazer parte de tratados internacionais importantes em relação aos direitos femininos e ter uma Constituição que garante estes direitos, é composta de uma sociedade machista, que desvaloriza o papel da mulher. Cujo papel, por sua vez, também é estigmatizado, pois é revestido de estereótipo, o que prejudica a efetividade, o acesso e o asseguramento de seus direitos.

Na visão desta pesquisa, a educação (não a institucional, mas para o reconhecimento de direitos) torna-se primordial para que haja o empoderamento das mulheres e para que haja a adoção e o fortalecimento de políticas sólidas e aplicação da legislação de maneira efetiva, que vai ao encontro dos Objetivos 5 previstos na Agenda 2030. Procurou-se, neste artigo, também identificar instituições e projetos brasileiros que vão ao encontro deste escopo, procurando auxiliar no processo de empoderamento, igualdade e acolhimento de mulheres em situação de violência, auxiliando, outrossim, para a construção do acesso à Justiça. Sabe-se que ainda há muito o que percorrer para que se consiga o reconhecimento dos direitos conquistados, com muita luta, por

mulheres pioneiras, que deixaram para as gerações atuais os seus legados, mas estes projetos e instituições tornam-se o primeiro passo de uma longa caminhada.

Ovaciona-se, por fim, que não basta que os direitos figurem nos dispositivos internacionais e **Constituição da República Federativa do Brasil**. Necessita-se que estes direitos sejam realmente efetivados e que promovam todos os instrumentos de direitos humanos relacionados à mulher e permitam o acesso à Justiça por seres humanos que trabalham imensamente pela transformação do mundo, mas que, por séculos, configuram nos bastidores da História. Há a necessidade proeminente de que as mulheres se tornem protagonistas de suas histórias, livres de estigmas e que possam desenvolver o seu pleno desenvolvimento físico, intelectual e emocional e consigam, de maneira efetiva, a implementação do acesso à Justiça, aquela com letra maiúscula.

## REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. **Munic 2018**: apenas 8,3% dos municípios têm delegacias especializadas de atendimento à mulher. 25 set. 2019. Estatísticas Sociais. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25499-munic-2018-apenas-8-3-dos-municipios-tem-delegacias-especializadas-de-atendimento-a-mulher>. Acesso em: 20 out. 2020.
- BIROL, Alline Pedra Jorge. **Panorama das DEAM's no Brasil e identificação de Boas Práticas**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/handle/1/3659>. Acesso em: 10 out. 2020.
- BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Mulheres inspiradoras**. 2020. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/42321>. Acesso em: 20 out. 2020.
- BRASIL. Secretaria de políticas para as mulheres. **Diretrizes nacionais para o abrigo de mulheres em situação de risco e violência**. Brasília, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/diretrizes-nacionais-para-o-abrigo-de-mulheres-em-situacao-de-risco-e-de-violencia>. Acesso em: 20 out. 2020.
- BRASIL. SENADO FEDERAL. **Serviços especializados de atendimento à mulher**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/acoes-contra-violencia/servicos-especializados-de-atendimento-a-mulher>. Acesso em: 20 out. 2020.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CAPRA, Marcia; OLIVEIRA, Fabiola. Cientistas muçulmanas concluem que mulher é mamífero. **Blastingnews**, 4 mar. 2017. Disponível em: <https://br.blastingnews.com/mundo/2017/03/cientistas-muculmanas-sauditas-concluem-que-mulher-e-mamifero-001522695.html>. Acesso em: 15 out. 2020.
- CERQUEIRA, Daniel (coord.); LIMA, Renato Sérgio de *et al.* **Atlas da Violência 2018**. Rio de Janeiro: Ipea; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, jun. 2018. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/180604\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2018.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf). Acesso em: 16 out. 2020.
- CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.); ALVES, Paloma Palmieri *et al.* **Atlas da Violência 2020**. IPEA, 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>. Acesso em: 16 out. 2020.
- DEFENSORIA PÚBLICA DE TOCANTINS. **Dificuldades de acesso à justiça para as mulheres é tema de documentário tocantinense**. Disponível em: <https://dp-to.jusbrasil.com.br/noticias/528368479/dificuldades-de-acesso-a-justica-para-as-mulheres-e-tema-de-documentario-tocantinense>. Acesso em: 16 out. 2020.
- ELAS. **Institucional**. Disponível em: <http://www.fundosocialelas.org/institucional-apoiadores.asp>. Acesso em: 20 out. 2020.
- GRUPO MULHERES DO BRASIL. **Somos diversidade**. Disponível em: <https://www.grupomulheresdobrasil.org.br/nossa-historia/>. Acesso em: 20 out. 2020.
- GUSTAFSON, Jessica. Brasil caminha para liderar ranking mundial da violência contra mulher. **Catarinas**, 28 jan. 2019. Disponível em: <https://catarinas.info/brasil-caminha-para-liderar-ranking-mundial-da-violencia-contra-mulher/>. Acesso em: 10 out. 2020.
- IBGE EDUCA. **Mulheres brasileiras na educação e no trabalho**. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/criancas/brasil/atualidades/20459-mulheres-brasileiras-na-educacao-e-no-trabalho.html>. Acesso em: 10 out. 2020.

- IBGE. **Estatística de gênero**: indicadores sociais das mulheres no Brasil. 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 16 out. 2020.
- INSTITUTO REAÇÃO. **Projeto com foco no público feminino é lançado no Reação**. [2020?]. Disponível em: <http://www.institutoreacao.org.br/projeto-com-foco-no-publico-feminino-e-lancado-no-reacao>. Acesso em: 20 out. 2020.
- JUBB, Nadine *et al.* **Mapeamento regional das delegacias da mulher a América Latina**: projeto Acesso à justiça para mulheres em situação de violência: estudo comparativo das delegacias da mulher na América Latina [(Brasil, Equador, Nicarágua, Peru)]. Quito, Equador, 2008. Disponível em: <https://www.endvawnow.org/uploads/browser/files/MAPEO%20Portuguese.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- MULHER 360. **Institucional**. Disponível em: <https://movimentomulher360.com.br/institucional/o-movimento/>. Acesso em: 20 out. 2020.
- NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ONU MULHERES BRASIL. **Projetos**. [2020?]. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/areas-tematicas/empoderamento-economico/projetos/>. Acesso em: 19 out. 2020.
- ONU. CEDAW/C/CG/33. **Regimento Geral n. 33 sobre acesso das mulheres à justiça**. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipc.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf>. Acesso em: 16 out. 2020.
- ONU. **Declaração e Programa de Ação de Viena**. Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos. jun. 1993. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020.
- ONU. **Objetivo 5**: igualdade de gênero. Disponível em: <https://unric.org/pt/objetivo-5-igualdade-de-genero-2/>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- RABINOW, Paul; DREYFUS, Hubert. **Michel Foucault**: uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- SÃO PAULO (ESTADO). **Dados estatísticos do Estado de São Paulo**. Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Pesquisa.aspx>. Acesso em: 10 out. 2020.
- SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Tradução e apresentação Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- SILVA, Adriana Maillart. Desenvolvimento e acesso à justiça. *In*: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005.

# CAPÍTULO 12

## EDUCAÇÃO E PODER: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A EDUCAÇÃO FEMININA NO BRASIL

Danielle Anne Pamplona

Juliana Bertholdi

### 1 INTRODUÇÃO

Há mais de 450 anos, Madalena Caramuru, mulher indígena da tribo dos Tupinambás conhecida historicamente como a primeira mulher letrada do Brasil, deixou registro escrito em carta endereçada ao Padre Manoel da Nóbrega, chefe da primeira missão jesuítica à América. Em sua redação, pedia que as crianças indígenas, em sua maioria mantidas em regime de escravidão, fossem tratadas com dignidade. Reivindicava, ainda, o ensino igualitário às mulheres indígenas. A carta foi levada à rainha Catarina pelo pontífice, que recebeu a negativa do pleito sob o argumento de que a reivindicação seria “ousada e perigosa”<sup>1</sup>. Não obstante a carta não tenha sido encontrada, diversos são os registros históricos que atestam sua existência<sup>2</sup>.

Durante séculos, assim foi vista a educação feminina: uma empreitada desnecessária e sobretudo temerária. Um olhar rápido sobre as Constituições prévias denota verdadeira despreocupação com o ensino feminino. A [Constituição do Império, datada de 1824](#), tacitamente excluía as mulheres do que se compreendia como cidadão, o que redundava em sua exclusão da vida educacional e política.

Ao dificultar ou até mesmo impossibilitar o acesso das mulheres ao ensino elementar e secundário, a situação na educação superior tornava-se ainda mais dramática. Conforme lecionam Alves e Beltrão, as mulheres foram excluídas dos primeiros cursos de Medicina (1808), Engenharia e Direito (1810) fundados no país, sendo que o decreto que possibilitou à mulher a matrícula em curso superior sobreveio apenas em 1881<sup>3</sup>.

Neste aspecto, destacam os autores que a exclusão feminina dos cursos secundários durante o século XIX e a primeira metade do século XX inviabilizou a entrada das mulheres nos cursos superiores – demonstrando como a educação deve ser uma discussão central, eis que suas consequências se perpetuam no tempo.

1 VASCONCELLOS, Simão de. *Chronica da Companhia de Jesus do Estado do Brasil*. Lisboa: Officina de Henrique Valente de Oliveira, Impressor dei Rey N. S., 1663, p. 35-40.

2 OLIVEIRA, Luciana Santos. OLIVEIRA, Luciano Amaral. O silenciamento literário das mulheres brasileiras. *Interdisciplinar*, ano 5, v. 10, p. 145-156, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://seer.ufs.br/index.php/interdisciplinar/article/view/1262>. Acesso em 30 jan. 2021.

3 BELTRÃO, Kaizô Iwakami; ALVES, José Eustáquio Diniz. A reversão do hiato de gênero na educação brasileira no século XX. *Cad. Pesqu.*, São Paulo, v. 39, n. 136, p. 125-156, jan./abr. 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15742009000100007>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/8mqpbrrwhLsFpxH8yMWW9KQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2021. p. 157.

Evidente, portanto, que a segmentação de gênero esteve fortemente presente na gênese do sistema educacional brasileiro, em que as mulheres tinham menores taxas de alfabetização e pouco ou nenhum acesso aos graus mais elevados de instrução educacional. E neste aspecto, importante notar que os diplomas legais jamais impediram o estudo feminino expressamente, mas sim, deixavam de mencioná-lo.

Nesta toada, a primeira [Constituição da República do Brasil](#) ignorou por completo os direitos femininos, o que serviu de base para sua exclusão dos direitos sociais e políticos até meados dos anos 1930.

Em termos similares às suas predecessoras, a Constituição Cidadã de 1988<sup>4</sup> limitou-se a garantir genericamente a igualdade de gênero<sup>5</sup>, mas não se ocupou de grandes detalhamentos sobre a necessidade de maior atenção à educação das minorias sociais de nosso país, aqui incluídas as mulheres, e isso, como se defende no presente texto, gera consequências bastante tangíveis.

A ausência de mulheres em espaços de poder decorre justamente desta exclusão social historicamente construída<sup>6</sup>: a falta de educação formal é somente um alicerce de um panorama excludente, complementado pela subalternização da mulher. Este panorama permite a construção da ideia de que estas pessoas não estão em posição de igualdade com os homens; permite a justificação de uma posição de subserviência; e permite, por fim, que se relegue às mulheres a posição de não cidadãs. A não cidadania feminina constituiu por séculos a característica mais “natural” de nossa organização social e política<sup>7</sup>.

Os efeitos deletérios desta construção social são sentidos até a atualidade: não obstante o Brasil figurasse entre as 10 maiores economias do mundo e ocupasse o 79º lugar no ranking de Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), ambos datados de 2019, também ocupava a vergonhosa 95ª posição no ranking de igualdade de gênero do Fórum Econômico Mundial<sup>8</sup>.

É preciso reconhecer notáveis avanços na educação feminina brasileira – o mesmo relatório do FEM fonte demonstrou uma maior paridade de gênero na taxa de alfabetização (93%) e no ensino primário (95%)<sup>9</sup> – mas ainda há muito a se avançar e a velocidade com que as mudanças ocorrem não é satisfatória. Não obstante a notória evolução evidenciada nas últimas duas décadas, a maior equidade de gênero no espaço escolar ainda não vem se traduzindo em uma maior expressividade nos espaços de poder. Segundo o *Global Gender*

4 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2020. 427 p.

5 O presente artigo refere-se à igualdade formal, aquela prevista no texto legal-constitucional. Conforme Barroso, “o direito a não ser discriminado arbitrariamente na lei e perante a lei”. In: BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. 2013, p. 21.

6 SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade**, v. 20, n. 2, p. 71-99, 1995. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/view/71721>. Acesso em: 28 nov. 2021. p. 79.

7 SILVA, Saete Maria da. **A carta que elas escreveram**: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988. 2011. 322 f. Tese (Doutorado em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo) – Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador, 2011.

8 WORLD ECONOMIC FORUM. **Global Gender Gap Report 2020**. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports?year=2019#filter>. Acesso em: 10 dez 2020.

9 WORLD ECONOMIC FORUM. **Global Gender Gap Report 2020**. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports?year=2019#filter>. Acesso em: 10 dez 2020.

*Gap Report* de 2020<sup>10</sup>, promovido pelo Fórum Econômico Mundial, o Brasil precisaria de 202 anos para atingir a igualdade de Gênero<sup>11</sup>.

Assim, o presente estudo defende que a educação feminina possui importância significativa na modificação dos paradigmas constitucionais históricos, evidenciando os efeitos deletérios da ausência de previsão expressa da equidade de gênero na educação na [Constituição Federal de 1988](#).

## 2 UMA VISÃO CRÍTICA FEMINISTA DA CONSTRUÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO: OMISSÕES E INVISIBILIDADES

Incentivada pela atuação dos movimentos feministas e evolução de dispositivos internacionais, a legislação brasileira vem paulatinamente enfatizando a importância da equidade no reconhecimento de direitos em nossa sociedade, reflexo este perceptível na Constituição Cidadã.

Inegável, no entanto, que tais consequências não surgiram de forma espontânea no contexto constitucional nacional: os movimentos feministas possuíram importante participação na Constituinte de 1987-1988, imprescindíveis para que constasse do texto da Constituição Federal menção aos direitos das mulheres, em especial àqueles relacionados à igualdade, eis que até aquele momento, as leis brasileiras apresentavam caráter eminentemente masculino e androcêntrico<sup>12</sup>.

As mulheres envolvidas com a pauta da educação possuíram especial relevância na luta pelos direitos da mulher na Constituinte: um dos exemplos de ação visível dos movimentos de mulheres foi a convocação, pela Rede Mulher de Educação, do 1º Encontro Nacional de Educação Popular e Movimento das Mulheres, realizado na cidade de Piracicaba, Estado de São Paulo. Na oportunidade, “deliberou-se pelo ‘engajamento feminino na questão da Constituinte’, gerando, posteriormente, um boletim intitulado ‘Nós e a Constituinte’”<sup>13</sup>.

Os movimentos feministas empreenderam grandes esforços para eleger um número expressivo de mulheres, chegando-se à marca de 166 mulheres candidatas à Constituinte de 1987-1988. Ainda assim, ao fim das eleições, apenas 26 dos 559 parlamentares eleitos eram do sexo feminino<sup>14</sup>. Já naquela época era possível evidenciar que, apesar da reivindicação da relevância da pauta dos direitos das mulheres e da necessidade

10 WORLD ECONOMIC FORUM. *Global Gender Gap Report 2020*. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports?year=2019#filter>. Acesso em: 10 dez 2020.

11 WORLD ECONOMIC FORUM. *Global Gender Gap Report 2020*. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports?year=2019#filter>. Acesso em: 10 dez 2020.

12 SILVA, Salette Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. As mulheres e o novo constitucionalismo: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. *Revista Brasileira de História do Direito*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 170-190, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/666/pdf>. Acesso em: 10 out. 2020. p. 177.

13 SILVA, Salette Maria da. *A carta que elas escreveram*: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988. 2011. 322 f. Tese (Doutorado em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo) – Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador, 2011.

14 SARMENTO, Daniel. 21 anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a Carta de 1988. *Revista Direito Público*, Porto Alegre, v. 6, n. 30, p. 07-41, nov./dez, 2009. p. 16. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1659>. Acesso em: 28 nov. 2021.

de implementação de uma política de igualdade, espaços como o da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher contavam com apenas 4 mulheres dos 59 assentos.<sup>15</sup>

Neste sentido, a despeito do protagonismo feminino exercido à época da Constituinte, inegável que a legislação produzida a partir da Constituição Federal foi historicamente pensada e redigida por um grupo social que tinha nas mulheres cidadãs de segunda classe, sendo as decisões relativas às vidas das mulheres cidadãs eminentemente tomadas por homens<sup>16</sup>. Mais uma vez, replicava-se o protagonismo masculino exercido nas constituições anteriores, restando às mulheres a posição coadjuvante no processo de tomada de decisões.

Tal construção factual é fundamental para que se compreenda, de um ponto de vista estrutural e epistemológico, como se deu a construção dos direitos na constituição cidadã: essencialmente pela visão hegemônica masculina, que no processo da binaridade de gênero, relega à invisibilidade as mulheres.

Assim, não obstante represente conquista histórica inegável, a conquista da igualdade formal entalhada na [Constituição Federal de 1988](#) está longe de configurar-se como avanço democrático suficiente à igualdade material.

Apesar dos esforços dos movimentos feministas para dar visibilidade aos direitos das mulheres, uma análise de textualidade feminista da Constituição Federal leva à conclusão de que seu texto é insuficiente para garantir o direito à educação feminina, quando se considera o contexto histórico brasileiro de inacessibilidade a estudo formal e os efeitos já sentidos em virtude do recorrente silêncio sobre os direitos femininos à educação.

A falta do reconhecimento do direito à educação para as mulheres é uma página da longa lista de direitos que lhes foram reconhecidos tardiamente. A falta da educação é a responsável pela ausência das mulheres em diferentes espaços públicos, inclusive, naquele da Constituinte. É um círculo vicioso: a falta de educação das mulheres reverbera nas instâncias legislativas onde fica evidente sua ausência; da mesma forma, a ausência de mulheres nas instâncias legislativas impede o avanço de políticas educacionais que sejam sensíveis à sua invisibilização histórica.

Neste sentido é que o direito à educação se destaca como uma das questões mais sensíveis em uma leitura constitucional feminista. A uma, com olhos no passado, porque a ausência de mulheres ocupando efetivos espaços na Constituinte é resultado de uma histórica política de exclusão feminina dos espaços educacionais. A duas, com olhos no futuro, porque a ausência de políticas públicas específicas de inclusão feminina no estudo redundará em nova exclusão dos espaços de poder.

15 CORREIA, Liziane Pinto; ALBUQUERQUE, Maria Angélica Moura de Oliveira; ASSUNÇÃO, Iuri. Mulheres no poder: reformas políticas e participação popular na América Latina a partir de uma perspectiva descolonial. **VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: o novo constitucionalismo latino-americano**. Direito, gênero, sexualidade e racialidade. Santa Catarina, 2017. p. 218.

16 MILLETT, Kate. **Política sexual**. Lisboa: Dom Quixote, 1974. p. 18.

Inegável que a educação é a mais importante ferramenta na instrumentalização da presença feminina nas esferas de poder, ainda assim, e talvez não por acaso, o texto constitucional novamente invisibilizou a pauta da educação feminina, não lhe negando quaisquer direitos, mas não endereçando expressamente a sensível questão.

Nitidamente preocupada em produzir efetiva transformação social, o art. 3º. da Constituição Federal indica os objetivos a serem perseguidos pelo Estado brasileiro<sup>17</sup>, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A parte final do artigo mencionado não deixa dúvidas de que a equidade de gênero é uma das pautas estruturantes apostas na Constituição Federal.

O Título dos Direitos e Garantias Fundamentais enuncia, no caput do artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. O primeiro inciso é dedicado a afirmar, de modo categórico, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

Neste diapasão, analisando a construção textual da [Constituição Federal de 1988](#), percebe-se que a palavra “educação” aparece cinquenta e seis vezes no texto constitucional. A palavra “mulher”, por sua vez, apenas onze vezes, nenhuma delas associada diretamente à educação. As palavras “feminino”, “feminina” e “gênero” não aparecem nenhuma vez. Em nenhum dos dispositivos que trata de educação está expressa a preocupação no que concerne a equidade de gênero no acesso à educação no Brasil.

Ao tratar da educação, o texto constitucional é bastante detalhado, representando franco avanço em comparação à legislação anterior, introduzindo-se até mesmo os instrumentos jurídicos para sua garantia, no Título da Ordem Social, nos artigos 205 a 214.

A declaração do direito à educação está expressa, de forma pioneira, no artigo 6º da CF/88: “São direitos sociais a educação, [...] na forma desta Constituição”.

Ainda, no artigo 205, afirma-se expressamente que a educação é “direito de todos e dever do Estado e da família [...]”. Na sequência, no artigo 206, explicita-se que “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] IV gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais”. Inova-se a formulação da gratuidade, assegurando-a em todos os níveis na rede pública, ampliando-a para o ensino médio, tratada nas Constituições anteriores como exceção e, para o ensino superior, nunca contemplada em Cartas anteriores. Tal previsão, não obstante não seja destinada diretamente às mulheres, certamente impacta em seu acesso à escolaridade, posto que a preferência social até então era de escolarizar os meninos.

17 GOTTI, Alessandra. Direito à educação das mulheres. In: SILVA, Christine Oliveira Peter; BARBOZA, Estefânia Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (org.). **Constitucionalismo feminista**: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero. 2. ed. Salvador: Ius Podium. 2020. p. 317.



O direito à educação é ainda mencionado no artigo 208 da Constituição Federal, que detalha tal direito. Em seus parágrafos, referido artigo ainda descreve os mecanismos destinados a reforçar a declaração do Direito à Educação. Dos parágrafos, concluímos que o direito à educação é subjetivo e o não oferecimento importa responsabilização da autoridade competente, igualmente responsável pela frequência escolar.

Veja-se, assim, que mais uma vez não se nega às mulheres o direito à educação, como não se negava nas constituições anteriormente entalhadas em nosso país. No entanto, igualmente não se menciona qualquer tipo de preocupação com o ensino feminino, não obstante à época a adesão e frequência escolar feminina fosse francamente menor até meados dos anos 1990<sup>18</sup>.

Assim, a redação constitucional se furta a mencionar qualquer mecanismo que garanta a igualdade no acesso ao ensino de forma ampla – conquista que será atingida com relação ao ensino infantil e fundamental apenas no século XXI, conforme o relatório do Fórum Econômico Mundial.

Reconhece-se as inovações do texto constitucional, mas o acesso, permanência e sucesso na escola seguem promessa não plenamente efetivada, em especial para as meninas.

### 3 OS REFLEXOS DA AUSÊNCIA DE UMA VISÃO CONSTITUCIONALISTA FEMINISTA E DE TEXTUALIDADE FEMINISTA: DEFICIÊNCIAS DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Não obstante os esforços de movimentos feministas quando da Constituinte, que resultaram na previsão de igualdade formal<sup>19</sup> no artigo 5º, I da CR/88, percebe-se que a ausência de preocupação constitucional mais significativa com a mudança de paradigma pretendida pela constituição, de igualdade entre homens e mulheres nos aspectos mais básicos, como a educação, possui consequências nítidas.

Pretende-se argumentar, neste momento, que em uma leitura feminista da Constituição Federal, concluir-se-á por sua incapacidade de trabalhar os impactos relacionados ao gênero na educação, a partir do trabalho de textualidade feminista desenvolvido por Dorothy Smith, o que gera impactos na legislação infraconstitucional.

Com base no trabalho de Dorothy Smith em etnografia<sup>20</sup> e, especificamente, sobre a textualidade feminista, entende-se que os documentos legislativos constituem verdadeira tecnologia que situa as “relações de governança”<sup>21</sup>, significando que o conteúdo de tais diplomas estruturantes impactará na construção de novas leis, de políticas públicas e até mesmo de aspectos socioculturais.

18 KRAUSE, C; KRAUSE, M. *Educação de mulheres do período colonial brasileiro até a o início do século XX: do imbecilitus sexus à feminização do magistério*. X Simpósio Linguagens e Identidades da/na Amazônia Sul-Occidental, 2016.

19 SILVA, Salette Maria da. *A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988*. 2011. 322 f. Tese (Doutorado em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo) – Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador, 2011. p. 196.

20 SMITH, Dorothy. *The everyday world as problematic: a feminist sociology*. Toronto: University of Toronto Press, 1987.

21 Tradução livre do termo “relations of rulling”, cunhado por Dorothy Smith e replicado em análises legais de etnografia institucional e epistemologia feminista.

No capítulo anterior, de forma bastante objetiva, pudemos compreender que o texto, estrutura e natureza das normas constitucionais deixam de reconhecer as experiências das mulheres ou de proteger as mulheres de forma específica, mencionando a equidade de maneira genérica. Neste sentido, defende-se que a Constituição Federal, em certa medida, também ajuda a perpetuar o patriarcado e as estruturas neoliberais que oprimem as mulheres.

A partir da leitura de Dorothy Smith, compreende-se que os textos operam para disciplinar como as várias ações dos que os utilizam pensam em uma questão específica (como a garantia do direito à educação) e moldar práticas institucionais. Textos, como a própria Constituição Federal, não apenas moldam as visões e práticas das do Estado Brasileiro e do legislativo, mas também podem constituir uma realidade que pode ou não ser consistente com a realidade vivida das mulheres sem acesso à educação.

A metodologia feminista e de moldura já altamente teorizada que se pretende utilizar nos permite, como feministas, adentrar esferas textuais que possuem influência significativa na vida das mulheres nos auxiliando a moldar significados sociais e contribuições para uma mudança cultural<sup>22</sup>. Fulcral reconhecer desde logo que há uma realidade para além do texto e que permeia a “verdade nua e crua” que é alcançada mediante o diálogo e não são efetivas apenas a partir do discurso.

Neste passo que a discussão sobre a textualidade feminista se torna essencial e a epistemologia feminista uma possível resposta. A epistemologia feminista surge como uma resposta à ciência binária/objetivista/positivista, que em sua construção supostamente neutra em realidade íntegra e alimenta os sistemas de poder e dominação. Neste sentido, observa Ruth Berman que a ciência objetivista, além de postular a divisão sujeito/objeto,

[...] conceitualiza os fenômenos como compostos de unidades elementares discretas, individuais, sendo o todo constituído pelo conjunto desses elementos separados. Além disto, presume uma relação linear, quantitativa, de causa e efeito entre os fenômenos<sup>23</sup>.

Ao construir suas legislações, governos do mundo inteiro se apoiam na ciência binária e sua tecnologia para sustentar seu poder, utilizando-se de suposta neutralidade para replicar seus projetos adequados à agenda neoliberal de manutenção das desigualdades. No caso das mulheres, a ciência binária auxilia a função política das explicações biologizantes que estigmatizam e subalternizam a figura feminina<sup>24</sup>.

22 Relações de natureza similar foram realizadas em artigo a ser publicado, BERTHOLDI, Juliana. Dialogar para proteger: em defesa da adoção de uma epistemologia feminista para a construção do Plano Nacional de Ação Brasileiro em Empresas e Direitos Humanos.

23 BERMAN, Ruth. Do dualismo de Aristóteles à dialética materialista: a transformação feminista da ciência e da sociedade. In: JAGGAR, Alison; BORDO, Susan (org.). **Gênero/corpo/conhecimento**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997. p. 241-275. p. 258. apud GIFFIN, Karen May. Produção do conhecimento em um mundo “problemático”: contribuições de um feminismo dialético e relacional. **Rev. Est. Fem.**, Florianópolis, v. 14, n. 3, p. 635-653, set./dez. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2006000300004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/fgnkFvJ8pwzbZZqP8668G5v/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2021.

24 BERMAN, Ruth. Do dualismo de Aristóteles à dialética materialista: a transformação feminista da ciência e da sociedade. In: JAGGAR, Alison; BORDO, Susan (org.). **Gênero/corpo/conhecimento**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997. p. 241-275. p. 258.

Buscando fortalecer estudos críticos de mulheres sobre mulheres, Smith recomenda que seus estudos deverão começar com o mundo cotidiano e focalizar os atores sociais como conhecedores<sup>25</sup>. No entanto, explicita que o conhecimento já realizado no cotidiano é um ponto de partida, e não de chegada:

Definir o mundo cotidiano como locus de uma problemática [...] não é a mesma coisa que o tomar como objeto de estudo [...]. Enfocar o mundo cotidiano como objeto de estudo é o constituir como universo autocontido de investigação. O efeito de situar o conhecedor desta forma é separar/divorciar o mundo cotidiano da experiência das relações sociais e econômicas que organizam seu caráter distintivo [...] separamos [o cotidiano] metodologicamente das formas em que é enraizado num contexto socialmente organizado, maior do que pode ser conhecido diretamente [...]

A epistemologia feminista se mostra fundamental a não replicação das graves falhas cometidas na construção constitucional brasileira. Impor uma leitura constitucional feminista ao texto constitucional pode suplementar a ausência de textualidade feminista nele encontrada e replicada na legislação infraconstitucional.

Perceba-se que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, cunhada em 1996, é exemplo de paralelismo ao texto constitucional. Há verdadeira relação de governança da Constituição Federal com o conteúdo (da legislação: referido diploma nada diz sobre a preocupação com a manutenção das meninas e mulheres no ensino formal).

Muito embora em seu art. 3º, inciso I, garanta a “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”, nenhuma diretriz relacionada ao gênero foi delineada: as palavras “mulher”, “menina”, “gênero”, “feminino (a)” e “equidade” não são encontradas ao longo do texto, enquanto “igualdade” se restringe a já mencionada redação. Nada há no conteúdo do diploma que se preocupe em garantir o acesso e a permanência escolar das meninas e mulheres.

Neste diapasão, os efeitos das relações de governança são sentidos até mesmo quando há uma busca por diretrizes mais direcionadas às questões de gênero, havendo recorrente supressão de tais esforços.

Um exemplo dessa resistência foi a substituição, no artigo 2º, inciso III da Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, que aprovou o Plano Nacional de Educação, da expressão “desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da igualdade racial, regional, de gênero e de orientação sexual” por “superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação”.<sup>26</sup> Como já afirmado anteriormente, as assertivas genéricas favorecem ao status quo, de sorte que a modificação do texto para um conteúdo que não reconhece as formas de discriminação é desfavorável à pauta feminista.

Acrescente-se, ainda, que a referência a gênero nos Planos Estaduais e Municipais de Educação foi suprimida em muitas unidades da federação e, em algumas, houve inclusive proibição explícita de discussão dessas

25 GIFFIN, Karen May. Produção do conhecimento em um mundo “problemático”: contribuições de um feminismo dialético e relacional. *Rev. Est. Fem.*, Florianópolis, v. 14, n. 3, p. 635-653, set./dez. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2006000300004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/fgnkFvJ8pwbZZqP8668G5v/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2021.

26 GOTTI, Alessandra. Direito à educação das mulheres. In: SILVA, Christine Oliveira Peter; BARBOZA, Estefânia Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (org.). *Constitucionalismo feminista*: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero. 2. ed. Salvador: Ius Podium. 2020. p. 324.

questões nas escolas, como em Capitais como Teresina (PI), Recife (PE) e Palmas (TO), e cidades como Santa Bárbara d'Oeste (SP), Viçosa e Varginha (MG), Paranaguá e Cascavel (PR), e Mossoró (RN)<sup>27</sup>.

Conclui-se, assim, que ao não enfrentar a necessidade de um olhar específico de gênero sobre a educação, a Constituição Federal acabou por gerar relação de governança de resultados desastrosos na construção legislativa brasileira, sendo identificável na legislação infraconstitucional secular opção pela invisibilização da pauta da educação feminina.

#### 4 OS REFLEXOS DA AUSÊNCIA DE UMA VISÃO CONSTITUCIONALISTA FEMINISTA E DE TEXTUALIDADE FEMINISTA: ACESSO À EDUCAÇÃO PELAS MULHERES E MENINAS

Não obstante as previsões constitucionais de equidade, bem como os avanços percebidos quanto à educação feminina no país, ainda são possíveis de serem identificadas diferenças expressivas entre a escolaridade das mulheres e a dos homens brasileiros<sup>28</sup> – que acaba por resultar em diferentes níveis de participação social e política. O hiato experimentado desde o Brasil Império, endossado pelas Constituições Federais que solenemente ignoravam os direitos fundamentais femininos à educação, permitiu o favorecimento masculino.

Foi assim que somente na segunda metade do século XX que se passou a experimentar uma reversão do hiato de gênero, em que indivíduos do sexo feminino passaram a se igualar – e até mesmo ultrapassar – seus congêneres masculinos em termos de anos médios de escolaridade. Tais impressões, no entanto, podem ser bastante enganosas: ainda que sejam mais ativas na educação infantil, as décadas de subalternização feminina construíram um cenário global de difícil superação: enquanto os homens possuem um posicionamento laboral mais tendente à formalidade e com maiores salários, às mulheres está reservada a informalidade laboral e menores salários.

Atualmente, as mulheres representam 45,3% do mercado de trabalho formal<sup>29</sup>, estimando-se que sejam maioria no mercado informal de trabalho<sup>30</sup>: empregados do setor privado e trabalhadores domésticos sem carteira de trabalho assinada; trabalhadores por conta própria e empregadores que não contribuem para a previ-

27 ABE, Stephanie Kim. Planos Municipais e Estaduais não podem proibir as questões de gênero, porque contrariam as Diretrizes Nacionais da Educação. **De olho nos Planos**, Notícias, 10 maio 2016. Disponível em: <http://www.deolhonosplanos.org.br/planos-educacao-proibicao-genero/>. Acesso em: 10 nov. 2020. In: GOTTI, Alessandra. Direito à educação das mulheres. In: SILVA, Christine Oliveira Peter; BARBOZA, Estefânia Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (org.). **Constitucionalismo feminista**: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero. 2. ed. Salvador: Ius Podium. 2020. p. 325.

28 BELTRÃO, Kaizô Iwakami; ALVES, José Eustáquio Diniz. A reversão do hiato de gênero na educação brasileira no século XX. **Cad. Pesqu.**, São Paulo, v. 39, n. 136, p. 125-156, jan./abr. 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15742009000100007>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/8mqpbrrwhLsFpxH8yMWW9KQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2021. p. 157.

29 IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**: divulgação especial – mulheres no mercado de trabalho. 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo.html?id=2101641&view=detalhes>. Acesso em: 17 jun. 2020.

30 Conforme orientação técnica do IBGE, o conceito de ocupação informal mais indicado à análise do contexto brasileiro é aquele disposto pela Organização Internacional do Trabalho (International Labour Organization – ILO), definindo-se assim como *proxy* das ocupações informais as categorias mencionadas. Veja mais em: IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**: divulgação especial – mulheres no mercado de trabalho. 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo.html?id=2101641&view=detalhes>. Acesso em: 17 jun. 2020.

dência social; e trabalhadores familiares auxiliares<sup>31</sup> – espaços normalmente relacionados ou próximos à esfera privada e culturalmente reservados à ocupação feminina. Há estudos que indicam ainda que muito embora tenha havido um avanço feminino na educação, nota-se a persistência da polarização de sexo nos cursos humanas-exatas, sendo que as mulheres ainda estariam concentradas em carreiras “mais fáceis” ou menos valorizadas socialmente, que importariam em menores salários<sup>32</sup>.

Neste sentido, o Boletim da FACAMP de 2019 indica que as mulheres são a maioria nas categorias que incluem o desemprego e a situação precária no mercado de trabalho: pessoas subocupadas (53,1%), desocupadas (52,6%) e na Força de Trabalho Potencial – FTP (58,9%) – lembrando que o mercado de trabalho informal estaria contido nestas porcentagens<sup>33</sup>.

É possível identificar ainda hiatos de gênero na produção científica: as mulheres, maioria na graduação, ainda são minoria nos níveis de pós-graduação, em especial no doutorado<sup>34</sup>. Há ainda um gap significativo na capacidade de produção científica, bastante inferior no grupo feminino. Assim, importante destacar que a vitória da reversão do hiato de gênero veio de forma tardia, sendo notório que as conquistas femininas no campo educacional não foram acompanhadas por conquistas no mercado de trabalho no mesmo grau. As mulheres reverteram o hiato de gênero na educação, mas não reverteram os hiatos ocupacional e salarial, sendo fundamental que se olhe para os aspectos educacionais dentro do contexto geral das relações sociais de gênero.

## 5 CONCLUSÃO

A ausência de indicação expressa, no texto constitucional, da necessidade de se tomar a educação das meninas como um tema mais sensível do que a educação em geral, não permite que sejam vencidas as desigualdades históricas enfrentadas pelas mulheres.

Alijadas do sistema educacional, foram impedidas de ocupar o espaço público. Ao serem inseridas no sistema educacional sem qualquer cuidado para garantir o resgate de tantos anos de exclusão, sofrem com a persistência de uma brutal distância entre o que conseguem alcançar e o que os homens alcançam.

A textualidade da **Constituição** é relevante para a construção de uma outra imagem das mulheres, onde sejam vistas como merecedoras de cuidado e atenção para colocá-las em situação de igualdade material. Mas, a textua-

31 IBGE. **Perfil dos municípios brasileiros**: 2018. Rio de Janeiro, 2019. 131 p. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101668>. Acesso em: 28 nov. 2021.

32 BELTRÃO, Kaizô Iwakami; NOVELLINO, Maria Salet. **Alfabetização por raça e sexo no Brasil**: evolução no período 1940-2000. Rio de Janeiro: Ence; IBGE, 2002. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv1425.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.

33 GORAYEB, Daniela Salomão; FILLETI, Juliana de Paula; MELO, Maria Fernanda Cardoso de. Mulheres no mercado de trabalho no 1º trimestre de 2019: aumento da precarização e do desalento. **Boletim Mulheres no mercado de trabalho – 1º trim. 2019**. Campinas: Editora FACAMP, volume 01, número 01, maio de 2019. Disponível em: <https://www.facamp.com.br/pesquisa/economia/npegen-facamp/boletim-mulheres-no-mercado-de-trabalho-1o-trimestre-2019a/>. Acesso em: 28 nov. 2021.

34 OBSERVATORIO IBEROAMERICANO DE LA CIENCIA, LA TECNOLOGÍA Y LA SOCIEDAD (OCTS-OEI). **Las brechas de género en la producción científica ibero-americana**. out. 2018. Disponível em: [https://www.oei.org.br/files/87\\_07032019\\_Las%20brechas%20g%C3%A9nero%20en%20la%20producci%C3%B3n%20cient%C3%ADfica%20Iberoamericana%20\(002\).pdf](https://www.oei.org.br/files/87_07032019_Las%20brechas%20g%C3%A9nero%20en%20la%20producci%C3%B3n%20cient%C3%ADfica%20Iberoamericana%20(002).pdf). Acesso em: 18 jan. 2021.

lidade da Constituição é também importante porque os textos de todas as outras legislações a tomam como ponto de partida e a ausência da preocupação com a educação das mulheres acabou por ser replicada em outros textos.

Essa consequência perversa da ausência do reconhecimento do direito à educação pelas mulheres deve ser corrigida se for para levar a sério as promessas constitucionais de equidade de gênero.

## REFERÊNCIAS

- ABE, Stephanie Kim. Planos Municipais e Estaduais não podem proibir as questões de gênero, porque contrariam as Diretrizes Nacionais da Educação. **De olho nos Planos**, Notícias, 10 maio 2016. Disponível em: <http://www.deolhonosplanos.org.br/planos-educacao-proibicao-genero/>. Acesso em: 10 nov. 2020.
- BELTRÃO, Kaizô Iwakami; ALVES, José Eustáquio Diniz. A reversão do hiato de gênero na educação brasileira no século XX. **Cad. Pesqui.**, São Paulo, v. 39, n. 136, p. 125-156, jan./abr. 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15742009000100007>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/8mqpbrrwhLsFpxH8yMWW9KQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- BELTRÃO, Kaizô Iwakami; NOVELLINO, Maria Salet. **Alfabetização por raça e sexo no Brasil**: evolução no período 1940-2000. Rio de Janeiro: Ence; IBGE, 2002. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv1425.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- BERMAN, Ruth. Do dualismo de Aristóteles à dialética materialista: a transformação feminista da ciência e da sociedade. In: JAGGAR, Alison; BORDO, Susan (org.). **Gênero/corpo/conhecimento**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997. p. 241-275. p. 258.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2020. 427 p.
- CORREIA, Liziane Pinto; ALBUQUERQUE, Maria Angélica Moura de Oliveira; ASSUNÇÃO, Iuri. Mulheres no poder: reformas políticas e participação popular na América Latina a partir de uma perspectiva descolonial. **VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: o novo constitucionalismo latino-americano**. Direito, gênero, sexualidade e racialidade. Santa Catarina, 2017.
- GIFFIN, Karen May. Produção do conhecimento em um mundo “problemático”: contribuições de um feminismo dialético e relacional. **Rev. Est. Fem.**, Florianópolis, v. 14, n. 3, p. 635-653, set./dez. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2006000300004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/fgnkFvJ8pwzbZZqP8668G5v/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- GORAYEB, Daniela Salomão; FILLETI, Juliana de Paula; MELO, Maria Fernanda Cardoso de. Mulheres no mercado de trabalho no 1º trimestre de 2019: aumento da precarização e do desalento. **Boletim Mulheres no mercado de trabalho – 1º trim. 2019**. Campinas: Editora FACAMP, volume 01, número 01, maio de 2019. Disponível em: <https://www.facamp.com.br/pesquisa/economia/npegen-facamp/boletim-mulheres-no-mercado-de-trabalho-1o-trimestre-2019a/>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- GOTTI, Alessandra. Direito à educação das mulheres. In: SILVA, Christine Oliveira Peter; BARBOZA, Estefânia Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (org.). **Constitucionalismo feminista**: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero. 2. ed. Salvador: Ius Podium. 2020.
- IBGE. **Perfil dos municípios brasileiros**: 2018. Rio de Janeiro, 2019. 131 p. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101668>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**: divulgação especial – mulheres no mercado de trabalho. 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo.html?id=2101641&view=detalhes>. Acesso em: 17 jun. 2020.
- KRAUSE, C; KRAUSE, M. **Educação de mulheres do período colonial brasileiro até a o início do século XX**: do imbecilitus sexus à feminização do magistério. X Simpósio Linguagens e Identidades da/na Amazônia Sul-Occidental, 2016.
- MILLETT, Kate. **Política sexual**. Lisboa: Dom Quixote, 1974.
- OBSERVATORIO IBEROAMERICANO DE LA CIENCIA, LA TECNOLOGÍA Y LA SOCIEDAD (OCTS-OEI). **Las brechas de género en la producción científica ibero-americana**. out. 2018. Disponível em: [https://www.oei.org.br/files/87\\_07032019\\_Las%20brechas%20g%C3%A9nero%20en%20la%20producci%C3%B3n%20cient%C3%ADfica%20Iberoamericana%20\(002\).pdf](https://www.oei.org.br/files/87_07032019_Las%20brechas%20g%C3%A9nero%20en%20la%20producci%C3%B3n%20cient%C3%ADfica%20Iberoamericana%20(002).pdf). Acesso em: 18 jan. 2021.
- OLIVEIRA, Luciana Santos. OLIVEIRA, Luciano Amaral. O silenciamento literário das mulheres brasileiras. **Interdisciplinar**, ano 5, v. 10, p. 145-156, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://seer.ufs.br/index.php/interdisciplinar/article/view/1262>. Acesso em 30 jan. 2021.
- SARMENTO, Daniel. 21 anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a Carta de 1988. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 6, n. 30, p. 07-41, nov./dez, 2009. p. 16. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1659>. Acesso em: 28 nov. 2021.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade**, v. 20, n. 2, p. 71-99, 1995. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/view/71721>. Acesso em: 28 nov. 2021.

SILVA, Salete Maria da. **A carta que elas escreveram**: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988. 2011. 322 f. Tese (Doutorado em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo) – Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador, 2011.

SILVA, Salete Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. As mulheres e o novo constitucionalismo: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. **Revista Brasileira de História do Direito**, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 170-190, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/666/pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

SMITH, Dorothy. **The everyday world as problematic**: a feminist sociology. Toronto: University of Toronto Press, 1987.

VASCONCELLOS, Simão de. **Chronica da Companhia de Jesus do Estado do Brasil**. Lisboa: Officina de Henrique Valente de Oliveira, Impressor dei Rey N. S., 1663.

WORLD ECONOMIC FORUM. **Global Gender Gap Report 2020**. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports?year=2019#filter>. Acesso em: 10 dez 2020.

# CAPÍTULO 13

## ENTRE O DIREITO DE AMAMENTAR E O DIREITO DE ESTUDAR: ROMPENDO AS BARREIRAS DE GÊNERO NO ACESSO À PÓS-GRADUAÇÃO NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Fabiola Sucasas Negrão Covas

### INTRODUÇÃO

O processo seletivo para ingresso no programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para o ano letivo de 2021, publicado em 29 de abril de 2020, trouxe nova regra, permitindo às candidatas lactantes que compensem o tempo de amamentação em até 20% do tempo de duração de cada prova. Até o ano de 2018, não era sequer previsto nos editais do programa que candidatas pudessem amamentar seus filhos durante a realização das provas. Em 2019, a universidade alterou o edital prevendo tal possibilidade, porém sem que houvesse qualquer compensação do tempo da amamentação no tempo da prova. Neste ano, sobreveio edital para o ano letivo de 2021, prevendo a mencionada inovação.

Basicamente, o processo seletivo para o ingresso no programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para o ano letivo de 2021, consiste de três fases, compostas por comprovação de proficiência em língua estrangeira (primeira fase), conhecimentos jurídicos (segunda fase) e seleção realizada pelos orientadores do PPGD (terceira fase).

A primeira fase pode ser comprovada (1) pela instituição que tiver outorgado o título de mestre ou doutor em Direito de que seja portador, mediante menção expressa a tal proficiência no histórico escolar do respectivo curso ou no diploma, exclusivamente; (2) pela FUVEST, no exame realizado em 2019 (para o processo seletivo para 2020); (3) e pela FUVEST, no exame a ser realizado em 2020 (para o processo seletivo para 2021).

A aplicação do exame da primeira fase, de proficiência em língua estrangeira, é prevista para acontecer em um único dia, em um domingo. Para a prova da língua inglesa, no período da manhã, com abertura dos portões às 8h30min, fechamento dos portões e início da prova às 9h00 e com duração de 2h00. Para os exames das línguas francesa, italiano e alemã, no período da tarde, com previsão de abertura dos portões às 12h30min, fechamento dos portões e início das provas às 13h00, e com duração de 2h00. Recomenda-se que os candidatos compareçam no local indicado uma hora antes do início das provas. Para candidatos que escolherem mais de uma língua no período da tarde, farão as provas sequencialmente e sem intervalo, em um prazo máximo,



para cada prova, de duas horas. Permite-se que o candidato se inscreva em até no máximo 3 (três) provas dos idiomas inglês, francês, alemão e italiano, sendo vedada a escolha simultânea de francês, alemão e italiano.

A segunda fase, referente ao exame de conhecimentos jurídicos, é composta de aplicação de prova em um domingo, atentando aos seguintes horários: abertura dos portões às 13h30min, fechamento dos portões e início da aplicação às 14h00, recomendando-se que os candidatos compareçam ao local indicado uma hora antes do início das provas. A prova tem duração máxima de 2 horas e 30 minutos, com tempo mínimo de permanência obrigatória de 2 horas.

A terceira fase é composta por indexação do projeto de pesquisa e indicação de orientador. É vedada a aplicação de nova prova e os procedimentos adotados pelos orientadores podem consistir em: (1) análise do projeto, exclusivamente; (2) análise do projeto e entrevista de todos os candidatos inscritos; (3) análise do projeto e entrevista de parte dos candidatos inscritos.

A respeito da regra ora tratada, de permissão às candidatas lactantes compensarem o tempo de amamentação do tempo de duração de cada prova, importa ressaltar que já vigorava, desde 18 de outubro de 2019, a Lei n. 13.872/19, que estabelece o direito de as mães amamentarem seus filhos durante a realização de concursos públicos na administração pública direta e indireta dos Poderes da União<sup>1</sup>. Segundo a norma, através do cumprimento de determinados procedimentos, o direito de proceder à amamentação será exercido a cada intervalo de 2 (duas) horas, por até 30 (trinta) minutos, por filho, sem perder o tempo destinado para tal finalidade e de modo a que a concorrência com os demais candidatos se dê em igualdade de condições. É lei que tem por origem o projeto de lei (PLS) 156/2015, de iniciativa do Senador José Medeiros, inspirado na Lei Estadual de Mato Grosso n. 10.269/15<sup>2</sup>.

Em razão desta lei, o ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio – 2020, cujo edital n. 25, publicado em 31 de março de 2020 no Diário Oficial da União, tem como novidade, em relação à edição do ano passado, tempo adicional de sessenta minutos para participantes lactantes que informarem tal condição no sistema de inscrição e levarem o lactente e o acompanhante no dia da aplicação<sup>3</sup>.

No estado do Pará, a Lei n. 7.613, de 2 de abril de 2012<sup>4</sup>, apontada como um marco no cenário nacional antes da promulgação da lei federal,<sup>5</sup> prevê não só a oportunidade de mulheres, com lactente até seis meses, de amamentar em espaço adequado com direito a acompanhante, como também a compensação do tempo despedindo pela amamentação.

1 Cf. página do Governo Federal: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13872.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13872.htm). Acesso em: 20 jul. 2020.

2 Cf. CARVALHO, Elzis. Lei garante as mães amamentarem durante concurso público. *Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso, Secom*, 10 mar. 2015. Disponível em: <https://www.al.mt.gov.br/midia/texto/lei-garante-as-maes-amamentarem-durante-concurso-publico/visualizar>. Acesso em: 20 jul. 2020.

3 Cf. Edital do Diário Oficial da União que se encontra disponível no link <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/edital-n-25-de-30-de-marco-de-2020exame-nacional-do-ensino-medio-enem-2020-impresso-250463829>. Acesso em: 20 jul. 2020.

4 Cf. portal de legislações: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=239941>. Acesso em: 20 jul. 2020.

5 SILVA, Luciana Santos. Lactantes e concursos públicos: exclusões e silenciamentos. 2013. SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO, 10., Florianópolis, 2013. *Anais...* Disponível em [http://www.fg2013.wvc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1386687392\\_ARQUIVO\\_LucianaSantosSilva.pdf](http://www.fg2013.wvc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1386687392_ARQUIVO_LucianaSantosSilva.pdf). Acesso em: 17 jul. 2020.

Na mesma toada, a Lei Estadual n. 6.460, de 26 de dezembro de 2019, do Distrito Federal, previu o mesmo direito, assegurando à candidata o direito de amamentar seus filhos durante a realização das provas dos concursos públicos da administração direta, autárquica e fundacional do Distrito Federal<sup>6</sup>.

A Fuvest – Fundação Universitária para o Vestibular –, também aplica este direito, prevendo, em um capítulo denominado “lactantes”, que: “A candidata que tiver necessidade de amamentar durante a realização da prova, além de solicitar, no período de inscrições, atendimento especial para tal fim, deverá levar acompanhante, que ficará em sala reservada para essa finalidade e que será responsável pela guarda da criança. Haverá compensação do tempo de amamentação de até 1 hora apenas em caso de apresentação de documentação comprobatória, no ato da inscrição, de que sua condição no dia da prova é de lactante<sup>7</sup>.

Ainda que a Lei n. 13.872/19 diga respeito a realização de concursos públicos na administração pública direta e indireta dos Poderes da União, ou mesmo que, em relação ao Estado de São Paulo, não haja normatização a respeito<sup>8</sup>, é fato que, no âmbito da USP, a Faculdade de Direito de Ribeirão Preto inaugurou esse preceito por ocasião do seu edital de exame de proficiência em línguas estrangeiras publicado em 04 de maio de 2018, referente ao processo seletivo do Programa de Pós-Graduação em Direito para o ano letivo de 2018<sup>9</sup>. A previsão, conforme seu item 3.7. era de que a candidata que tivesse necessidade de amamentar durante a realização da prova, o fizesse desde que solicitasse, até o término das inscrições, atendimento especial e levasse acompanhante responsável pela criança. Não constava, porém, o direito de compensação do tempo de amamentação em favor da candidata, o que foi incluído posteriormente, no processo seletivo para o ano letivo de 2020<sup>10</sup>.

A partir do estudo de editais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para o processo seletivo para ingresso no programa de Pós-Graduação para os anos letivos de 2014<sup>11</sup>, 2015<sup>12</sup>, 2016, 2017<sup>13</sup>, 2018<sup>14</sup>, 2019, 2020 e 2021, verificou-se que os editais para os anos letivos de 2019, publicado em 18 de maio de 2018<sup>15</sup>, 2020, publicado em 1º de maio de 2019 e 2021, publicado em 20 de abril de 2020<sup>16</sup> previram o direito de candidatas amamentarem durante a prova. A regra do direito de compensação do tempo de amamentação em favor da candidata lactante foi incluída no último edital do processo seletivo para o ano letivo de 2021.

6 Cf. portal de leis do Distrito Federal: [http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/df53ba8ec0ba405d989a6f1770ed6733/Lei\\_6460\\_2019.html#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.460%2C%20DE%2026%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202019&text=A%20SEGUINTE%20LEI%3A-,Art.,e%20indireta%20do%20Distrito%20Federal](http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/df53ba8ec0ba405d989a6f1770ed6733/Lei_6460_2019.html#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.460%2C%20DE%2026%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202019&text=A%20SEGUINTE%20LEI%3A-,Art.,e%20indireta%20do%20Distrito%20Federal). Acesso em: 20 jul. 2020.

7 Cf. informação constante do sítio da Fuvest: <https://www.fuvest.br/vestibular-da-usp/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

8 O PL n. 580/16, de iniciativa da então deputada Márcia Lia pretendeu introduzir o mesmo direito na realização de concursos públicos pela administração pública direta e indireta no âmbito do Estado de São Paulo, porém foi arquivado.

9 Cf. [https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2018/05/EditalProcessoSeletivo2018\\_aprovadoCPG\\_10mai2018.pdf](https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2018/05/EditalProcessoSeletivo2018_aprovadoCPG_10mai2018.pdf). Acesso em: 28 nov. 2021.

10 Cf. edital publicado no sítio da faculdade: [http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2020/04/EditalProcessoSeletivo2020-vers%C3%A3o-final\\_retificado.pdf](http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2020/04/EditalProcessoSeletivo2020-vers%C3%A3o-final_retificado.pdf), de 20 de abril de 2020. Acesso em: 20 jul. 2020.

11 Cf. edital <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140225-01.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.

12 Cf. edital em: <https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/03/EDITAL-20151.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.

13 Cf. edital publicado no sítio da faculdade: <https://www.direitorp.usp.br/estao-abertas-as-inscricoes-para-o-mestrado-2017/>. Acesso em: 28 nov. 2021.

14 Cf. edital: [http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/2017/edital\\_cpg\\_vf.pdf](http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/2017/edital_cpg_vf.pdf). Acesso em 20 de julho de 2020.

15 A regra tinha a mesma redação da utilizada no edital da Faculdade de Ribeirão Preto para Proficiência de Língua Estrangeira do Programa de Pós-Graduação para o ano letivo de 2018/2019. <https://doeplayer.com.br/78402387-Faculdade-de-direito-de-ribeirao-preto-da-usp-ano-letivo-de-2018.html>. Acesso em: 28 nov. 2021.

16 Cf. edital publicado no sítio da faculdade. <http://pos-graduacao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2021/05/Edital-PPGD-2022-Versao-Final-Com-ajustes.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.

7.2. A candidata que tiver necessidade de amamentar durante a realização da prova, além de solicitar, no período de inscrições, atendimento especial para tal fim, deverá levar acompanhante, que ficará em sala reservada para essa finalidade e que será responsável pela guarda da criança. 7.2.1. O acompanhante da candidata lactante está sujeito às mesmas restrições da candidata, ou seja, não poderá portar celular, relógio e qualquer outro equipamento eletrônico e objetos estranhos à prova.

7.2.2. A candidata lactante que não levar acompanhante não realizará as provas.

7.3. Haverá compensação do tempo de amamentação de até 20% do tempo de duração de cada prova apenas em caso de apresentação de documentação comprobatória, no ato da inscrição, de que sua condição no(s) dia(s) da(s) prova(s) é de lactante.<sup>17</sup>

Este capítulo pretende investigar se esta nova regra foi implementada como medida de ação afirmativa com recorte de gênero e como instrumento de acesso à carreira acadêmica das mulheres sob o prisma do reconhecimento de que diferenças de gênero não devem se constituir como fundamento de desigualdades.

Outrossim, partindo-se do referido cenário legislativo<sup>18</sup>, recente, se foi levada em consideração a hipótese de que a ausência da medida constituiria uma violação a direitos humanos e discriminatório obstáculo marcado com o recorte de gênero, que fere o princípio da igualdade, em desequilíbrio ao direito de todos à educação, aos saberes e à produção de conhecimento, em especial as possibilidades das escolhas das mulheres pela carreira acadêmica em oposição aos ideários estereotipados que permeiam a relação existente entre essa escolha e sua conciliação com o exercício da maternidade.

Ainda que o curto tempo de pesquisa<sup>19</sup> não pudesse abarcar a profundidade das nuances que o tema provoca, a ponto de se mergulhar, especialmente com o recorte de gênero, nas representações sociais e históricas sobre a maternidade, carreira acadêmica para as mulheres e as trilhas para sua ascensão, bem como as suas interseccionalidades de raça e classe, buscaram-se respostas, ideias e conclusões sobre a hipótese, a pergunta e o tema proposto por meio de pesquisa bibliográfica e exploratória.

Analisou-se os editais de Ingresso no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para os anos letivos de 2014 a 2021, os editais de Ingresso no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP para os anos letivos de 2018 (exame de proficiência de línguas estrangeiras), e 2020, além de achados de entrevistas entabuladas com membros das comissões da pós-graduação das faculdades de Direito de Ribeirão Preto e de São Paulo, de especialista em enfermagem materno-infantil e candidata que enfrentou processo seletivo para docência durante o período de lactação, usufruindo o direito de amamentar sua filha durante as provas.

17 Cf. supra, edital. <http://pos-graduacao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2021/05/Edital-PPGD-2022-Versao-Final-Com-ajustes.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.

18 Atente-se também ao fato de que o tema da amamentação é alvo de debate por meio de outras iniciativas legislativas. Tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei do Senado nº 514, de 2015, de autoria da Senadora Vanessa Grazziotin, que “dispõe sobre o direito à amamentação em público e sobre o dever de reparação de danos em caso de sua violação”. Sob o nº 1654/2019, o PL tramita na Câmara dos Deputados, sujeito à apreciação do Plenário.

19 Cabe ressaltar que a pesquisa foi realizada em um contexto global que demanda isolamento social em virtude da pandemia provocada pelo coronavírus (Covid-19) em 2020, cenário agravado às mulheres por seus impactos de gênero, reconhecidamente mais sobrecarregadas ao conciliar tarefas domésticas, trabalho e cuidados com filhos, longe das escolas.

## 1 REFERENCIAL TEÓRICO

Não há como abordar a condição das mulheres que amamentam sem focar a maternidade e problematizar, ainda que brevemente, as construções de gênero a ela afetos, além da sua relação com o espaço do trabalho e do estudo acadêmico, pois são lugares que se entrecruzam na discussão que se pretende travar.

Mosckovich, em seus estudos sobre gênero na carreira acadêmica e o caso da Unicamp, traz um relato de uma das docentes entrevistadas, sobre o peso da gravidez para o seu projeto profissional:

Nem sempre a perspectiva de viver tais dilemas, entre dedicação a um tipo de maternidade que se almeja, e que consome energia e tempo, e dedicação à carreira, porém, é aceitável para as mulheres. Uma das docentes entrevistadas, cujo nome foi omitido, conta que durante muitos anos manteve uma poupança para fazer um aborto de emergência caso engravidasse. No caso dela, naquela época, tentar conciliar trabalho e filhos não era uma opção viável.<sup>20</sup>

Um outro fato, publicado em uma matéria jornalística<sup>21</sup>, deu enfoque à realidade de uma conselheira do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, que enquanto lactante, levou sua filha, de pouco mais de sete meses, a uma das sessões de julgamento, onde a amamentou durante as pausas. A conselheira havia obtido resposta afirmativa da direção do tribunal para a garantia deste direito.

No primeiro caso, a maternidade é alçada como óbice que afasta a possibilidade de sua conciliação com a profissão. A informação sobre a poupança para um aborto de emergência, na hipótese de gravidez não desejada, soa como um recado de intransponibilidade da barreira, uma medida drástica para permitir uma estrada livre a que a independência profissional tenha espaço e sustentação. Uma maternidade representada, no âmbito da carreira acadêmica, como empecilho ao gozo pleno do direito à educação, aos saberes e à produção de conhecimento.

Moschkovich atentou, como parte de seus estudos, sobre a figuração do “peso” dos filhos e as barreiras da vida doméstica e da vida profissional como fontes de desigualdade de gênero: “ter filhos significa coisas diferentes para homens e mulheres, já que os modelos hegemônicos de paternidade e maternidade assim o são”. Destacou que “modelos de ‘ser homem’ e ‘ser mulher’ no mundo, têm um efeito diferente nas possibilidades de ter filhos ao mesmo tempo em que se constrói uma carreira ‘de sucesso’”.<sup>22</sup>

No segundo episódio, o oposto. Um exemplo de inclusão, mas uma ação afirmativa que não se encerra nela mesma quando se leva em consideração toda a complexidade que envolve as construções histórico-cul-

20 MOSCHKOVICH, Marília. **Teto de vidro ou paredes de fogo?** Um estudo sobre gênero na carreira acadêmica e o caso da UNICAMP. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas. Faculdade de Educação. 2012. Disponível em: [http://bdt.d.ibict.br/vufind/Record/CAMP\\_5311385f8552d5c3d103a7d766bcb814](http://bdt.d.ibict.br/vufind/Record/CAMP_5311385f8552d5c3d103a7d766bcb814). Acesso em: 28 nov. 2021. p. 92.

21 Cf. MENGARDO, Bárbara. No Carf, um bebê que participa das sessões de julgamento. **Jota**, 23 dez. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/no-carf-um-bebe-que-participa-das-sessoes-de-julgamento-23122016>. Acesso em: 28 nov. 2021.

22 MOSCHKOVICH, Marília. **Teto de vidro ou paredes de fogo?** Um estudo sobre gênero na carreira acadêmica e o caso da UNICAMP. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas. Faculdade de Educação. 2012. Disponível em: [http://bdt.d.ibict.br/vufind/Record/CAMP\\_5311385f8552d5c3d103a7d766bcb814](http://bdt.d.ibict.br/vufind/Record/CAMP_5311385f8552d5c3d103a7d766bcb814). Acesso em: 28 nov. 2021. p. 106.

turais e sociais de gênero e o exercício da parentalidade, mas que, por outro lado, um exemplo que não deixa de se constituir em uma parcela de conquista de um direito fundamental, a igualdade, tal qual a regra inserida nos editais de ingresso da pós-graduação trazidos neste artigo.

No caso, nenhum dos homens conselheiros teria que se preocupar em suspender os julgamentos a que estivessem implicados por mais que fossem pais e por mais que seus filhos estivessem na mesma condição de amamentação que o de sua colega de trabalho, assim como na hipótese dos candidatos homens que se inscreveram no processo seletivo da Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para o ano letivo de 2021.

Sem desconsiderar os estudos sobre o corpo culturalmente construído<sup>23</sup>, poder-se-ia trazer à baila a resposta de que, como são homens, evidentemente a biologia ou a fisiologia não daria conta de imaginar situação diversa, afinal homens não são lactantes; mas por outro lado, ainda com a certeza, em teoria, da condição de lactantes das mulheres, como no exemplo, e mesmo a partir do reconhecimento de que a amamentação é um dever da mãe e um direito do filho, foi necessário, no episódio em questão, garantir uma autorização para que ela pudesse ser exercida.

Tanto o primeiro caso quanto o segundo, porém, não são necessariamente representativos quando se leva em consideração as interseccionalidades<sup>24</sup> de gênero e raça, haja vista as diferentes – e desiguais – condições das mulheres negras dentro da estrutura social se comparadas com as mulheres brancas – e também homens negros e brancos.

Carneiro explica que a mulher negra se situa na base da hierarquia social. Ela não participa do processo produtivo em igualdade de condições seja com homens brancos, negros, amarelos, e mulheres brancas e amarelas. Cuida-se de um grupo penalizado, segundo suas palavras, no que se refere às oportunidades e à estrutura ocupacional,<sup>25</sup> tanto que, por exemplo, a maior distância de rendimentos percebidos entre mulheres e homens ocorre justamente na comparação das mulheres pretas ou pardas com os homens brancos. O IBGE calcula que o valor constitui menos da metade do que recebem os homens brancos, na base de 44,4%<sup>26</sup>.

O Fundo de População das Nações Unidas sinaliza que o país possui fecundidade precoce com alta taxa no início do período reprodutivo entre jovens com menos de 24 anos e que, “de acordo com a média do tamanho ideal de família, em torno de dois filhos, observa-se que na população de baixo nível socioeconômico há uma fecundidade indesejada por excesso, enquanto na de alto nível existe uma fecundidade indesejada por falta”<sup>27</sup>.

23 BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução, Renato Aguiar. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. (Sujeito e História).

24 Termo criado pela afro-estadunidense Kimberlé Crenshaw que, nas palavras de Carla Akotirene, “visa dar instrumentalidade teórico-metodológica à inseparabilidade estrutural do racismo, capitalismo e cisheteropatriarcado – produtores de avenidas identitárias em que mulheres negras são repetidas vezes atingidas pelo cruzamento e sobreposição de gênero, raça e classe, modernos aparatos coloniais”. In: AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. 152 p. (Feminismos Plurais / coordenação de Djamila Ribeiro). p. 19.

25 CARNEIRO, Sueli. **Mulher negra**. In: Escritos de uma vida. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018. p. 13.

26 IBGE. **Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil**. 2019. Estudos e Pesquisas – Informação Demográfica e Socioeconômica n. 41. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf). Acesso em: 28 nov. 2021.

27 FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (UNFPA). **Fecundidade e dinâmica da população brasileira**. Brasília, dez. 2018. Disponível em: [https://brasil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/swop\\_brasil\\_web.pdf](https://brasil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/swop_brasil_web.pdf). Acesso em: 28 nov. 2021.

No âmbito da educação, o IBGE destaca que, embora as mulheres apresentem melhores indicadores educacionais que os homens da mesma cor ou raça, a taxa de conclusão do ensino médio dos homens brancos era maior que a das mulheres pretas ou pardas. Estudo do IPEA, no cruzamento de dados de cor/raça, diferencia as possibilidades dos grupos de mulheres e de homens de acessarem e permanecerem na escola<sup>28</sup>, tendo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – 2019 indicado, para a taxa de abandono, índices bem mais elevados para pretos ou pardos (71,7%) do que para brancos (27,3%). Para as mulheres, os motivos do abandono são: o não interesse em estudar (24,1%), seguido de gravidez (23,8%), trabalho (23,8%) e afazeres domésticos (11,5%)<sup>29</sup>.

O texto de discussão do IPEA sobre cotas étnico-raciais nas universidades aponta que houve ampliação da participação negra nessa etapa e que, embora tenha havido redução das desigualdades raciais em vários níveis e que a escolaridade média tenha crescido para ambos os grupos, “é importante destacar o alto nível de desigualdade ainda persistente, em que a população negra apresenta em 2015 o nível educacional já usufruído pelo contingente branco desde treze anos antes (MATIJASCIC; CORBUCCI, 2017)”<sup>30</sup>.

O mesmo texto reconhece ter elevado a participação recente de mulheres negras com ensino superior completo, entretanto ainda são praticamente metade do contingente de mulheres brancas nessa condição.<sup>31</sup>

São dados representativos do racismo estrutural brasileiro, que apenas no âmbito dos referidos espaços, hierarquiza, assim como também hierarquiza saberes. Nas palavras de Kilomba, é uma realidade que coloca as mulheres negras no lugar da “Outridade”, pois feitas de *objetos* de conhecimento e, raras vezes, de *sujeitos* de conhecimento.<sup>32</sup>

Por isso, não se pode ignorar, pois, a crítica à universalização da categoria mulher enquanto prática reiterativa de cegueira e apagamento da condição da mulher negra<sup>33</sup>, e que provavelmente reverbera no universo da discussão aqui trazida quando confrontada com o espaço da Pós-Graduação, já que, além de se problematizarem os sentidos da maternidade e da lactação nas suas vertentes histórico-sociais, é um exercício que se dá a partir de regra trazida no edital de acesso ao respectivo programa.

Se a pós-graduação for tomada como um centro, é neste degrau da carreira que a diversidade dos marcadores sociais entre os professores é menor, com predominância masculina. As entrevistas realizadas apontam para a maior participação das mulheres e dos docentes não brancos na graduação, com rendimentos menores do que o dos professores credenciados no mestrado e doutorado. O topo do segmento

28 FONTOURA, Natália; REZENDE, Marcela Torres. **Retrato das desigualdades de gênero e raça – 1995 a 2015**. IPEA, [201-?]. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/170306\\_retrato\\_das\\_desigualdades\\_de\\_genero\\_raca.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/170306_retrato_das_desigualdades_de_genero_raca.pdf). Acesso em: 28 nov. 2021.

29 IBGE. **Educação 2019**. PNAD Contínua. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. 2020. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101736\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101736_informativo.pdf). Acesso em: 17 jul. 2020.

30 SILVA, Tatiana Dias. **Ação afirmativa e população negra na educação superior**: acesso e perfil discente. Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. – Brasília : Rio de Janeiro : Ipea , 2020. p. 18.

31 SILVA, Tatiana Dias. **Ação afirmativa e população negra na educação superior**: acesso e perfil discente. Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. – Brasília : Rio de Janeiro : Ipea , 2020. p. 21.

32 KILOMBA, Grada. **Memórias da plantação**: episódios de racismo cotidiano. Trad. Jess Oliveira. Santo André, SP: Cobogó, 2019. p. 51.

33 RIBEIRO, Djamila. **Lugar de fala**. São Paulo: Pólen, 2019. p. 23.

acadêmico tem controles de entrada que tornam o acesso mais fácil para aqueles com as características sociais privilegiadas.<sup>34</sup>

Nesse passo, para uma primeira reflexão, impulsionando o que chama de parentalidade revolucionária, hooks atenta que, na expressão da visão das mulheres negras sobre a maternidade e a criação dos filhos, não se encontram eles em um *locus* de opressão ou de limites à sua liberdade. Afinal, não foram eles impeditivos ao seu ingresso no mercado de trabalho, pois “da escravidão aos dias de hoje, nos Estados Unidos, as mulheres negras têm trabalhado fora de casa, no campo, nas fábricas, nas lavanderias, nas casas alheias.”<sup>35</sup>

A autora faz um contraponto das percepções sobre a maternidade e o trabalho fora de casa e o seu contraste com o movimento de libertação das mulheres negras, pois, enquanto para as mulheres brancas essa bandeira envolveu as realidades do isolamento e dos esforços aos cuidados domésticos, bem como a dependência emocional e econômica, para as negras o pleito era de sair do mundo do trabalho e desfrutar de suas famílias.<sup>36</sup>

Não à toa, das memórias coloniais, Kilomba discorre em um dos capítulos intitulados “fantasias sobre prostituta e mãe negra”, as representações traduzidas em imaginários que recaem sobre os corpos das mulheres negras, tidos por sexualizados e reprodutores de trabalhadoras/es. Enquanto lactantes, o sujeito branco os submetia e os associava ao primitivo, “metamorfoseando-os” de pessoa em animal. Mulheres africanas eram descritas por categorias a partir de sua capacidade de procriação e trabalho, “usado para nutrir e prover a casa *branca*, enquanto seus corpos foram usados como mamadouros, nos quais as crianças *brancas* sugavam o leite”.<sup>37</sup>

Segundo ela, a imagem da “mãe negra” trata-se nada mais, nada menos, que um controle de “raça”, gênero e sexualidade, confinando as mulheres negras à função de “serventes maternais”, e que a subordina e a submete à exploração econômica.<sup>38</sup>

Esta reflexão aponta ao menos para alguns dos símbolos e significados construídos sobre a mulher negra na condição de lactante e mãe, diferentemente associados ao exercício da amamentação enquanto um dos aspectos da maternidade quando confrontada com a realidade das mulheres brancas. Para estas, romantiza-se. Culpa-se.

São os pilares da ideologia da supremacia masculina que sugerem que as mulheres são “nutrizes naturais a favor da vida”. Para hooks, é o que implica em uma ideia toda própria de maternidade enquanto reconhecida por uma vocação da mulher.

34 BONELLI, Maria da Glória; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins; ALBUQUERQUE, Rossana Maria Marinho; CAMPOS, Veridiana P. Parahyba; BARBALHO, Renne Martins. Interseções e identidades na docência do direito no Brasil. *Soc. Estado*, v. 34, n. 3, p. 661-688, set./dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/s0102-6992-201934030002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/fj/se/a/6zjYWJBqTL8TbQzFjjFnJSz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2021. p. 684

35 hooks, bell. *Teoria feminista: da margem ao centro*. Tradução Rainer Patriota. – São Paulo : Perspectiva, 2019. (Palavras negras). p. 194.

36 HOOKS, Bell. *Teoria feminista: da margem ao centro*. Tradução Rainer Patriota. – São Paulo : Perspectiva, 2019. (Palavras negras). p. 196.

37 KILOMBA, Grada. *Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano*. Trad. Jess Oliveira. Santo André, SP: Cobogó, 2019. p. 128 e 140-141.

38 KILOMBA, Grada. *Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano*. Trad. Jess Oliveira. Santo André, SP: Cobogó, 2019. p. 128 e 141-142.

A maternidade é a vocação mais verdadeira da mulher; que as mulheres que não são mães, cujas vidas podem ficar mais exclusivamente focadas na carreira, no trabalho criativo ou político, estão erradas, pois estão condenadas a viver vidas frustradas no plano emocional.<sup>39</sup>

Não por outra razão, Badinter também traz, dentre suas referências e apontamentos das construções estereotipadas sobre o mito do amor materno, a concepção de que “a maternidade não consiste apenas em dar à luz os filhos. A função de mestra acrescenta-se à de procriadora, lactante e educadora e que nenhuma outra boca pode dar tão bem quanto a da mãe”<sup>40</sup>.

Entre o célebre “não se nasce, mas torna-se mulher” da filósofa Simone de Beauvoir – que questionou a ideia do instinto materno –, da crítica ao uso do termo “patriarcado” – tido como sinônimo de opressão feminina – por Gayle Rubin, do sentido relacional do termo “gênero” sobre diferenças socialmente percebidas entre os sexos e dos símbolos de masculino e feminino produzidos e atribuídos na identificação e na construção dos sujeitos por Joan Scott, e até mesmo no questionamento da “noção unificadora da identidade da mulher” por Judith Butler<sup>41</sup>, o lugar da maternidade encontra campo na constituição de discursos e em processos de subjetivação, explicados pelos estudos de gênero.

Se somos formados e constituídos nas relações sociais, nosso gênero é construído pela forma como somos qualificados ao nascer (ou antes mesmo de nascer, pela técnica do ultrassom). Nesse sentido, nosso gênero é apenas uma parte dessa experiência que nos constitui; a subjetividade é, portanto, afetada por todos os outros marcadores sociais da diferença, como raça, classe social, idade, contexto cultural, entre outros. Assim, o conceito de gênero se imbrica com o de interseccionalidade que, igualmente, teve que desnaturalizar uma série de categorias, como raça, sexualidade e até mesmo idade.<sup>42</sup>

Sob a alcunha “dispositivo materno”, Zanello explica que esses discursos estão atrelados a uma construção histórica sobretudo a partir do século XVIII, de que “a capacidade de maternagem foi compreendida como desdobramento da capacidade de procriação” e de que esse lugar de subjetivação, atribuído para construções de colonização do afeto e do cuidado, coloca as mulheres no papel de cuidadoras “natas”, entrelaçando-se em um processo que gira entre a “culpa materna”<sup>43</sup>, o “salto qualitativo” e o “endeusamento.”<sup>44</sup>

Badinter impulsiona a dimensão da culpa materna quando problematiza a condição das mães intelectuais, o que pode também explicar, por um lado, a repulsa à conciliação de maternidade e trabalho – no caso deste

39 hooks, bell. **Teoria feminista**: da margem ao centro. Tradução Rainer Patriota. – São Paulo : Perspectiva, 2019. (Palavras negras). p. 198.

40 BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado**: o mito do amor materno. Tradução: Waltersir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. p. 188.

41 Cf verbete **Gênero**. ALMEIDA, Heloisa Buarque de. Gênero. **Blogs de Ciência da Universidade Estadual de Campinas: Mulheres na Filosofia**, v. 6, n. 3, 2006. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/mulheresnafilosofia/genero/>. Acesso em: 28 nov. 2021. p. 33-43.

42 ALMEIDA, Heloisa Buarque de. Gênero. **Blogs de Ciência da Universidade Estadual de Campinas: Mulheres na Filosofia**, v. 6, n. 3, 2006. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/mulheresnafilosofia/genero/>. Acesso em: 28 nov. 2021. p. 41.

43 Vale o registro de ZANELLO para explicá-la: “As mulheres se culpam, quando mães, por cuidarem demais, por cuidarem de menos, por não cuidarem. Culpam-se também por não desejarem ser mães, quando descobrem uma gravidez; por se arrependerem de ter tido um filho (apesar de muitas vezes amá-lo, ambivalência); por não se disponibilizarem a cuidar dos outros” (ZANELLO, 2016, p. 114). ZANELLO, Valeska. Dispositivo materno e processos de subjetivação: desafios para a psicologia. In: ZANELLO, Valeska; PORTO, Madge (org.). **Aborto e (não) desejo de maternidade(s)**: questões para a psicologia. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016. p. 103-122. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24590>. Acesso em: 28 nov. 2021.

44 ZANELLO, Valeska. Dispositivo materno e processos de subjetivação: desafios para a psicologia. In: ZANELLO, Valeska; PORTO, Madge (org.). **Aborto e (não) desejo de maternidade(s)**: questões para a psicologia. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016. p. 103-122. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24590>. Acesso em: 28 nov. 2021. p. 113.



artigo, o trabalho e a carreira acadêmica – e, por outro, a importância da desconstrução destes discursos como fonte de medidas de ações afirmativas de equidade de gênero.

As intelectuais são mais culpadas do que as operárias: não só não têm justificativa econômica, como sobretudo recusam-se voluntariamente a restringir seu universo aos limites do lar, e circunscrever sua vida à maternidade e à casa. Essa atitude monstruosa foi considerada a fonte e a razão de todos os flagelos sociais, pois se a mulher despreza suas funções naturais, disso só pode resultar a desordem para a sociedade. Para tentar remediar o mal, Ida Sée não se contentou em glorificar a condição materna e em afirmar que só as mães tornam as mulheres respeitáveis. Procedeu também por incriminação. Sim, o trabalho feminino fazia da criança uma pequena vítima. Sim, a ausência da mãe no lar era causa de males infinitos e notadamente da decomposição da família. Como poderia ela realizar seu primeiro e mais simples dever, que é o de cozer a sopa familiar (necessária à boa saúde) “em fogo brando?”<sup>45</sup>

Não foi outra a constatação de Campos em seus estudos sobre desigualdades de gênero no corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ao focar a sobrecarga das professoras-mães e sua dedicação à carreira. Para ela, “a sobrecarga, por vezes, transforma-se em um sentimento de culpa: culpa por não se dedicar exclusivamente ao que a sociedade espera que as mulheres se dediquem – seja a carreira, seja a maternidade”.<sup>46</sup>

O aleitamento materno se insere neste contexto permeado por representações, construções – e expectativas – sociais sobre o seu sentido, sobre como e em quais condições será exercitado.

Para explicar, Zanello<sup>47</sup> lembra de uma campanha publicitária produzida com o intuito de incentivar o aleitamento materno. Ela traz uma mulher branca de cabelos lisos, penteada, maquiada, magra, sorridente e feliz, amamentando uma criança, sem revelar qualquer cansaço, arrependimento, raiva ou dor, sem mostrar ambivalência alguma. A ideia representa o sentido e modelo da realização de uma “verdadeira mulher-mãe”, que serve e cujos esforços destinam-se tão somente ao bom futuro das crianças<sup>48</sup>.

Se no início do século 20 a representação da imagem da mulher era diretamente relacionada à felicidade da família e como responsável por seu bem estar (e por servir ao homem), no final desse século, pode-se observar mudanças, mas com a persistência do valor da maternidade, vendida como a realização da mulher, sem rachaduras em que se possa perscrutar qualquer rasgo de insatisfação, sofrimento, frustração ou não desejo de ser mãe. A mãe representada é sempre uma mulher feliz com essa função. A diferença é que agora, além do filho e da família, ela precisa cuidar de si mesma (sobretudo fisicamente) e de sua carreira profissional.<sup>49</sup>

45 BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Tradução: Waltersir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. p. 202.

46 CAMPOS, Isabelle Oglouyan de Campos. **Mulheres na academia: desigualdades de gênero no corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Trabalho de Conclusão de Curso – Bacharel em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5154510/mod\\_resource/content/1/Campos\\_Isabelle%20O.%20Mulheres%20na%20academia.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5154510/mod_resource/content/1/Campos_Isabelle%20O.%20Mulheres%20na%20academia.pdf). Acesso em: 28 nov. 2021. p. 43.

47 ZANELLO, Valeska. Dispositivo materno e processos de subjetivação: desafios para a psicologia. In: ZANELLO, Valeska; PORTO, Madge (org.). **Aborto e (não) desejo de maternidade(s): questões para a psicologia**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016. p. 103-122. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24590>. Acesso em: 28 nov. 2021.

48 ZANELLO, Valeska. Dispositivo materno e processos de subjetivação: desafios para a psicologia. In: ZANELLO, Valeska; PORTO, Madge (org.). **Aborto e (não) desejo de maternidade(s): questões para a psicologia**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016. p. 103-122. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24590>. Acesso em: 28 nov. 2021. p. 108.

49 ZANELLO, Valeska. Dispositivo materno e processos de subjetivação: desafios para a psicologia. In: ZANELLO, Valeska; PORTO, Madge (org.). **Aborto e (não) desejo de maternidade(s): questões para a psicologia**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016. p. 103-122. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24590>. Acesso em: 28 nov. 2021. p. 108.

Um contraponto necessário é o que pertinentemente traz bell hooks<sup>50</sup> quando confronta a maternidade com uma espécie de construção social da glorificação. Cuida-se de uma alegoria da vantagem, através da qual as mulheres detêm poder e controle quando se transfere, para elas, a total responsabilidade pela nutrição da criança. Para hooks, cuida-se de um campo equivocado, pois reforça a ideia de que ser mãe é mais importante que ser pai, ensina aos homens a pensar que seu papel é secundário em relação ao da mãe e, levando-os a crer que não possuem vocação para cuidar de crianças, os afastam de suas responsabilidades, deixando-os de assumir uma participação mais efetiva no cuidado com os filhos.<sup>51</sup> Não que, do nosso ponto de vista, seja uma manobra proposital das mulheres, mas que se constitui em outra armadilha das relações de gênero, pois não há vantagem alguma para as mulheres que os pais das crianças não sejam corresponsáveis pelos seus filhos<sup>52</sup>. E pesa sobre essa dimensão um conjunto de instituições, como destaca Severi, apontando para diferentes representações que “influenciam os processos de construção identitária e subjetiva das mulheres, propondo normas de comportamento e atuação aceitáveis a elas.”<sup>53, 54</sup>

Reverberando os ideários no campo dos impasses entre maternidade e carreira, Moschkovich bem lembra que, enquanto o modelo de paternidade associado à ideia hegemônica de masculinidade – em que o homem ocupa o papel de provedor material/financeiro da família – não guarda nenhum dilema quando confrontado com a carreira profissional, por outro lado o modelo de maternidade gera um dilema quando contraposto ao modelo dominante de ‘carreira de sucesso’. Deduz-se que isto seja um reflexo de uma carreira e de um mercado de trabalho forjados sobre os moldes das exigências domésticas associadas ao masculino dominante.<sup>55</sup>

Williams desenvolveu o termo “maternal wall” (parede ou muro materno) nos Estados Unidos para explicar padrões de discriminação dirigidos às mulheres no ambiente de trabalho na sua interseccionalidade com a maternidade e as respectivas respostas de tratamento, como disparidades salariais, pré-conceitos decorrentes da gravidez, as interações com empregadores, dentre outros<sup>56</sup>, e o seu quadro de contestações nas cortes americanas. Os achados e a visibilidade destes padrões contribuem para compreender as desigualdades no campo das diferenças não só de gênero, mas também nas que recaem sobre a condição de mães e do exercício da ma-

50 bell hooks é o pseudônimo de Gloria Jean Watkins, escritora norte-americana nascida em 25 de setembro de 1952, no Kentucky, EUA. Ela escolheu este apelido para assinar suas obras em homenagem aos sobrenomes da mãe e da avó. Aqui a referência se dá em letra minúscula propositadamente, tal qual a decisão da própria autora, cujo objetivo é o de manter as atenções sobre o conteúdo da obra, e não sobre ela.

51 hooks, bell. **Teoria feminista**: da margem ao centro. Tradução Rainer Patriota. – São Paulo : Perspectiva, 2019. (Palavras negras). p. 200 e 203.

52 SEVERI, Fabiana Cristina. **Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

53 SEVERI, Fabiana Cristina. **Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 34 – nota de rodapé.

54 O argumento de que o papel da mulher na procriação não deve ser causa de discriminação mas sim que a educação dos filhos exige a responsabilidade compartilhada entre homens e mulheres e a sociedade como um conjunto, compõe um dos fundamentos da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm). Acesso em: 18 abr. 2020.

55 MOSCHKOVICH, Marília. **Teto de vidro ou paredes de fogo?** Um estudo sobre gênero na carreira acadêmica e o caso da UNICAMP. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas. Faculdade de Educação. 2012. Disponível em: [http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/CAMP\\_5311385f8552d5c3d103a7d766bcb814](http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/CAMP_5311385f8552d5c3d103a7d766bcb814). Acesso em: 28 nov. 2021. p. 110.

56 WILLIAMS, Joan C. The Maternal Wall. **Harvard Business Review**, Oct. 2004. Disponível em: <https://hbr.org/2004/10/the-maternal-wall>. Acesso em: 21 jun. 2020.

ternidade das mulheres trabalhadoras, justificando a tomada de decisões de caráter afirmativo no propósito de corrigir injustiças e impor equilíbrio ao sentido da igualdade.

A igualdade, nas suas dimensões, comporta tanto (1) a proibição da discriminação indevida – ou a *vedação da discriminação negativa* – pela qual as normas jurídicas devem ser aplicadas a todos indistintamente e sem discriminações odiosas, como (2) o dever de impor determinada discriminação para a obtenção da igualdade efetiva – as chamadas *discriminação positiva ou ação afirmativa* –, por meio do qual devam ser criadas normas que favoreçam aqueles que estejam em situações de indevida desvantagem social ou que imponham um ônus maior aos que estejam em situação de exagerada vantagem social.<sup>57</sup>

Por isso o Supremo Tribunal Federal, em 2017 – e com vistas ao “maternal wall” –, concedeu o direito de remarcação de teste de aptidão física à candidata gestante em concurso público para o cargo de policial militar, mesmo sem a previsão editalícia, reservando vaga para, depois de superado o estado gravídico, proceder à realização do exame, reconhecendo inclusive a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Nas palavras do Relator, o Ministro Luiz Fux, “o acesso mais isonômico a cargos públicos pressupõe que se neutralize a desvantagem que a condição natural da gravidez possa representar para a genitora, permitindo, assim, que persiga seus projetos de vida e suas ambições<sup>58</sup>”.

Amparou-se também o Supremo Tribunal Federal nos direitos da dignidade humana, liberdade reprodutiva, interesse social manifestado no planejamento familiar, direito à saúde e nos princípios da administração pública aplicados ao concurso público. Há de se atentar que a decisão chegou a ressaltar a perspectiva do interesse econômico – e da vantagem – associado ao tema na adoção de medidas inclusivas que atinjam o mercado de trabalho, com destaque ao pensamento de Martha Nussbaum sob o olhar das interseccionalidades de gênero e raça:

[A]rranjos que acabam com a discriminação em razão da raça e do sexo pelo menos podem ser considerados economicamente eficientes, porque incluem na força de trabalho, sem redesenho caro, um grande grupo de trabalhadores produtivos que de outra forma não poderiam ser incluídos.<sup>59</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, e analisando recurso em Mandado de Segurança oriundo do Estado de Minas Gerais em 2019 especificamente sobre caso de candidata lactante que pretendia a remarcação de teste físico, e usando como precedente a Repercussão Geral em comento, reputou haver direito líquido e certo a ser resguardado, dando-lhe provimento e concedendo a ordem.<sup>60</sup>

57 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2017. p. 568-575.

58 Supremo Tribunal Federal, RE 1058333 RG / PR – 2017.

59 NUSSBAUM, Martha. *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Harvard University Press, 2009. p. 117-118.

60 A impetrante aduziu que sua filha nasceu em 24 fevereiro de 2014 e que, posteriormente, foi convocada para realizar a 6ª etapa do certame – Curso de Formação Técnico Profissional, que teria início em 20 de março de 2014. Na data do início do curso, apresentou-se no local e horário marcados e como “estava com sua filha recém-nascida nos braços, em fase de amamentação, ela solicitou aos coordenadores do curso que lhe ofertassem condições especiais para realizar o mesmo, apresentando ainda a licença-maternidade que portava”, sendo o pleito indeferido. Vide STJ. Recurso em Mandado de Segurança n. 52.622 – MG (2016/0315894-7) – 2019.

É também neste espírito que se fundou o direito às candidatas não só de amamentarem seus filhos durante a realização das provas de proficiência de língua estrangeira para o processo seletivo para ingresso no programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto de 2018 (proficiência de línguas estrangeiras) e da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo a partir de 2019, bem como na evolução de inclusão da regra de compensação do tempo de amamentação conforme previsão em seus editais para o ano letivo de 2020 da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, e para o ano de 2021 da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Questiona-se apenas, tal qual a crítica de,<sup>61</sup> ao estudar o tratamento dado às mulheres lactantes pelo Estado brasileiro em concursos públicos, se a regra foi dada com base tão somente na seara dos direitos da lactente, sem qualquer enfoque de igualdade de gênero e na cidadania feminina, reforçando-se os ideários românticos que permeiam o sentido da maternidade.

Nesse passo, Silva<sup>62</sup> cita o fato de que, muito antes, em 2001, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios fez vinte e nove recomendações a fim de assegurar o direito à amamentação em concursos e processos seletivos sem que se abordasse o tema sob o viés de gênero.

De fato, em uma delas, originada da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude em conjunto com a Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde<sup>63</sup>, seus fundamentos se basearam em direitos à saúde, ao dever em assegurar às crianças com absoluta prioridade uma série de direitos, como o direito à alimentação, ao direito de gestantes e lactantes terem direito a atendimento prioritário, à atenção do Ministério da Saúde envolvendo a amamentação de lactentes e, por fim, à necessidade de respeito à condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento.

Não se desapercebe que a própria terminologia “lactante”, que define a mulher em período de amamentação na recomendação e no último edital pesquisado, não seja suficiente a considerar o universo da maternidade e que reforça o ideário simbólico culturalmente construído que recai sobre a condição do corpo feminino em seu caráter de subserviência e cuidado. A nomenclatura, trazida no edital que inovou em relação ao tempo de compensação da prova, não deixa de induzir ao pensamento reflexivo de que ela resulta à finalidade de atender direitos da criança à alimentação e nutrição, limita ao fisiológico e desconsidera a amplitude do sentido da amamentação.

Nas palavras de Siqueira, “concomitante ao discurso biológico do aleitamento materno está a visão tradicional da teoria psicanalítica que agrega a mãe ao filho, responsabilizando-a por esta prática para garantir o desenvolvimento mais saudável da criança”. Para ela, a amamentação é um processo de interação que significa

61 SILVA, Luciana Santos. Lactantes e concursos públicos: exclusões e silenciamentos. 2013. SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO, 10., Florianópolis, 2013. **Anais...** Disponível em [http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1386687392\\_ARQUIVO\\_LucianaSantosSilva.pdf](http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1386687392_ARQUIVO_LucianaSantosSilva.pdf). Acesso em: 17 jul. 2020. p. 09.

62 SILVA, Luciana Santos. Lactantes e concursos públicos: exclusões e silenciamentos. 2013. SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO, 10., Florianópolis, 2013. **Anais...** Disponível em [http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1386687392\\_ARQUIVO\\_LucianaSantosSilva.pdf](http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1386687392_ARQUIVO_LucianaSantosSilva.pdf). Acesso em: 17 jul. 2020. p. 09.

63 Cf. Recomendação n. 32/2001 da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude em conjunto com a Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde do Ministério Público Federal e Territórios, disponível em: [https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/recomendacoes/PJDIJ\\_N32\\_200109.pdf](https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/recomendacoes/PJDIJ_N32_200109.pdf). Acesso em: 18 jul. 2020.

mais do que a passagem de leite de um organismo para o outro, pois favorece a formação do vínculo entre a mãe e o bebê, desencadeando uma série de mecanismos sensoriais, comportamentais, hormonais e imunológicos.<sup>64</sup>

Nesse passo, pergunta-se até que ponto a regra que inovou o edital do processo seletivo para ingresso no programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para o ano letivo de 2021 referente à compensação do tempo de amamentação de até 20% do tempo de duração de cada prova, funda-se em uma norma de equidade de gênero? E até que ponto se observam condições e estruturas adequadas para que as candidatas, de fato, amamentem seus filhos durante as provas?

Não obstante as iniciativas legislativas e os editais preverem o direito de mães candidatas amamentarem seus filhos durante as provas em concursos públicos ou vestibulares com compensação do tempo dispendido com a amamentação – ou parte dele – do tempo dos exames, não se pode perder de vista a necessidade de que devam ser observadas condições materiais para tanto. Tal qual observa SILVA, a falta desta estrutura, como sala de ordenha apropriada, material adequado para coleta e refrigeração do leite são elementos que inclusive interferem na própria continuidade da amamentação pois as mulheres “se sentem constrangidas em exporem-se e inseguras em ofertar um leite potencialmente contaminado ao filho” (SILVA, 2005.)<sup>65</sup>.

## 2 ENTREVISTAS

Como parte da metodologia deste trabalho, em sua dimensão qualitativa, o tema foi explorado através de entrevistas semiestruturadas entabuladas com membros das comissões da pós-graduação das faculdades de Direito de Ribeirão Preto e de São Paulo, apoiadas em um roteiro mínimo, mas que permitissem questões durante a sua interação:

1. Por que a Faculdade de Direito incluiu a regra que permitiu às lactantes a amamentação durante a prova de Ingresso no Programa de Pós-Graduação?
2. Por que a regra não permitia a compensação do tempo?
3. Por que a nova regra introduziu essa possibilidade?
4. A decisão teve por mote algum critério baseado nos estudos de gênero?
5. Dentre os editais que não possuíam essa regra, até a atual mais abrangente, houve algum recurso ou questionamento de alguma candidata sob o argumento de eventual preterimento, em caráter administrativo?
6. Antes das alterações referidas, havia algum equacionamento da questão? Como se resolviam os casos eventualmente experimentados?

64 SIQUEIRA, Fernanda Paula Cerântola; SILVA, Isilia Aparecida. O significado da amamentação na construção a relação mãe e filho. *Aladefe – Rev. Iberoam. Educ. Invest. Enferm.*, v. 9, n. 1, p. 17-25, Enero 2019. Disponível em: <https://www.enfermeria21.com/revistas/aladefe/articulo/295/o-significado-da-amamentacao-na-construcao-da-relacao-mae-e-filho/>. Acesso em: 28 nov. 2021. p. 29.

65 SILVA, Isilia Aparecida. A vivência de amamentar para trabalhadoras e estudantes de uma universidade pública. *Rev. Bras. Enferm.*, v. 58, n. 6, p. 641-646, nov./dez. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-71672005000600003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/reben/v58n6/a03v58n6.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020. p. 641.

As entrevistas com especialista em enfermagem materno-infantil e candidata que enfrentou processo seletivo para docência durante o período de lactação no ano de 2019, tiveram por método aberto. Preocupou-se em trazer as visões de profissional de saúde e de candidata que experimentou benefício semelhante ao objeto do trabalho.

As interações ocorreram a distância. As entrevistas foram autorizadas, gravadas e devidamente transcritas. Neste trabalho garante-se o anonimato de todas as pessoas entrevistadas. O conteúdo foi dividido da seguinte forma: no bloco 1 consta análise do conteúdo das entrevistas dos membros das comissões de Pós-Graduação aqui designados de pessoa 1 e pessoa 2; no bloco 2, de candidata que passou por processo seletivo e, no bloco 3, de especialista em enfermagem materno-infantil.

É preciso destacar que o desenvolvimento do trabalho aconteceu em meio às medidas de distanciamento social impostas em razão da pandemia pela Covid-19, em que as universidades estão fechadas ou apenas com atividades online mantidas, e em que se preza pela saúde da população ao se determinar que evitem qualquer contato não essencial.

Esta condição restringiu sobremaneira as possibilidades de técnicas a serem utilizadas pela pesquisa, como possíveis observações de campo, até porque as provas aplicadas mediante as novas condições previstas no edital do processo seletivo para ingresso no programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para o ano letivo de 2021, publicado em 29 de abril de 2020, estão em curso e tem sido aplicadas também à distância e online, induzindo-se à aplicação de práticas e vivências adaptadas e que não necessariamente permitiram avaliar o confronto com as hipóteses levantadas.

## **2.1 LUGAR ASSEXUADO, OLHAR NEUTRO E PORTAL FANTASIOSO**

Para os membros das comissões da pós-graduação das faculdades (aqui designados Pessoa 1 e Pessoa 2), buscou-se compreender, basicamente, as razões pelas quais se inseriram as regras da permissão à lactante à amamentação durante a prova, da compensação do tempo no edital posterior, bem como se tais situações guardaram pertinência com os estudos de gênero.

No âmbito comparativo entre a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e a Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, evidenciaram-se razões diferenciadas quanto a inserção da regra das lactantes ao direito de amamentação durante as provas de pós-graduação.

No primeiro caso, a razão apontada foi o gerenciamento das provas pela Fuvest – Fundação Universitária para o Vestibular, que já adotava esse procedimento nos concursos vestibulares. Ou seja, a mudança dos editais não partiu de um método de discussão interno, dentro de um processo de aferição de casos concretos ou de reflexões sobre as ações afirmativas de gênero para o acesso à Pós-Graduação. Isso não quer dizer, de todo modo, que a escolha da Fuvest no gerenciamento das provas não tenha se valido da percepção sobre esses fato-

res, em que pese não ter sido essa uma conclusão surgida nas entrevistas. Tal qual a Pessoa 2, “o arranjo foi, a gente publica o edital e transfere toda a responsabilidade para a Fuvest e aí eles é que sugeriram essa inclusão”.

A realidade experimentada em Ribeirão Preto, por outro lado, teve por origem uma série de fatores relacionados ao movimento estudantil feminino, às legislações recentes sobre o tema, à adoção da regra por outras universidades e à postura da comissão em atentar às demandas de caráter afirmativo inclusive no que diz respeito às cotas étnico-raciais.

O histórico da experiência de passado da faculdade, no qual a discussão de gênero e racial estavam em ebulição, apontou para a mobilização do ambiente acadêmico e possível influência para a adoção da nova regra em permitir às mulheres lactantes o direito de amamentar durante as provas da pós-graduação a partir do viés do princípio da isonomia como uma regra de ação afirmativa. Talvez por esses motivos também a entrevista da Pessoa 1 tenha trazido mais riqueza de detalhes sobre tais circunstâncias.

Nenhuma das duas faculdades, até 2020, contava com a possibilidade de compensação do tempo de prova, o que foi inserido, em um primeiro momento, pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto.

Em uma das entrevistas, a razão para esta medida se deu pela avaliação interna dos resultados, verificação de outros processos seletivos e evidências científicas, descartando a hipótese de decisão tomada com base em recursos administrativos ou judiciais que porventura houvessem sido demandados. Fez-se questão de ressaltar que “quando a pessoa sai, não é que você enfia o leite na criança e a pessoa volta. Dependendo da fase da criança, são quarenta minutos! É uma mamada, então quarenta minutos numa prova é coisa significativa” (Pessoa 1).

Pessoa 2, por outro lado, referiu que “não é que não tenha tido sensibilidade da nossa parte enquanto faculdade, a questão é que, como são eles que aplicam a prova, eles é que tem que decidir essas coisas”.

Destaca-se o fato de que não houve informação sobre detalhes da aplicação da norma e das condições reservadas à sala para as lactantes amamentarem ou destinada a seu filho e acompanhante.

Críticas não faltaram à reflexão sobre a associação da nova regra ter por causa possível recorte de gênero, o sentido de igualdade material e a relação das mulheres-mães com a carreira acadêmica.

Segundo uma das entrevistas, o espaço do trabalho – e da universidade –, tido como um “lugar assexuado”, guarda em uma espécie de “olhar neutro”, associado ao corpo masculino, heterossexual e oriundo de classe média, a característica daquele que toma as decisões na universidade (Pessoa 1) e, por sua vez, a possível razão de retrocessos ou mesmo ausência ou poucas políticas de inclusão no ambiente universitário.

Ao não necessariamente se considerar a realidade de que este ambiente é formado por pessoas em idade reprodutiva, e o que ecoa de forma diferente – e desigual – para mulheres, o tal “olhar neutro” dificulta enxergar e acolher de forma equitativa as demandas de gênero que dela advém (Pessoa 1).

De todo modo, as entrevistas trouxeram o contraponto de que medidas pontuais existiram sob esse viés afirmativo, mas sustentadas por mecanismos frágeis, já que alcançadas individualmente, a partir de uma sensibilidade toda própria de pessoas que detém poder de comando e de prévia solicitação da candidata.

Foi o caso de orientanda que pediu para concluir a defesa de tese antes do parto, pedido acolhido, e em cuja oportunidade foram concedidas pausas mais frequentes para uso do banheiro (Pessoa 2). Outro, ocorrido nos idos de 2008, de uma candidata que estava amamentado e seria arguida por uma banca de examinadores; ela solicitou autorização à Pessoa 2 que, consultando o presidente da banca, teve o pedido deferido.

Também não de se descarta o fato de que a pandemia pela Covid-19 resultou em adaptação à norma. As circunstâncias do caso trazido, de casal inscrito com dois filhos, um deles de apenas um ano de idade e, outro, de cerca quatro ou cinco anos, e que, em razão das medidas de distanciamento social não contavam com acompanhante, não foram empecilho para a adoção de uma solução que viabilizasse a aplicação de uma das provas segundo os princípios ora referidos.

E a gente autorizou. Eles vão fazer. A gente pensou em regras para garantir a isonomia. Os dois vão ficar logados, então alguém vai ficar assistindo um deles com as crianças. Isso vai ser natural, não tem muito como fugir disso, pelo menos no primeiro horário, mas tem que aceitar porque são questões que aparecem. Você só consegue pensar de fato se a regra é justa, quando você está aberto para esses “acidentes” do contexto, da realidade... quando você se afeta pela realidade (Pessoa 1).

Não se ignorou, por sua vez, o fato de que existe desigualdade na sobrecarga na conciliação da maternidade com a carreira acadêmica. Em uma das entrevistas, sobreveio a história de um casal de professores, que teve quatro filhos e, enquanto ele tornou-se professor titular aos 33 anos, ela, por volta dos 50 ou 60 anos. Retratou-se a trajetória da maternidade como a razão do adiamento da vida acadêmica da mulher por muitos anos, mas que não guardou o mesmo destino ao colocar em xeque a trajetória da paternidade para o homem professor (Pessoa 2).

Mesmo que este estudo não tenha se predisposto a fazer uma análise das barreiras de gênero que eventualmente incidem na trajetória acadêmica posterior ao ingresso na Pós-Graduação, uma das entrevistas problematizou a regra da lactação e da amamentação quando comparada com as demais no âmbito das políticas de gênero da universidade de uma forma geral. É o exemplo do anúncio de fechamento de creches e a sua repercussão no campus, o passado recente de interrupção de bolsas na hipótese de alunas grávidas e em período de licença-maternidade, ou mesmo ao baixo valor de sua remuneração.

Mas chegaram relatos pra gente de violência dos professores em salas de aula contra essas estudantes que levavam filhos. Foram relatos bem chocantes, de professores pedindo para as alunas se retirarem, de professores gritando com as crianças. Enfim, foi uma coisa horrível. (Pessoa 1).

As creches não voltaram, a ideia é o fechamento mesmo das creches. Isso tem um impacto. Ao mesmo tempo que você tem medidas que inclui, você tem outras que retrocedem, infelizmente a gente nunca atua de um jeito combinado... A gente abre essa possibilidade de inclusão de cotas em um momento de menos bolsa, como é que a gente atrai gente com bolsa zero? (Pessoa 1)



E quando você tem, sei lá, um filho, no fim das contas é uma boca a mais, então a bolsa tem que ser um valor considerado para alguém que está trabalhando e que precisa de um acréscimo de renda pra poder se manter como pesquisadora. Essa realidade para o Brasil, as pessoas não conseguem entender. (Pessoa 1).

Embora as situações não necessariamente se relacionem a fatos que tenham se sucedido no âmbito do curso de Pós-Graduação, não deixam de indicar a importância de que as políticas de acesso estejam associadas às políticas de permanência, sob pena de se confrontarem com trilhas tortuosas e com uma espécie de “portal fantasioso”, metáfora escolhida pela Pessoa 1 quando trouxe esta reflexão.

Ainda que, de uma forma geral, aparentemente a norma das candidatas lactantes amamentarem durante a prova da pós-graduação e o direito de se compensar o tempo respectivo tenha sido incluída dentro de um cenário de tendência nacional, e não exatamente confrontada e amadurecida, em contrapartida não se deixou de reconhecer, sob o viés do recorte de gênero, sua relevância.

Esse aspecto de facilitar o acesso da mulher, com medidas simples e adequadas ao direito como essa de deixar que a mulher que está amamentando tenha o tempo devolvido, é uma medida que se impõe até pra que a gente possa, em um futuro a médio prazo, e até curto prazo, ter maior participação feminina também nos departamentos, como docência etc. Mas se isso não vier acontecer porque as vagas não tem sido repostas pela reitoria, que pelo menos a gente tenha doutoras formadas já em outras universidades ou não, porque é uma opção pessoal se você quer dar aulas ou não, mas a avaliação dos trabalhos sempre pode ser feita. (Pessoa 2).

As estruturas tradicionais e os sistemas complexos e burocráticos foram apontados como fatores que obstaculizam a alteração dos regimentos. Uma das entrevistas trouxe tais situações como possivelmente representativas para as dificuldades em incluir as regras afirmativas, notadamente em função do volume de tempo que requer a sua análise, chegando a levar aproximadamente um ano, por demandar a apreciação de quatro instâncias diferentes. (Pessoa 1).

No entanto, ressaltou-se que a representatividade feminina e a voz das mulheres – e das mulheres professoras – importam, constituindo fortes componentes para alavancar mudanças de estruturas. Exemplos apontados foram a possibilidade de inclusão de informação sobre período de licença-gestante em relatório de produção científica, a inserção das cotas étnico-raciais, além de outras medidas engendradas pelos movimentos estudantis como coletivos.

Há dez anos, quando tinha só a graduação, nós tivemos a primeira mobilização de alunas contra trotes violentos. Isso trouxe uma série de debates internos, motivados pelas alunas, sobretudo que nos trouxe a revisar uma série de discussões relacionadas a violências simbólicas, ou de várias ordens dentro do espaço educacional (Pessoa 1).

E infelizmente isso é ainda uma coisa muito comum, muito pouco comum na faculdade né, a gente vê bancas majoritariamente masculinas, que são, que chegam a ser até um soco no estômago quando você olha, porque havia a possibilidade de convidar mulheres para a avaliação em igualdade de condições total com os examinadores (Pessoa 2).

Aliou-se também a essa conjuntura, a relevância dos avanços legislativos em relação à temática da igualdade de gênero, como a Lei Maria da Penha, e a forte difusão dos discursos de enfrentamento à violência contra a mulher de um modo geral, permitindo uma autoavaliação por parte das mulheres pesquisadoras e o alavancar de reflexões na sua relação com o ambiente da academia.

Essa inserção do debate de gênero na academia afetou as mulheres pesquisadoras, sejam aquelas que pesquisam gênero, que se propuseram a pesquisar, ou outras que pararam pra pensar sua própria experiência, sua própria trajetória, suas condições de trabalho a partir da profusão deste debate. (Pessoa 1).

## 2.2 TIRANDO A FORÇA DO ÚTERO

Tinha uma cadeira perdida no meio do corredor lá, uma cadeira universitária, e eu estava sentada ali com a nenê, com uma camisa social, não era nem uma roupa adequada para amamentar né... pra amamentar eu tinha que me expor, abrir a camisa no meio do corredor. A cada meia hora, quarenta minutos, eu punha ela no peito pra ver se ela queria mamar, pra hora que me chamassem ela não estar com fome. Aí eu chorei, assim, de novo...

Do lugar de fala do público beneficiado com a medida, entrevistou-se candidata que enfrentou processo seletivo para docência durante o período de lactação. É preciso ressaltar que este processo seletivo não se refere ao processo seletivo cujos editais este artigo abarca, pois, segundo a própria entrevistada, foi um processo que se constituiu por fases e dinâmicas distintas, como, por exemplo, o fato de que ela precisou estar disponível por três dias inteiros e consecutivos para a realização de provas.

Embora sob condições diferenciadas, em certa medida a narrativa da entrevistada possibilitou conhecer as nuances próprias e pertinentes do universo do impacto da medida às mulheres lactantes.

Inicialmente, muita ansiedade e dúvida foram os primeiros sentimentos retratados durante a expectativa para a realização das provas, concorrendo também com aqueles afetos à experiência da primeira gravidez. A entrevistada relatou que não saberia dizer se teria condições de saúde para a realização dos exames, ou mesmo, a depender da data do parto e o tempo de nascimento da criança, se seria possível dirigir-se até o local dos exames. Segundo suas palavras, “o edital não tinha data de prova, eu não sabia se eu ia conseguir prestar o concurso, porque se eventualmente marcasse o concurso quinze dias depois do parto, eu não ia ter condição nenhuma de estar presente”.

O edital de processo seletivo para ingresso no programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para o ano letivo de 2021 exige a presença de acompanhante para que a regra possa ser exercida. Esta também foi uma exigência feita à entrevistada. No entanto, a entrevista trouxe o dado de que esta não é só uma condição necessária enquanto regra para garantir o direito de participação da candidata no processo seletivo, o de amamentar durante as provas e de prestar cuidados à criança no período, mas também o de coincidir como uma realidade viável da candidata, que no caso da entrevistada contou com uma rede de apoio, um suporte familiar para tal desiderato. Ressaltou a entrevistada que foi uma coincidência seu mari-

do ter tirado férias no “meio do concurso”, uma situação não planejada, “do acaso”, e que, em dia do seu “rodízio”, contou com a ajuda do pai, que foi junto.

Os desdobramentos da entrevistada para conciliar o aleitamento com o momento dos exames apresentaram tensões que ultrapassaram a lactação em si, envolvendo uma organização prévia e concomitante que garantisse suporte à criança, ao acompanhante, ou mesmo equilíbrio e preparo emocional para a prova. Dentre situações como a livre demanda da criança, o sentimento de deixá-la com acompanhante, além das condições físicas da sala destinada à amamentação, que não possuía cadeira apropriada, fraldário ou outros insumos, foram algumas das preocupações citadas. Além disso, não se pode ignorar todo o cenário de sentimentos que envolvem o exercício da maternidade nesta fase pós-parto, aliado à importância e representatividade daquele momento do exame como ponto de partida à realização profissional da candidata.

Eu chorei... eu chorei duas vezes no concurso...

Foi o primeiro momento da minha vida em que eu deixei minha filha sozinha. Eu passava vinte e quatro horas do meu dia junto com ela, aí eu desci chorando pra fazer a prova. E depois, nesse outro dia que as provas atrasaram, e ainda suspenderam a prova pra banca ir comer, não sei o que, eu não sabia quando eu ia fazer a prova. Foi um nível de tensão difícil de administrar.

É preciso considerar, no entanto, que a entrevista revelou ter sido possivelmente o específico processo seletivo pelo qual a candidata passou que a levou a uma série de obstáculos que ensejaram inquietação e elevaram todo o estresse emocional durante todo o seu percurso. Situações como o adiamento das provas, estendendo cerca de sete meses o prazo para sua realização, o sistema de aferição dos candidatos, constituído por fases que se sucedem por três dias inteiros e consecutivos, aliadas às próprias condições da entrevistada enquanto lactante, a pouca idade de seu bebê, que contava com aleitamento exclusivo, e à disponibilidade integral dos próprios familiares que a acompanhavam, constituíram-se nos pontos principais. Segundo a entrevistada, “é muito desumano você passar o dia inteiro num lugar fora da sua casa, com um bebê, esperando colarem um negócio na porta pra saber se e quando vai ser a outra fase...”.

De todo modo, a entrevista deixou evidente a importância da nova regra em seu caráter afirmativo de gênero. Perguntada sobre a razão da norma e se sua provável ausência constituiria obstáculo à igualdade, a entrevistada não titubeou em trazer a sua relevância, ainda que sua particular experiência tenha sido permeada pelas tensões já referidas: “eu não abriria mão de amamentar a minha filha assim, sabe? Talvez eu nem prestasse o concurso se não tivesse essa autorização”.

Tanto que, perguntada sobre o recado que daria a outras mulheres que pretendessem passar pelo processo seletivo em condições de amamentação, a entrevistada aconselhou a “tirar a força do útero” para não desistir. Nada tão feminino, simbólico e representativo.

Eu diria assim, se o concurso for muito importante pra você como era pra mim, era uma mudança de vida que eu procurava ali, é pra tirar a força do útero e ir.

Eu pensei em desistir até o último minuto. Até o dia que eu saí de casa e ir pra a primeira prova, eu dizia para meu marido que eu não ia fazer.

Tudo muito difícil, estudar com o bebê em casa, você depois passar por isso, mas eu acho que vale a pena porque você precisa voltar a ter uma vida sua, que te importe. Em algum momento, e até para seu filho, é muito importante ver a mãe realizada, principalmente se você tem uma filha mulher, como no meu caso. Eu não quero que ela se anule no futuro, eu quero que ela veja em mim um exemplo de algo que ela possa se orgulhar, não sei né...e seguir os passos dela...

### 2.3 O LADO HUMANO DA HISTÓRIA, NÃO SÓ O BIOLÓGICO

A criança tem fome e solicita o peito e ela vai ser amamentada!

Você não pode estabelecer que essa amamentação dure quinze minutos, vinte minutos ou meia hora porque a criança tem uma necessidade, ela tem várias fomes. Ela tem a fome biológica de ingerir o leite, mas ela tem a fome do colo, fome do aconchego...

A especialista em enfermagem materno-infantil logo questionou a regra que impõe tempo máximo de compensação da prova em relação ao tempo dispendido com a amamentação. Segundo ela, há variáveis que determinam o tempo de mamada e o estabelecimento de um limite temporal para a referida compensação pode se constituir em um fator que venha a prejudicar as condições psicológicas da candidata, e não confortá-la.

Ela vai ficar estressada por causa da prova, porque ela está na prova. O peito está “formigando” porque está chegando perto da criança ser amamentada, a gente sabe que existem sinais objetivos e subjetivos dessa relação no momento de amamentação. O peito enche, fica desconfortável, ela precisa esvaziar esse peito. Pode estressar essa mãe e essa mamada não vai ser efetiva. E alguém pode dizer assim: “mas é uma mamada, alguém vai ficar estressado por causa de uma mamada, já devia ficar feliz por ter esse tempo de amamentar, né?”

A amamentação é um direito e não um favor. Sob esse viés, e considerando a amplitude da amamentação, que não se encerra na relação entre lactante e lactente em seu sentido fisiológico, não se pode ignorar as outras formas que ela pode ser exercitada e de nutrir a criança.

A gente precisar olhar não só para a questão da fome da criança, que mata a fome dela, do corpo, da imunidade, enfim, da saúde da criança, mas a saúde da mãe né? Essa mãe está envolvida, ela tem ingurgitamento, tem mastite, o processo dela, às vezes, é muito difícil, tem todo um componente emocional, relações familiares, situações como de gemelar, trigêmeos. Como você lida com tudo isso?

Qual é o significado da amamentação na construção do vínculo mãe e bebê? E aí tem um determinando momento que as mães começam a dizer assim: “olha, eu sou a pessoa mais importante da vida dessa criança porque eu amamento essa criança, eu nutro, eu continuo nutrindo essa criança, como eu fazia pelo cordão umbilical. Eu faço pelo peito”. Aí chega um momento que ela precisa desmamar, então algumas mães dizem assim: “eu dou a mamadeira pra minha criança porque é uma outra forma de eu continuar nutrindo essa criança, manter a relação e construir a relação, porque eu não construo a relação com meu filho só com o peito, eu construo essa relação de outras maneiras de participação da vida dele.

A especialista não deixou de confrontar o sentido da regra enquanto focalizada ao atingimento de finalidades e que possa aliar as necessidades da criança, da mãe e a própria complexidade da amamentação. Seus contrapontos apresentaram a herança das campanhas de aleitamento materno voltadas para a saúde da crian-

ça, nas quais a mãe nunca aparecia, e cujo objetivo se restringia ao caráter biológico da lactação. Trouxe como origem e influenciadores a esta construção, o período “higienista” e o da invenção da liofilização do leite em pó, e dos interesses econômicos que recaíam pelo consumo em grande massa deste produto.

Eu lembro que quando eu era menina, assistindo à programação de televisão na época, tinha várias divulgações de leite em pó com meninas dando mamadeira para bonecas. Você já cortava pela raiz a possibilidade da amamentação. Agora, porque ficou focado na criança, porque precisava tratar a saúde da criança, precisava fazer essas mães entenderem, as famílias, as comunidades, que a mamadeira não era legal e que a mãe precisava amamentar. Então veio uma carga muito grande em cima da mulher, porque em última análise, em um contexto cultural, a mãe é responsável pela saúde da criança.

Daí também considerar a “culpa materna” como fator de opressão e de estresse, não levado em consideração no âmbito da regra do direito à amamentação durante as provas ao deixar de contemplar tempo mais flexível para o seu exercício sem que acarrete algum prejuízo à candidata. Enquanto justificada a simples existência da norma como ação afirmativa em seu fim em si mesma, o encargo em decidir correr o risco – e assumir a culpa – permanece nas mãos da mãe lactante, ora realizando a prova sob a tensão de fazê-la e alimentar a criança, ora exercendo o direito de amamentação sob limitadas concessões, deixar a criança com fome e perder o tempo de prova.

Agora você sai de uma lata de leite em pó pra dizer que a mama é melhor que essa lata de leite em pó. Como faz esse salto? Esse salto é feito com uma coerção emocional, com uma chantagem emocional. Assim, se você é boa mãe, você não vai comprar a lata, você vai pegar o seu peito e dar pra criança.

O termo lactante, considerado reducionista, faz questionar a entrevistada, que sugere sua alteração para “nutriz”.

Ele reduz a mulher a uma condição da fisiologia dela, da anatomia e da fisiologia. A mulher é capaz de produzir leite, por isso ela é lactante.

Eu prefiro usar o termo nutriz, porque embora ele também tenha uma redução, mas eu fico mais confortável quando diz assim “nutriz é aquela que nutre o filho”, porque ele liga mais a condição da mulher a um processo de envolvimento da criança, enquanto que o “lactante” é uma definição a fisiologia da mama.

A entrevista também trouxe reflexões sobre a relação do feminismo com a maternidade, bem como sobre a importância de ouvir as mulheres quando se leva em consideração a definição de regras sobre o exercício de condições que só a elas são afetos. Um recado essencial a quem decide as políticas, mas não só apenas para criá-las, mas também para fazê-las cumprir e que não se constitua no já mencionado “portal fantasioso”.

A outra coisa que eu acho é que muita gente faz editais, resoluções, decretos, leis, um monte de coisa sem conversar com as mulheres. Como é que a Fuvest estabelece isso? Eu acho muito bom que estabeleceu isso, mas não vai ver a necessidade dessa mãe ou um diálogo com profissionais que trabalhem com isso e diga “olha, qual é a necessidade dessa mãe aqui?”. Ela vai precisar de uma salinha, que tem uma janela, ventilação, que tenha uma poltrona, que tenha uma cadeira, tal, porque isso é preciso ser visto né? Porque senão a gente volta pra uma condição que sempre foi, na verdade “olha eu te concedo isso, mas não te concedo a condição de fazer isso”. São iniciativas louváveis, mas elas precisam ser aprimoradas.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos”<sup>66</sup>.

A mais atual regra que permitiu que candidatas lactantes compensem o tempo de amamentação em até 20% do tempo de duração de cada prova no processo seletivo para ingresso no programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para o ano letivo de 2021, não está isolada do cenário nacional, pois trazida em meio a recomendações, decisões judiciais, legislações e iniciativas de caráter administrativo que já travavam discussão sobre o tema e que se pautavam pela garantia do direito à igualdade dentro de um processo público de concorrência.

A pesquisa confirmou que a regra prima por esta garantia e inserida em uma conjuntura de debates dos estudos de gênero, da violência contra a mulher e da adoção de ações afirmativas, entretanto apresentou caráter tímido quando este sentido se relaciona às circunstâncias histórico-culturais que permeiam a amamentação.

Assinala-se a percepção de que a nova norma beneficia, em maior número, mulheres de baixa renda – são as que tem maior taxa de fecundidade – e, segundo os dados trazidos, as mulheres negras.

Os achados também trouxeram o quadro de que a regra não se insere em um compêndio de oportunidades nos quais as mulheres encontram caminhos livres de obstáculos no âmbito da carreira acadêmica, aos saberes e à produção de conhecimento. Questionou-se inclusive a participação de suas vozes na construção da norma e os esforços voltados à sua efetividade a partir das necessidades concretas e amplas para o seu exercício.

Neste sentido, não se pôde concluir que o liame existente entre a regra das candidatas lactantes – termo colocado em xeque – com a maternidade, carreira acadêmica e os percalços generificados em que tais condições estão implicadas, mesmo que capazes de serem problematizados a partir dos editais estudados, tenha se apresentado de forma correlacionada e impulsionadora de uma adoção clara de política de igualdade de gênero da universidade.

Ainda que, antes dos novos regramentos incluídos nos editais, as candidatas que amamentavam só ocupassem o espaço das provas quando sua escolha girava entre deixar o bebê em casa – e assim carregar a “culpa” por esta “escolha” dentro de uma construção romântica da maternidade –, ou adiar seus planos de carreira, sob a alcunha do “portal fantasioso” neles recaiu a crítica de um fim em si mesmo.

A partir do lugar de fala de candidata beneficiada com norma semelhante em outro processo seletivo, de fato evidenciou-se a importância da nova regra em seu caráter afirmativo de gênero porquanto lhe permitiu realizar o concurso, todavia não se ignoram as tensões que permearam a sua vivência a ponto de retratá-la como

66 Art. 4º, da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – Convenção Belém do Pará. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm). Acesso em 21 de julho de 2020.

um exercício que tenha demandado “tirar a força do útero”, o que não retira a necessidade de mergulhar com mais profundidade em suas nuances e permitir o seu aprimoramento, seja de qual âmbito for.

Daí porque também apontado o caráter restrito da regra em relação a alguns fatores, como o tempo máximo conferido pelo edital à compensação do tempo de amamentação com o da prova, à sua atribuição apenas às lactantes em seu sentido limitado que possivelmente exclui a situação de bebês que são amamentados por mamadeiras, ou mesmo ao receio da inexistência de condições estruturais para esta finalidade, como por exemplo a reserva de sala de ordenha apropriada.

Por fim, sem embargo das ponderações apresentadas, comemora-se a tendência em se cavar o debate a partir da discussão como a ora travada, a fim de que o exercício da maternidade não se constitua, em hipótese alguma, motivo de exclusão para as mulheres sob pena de violação aos seus direitos humanos, mas sim, o de que eventualmente e nas palavras de bell hooks, o exercício da “parentalidade revolucionária”<sup>67</sup> possa ser de fato uma realidade.

## REFERÊNCIAS

- AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. 152 p. (Feminismos Plurais / coordenação de Djamila Ribeiro).
- ALMEIDA, Heloisa Buarque de. Gênero. **Blogs de Ciência da Universidade Estadual de Campinas: Mulheres na Filosofia**, v. 6, n. 3, 2006. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/mulheresnafilosofia/genero/>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Tradução: Waltersir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.
- BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Tradução Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. 2 v.
- BONELLI, Maria da Glória; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins; ALBUQUERQUE, Rossana Maria Marinho; CAMPOS, Veridiana P. Parahyba; BARBALHO, Renne Martins. Intersecções e identidades na docência do direito no Brasil. **Soc. Estado**, v. 34, n. 3, p. 661-688, set./dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/s0102-6992-201934030002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/6zjYWJBqTL8TbQzFjjFnJSz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm). Acesso em: 21 jul. 2020.
- BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm). Acesso em: 18 abr. 2020.
- BRASIL. **Lei n. 13.872, de 17 de setembro de 2019**. Estabelece o direito de as mães amamentarem seus filhos durante a realização de concursos públicos na administração pública direta e indireta dos Poderes da União. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 18 de setembro de 2019, p. 2.
- BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução, Renato Aguiar. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. (Sujeito e História).
- CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia feminista: teoria feminista e crítica às criminologias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- CAMPOS, Isabelle Oglouyan de Campos. **Mulheres na academia: desigualdades de gênero no corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Trabalho de Conclusão de Curso – Bacharel em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5154510/mod\\_resource/content/1/Campos\\_Isabelle%20O.%20Mulheres%20na%20academia.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5154510/mod_resource/content/1/Campos_Isabelle%20O.%20Mulheres%20na%20academia.pdf). Acesso em: 28 nov. 2021.

67 Termo cunhado por bell hooks em sua avaliação crítica sobre os modelos de maternidade e paternidade. In hooks, bell. **Teoria feminista: da margem ao centro**. Tradução Rainer Patriota. – São Paulo: Perspectiva, 2019. (Palavras negras). p. 195-213.

- CARNEIRO, Sueli Aparecida. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser.** Tese (Doutorado em Educação). Universidade de São Paulo, 2005. Disponível em: <https://negrasoulblog.files.wordpress.com/2016/04/a-construc3a7c3a3o-do-outro-como-nc3a3o-ser-como-fundamento-do-ser-sueli-carneiro-tese1.pdf>. Acesso em: 01 de maio de 2020.
- CARNEIRO, Sueli. **Mulher negra.** In: Escritos de uma vida. Belo Horizonte (MG); Letramento, 2018.
- CARVALHO, Elzis. Lei garante as mães amamentarem durante concurso público. **Assembléia Legislativa do Estado do Mato Grosso, Secom**, 10 mar. 2015. Disponível em: <https://www.al.mt.gov.br/midia/texto/lei-garante-as-maes-amamentarem-durante-concurso-publico/visualizar>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- CEREZETTI, Sheila Christina Neder (coord.) *et al.* **Interações de gênero nas salas de aula da Faculdade de Direito da USP: um currículo oculto?** São Paulo, Cátedra UNESCO de Direito à Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2019. Disponível em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367420.locale=en>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- COLLINS, Patricia Hill. Aprendendo com a outsider within\*: a significação sociológica do pensamento feminista negro. **Soc. Estado.**, v. 31, n. 1, jan./abr. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-69922016000100006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/se/v31n1/0102-6992-se-31-01-00099.pdf>. Acesso em: 01 maio 2020.
- DECLARAÇÃO E PLATAFORMA DE AÇÃO DA IV CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER. Pequim, 1995. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/declaracao\\_pequim1.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/declaracao_pequim1.pdf). Acesso em: 21 jul. 2020.
- FONTOURA, Natália; REZENDE, Marcela Torres. **Retrato das desigualdades de gênero e raça – 1995 a 2015.** IPEA, [201-?]. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/170306\\_retrato\\_das\\_desigualdades\\_de\\_genero\\_raca.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/170306_retrato_das_desigualdades_de_genero_raca.pdf). Acesso em: 28 nov. 2021.
- FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (UNFPA). **Fecundidade e dinâmica da população brasileira.** Brasília, dez. 2018. Disponível em: [https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/swop\\_brasil\\_web.pdf](https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/swop_brasil_web.pdf). Acesso em: 28 nov. 2021.
- GONZALES, Lélia. **Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira.** Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4584956/mod\\_resource/content/1/06%20-%20GONZALES%2C%20L%20%20A9lia%20-%20Racismo\\_e\\_Sexismo\\_na\\_Cultura\\_Brasileira%20%281%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4584956/mod_resource/content/1/06%20-%20GONZALES%2C%20L%20%20A9lia%20-%20Racismo_e_Sexismo_na_Cultura_Brasileira%20%281%29.pdf). Acesso em: 01 maio 2020.
- hooks, bell. **Teoria feminista: da margem ao centro.** Tradução Rainer Patriota. – São Paulo : Perspectiva, 2019. (Palavras negras).
- IBGE. **Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil.** 2019. Estudos e Pesquisas – Informação Demográfica e Socioeconômica n. 41. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf). Acesso em: 28 nov. 2021.
- IBGE. **Educação 2019.** PNAD Contínua. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. 2020. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101736\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101736_informativo.pdf). Acesso em: 17 jul. 2020.
- KILOMBA, Grada. **Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano.** Trad. Jess Oliveira. Santo André, SP: Cobogó, 2019.
- MENGARDO, Bárbara. No Carf, um bebê que participa das sessões de julgamento. **Jota**, 23 dez. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/no-carf-um-bebe-que-participa-das-sessoes-de-julgamento-23122016>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- MOSCHKOVICH, Marília. **Teto de vidro ou paredes de fogo?** Um estudo sobre gênero na carreira acadêmica e o caso da UNICAMP. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas. Faculdade de Educação. 2012. Disponível em: [http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/CAMP\\_5311385f8552d5c3d103a7d766bcb814](http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/CAMP_5311385f8552d5c3d103a7d766bcb814). Acesso em: 28 nov. 2021.
- NUSSBAUM, Martha. **Frontiers of justice: disability, nationality, species membership.** Harvard University Press, 2009.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.
- RIBEIRO, Djamila. **Lugar de fala.** São Paulo: Pólen, 2019.
- SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. **Educação e Realidade**, v. 20, n. 2, 1995. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- SEVERI, Fabiana Cristina. **Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- SILVA, Isília Aparecida. A vivência de amamentar para trabalhadoras e estudantes de uma universidade pública. **Rev. Bras. Enferm.**, v. 58, n. 6, nov./dez. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-71672005000600003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/reben/v58n6/a03v58n6.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- SILVA, Luciana Santos. Lactantes e concursos públicos: exclusões e silenciamentos. 2013. SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO, 10., Florianópolis, 2013. **Anais...** Disponível em [http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1386687392\\_ARQUIVO\\_LucianaSantosSilva.pdf](http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1386687392_ARQUIVO_LucianaSantosSilva.pdf). Acesso em: 17 jul. 2020.



SILVA, Tatiana Dias. **Ação afirmativa e população negra na educação superior**: acesso e perfil discente. Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.– Brasília : Rio de Janeiro : Ipea , 2020.

SIQUEIRA, Fernanda Paula Cerântola; SILVA, Isilia Aparecida . O significado da amamentação na construção a relação mãe e filho. **Aladefe – Rev. Iberoam. Educ. Investi. Enferm**, v. 9, n. 1, p. 17-25, Enero 2019. Disponível em: <https://www.enfermeria21.com/revistas/aladefe/articulo/295/o-significado-da-amamentacao-na-construcao-da-relacao-mae-e-filho/>. Acesso em: 28 nov. 2021.

UNFPA no Brasil – População e Desenvolvimento do Fundo de População das Nações Unidas. **Fecundidade e Dinâmica da População Brasileira**. 2018. Disponível em: [https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/swop\\_brasil\\_web.pdf](https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/swop_brasil_web.pdf). Acesso em 21 de julho de 2020

WILLIAMS, Joan C. The Maternal Wall. **Harvard Business Review**, Oct. 2004. Disponível em: <https://hbr.org/2004/10/the-maternal-wall>. Acesso em: 21 jun. 2020.

ZANELLO, Valeska. Dispositivo materno e processos de subjetivação: desafios para a psicologia. *In*: ZANELLO, Valeska; PORTO, Madge (org.). **Aborto e (não) desejo de maternidade(s)**: questões para a psicologia. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016. p. 103-122. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24590>. Acesso em: 28 nov. 2021.

# CAPÍTULO 14

## O FEDERALISMO FINANCEIRO E O DESAFIO DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL

Carla Noura Teixeira

Yasmin Sales Silva Cardoso

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A concretização plena de direitos fundamentais é de extrema importância para o desenvolvimento social e econômico de um determinado país, e ao mesmo tempo, se mostra seu principal desafio.

A [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988](#) dispõe de vários artigos que tratam sobre o direito à educação, como sendo inclusive um direito social fundamental. Bem como vários dispositivos infraconstitucionais como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) tratam sobre a concretização desse direito no Brasil.

Além disso, foi estabelecido previamente pela Constituição fontes de financiamento e divisão orçamentária para que o mesmo fosse efetivado, o que podemos considerar como um federalismo financeiro educacional.

Contudo, o que se percebe na prática é que esse direito nem sempre é realmente garantido a todos, ou se mostra realmente eficaz. Desta forma, o presente artigo pretende analisar o direito à educação como um direito social fundamental, como ele está disposto na CRFB/88, quais são os dispositivos infraconstitucionais que tratam sobre ele, e o federalismo financeiro educacional existente no Brasil.

O principal objetivo do artigo é analisar a assertiva de que, apesar de o direito à educação estar bem regulamentado no Brasil, problemas como a questão orçamentária impactam na sua falta de eficácia plena. A pesquisa é de caráter bibliográfico, amparando-se no modelo descritivo.

### 1 EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL

Segundo Canotilho,<sup>1</sup> os direitos fundamentais são os direitos do homem, sendo eles jurídica e institucionalmente garantidos, limitados espacial e temporalmente. A [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988](#) traz, em seu artigo 6<sup>a</sup>, o direito à educação como um direito social básico, o que para autores como José

1 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

Afonso da Silva seria um direito dotado de caráter social, por ser proveniente das reivindicações e carências da sociedade. Senão vejamos:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta e indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.<sup>2</sup>

Verifica-se que o direito fundamental à educação é considerado como uma norma de eficácia limitada. Assim, precisa das normas de cunho pragmático, ou seja, necessita de normas e programas estatais para que seja efetivado.

Normas programáticas, segundo Silva, seriam:

Normas constitucionais através das quais o Constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos e jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.<sup>3</sup>

Portanto, compreende-se que são normas que dependem de recursos econômicos para a sua implementação. A efetividade dos direitos sociais pode ser compreendida como a própria materialização do direito, pois “simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.”<sup>4</sup>

De acordo com Silva:

Primeiro, a construção de um regime democrático que tenha como conteúdo a realização da justiça social. Segundo, o apoio a partidos e candidatos comprometidos com essa realização. Terceiro, a participação popular no processo político que leve os governantes a atender suas reivindicações, tal como a vontade política que conduziu os Constituintes a inscrever esses direitos de forma ampla e abrangente.<sup>5</sup>

Desta forma, o supracitado autor considera que são três as garantias políticas para a eficácia dos direitos sociais. Entretanto, para autores como Ingo Wolfgang Sarlet, a eficácia dos direitos sociais é proveniente de uma classificação de direitos fundamentais de acordo com a funcionalidade, dividida em direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais a prestações, que se subdividem em direitos às prestações em sentido amplo, abarcando os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento, além dos direitos a prestações em sentido estrito.<sup>6</sup>

2 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 286-287.

3 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 138.

4 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 83.

5 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 6.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015. p. 183-185.

Neste contexto, verifica-se que os direitos sociais, como o direito à educação, possuem a finalidade de efetivar os direitos de primeira dimensão, que são os direitos de liberdade, pois a falta de condições materiais reais prejudica o exercício destes direitos. Os direitos de primeira dimensão, na concepção do autor Bonavides, são:

Os direitos da primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.<sup>7</sup>

Na concepção de Sarlet, esta primeira dimensão dos direitos humanos acabou agregando outros importantes direitos:

São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas de expressão coletiva (liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, habeas corpus, direito de petição) se enquadram nesta categoria.<sup>8</sup>

Desta forma, mesmo o Estado dispondo dos recursos e tendo o poder de utilizá-los, não haveria obrigação de prestar coisa alguma que não fosse razoável, porque o direito à prestação corresponde ao que o indivíduo pode, razoavelmente, exigir da sociedade.<sup>9</sup>

Na visão de Robert Alexy, este aspecto é considerado como um dos principais argumentos favoráveis aos direitos fundamentais sociais, ou seja, a sua liberdade fática. Segundo o autor, a liberdade jurídica é considerada como a permissão jurídica de fazer ou deixar de fazer algo e, por sua vez, não tem valor sem uma liberdade fática (real), ou seja, a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas.

Dessa forma, a liberdade é real apenas para aquele que tem as condições de exercê-la, bem como os bens materiais e intelectuais que são pressupostos da autodeterminação. Quanto ao possível descontentamento social acerca da má efetivação dos direitos fundamentais, Ferreira Filho fomenta:

Este reformismo, que acompanha o intervencionismo estatal típico do Estado providência, veio suscitar a declaração como fundamental, de novos direitos. Estes visam assegurar a todos uma vida digna e a igualdade de oportunidades. São os direitos ao trabalho, à educação, à saúde, ao sustento na doença e na velhice, ao lazer, etc. [...]. Não são meros poderes de agir, meras liberdades, mas têm por característica maior reclamarem contrapartida da parte da sociedade por meio do Estado.<sup>10</sup>

7 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 517.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015. p. 54.

9 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015. p. 287.

10 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 45.

Portanto, os direitos fundamentais são considerados de extrema importância para qualquer sociedade, pois são direitos que visam garantir uma vida digna às pessoas. Desta forma, o direito à educação por ser um direito social fundamental, deve ser garantido a todos os indivíduos.

## 2 O DESAFIO DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

No que pese a positivação do direito à educação estar previsto em vários dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, a concretização deste direito mostra-se um desafio, visto que só a sua positivação ainda não foi capaz de solucionar o problema da sua não efetivação.

Verifica-se que as dificuldades na concretização dos direitos sociais são tanto de ordem teórica como de natureza técnico jurídica, o que ocorre é que a positivação dos direitos sociais em documentos constitucionais ainda não foi suficiente para superar as dificuldades que se mostram à sua implementação no mundo dos fatos. Uma dessas principais dificuldades é a questão dos custos envolvidos na realização desses direitos, bem como a imprecisão de seus próprios enunciados.<sup>11</sup>

Destarte, com relação à questão dos custos que envolvem a realização desses direitos, o posicionamento de autores como Scaff,<sup>12</sup> é de que como os recursos são escassos e as necessidades são infinitas, para se gastar dinheiro em um local é necessário retirar esse dinheiro de um outro local, o que, na visão do autor, nos casos em que isso ocorre acaba estando presente a discricionariedade do legislador, o que para um sistema jurídico altamente positivista como o nosso pode ser altamente prejudicial.

Em contrapartida a esse entendimento, se considerarmos que os direitos sociais são componentes necessários para a concretização e respeito de princípios como o da dignidade da pessoa humana, eles devem ser garantidos aos indivíduos de forma plena e eficaz, como podemos observar no trecho a seguir:

[...] de pouco adianta consolidar a ideia de que há direitos mínimos garantidos a todos os seres humanos, se ficarmos postergando a sua realização. Argumentos contrários, com aparência de legalidade e até bom – senso e até de bom senso, sempre existirão. O que todos necessitam saber, é se vamos ceder a esses argumentos, fazendo da vontade da coletividade e da constituição letras mortas, ou se vamos afastar a esses argumentos contrários, e materializar de fato o bem comum.<sup>13</sup>

Em consonância com esse entendimento, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 enfatiza, em seu artigo 25, que toda pessoa tem direito a um nível de vida que seja suficiente para lhe assegurar o seu bem-estar. Assim, de acordo com o disposto tanto na CRFB/88, quanto na Declaração Universal dos

11 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 15-16.

12 SCAFF, Fernando Facury. *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 29.

13 BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Direitos Fundamentais Sociais: realização e atuação do poder judiciário*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8 Região, v.41, n.81.2008<sup>o</sup>. Suplemento especial comemorativo. p. 87.

Direitos do Homem, extrai-se que os direitos sociais, como o direito à educação, não podem ser tratados em segundo plano por um governo.

Desta forma, para se compreender essa discussão a respeito da concretização dos direitos sociais e da previsão no orçamento público brasileiro, é necessário entender o que é orçamento público, o que são as políticas públicas e a relação entre ambos.

A partir disso, denota-se que integram o orçamento público todas as previsões de receitas e despesas que são realizadas, conforme o disposto na Lei 4.320/64, que institui as normas gerais para controle e elaboração dos orçamentos da União, Estados, Municípios e do Distrito Federal. Já as políticas públicas são um conjunto de atuações do poder público e não ato ou atos isolados, assim podem ser entendidas como um “programa governamental”, não se restringindo a normas ou atos singulares, pois são atos conjugados para a realização de um objetivo determinado.<sup>14</sup>

Portanto, a relação entre o orçamento e as políticas públicas, na visão de autores como Torres,<sup>15</sup> é que o orçamento prevê e autoriza as despesas para a implementação das políticas públicas, mas essas ficam limitadas pelas possibilidades financeiras e por valores e princípios como o do equilíbrio orçamentário. Nesse sentido tendo como referência a concepção de dignidade de teóricos como Immanuel Kant, que estabelece uma relação direta entre dignidade e liberdade como autonomia. Sendo que esta consiste no fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional.<sup>16</sup>

Desta forma, implica dizer que o ser humano só consegue ser realmente autônomo quando consegue ter a liberdade para tomar suas decisões segundo sua própria lei. E que essa liberdade só é real quando ela tem respeitada todas as suas necessidades básicas. Entretanto, quando isso não ocorre, ou seja, quando alguma necessidade básica não é atendida, este não agiria com autonomia e, conseqüentemente, quando não se tem autonomia, também não se tem dignidade.<sup>17</sup>

Destarte, a CRFB/88 concedeu fontes de financiamento público específicas a vários direitos sociais, como o direito à educação, como dispõe o artigo 212 da Constituição, que diz que 25% (vinte e cinco por cento) de toda a renda dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios devem ser destinados à educação e 18% (dezoito por cento) da receita de todos os impostos da União devem ser destinados a garantir a efetividade deste direito no Brasil. Isso como forma de evitar a discricionariedade do legislador na divisão de recursos para esses direitos e assim garantir a sua real efetividade e concretização.

14 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 72-73.

15 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. v. 5. O orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000. p. 110.

16 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret. 2002. p. 66.

17 LIMA PAES, Carolina Bastos. *O liberalismo de princípios aplicado à judicialização dos direitos sociais fundamentais*: uma proposta para a superação de limites de atuação do poder judiciário. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Belém, 2015. p. 55. Disponível em: [https://bdt.d.ibict.br/vufind/Record/UFPA\\_0771c2ef6da69b683725db785f84d241](https://bdt.d.ibict.br/vufind/Record/UFPA_0771c2ef6da69b683725db785f84d241). Acesso em: 28 nov. 2021.

A partir disso, o Estado não deve e nem pode deixar de lado o seu dever de proporcionar direitos sociais básicos aos indivíduos, já que deixar de estabelecer condições que proporcionem a concretização de direitos, como o direito à educação, é deixar de lado o princípio da dignidade da pessoa humana, indo em contrário ao que também foi estabelecido pela CRFB/88, que tem como seu principal objetivo a proteção deste princípio.

Fixado isto, deve-se compreender os direitos sociais constitucionalmente estabelecidos como sendo condições para um exercício e até mesmo como um aperfeiçoamento das liberdades civis e políticas. É o que faz com que se permita reconhecer a sua fundamentalidade, bem como serve de imposição ao Estado da sua obrigação de não somente omitir, para respeitar os direitos de defesa, mas também de agir, para promover as condições materiais básicas para que todos os indivíduos possam ter a sua dignidade preservada e conseqüentemente possam ser de fato livres.<sup>18</sup>

A partir dessa premissa, de acordo com Barcellos,<sup>19</sup> a Constituição possui a capacidade de impor pela sua força, quando é necessário, a obrigação ao Estado de garantir a concretização de todos os direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente.

Contudo, surge o outro problema prático para a concretização dos direitos sociais, que é a imprecisão de seus enunciados, pois quando foi estabelecido pelo Constituinte que as normas que definem os direitos sociais fundamentais possuem aplicabilidade imediata, em seu artigo 5º parágrafo primeiro, o Constituinte não fez distinção entre os tipos de direitos a que se refere, colocando todas as normas como sendo aplicáveis de forma imediata.<sup>20</sup>

A premissa exposta colabora para o entendimento de que uma norma jurídica que estabelece um direito, conseqüentemente terá que ter exigibilidade, o que faz com que os direitos fundamentais sejam exigíveis de imediato e da forma que for necessário para que ocorra a sua realização, ou seja, para que de fato possam integrar a vida de quem os detêm.<sup>21</sup>

Portanto, fica claro que o Estado não pode deixar de lado a concretização dos direitos sociais fundamentais sob a justificativa de escassez de recursos, bem como o orçamento público dos entes federativos devem ser adequados e pensados com o objetivo de atender a realização desses direitos.

18 LIMA PAES, Carolina Bastos. **O liberalismo de princípios aplicado à judicialização dos direitos sociais fundamentais**: uma proposta para a superação de limites de atuação do poder judiciário. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Belém, 2015. p. 58. Disponível em: [https://bdt.d.ibict.br/vufind/Record/UFPA\\_0771c2ef6da69b683725db785f84d241](https://bdt.d.ibict.br/vufind/Record/UFPA_0771c2ef6da69b683725db785f84d241). Acesso em: 28 nov. 2021.

19 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2011. p. 38.

20 LIMA PAES, Carolina Bastos. **O liberalismo de princípios aplicado à judicialização dos direitos sociais fundamentais**: uma proposta para a superação de limites de atuação do poder judiciário. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Belém, 2015. p. 60. Disponível em: [https://bdt.d.ibict.br/vufind/Record/UFPA\\_0771c2ef6da69b683725db785f84d241](https://bdt.d.ibict.br/vufind/Record/UFPA_0771c2ef6da69b683725db785f84d241). Acesso em: 28 nov. 2021.

21 BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2015. p. 102.

### 3 AS LEIS INFRACONSTITUCIONAIS QUE TRATAM SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO BRASIL

Sendo o direito à educação uma norma de eficácia limitada, que necessita de uma norma de cunho prescricional para ser regulamentada, a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, vem estabelecer as Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), de acordo com o instituído na CRFB/88, no artigo 22, inciso XXIV, o qual estabelece que compete privativamente à União legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional.

Logo em seu artigo 2º, a LDB dispõe, assim como a CRFB/88 em seu artigo 205, que a educação é dever do Estado e da família, tendo como objetivo o pleno desenvolvimento do indivíduo (educando) para que ele possa exercer sua cidadania e se qualificar para o trabalho, sendo inspirada pelo princípio da liberdade e pelos ideais de solidariedade humana.

Em virtude disso, o artigo 3º da LDB estipula os princípios nos quais a educação no Brasil deverá se pautar, entre eles, no inciso I, é estabelecido o princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, bem como no inciso IX é estabelecido o princípio do padrão de qualidade do ensino. Tendo como parâmetro esses dois princípios estabelecidos pela LDB, tem-se que no Brasil a educação deverá ser oportunizada em condições iguais, assim como deverá ser de qualidade. Entretanto, isso muitas vezes não ocorre como deveria.

A partir disso, o artigo 5º estabelece que o acesso ao ensino fundamental é um direito público subjetivo, podendo assim qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e ainda o Ministério Público acionar o poder público para instituí-lo.

Verifica-se que a educação básica é o primeiro nível do ensino escolar brasileiro, sendo compreendido por três etapas: a educação infantil, que é aquela destinada para crianças com até cinco anos de idade, e assegura também o acesso a creches; o ensino fundamental, para crianças a partir dos seis anos de idade, que foi alterado por meio da Lei Ordinária 11.274/2006, que ampliou a sua duração, que antes era de oito anos, passando a ser atualmente de nove anos; e o ensino médio.

Importante ressaltar que com a implementação, em 1996, da LDB, o governo Federal quis priorizar a descentralização de atribuições e recursos, instituindo no artigo 9º da LDB as competências da União, no artigo 10º as competências dos Estados e no artigo 11º as competências dos Municípios com relação ao ensino no Brasil.

Com base nisso, foi instituído no mesmo ano, pela Emenda Constitucional nº 14, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), que foi regulamentado pela Lei nº 9.424/1996 e no Decreto nº 2.264/1997, sendo implementado nacionalmente apenas em 1998, que foi quando a nova sistemática de redistribuição dos recursos destinados ao ensino fundamental passou a vigorar no país.

O FUNDEF foi criado com o objetivo de vincular os recursos destinados à educação para o ensino fundamental, e para instituir melhor a distribuição desses recursos. Com esse fundo, cada Estado e cada Município



recebe o que seria proporcional ao número de alunos matriculados em um ano letivo, em sua rede pública de ensino fundamental.

Outro importante dispositivo no âmbito infraconstitucional, que trata sobre o direito à educação, é o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), regulamentado pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que é reconhecido como um dos mais avançados Diplomas legais destinados à proteção e garantia dos direitos da população infanto-juvenil.<sup>22</sup>

Nos artigos 7º ao 69º, o ECA dispõe sobre os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, tratando especificamente em seus artigos 53 e 54 sobre o direito à educação.

O artigo 53 dispõe que a criança e o adolescente possuem direito à educação, visando o seu pleno desenvolvimento, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-lhes, entre outras coisas, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, vide artigo 206, inciso I, da Constituição Federal e artigo 3º, inciso I, da LDB; e acesso à escola pública e gratuita próximo de sua residência, vide artigo 208, inciso VII, da Constituição Federal e artigo 3º, inciso VI da LDB.

Bem como dispõe o artigo 54, que é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

- I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
- II – progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;
- III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
- V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um];
- VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador;
- VII – atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde

§ 1º. O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º. O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º. Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável pela frequência à escola.

22 DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: anotado e interpretado. nov. 2013. Disponível em: [http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca\\_annotado\\_2013\\_6ed.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2013_6ed.pdf). Acesso em: 02 dez. 2020. p. 1.

Desta forma, fica claro que o ECA também estipulou o ensino médio como umas das etapas da educação básica, sendo assim obrigatório, cabendo ao poder público assegurá-lo da melhor forma possível.

Devido a enorme dificuldade em se planejar a educação no Brasil, por fatores como as lacunas existentes nas normas de cooperação, sendo necessário se adotar formas de colaboração entre os sistemas de ensino, a Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009, mudou a condição do PNE, que deixou de ser uma disposição transitória da LDB, para uma exigência constitucional com periodicidade decenal, tendo que ser uma referência a ser adotada pelos planos plurianuais.

A [Emenda Constitucional nº 59](#) acrescentou o § 3º ao artigo 76 do [Ato das Disposições Constitucionais Transitórias](#), para reduzir anualmente a partir do exercício de 2009 o percentual da desvinculação das receitas da União que incidem sobre os recursos destinados a manutenção e desenvolvimento do ensino, que trata o artigo 212 da Constituição, deu também uma nova redação para os incisos I e VII do artigo 208 da Constituição, prevendo a obrigatoriedade do ensino para crianças de quatro anos até a idade de dezessete anos. Ampliando a abrangência dos programas suplementares para todas as etapas da educação básica, dando também nova redação ao § 4º do artigo 211 e ao § 3º do artigo 212 da Constituição.<sup>23</sup>

Portanto, o PNE deve ser a base de elaboração dos planos estaduais, municipais e distrital, pois quando forem aprovados em lei, devem prever recursos orçamentários para que possam ser executados. Ele determina as diretrizes, metas e estratégias para a política educacional pelos próximos dez anos, assim ao período que corresponde entre os anos de 2014 a 2024.

São vinte metas traçadas, o primeiro grupo de metas consiste nas estruturantes, que possuem o objetivo de promover o acesso à educação básica; o segundo grupo de metas visa promover a redução de desigualdades e a valorização da diversidade; e o terceiro grupo de metas, procura promover a valorização dos profissionais da educação. Vamos nos adentrar, neste trabalho, ao primeiro grupo de metas estabelecidas no PNE, já que se obtendo o acesso à educação básica, conseqüentemente se alcança a redução de desigualdades e a valorização dos profissionais da educação.

A primeira meta do PNE é promover o princípio da universalidade, assim pretende universalizar até o ano de 2016 a educação infantil na pré-escola para crianças de quatro a cinco anos de idade, e ampliar a oferta da educação infantil em creches, de forma a procurar atender no mínimo 50% (cinquenta por cento) das crianças de até três anos até o final de sua vigência.

A segunda meta do PNE também tem como objetivo universalizar o ensino fundamental de nove anos para toda população na faixa etária de seis a catorze anos, e garantir que pelo menos 95% (noventa e cinco por cento) dos alunos possam concluir essa etapa na idade recomendada.

23 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários a Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 2367.

A terceira meta também pretende universalizar, até 2016, o atendimento escolar para toda a população de quinze a dezessete anos. Como também a quarta meta, que pretende universalizar para a população entre quatro e dezessete anos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades o acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado, de forma preferencial na rede regular de ensino, com a garantia de sistema educacional inclusivo.

Fica claro, portanto, que as quatro primeiras metas do PNE pretendem fazer com que a mais importante característica dos direitos humanos, e também a mais difícil, seja realmente colocada em prática no Brasil, que é promover o acesso de forma universal do direito à educação.

#### 4 FEDERALISMO FINANCEIRO EDUCACIONAL

Na visão de autores como William Riker,<sup>24</sup> o federalismo é uma organização política na qual as atividades do governo são divididas entre governos regionais e governo central, de forma que cada tipo de governo tem algumas atividades que ele pode tomar a decisão final.

Desta forma, verifica-se que o federalismo inclui instituições fundamentais como um governo de federação e um conjunto de governos das unidades membros, que atuam no mesmo território, sendo cada um independente para tomar decisões e na realização de ações.

Outra importante característica do federalismo segundo Rosana Evangelista da Cruz,<sup>25</sup> é que cada estado recebe as mesmas competências constitucionais, sem que ocorra diferenciação entre eles, independentemente do tamanho, capacidade tributária ou qualquer outra característica específica. Esse modelo é considerado como constitucionalmente simétrico, porque distribui simetricamente o poder entre as unidades federativas.

No Brasil, também estão previstos mecanismos redistributivos que visam a compensar as disparidades socioeconômicas regionais, onde segundo Rosana Evangelista Cruz,<sup>26</sup> as transferências federais decorrentes dos fundos de participação são centrais, seguidas pela partilha de impostos entre os entes federados e pelas transferências equalizadoras, de caráter geral ou discricionário, tendo a garantia da oferta básica de serviços públicos condizentes com as necessidades da população nas diferentes localidades que compõem a federação. Contudo, os sistemas de transferências, embora sejam fundamentais, não conseguem atingir o cerne das desigualdades sociais.

A partir dessa premissa que a CRFB/88 trouxe em seu art.3<sup>a</sup>, III, que um dos principais objetivos da sociedade brasileira é reduzir as desigualdades sociais e as regionais. Portanto, no Brasil o federalismo tem que

24 RIKER, William H. Federalism. In: GREESTEIN, Fred I.; POLSBY, Nelson W. (ed.). *Handbook of political science*. Massachusetts: Addison-Wesley Publishing Company, 1975. v. 5. p. 101.

25 CRUZ, Rosana Evangelista da. Federalismo e Educação um pacto a se rever. *Revista Retratos da Escola*, v. 6, n. 10, p. 65-78. 2012. Disponível em: <http://retratosdaescola.emnuvens.com.br/rde/article/view/170>. Acesso em: 28 nov. 2021. p. 67.

26 CRUZ, Rosana Evangelista da. Federalismo e Educação um pacto a se rever. *Revista Retratos da Escola*, v. 6, n. 10, p. 65-78. 2012. Disponível em: <http://retratosdaescola.emnuvens.com.br/rde/article/view/170>. Acesso em: 28 nov. 2021. p. 72.

ser assimétrico, para permitir que ocorra tratamento desigual entre as regiões, bem como de forma interna entre elas, com o objetivo de permitir que as desigualdades sociais possam ser revestidas.

Destarte, tratando especificamente sobre o direito fundamental à educação, podemos dizer que existe um pacto federativo financeiro constitucionalmente estabelecido para que esse direito possa ser efetivado na prática, no qual cada ente federativo deve fazer sua parte para que isso de fato ocorra.

Nesse sentido, autores como Rosana Evangelista da Cruz,<sup>27</sup> dispõe que no âmbito do pacto federativo na educação, parte-se do entendimento de que o padrão adotado no Brasil também condiciona e influencia o setor educacional, o que pode ser visto nas relações que a União estabelece com os Estados, Distrito Federal e Municípios na gestão das políticas educacionais, embora a própria Constituição defina parâmetros no financiamento da educação.

Contudo, ao se considerar o tempo de vigência da CRFB/88 (mais de 30 anos), caso essa “divisão” fosse realmente cumprida como deveria, a conjuntura do direito à educação no Brasil seria bem diferente, apesar de as diretrizes da educação nacional serem mais amplamente delineadas, especialmente após a aprovação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), as condições materiais necessárias para viabilizar a implementação de fato desse direito ainda não são bem definidas na prática, principalmente com relação à insuficiência de recursos para universalizar e qualificar a oferta da educação pública.

Desta forma, devido a insuficiência de recursos por parte dos entes federados para garantir as condições adequadas de oferta educacional pública, a União precisa atuar como se espera de um país federalista, na equalização das oportunidades educacionais.

No entanto, justamente essa situação fiscal fortalece um modelo de federalismo no qual a União tem mais poder para determinar e induzir as políticas que define como prioritárias, reduzindo o poder de barganha, pela negociação federativa dos Estados e dos Municípios, especialmente dos com menor capacidade tributária, que são mais dependentes do apoio federal.<sup>28</sup>

Portanto, verifica-se que o aspecto financeiro da autonomia dos entes federados, é o mais relevante, pois sem recursos para exercer as funções que lhe são atribuídas, toda e qualquer delegação de poder (administrativo, judiciário, legislativo e político) aos Estados-membros será inócua, porquanto estes dependerão permanentemente das verbas do poder central para o atingimento de suas finalidades.<sup>29</sup>

Ainda sobre a relação entre autonomia dos entes federativos e “independência financeira”, destaca-se que:

27 CRUZ, Rosana Evangelista da. Federalismo e Educação um pacto a se rever. *Revista Retratos da Escola*, v. 6, n. 10, p. 65-78. 2012. Disponível em: <http://retratosdaescola.emnuvens.com.br/rde/article/view/170>. Acesso em: 28 nov. 2021. p.73.

28 CRUZ, Rosana Evangelista da. Federalismo e Educação um pacto a se rever. *Revista Retratos da Escola*, v. 6, n. 10, p. 65-78. 2012. Disponível em: <http://retratosdaescola.emnuvens.com.br/rde/article/view/170>. Acesso em: 28 nov. 2021. p.75.

29 MOREIRA, André Mendes. *O modelo de federalismo fiscal brasileiro*. São Paulo: Noeses, 2019. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/o-modelo-de-federalismo-fiscal-brasileiro-por-andre-mendes-moreira/>. Acesso em: 28 nov. 2021. p. 33.

Não há como falar em autonomia, requisito do princípio da subsidiariedade, e fundamental para permitir a participação em igualdade de consideração, sem “independência financeira”. Em outras palavras, não é possível exercer autonomamente os poderes políticos atribuídos sem suporte financeiro; da mesma forma, é impossível realizar qualquer projeto de governo sem os recursos necessários para tanto. Apenas é possível falar em autogoverno, auto-organização e autoadministração se houver recursos disponíveis para exercê-los. A dependência financeira destrói a autonomia de governo porque subordina a atuação de um ente ao auxílio do outro e tudo isso só ocorre na prática com o alinhamento das demais pessoas políticas às propostas do ente central.<sup>30</sup>

A partir disso, Moreira<sup>31</sup> divide a autonomia financeira em três características essenciais: independência, suficiência e a eficiência na obtenção de recursos.

A independência na obtenção de recursos deve existir para que o ente federado não precise sujeitar-se a outro com vistas a obter os meios financeiros de que precisa.

A suficiência dos recursos angariados é fundamental para que os entes possam atender às necessidades públicas que estejam sob sua responsabilidade. Afinal, se a constituição dá os fins, precisa também prover os meios.

Por fim, verifica-se que a eficiência na arrecadação, busca privilegiar cada ente com os impostos mais adequados a sua abrangência (local, regional ou nacional). Contudo, isso na prática acaba muitas vezes prejudicando a eficácia plena do direito à educação no Brasil, pois vários entes que possuem arrecadação orçamentária menor, também são os que mais necessitam de verba e incentivo para conseguir tornar esse direito efetivo.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do artigo, ficou claro que o direito à educação está bem regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro, seja no âmbito constitucional ou infraconstitucional. Contudo, ele ainda está longe de cumprir sua principal finalidade, que é de que todos os brasileiros tenham acesso ao ensino básico e superior.

Verifica-se que quando a Constituição estabeleceu que a educação é um direito social fundamental, ela estipulou através de princípios, como o da universalidade, que esse direito fosse garantido a todos os brasileiros sem distinção.

Contudo, na prática, o que se observa é que nem todos os brasileiros realmente conseguem ter o devido acesso a ele, e um dos principais motivos é a má administração pública, que ocasiona um mal direcionamento das verbas públicas, o que faz com que muitos entes federativos não consigam viabilizar políticas públicas para a efetivação do acesso à educação.

30 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. A DRU e a deformação do sistema tributário nacional nestes 30 anos de Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 55, n. 219, p. 27-52, jul./set. 2018. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p27](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p27). Acesso em: 28 nov. 2021. p. 29.

31 MOREIRA, André Mendes. **O modelo de federalismo fiscal brasileiro**. São Paulo: Noeses, 2019. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/o-modelo-de-federalismo-fiscal-brasileiro-por-andre-mendes-moreira/>. Acesso em: 28 nov. 2021.

No que pese a **Constituição** ter direcionado verbas específicas para a concretização de direitos sociais, como o direito à educação, fazendo com que tenhamos um federalismo financeiro educacional no Brasil, isso não se mostra realmente suficiente para uma gestão pública de qualidade na garantia desse direito.

Denota-se que muitos entes federativos, como os municípios, acabam ficando prejudicados, visto que nem sempre a taxa de arrecadação coincide com a necessidade das pessoas pertencentes a ele. Pelo contrário, na maioria das vezes, os maiores municípios e que são os que conseqüentemente tem maior arrecadação, também são os que menos necessitam de políticas públicas direcionadas para a concretização do acesso à educação.

Portanto, deve-se repensar o pacto federativo brasileiro, bem como em ferramentas que possibilitem uma melhor arrecadação e gestão pública nos entes federativos no Brasil. Afinal, direitos fundamentais, como o direito à educação, não podem e não devem ficar prejudicados por questões orçamentárias, já que mostram-se fundantes e de condição irrenunciável para o desenvolvimento social e econômico do país que propugna-se democrático e republicano.

## REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. A DRU e a deformação do sistema tributário nacional nestes 30 anos de Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 55, n. 219, p. 27-52, jul./set. 2018. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p27](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p27). Acesso em: 28 nov. 2021.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 563-564.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 30 de dez 2020.
- BRASIL. **Lei 13.005 de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm). Acesso em: 05 jan. 2021.
- BRASIL. **Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm). Acesso em: 05 jan. 2021.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos fundamentais sociais: realização e atuação do poder judiciário**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8 Região, v.41, n.81.2008<sup>a</sup>. Suplemento especial comemorativo.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CRUZ, Rosana Evangelista da. Federalismo e Educação um pacto a se rever. **Revista Retratos da Escola**, v. 6, n. 10, p. 65-78. 2012. Disponível em: <http://retratosdaescola.emnuvens.com.br/rde/article/view/170>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente: anotado e interpretado**. nov. 2013. Disponível em: [http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca\\_annotado\\_2013\\_6ed.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2013_6ed.pdf). Acesso em: 02 dez. 2020.

- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- LIMA PAES, Carolina Bastos. **O liberalismo de princípios aplicado à judicialização dos direitos sociais fundamentais**: uma proposta para a superação de limites de atuação do poder judiciário. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Belém, 2015. Disponível em: [https://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFPA\\_0771c2ef6da69b683725db785f84d241](https://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFPA_0771c2ef6da69b683725db785f84d241). Acesso em: 28 nov. 2021.
- MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. Verbete Fundef (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério). **Dicionário Interativo da Educação Brasileira – Educa Brasil**. São Paulo: Midiamix, 2001. Disponível em: <http://www.educabrasil.com.br/fundef-fundo-de-manutencao-e-desenvolvimento-do-ensino-fundamental-e-de-valorizacao-do-magisterio/>. Acesso em: 25 dez. 2020.
- MOREIRA, André Mendes. **O modelo de federalismo fiscal brasileiro**. São Paulo: Noeses, 2019. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/o-modelo-de-federalismo-fiscal-brasileiro-por-andre-mendes-moreira/>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- RIKER, William H. Federalism. In: GREESTEIN, Fred I.; POLSBY, Nelson W. (ed.). **Handbook of political science**. Massachusetts: Addison-Wesley Publishing Company, 1975. v. 5. p. 93-172.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015.
- SCAFF, Fernando Facury. **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. v. 5. O orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000.

# CAPÍTULO 15

## AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO INCLUSIVA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Flávia Piva Almeida Leite

Maria Cristina Teixeira

### INTRODUÇÃO

A população mundial foi surpreendida, no início de 2020, pela Covid-19, doença nomeada pela Organização Mundial de Saúde, provocada por um novo vírus (Sars-Cov-2) que, após registrar, no início de dezembro de 2019, os primeiros casos de pneumonia por agente desconhecido, na cidade de Wuhan, China, disseminou-se rapidamente.

Segundo a mesma Organização, o vírus é altamente contagioso, pois passa de pessoa para pessoa, através de gotículas invisíveis que saem do nariz ou da boca e que se dispersam, por até 2 metros, quando uma pessoa infectada tosse, espirra ou fala, podendo permanecer por horas nas superfícies.

Para tanto, a OMS instituiu uma série de medidas essenciais para a prevenção e enfrentamento a serem adotadas. Dentre elas foi incluída a higienização das mãos com água e sabão sempre que possível e uso de álcool em gel nas situações em que o acesso à água e ao sabão não fosse possível, bem como evitar tocar olhos, nariz e boca etc.

Além dessas medidas, a Organização indicou também a manutenção da distância social (mínimo de um metro), evitar aglomerações, e a utilização de máscaras em caso de quadro gripal ou infecção pela Covid-19, ou, se profissional de saúde no atendimento de pacientes suspeitos/infectados.<sup>1</sup>

Até o momento, não temos nenhuma vacina ou medicamento antiviral específico para prevenir ou tratar a Covid-19. No entanto, no dia 24 de abril, a Organização Mundial da Saúde anunciou que diversos países, convocados pela União Europeia e pela Organização das Nações Unidas, lançaram uma aliança para que esforços sejam concentrados na busca por uma vacina e sua distribuição igualitária.<sup>2</sup>

A pandemia da Covid-19 tem causado sérios danos às atividades de diversas áreas em muitos países. A educação tem sido uma das áreas mais afetadas. Diante da necessidade do isolamento social, crianças e jovens,

1 OLIVEIRA, Adriana Cristina de; LUCAS, Thabata Coaglio; IQUIAPAZA, Robert Aldo. O que a pandemia da Covid-19 tem nos ensinado sobre adoção de medidas de precaução? *Texto de contexto – enferm.* v. 29, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/1980-265X-TCE-2020-0106>. Disponível : <https://www.scielo.br/j/tce/a/cgMnvhg95jVqV5QnnzfZwSQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 13 jul. 2020.

2 SÃO BERNARDO DO CAMPO (ESTADO DE SÃO PAULO). *Existe alguma vacina, medicamento ou tratamento para o Covid-19?* Disponível em: [https://www.saobernardo.sp.gov.br/maximizada/-/asset\\_publisher/5cLluTMVcxDN/content/existe-vacina-medicamento-ou-tratamento?inheritRedirect=false](https://www.saobernardo.sp.gov.br/maximizada/-/asset_publisher/5cLluTMVcxDN/content/existe-vacina-medicamento-ou-tratamento?inheritRedirect=false). Acesso em: 28 nov. 2021.



com as mais diversas formas de deficiência, precisaram se afastar das atividades sociais e aprendizagem nas escolas. O que está assegurado para essas pessoas com deficiência em tempos de pandemia e após este período no que se refere ao direito à educação?

No que tange à educação inclusiva das pessoas com deficiência, é preciso reconhecer e considerar as características próprias deste segmento da população, reconhecidas em documentos internacionais, na Constituição e legislação específica.

Por isso a importância de identificar, sistematizar e analisar as políticas públicas de realização do direito à educação inclusiva, na [Constituição de 1988](#), considerando, também, a situação que vivemos atualmente, de restrição do convívio social, e a necessidade de ações para garantir sua implementação com segurança e eficiência.

## 1 EDUCAÇÃO E EDUCAÇÃO INCLUSIVA

A Constituição Brasileira, em seu art. 3º, estabelece objetivos fundamentais que revelam a noção de justiça social presente em nosso ordenamento jurídico, que nos remete ao direito à igualdade, um dos pilares estruturais das normas jurídicas de nosso ordenamento.

A igualdade deve ser compreendida, também, a partir dos aspectos materiais de seu exercício, ou seja, que considerem os critérios de proporcionalidade e equidade que direcionam a aplicabilidade dos direitos fundamentais e trazem, de modo explícito a proteção de certos grupos, que decorre de uma análise da realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência diversas, as situações de vulnerabilidade social.

Conforme Giddens e Sutton,<sup>3</sup> a educação é a “Instituição social que promove e viabiliza a transmissão de conhecimento e habilidades de uma geração para a outra, quase sempre por meio do ensino compulsório em escolas”. Substantivo derivado do latim *educatio, educationis*, diz respeito à atividade de criar, gerar, que possibilita o desenvolvimento da pessoa humana, na medida em que é o instrumento por meio do qual são transferidas entre gerações as tradições, valores e símbolos que justificam e mantêm sua própria existência, além dos conhecimentos, de natureza técnica e acadêmica, relativos ao progresso e desenvolvimento social.

A [Constituição de 1988](#), em seu art. 205, estabelece como suas finalidades “o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Seu fundamento é o princípio da Dignidade da Pessoa humana, estabelecido no art. 1º, III do Texto Constitucional, além de relacioná-lo aos princípios do Estado Democrático de Direito e da Cidadania, inscritos no *caput* e no inciso II do mesmo artigo, uma vez que o exercício da cidadania e, por consequência, a realização do Estado Democrático de Direito, necessita de uma educação adequada, aquela preconizada no Texto Constitucional.

3 GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. *Conceitos essenciais da sociologia*. São Paulo: UNESP, 2015. p. 127.

Esta situação assume maior realce quando avaliamos a situação das pessoas com deficiência, a necessidade e importância de sua atuação como cidadãos que representem este segmento da população na elaboração, realização e fiscalização de ações do Estado que realizem seus direitos e possibilitem viver de forma digna. A este respeito estabelece a Constituição, em seu art. 208, III:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;<sup>4</sup>

Para falarmos de educação inclusiva, é preciso ressaltar que ela se coloca no processo de desenvolvimento histórico e social em nível mundial e nacional, tanto no que diz respeito à situação das pessoas com deficiência.

De acordo com a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva,<sup>5</sup> a educação inclusiva pode ser conceituada como,

[...] um paradigma educacional fundamentado na concepção de direitos humanos, que conjuga igualdade e diferença como valores indissociáveis, e que avança em relação à idéia de equidade formal ao contextualizar as circunstâncias históricas da produção da exclusão dentro e fora da escola.

A realização das políticas públicas de educação inclusiva, especialmente no que diz respeito às pessoas com deficiência, se dá por meio de políticas públicas realizadas em nível federal, estadual e municipal, tema que será tratado em separado.

## 2 EDUCAÇÃO INCLUSIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A [Constituição de 1988](#) trata do direito à educação em seus arts. 6º e 205 a 214. Especialmente no que diz respeito às pessoas com deficiência, conforme indicado, trata o art. 208, III.

A partir de sua promulgação, a educação das pessoas com deficiência tem sido objeto de inúmeros diplomas legais, entre os quais destacamos a Lei 7.853/1989, que estabelece o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, que trata da educação em seu arts. 2º, incisos I, IV e 1; a Lei 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, que disciplina o tema em seus arts. 54, III e 208, II; Lei 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que cuida da questão em seus arts. 4º, III, 58/60; Lei 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, em sua previsão do art. 17 e Lei 10.436/2002 – que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais, no art. 4º e a Lei 10.745/2004, que institui o Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência; e a Lei 13.005/2014, o Plano

4 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 nov. 2021.

5 BRASIL. *Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva* – MEC/SECADI, 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducspecial.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021. p. 5.

Nacional de Educação (PNE), em sua meta 4 e a Lei 13.146/2015, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, especialmente nos arts. 27/30.

O PNE, em sua meta 4, trata da inclusão na educação básica nos seguintes termos:

Universalizar, para a população de 4 (quatro) a 17 (dezessete) anos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, o acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, com a garantia de sistema educacional inclusivo, de salas de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados.<sup>6</sup>

É preciso reconhecer que foram muitos os avanços na educação desde o ano 2000, quando os seis objetivos da Educação para Todos (EPT) e os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) foram estabelecidos. Como estes não foram alcançados até 2015, foi elaborada uma nova agenda de desenvolvimento sustentável. Esta agenda é formada pelos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que devem ser implementados por todos os países do mundo durante os próximos 15 anos, isto é, até 2030.

Em 4 de novembro de 2015, em Paris, foi adotado, por 184 Estados-membros da UNESCO, o *Marco de Ação da Educação 2030*. Seu desenvolvimento foi guiado pelo Comitê Diretivo da Educação para Todos (EPT), convocado pela UNESCO e finalizado por meio do Grupo Redator para o Marco de Ação da Educação 2030. O documento possui três seções. A Seção I delinea a visão, a fundamentação e os princípios da Educação 2030. A Seção II descreve o objetivo global de educação, suas sete metas associadas e três formas de implementação, bem como estratégias indicativas. A Seção III propõe uma estrutura de coordenação dos esforços globais de educação, assim como de mecanismos de governança, monitoramento, acompanhamento e revisão.

O objetivo central de educação da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (ODS 4) se compromete a oferecer *educação de qualidade inclusiva e equitativa para todos*, em todos os níveis, e expressa novos elementos estratégicos para a Educação 2030, os quais servem de base para este Marco de Ação.<sup>7</sup>

É preciso reconhecer a identidade entre as disposições deste objetivo e as metas estabelecidas pelo PNE que tem vigência até 2024.

No que diz respeito à educação inclusiva para pessoas com deficiência, não há dispositivos constitucionais que estabeleçam tratamento diferenciado em relação ao gênero.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei 13.005/2014. Aprova o Plano Nacional de Educação. Disponível em: <http://pne.mec.gov.br/18-planos-subnacionais-de-educacao/543-plano-nacional-de-educacao-lei-n-13-005-2014>. Acesso em 14.out.2020.

<sup>7</sup> EDUCAÇÃO 2030. Declaração de Incheon e Marco de Ação para a implementação do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 4. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_civel/aa\\_ppdeficiencia/aa\\_ppd\\_educacaoinclusiva/Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Incheon%20e%20Marco%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20-%20Educa%C3%A7%C3%A3o%202030.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/aa_ppdeficiencia/aa_ppd_educacaoinclusiva/Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Incheon%20e%20Marco%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20-%20Educa%C3%A7%C3%A3o%202030.pdf). Acesso em: 13 jul. 2020. p. 29.

### 3 POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO INCLUSIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Antes de identificar e sistematizar as políticas públicas para a educação inclusiva das pessoas com deficiência, é necessário conceituar a expressão “políticas públicas”. Conforme Maria Paula Dallari Bucci, é preciso identificar, nestas ações, o significado dos termos política e plano:

Há uma certa proximidade entre as noções de política pública e a de plano, embora a política possa consistir num programa de ação governamental que não se exprima, necessariamente, no instrumento jurídico do plano. [...] A política é mais ampla que o plano e se define como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo com a participação dos agentes públicos e privados. Políticas públicas são os programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo. A expressão mais freqüente das políticas públicas é o plano (embora com ele não se confunda), que pode ter caráter geral, como é o Plano Nacional de Desenvolvimento, ou regional, ou ainda setorial, quando se trata, por exemplo, do Plano Nacional de Saúde, do Plano de Educação etc. Nesses casos, o instrumento normativo do plano é a lei, na qual se estabelecem os objetivos da política, suas metas temporais, os instrumentos institucionais de sua realização e outras condições de implementação.<sup>8</sup>

Sobre o tema, Felipe de Melo Fonte<sup>9</sup> entende que políticas públicas [...] compreendem as ações e programas para dar efetividade aos comandos gerais impostos pela ordem jurídica que necessitam de ação estatal. Portanto, são as ações levadas a cabo pela Administração.

Aqui é preciso destacar a Política Nacional de Educação Especial, na Perspectiva da Educação Inclusiva,<sup>10</sup> que deve fundamentar as ações do Estado em relação a esta modalidade de educação e que tem como objetivos:

[...] assegurar a inclusão escolar de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação, orientando os sistemas de ensino para garantir: acesso ao ensino regular, com participação, aprendizagem e continuidade nos níveis mais elevados do ensino; transversalidade da modalidade de educação especial desde a educação infantil até a educação superior; oferta do atendimento educacional especializado; formação de professores para o atendimento educacional especializado e demais profissionais da educação para a inclusão; participação da família e da comunidade; acessibilidade arquitetônica, nos transportes, nos mobiliários, nas comunicações e informação; e articulação intersetorial na implementação das políticas públicas.

Um dos objetivos do Plano é a inclusão escolar dos alunos com deficiência. Este segmento da população, conforme o mesmo documento,<sup>11</sup> abrange,

[...] àqueles que têm impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que em interação com diversas barreiras podem ter restringida sua participação plena e efetiva na escola e na sociedade. Os alunos com transtornos globais do desenvolvimento são aqueles que apresentam alterações qualitativas das interações sociais recíprocas e na comunicação, um repertório de interesses e

8 BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198/r133-10.PDF?sequence=4>. Acesso em: 14 out. 2020. p. 140.

9 FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 45.

10 BRASIL. *Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva* – MEC/SECADI, 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducspecial.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021. p. 14.

11 BRASIL. *Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva* – MEC/SECADI, 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducspecial.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021. p. 15.

atividades restrito, estereotipado e repetitivo. Incluem-se nesse grupo alunos com autismo, síndromes do espectro do autismo e psicose infantil. Alunos com altas habilidades/superdotação demonstram potencial elevado em qualquer uma das seguintes áreas, isoladas ou combinadas: intelectual, acadêmica, liderança, psicomotricidade e artes. Também apresentam elevada criatividade, grande envolvimento na aprendizagem e realização de tarefas em áreas de seu interesse. Dentre os transtornos funcionais específicos estão: dislexia, disortografia, disgrafia, discalculia, transtorno de atenção e hiperatividade, entre outros.

O PNE, em sua meta 4, trata da inclusão na educação básica inclusiva e relaciona, entre as estratégias para sua implementação, ações como repasse de verbas do FUNDEB, para atendimento educacional especializado complementar e suplementar; universalização do atendimento escolar de crianças entre 0 e 3 anos; implantar salas de recursos multifuncionais e garantir atendimento nestes espaços; manter e ampliar programas suplementares de acessibilidade nas instituições públicas; garantir a oferta de educação inclusiva, vedada a exclusão do ensino regular sob alegação de deficiência, entre outras.

Recentemente, foi publicado o Decreto 10.502/2020, que institui a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida, que estabelece novas diretrizes para a realização das ações de educação em todas as suas modalidades.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Covid-19 trouxe modificações substanciais na vida de todos nós desde o início do primeiro semestre deste ano. Desde então, vários atos normativos têm disciplinado mês a mês, semana após semana, uma situação que, infelizmente, não tem prazo para terminar.

O Ministério da Saúde (MS), através da Portaria n. 188, de 3 de fevereiro de 2020, declarou “Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV)”, e, em 20/03/2020, “estado de transmissão comunitária do coronavírus em todo território nacional”. A Lei nº 13.979 foi promulgada em 06/02/2020, para dispor sobre as “medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.”<sup>12</sup>

No dia 17 de março de 2020, por meio da Portaria nº 343, o Ministério da Educação (MEC) se manifestou sobre a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais, enquanto durar a situação de pandemia da Covid-19, para instituição de educação superior integrante do sistema federal de ensino. Posteriormente, tal Portaria sofreu ajustes e acréscimos por meio das Portarias nºs 345, de 19 de março de 2020, e 356, de 20 de março de 2020.

12 BRASIL. **Portaria do Ministério da Saúde nº 188, de 03 de março de 2020.** Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 06 jun. 2020.

No dia 18 de março de 2020, o Conselho Nacional de Educação (CNE), que tem atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento ao Ministro de Estado da Educação, veio a público elucidar aos sistemas e às redes de ensino, de todos os níveis, etapas e modalidades, considerando a necessidade de reorganizar as atividades acadêmicas por conta de ações preventivas à propagação da Covid-19.<sup>13</sup> Em decorrência deste cenário, os Conselhos Estaduais de Educação de diversos estados e vários Conselhos Municipais de Educação emitiram resoluções e/ou pareceres orientativos para as instituições de ensino pertencentes aos seus respectivos sistemas sobre a reorganização do calendário escolar e uso de atividades não presenciais.<sup>14</sup>

Em 20 de março desse ano, o Congresso Nacional aprovou o Decreto Legislativo nº 6, que reconhece, para os fins do artigo 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.<sup>15</sup>

No dia 1º de abril, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 934, que estabelece normas excepcionais para o ano letivo da educação básica e do ensino superior decorrentes das medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Referida Medida Provisória dispensou, em caráter excepcional, as escolas de educação básica da obrigatoriedade de observar o mínimo de 200 dias letivos de efetivo trabalho escolar.

Determinou também que a carga horária mínima de oitocentas horas deverá ser cumprida, nos termos das normas a serem editadas pelos respectivos sistemas de ensino. Dispensou as instituições de educação superior, em caráter excepcional, do cumprimento da obrigatoriedade de mínimo de dias letivos, nos termos das normas a serem editadas pelos respectivos sistemas de ensino.

Estabeleceu, ainda, que as referidas dispensas têm vigência durante o ano letivo afetado pelas medidas de emergências relacionadas ao novo coronavírus. Autorizando as instituições de ensino a abreviarem a duração dos cursos de Medicina, Farmácia, Enfermagem e Fisioterapia, cumpridas as condições previstas.<sup>16</sup>

E, finalmente, em 3 de abril de 2020, o MEC publicou a Portaria nº 376, que dispõe sobre as aulas nos cursos de educação profissional técnica de nível médio enquanto durar a situação de pandemia do novo coronavírus – Covid-19. Excepcionalmente, a Portaria, em seu artigo 1º, autoriza as instituições integrantes do sistema federal de ensino quanto aos cursos de educação profissional técnica de nível médio em andamento, a suspender as aulas presenciais ou substituí-las por atividades não presenciais por até 60 dias, prorrogáveis a depender de orientação do Ministério da Saúde e dos órgãos de saúde estaduais, municipais e distrital.

13 CNE – Nota de Esclarecimento. Disponível em: [https://undime.org.br/uploads/documentos/phpdBTE6G\\_5e751f60aa1ee.pdf](https://undime.org.br/uploads/documentos/phpdBTE6G_5e751f60aa1ee.pdf)

14 Parecer sobre reorganização dos calendários escolares e realização de atividades pedagógicas não presenciais: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=144511-texto-referencia-reorganizacao-dos-calendarios-escolares-pandemia-da-Covid-19&category\\_slug=marco-2020-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=144511-texto-referencia-reorganizacao-dos-calendarios-escolares-pandemia-da-Covid-19&category_slug=marco-2020-pdf&Itemid=30192)

15 Decreto Legislativo n. 6/ 2020: “Art. 1º Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020”.

16 Medida Provisória 934/2020: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141349>

O mundo fez alguns avanços notáveis na educação desde 2000, quando os seis objetivos da Educação para Todos (EPT) e os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) foram estabelecidos. A Educação 2030 foi desenvolvida por meio de um processo consultivo amplo, conduzido e controlado por Estados-membros, facilitado pela UNESCO e por outros parceiros e se baseia nas consultas temáticas sobre a educação pós-2015 conduzidas em 2012 e 2013 pela UNESCO e pelo UNICEF; pelo resultado do Encontro Global de Educação para Todos realizado em Muscat, Omã, em maio de 2014; e pelo encontro da Iniciativa E-9, realizado em Islamabad, em 2014.<sup>17</sup>

Um marco fundamental para o seu desenvolvimento foi o Acordo de Mascate, adotado no Encontro Global da EPT em maio de 2014 e que informou o objetivo global de educação. Esse processo culminou com a Declaração de Incheon, que foi adotada em 21 de maio de 2015 no Fórum Mundial de Educação (FME 2015) ocorrido em Incheon, na Coreia do Sul. A Declaração de Incheon constitui o compromisso da comunidade educacional com a Educação 2030 e a Agenda de Desenvolvimento Sustentável 2030. (EDUCAÇÃO 2030, p. 22)

Todavia, de acordo com o Relatório de Monitoramento Global da Educação (Relatório GEM 2020)<sup>18</sup>: “Inclusão e educação: Todos, sem exceção” elaborado pela UNESCO, lançado no último dia 23 de junho em um evento on-line, apontou que, globalmente, as dimensões da discriminação com base em gênero, distância, riqueza, deficiência, etnia, idioma, migração, deslocamento, prisão, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, religião e outras crenças e atitudes, não são oferecidos a muitos estudantes o direito de serem educados com seus colegas ou de receber uma educação da mesma qualidade.

Segundo afirmou Audrey Azoulay, Diretora-Geral da UNESCO, no prefácio do Relatório GEM 2020, as diferenças sociais e digitais colocam os mais desfavorecidos em uma situação na qual correm o risco de ter perdas de aprendizagem ou abandonar a escola. A recomendação central do Relatório, para todos os atores da educação, é para incluir todos os estudantes, independentemente de sua identidade, de sua origem ou de suas habilidades. E finaliza afirmando que: “para enfrentar os desafios da nossa época, tornar a educação mais inclusiva não é algo negociável – é a nossa única opção”. (UNESCO, 2020, p. 5)

Neste ponto, é preciso reconhecer que não há como prever o cenário nacional e mundial após o término da pandemia. Questões como home-office, ensino virtual, realização de atividades relacionadas à saúde por vídeo conferência nos pareciam distantes e agora fazem parte do nosso cotidiano.

A **Constituição de 1988** é um marco na construção do Estado Democrático de Direito e do exercício da cidadania em nosso País. Entretanto, sabemos que sua eficácia social não é aquela desejada por todos nós. Há muito a ser feito.

<sup>17</sup> A Iniciativa E-9 é um fórum estabelecido em 1999 para acelerar o progresso rumo ao alcance da EPT. Ela é composta pelos nove países mais populosos do Sul global (Bangladesh, Brasil, China, Egito, Índia, Indonésia, México, Nigéria e Paquistão).

<sup>18</sup> A Educação 2030: Declaração de Incheon e Marco de Ação específica que o mandato do Relatório de Monitoramento Global da Educação (Relatório GEM) é ser “o mecanismo para orientar o monitoramento e a elaboração de relatórios sobre o ODS 4 e sobre educação nos outros ODS propostos”, com a responsabilidade de informar sobre a implementação de estratégias nacionais e internacionais para ajudar todos os parceiros relevantes a se responsabilizar por seus compromissos como parte do acompanhamento e da revisão geral dos ODS. Ele é elaborado por uma equipe independente organizada pela UNESCO. (Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373721\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373721_por)).

É preciso, agora e no futuro, ter atenção especial em relação aos direitos fundamentais dos vulneráveis, notadamente das pessoas com deficiência.

Interpretar a Constituição e a realidade a partir de nossa condição de mulheres e profissionais significa ter a consciência do significado e da importância das conquistas jurídicas e sociais que tiveram início com a promulgação da [Constituição de 1988](#) e que se realizam para nós e para toda a sociedade brasileira a partir de então, com foco nos Princípios Fundamentais do Estado, que possibilitaram o maior reconhecimento e a busca pelos direitos dos vulneráveis.

Para encerrar nossa reflexão, é importante lembrar o papel de destaque que a sociedade civil tem representado neste período, por meio da produção de conteúdo, do esclarecimento de dúvida, da indicação de alternativas e possibilidades. Este é um aprendizado que vai ficar deste período complexo em que vivemos: o exercício da cidadania também significa a contribuição, a partir de nossa formação e atividades, para a construção da sociedade livre, justa e solidária preconizada na Constituição.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 nov. 2021.
- BRASIL. **Lei 13.005/2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação. Disponível em: <http://pne.mec.gov.br/18-planos-subnacionais-de-educacao/543-plano-nacional-de-educacao-lei-n-13-005-2014>. Acesso em 14.out.2020.
- BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm/). Acesso em: 08 jun. 2020.
- BRASIL. **Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva** – MEC/SECADI, 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- BRASIL. **Portaria do Ministério da Saúde nº 188, de 03 de março de 2020**. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 06 jun. 2020.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198/r133-10.PDF?sequence=4>. Acesso em: 14 out. 2020.
- EDUCAÇÃO 2030. **Declaração de Incheon e Marco de Ação para a implementação do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 4**. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_civel/aa\\_ppdeficiencia/aa\\_ppd\\_educacaoinclusiva/Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Incheon%20e%20Marco%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20-%20Educa%C3%A7%C3%A3o%202030.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/aa_ppdeficiencia/aa_ppd_educacaoinclusiva/Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Incheon%20e%20Marco%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20-%20Educa%C3%A7%C3%A3o%202030.pdf). Acesso em: 13 jul. 2020.
- FONTE, Felipe de Melo. Políticas públicas e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. **Conceitos essenciais da sociologia**. São Paulo: UNESP, 2015.
- GLOBAL EDUCATION MONITORING REPORT TEAM. **Relatório de monitoramento global da educação** – resumo, 2020: inclusão e educação: todos, sem exceção. 2020. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373721\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373721_por). Acesso em: 28 nov. 2021.
- OLIVEIRA, Adriana Cristina de; LUCAS, Thabata Coaglio; IQUIPAZA, Robert Aldo. O que a pandemia da Covid-19 tem nos ensinado sobre adoção de medidas de precaução? **Texto de contexto – enferm.** v. 29, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/1980-265X-TCE-2020-0106>. Disponível : <https://www.scielo.br/j/tce/a/cgMnvhg95jVqV5QnnzfZwSQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 13 jul. 2020.
- SÃO BERNARDO DO CAMPO (ESTADO DE SÃO PAULO). **Existe alguma vacina, medicamento ou tratamento para o Covid-19?** Disponível em: [https://www.saobernardo.sp.gov.br/maximizada/-/asset\\_publisher/5cLluTMVcxDN/content/existe-vacina-medicamento-ou-tratamento?inheritRedirect=false](https://www.saobernardo.sp.gov.br/maximizada/-/asset_publisher/5cLluTMVcxDN/content/existe-vacina-medicamento-ou-tratamento?inheritRedirect=false). Acesso em: 28 nov. 2021.



# CAPÍTULO 16

## A EDUCAÇÃO DE GÊNERO COMO MECANISMO GARANTIDOR DA IGUALDADE SOCIAL

Andressa Lack Silveira e Silva

Camila de Azevedo Antunes

### INTRODUÇÃO

A [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988](#) representa, no âmbito político-jurídico, um marco no processo de democratização do Estado brasileiro, refletindo uma tendência mundial de ruptura com regimes autoritários em busca de maior proteção dos direitos fundamentais, a fim de garantir um cenário institucional favorável à aplicação concreta do princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa linha, em um Estado Social Democrático de Direito os direitos fundamentais são imprescindíveis, seja pela posição que ocupam no ordenamento jurídico, seja pelas imposições que exercem na atuação estatal.<sup>1</sup>

Este movimento representa uma tendência em um cenário pós-Segunda Guerra Mundial, no qual houve uma proliferação de tratados internacionais de direitos humanos, a fim de contribuir para a construção de um sistema internacional de proteção desses direitos.<sup>2</sup> Assim, os direitos fundamentais possuem um papel determinante em todas as relações, sociais e jurídicas, de modo que sua proteção também é indispensável em um Estado Democrático de Direito.

Dentre os direitos fundamentais, destaca-se, no presente estudo, o princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal do Brasil,<sup>3</sup> o qual determina que todos são iguais perante a lei. Pode-se afirmar que este princípio constitucional atua em duas vertentes, a primeira direcionando o Legislador e o Poder Executivo, a fim de evitar a adoção de tratamentos abusivos e diferenças entre pessoas que se encontram na mesma posição, no momento de criação e edição de leis, atos normativos e decretos. Em um outro ponto de vista, atua como mecanismo de interpretação hermenêutica ao aplicar as leis e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecer diferenças ou privilégios.<sup>4</sup>

1 NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. São Paulo: Almedina, 2006. p. 209.

2 SANTANO, Ana Claudia. Direitos Sociais e Desenvolvimento: Uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, ano 19, n. 77, jul./set. 2019. p. 274. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1177>. Acesso em: 28 nov. 2021.

3 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. In. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 dez. 2020.

4 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 65.

Neste contexto, diante da relevância do princípio constitucional da igualdade, o presente artigo busca investigar como o estudo sobre educação de gênero pode contribuir positivamente com a igualdade social, atuando como um vetor para a implementação de políticas públicas que visam a garantia de direitos protetivos.

## 1 A PROTEÇÃO NORMATIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

A educação é um direito fundamental humano, estritamente ligada à dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento do cidadão e protegida tanto no âmbito internacional como nacional.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo XXVI, determina o caráter universal e as finalidades da educação.<sup>5</sup> Ainda, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 13, item 1, determina que a educação deverá visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como capacitar todas as pessoas para participarem efetivamente de uma sociedade livre, em prol da manutenção da paz.<sup>6</sup> Este pacto impõe aos respectivos Estados a obrigação de proteger e garantir os direitos, nele previstos, a todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição.

Na sequência, no ano de 1969, sobreveio um dos principais documentos de proteção dos direitos humanos no cenário internacional, qual seja, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecido como Pacto de San José da Costa Rica. Nesse dispositivo, a educação conta com previsão expressamente, mesmo que de forma breve, em seu artigo 26, o qual determina um compromisso do Estado em desenvolver progressivamente o direito à educação.<sup>7</sup> E ainda, digna de nota a Conferência Mundial de Direitos Humanos, estabelecida em Viena (1993), a qual trouxe o objetivo de conquista da paz mundial por meio da educação, com menção específica à necessidade de implementação nos currículos escolares de capacitações que versem sobre valores estruturantes do Estado de direito, a exemplo da democracia e do direito humanitário.<sup>8</sup>

No Brasil, o direito à educação está previsto no artigo 6º da Constituição da República de 1988, no capítulo II da seção destinada aos direitos e garantias fundamentais e, por isso, reúne status de direito fundamental, sendo detentor de regime jurídico protetivo especial que abrange defesa contra emendas abolitivas e majorias

5 “Artigo XXVI. 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais.” (...)” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao>. Acesso em: 10 dez. 2020.).

6 “Artigo 13. 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.” (BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 10 dez. 2020.).

7 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – 1969. Art. 26. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

8 ZLUHAN, Mara Regina; RAITZ, Tânia Regina. A educação em direitos humanos para amenizar os conflitos o cotidiano das escolas. **Rev. Bras. Estud. Pedagog.**, Brasília, v. 95, n. 239, p. 31-54, jan./abr. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbeped/a/zrxjQZWMYfQbzTW58rjSjQt/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2021.

eventuais.<sup>9</sup> Ainda, o artigo 205 determina que “a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Desse modo, os arts. 205 a 214 da Constituição, alinhados as diretrizes do Protocolo de San Salvador, são dispositivos basilares da legislação educacional, determinando práticas necessárias para a concretização desse direito, tais como princípios, objetivos e deveres de cada ente da Federação.

Importante destacar, ainda, que a Constituição brasileira se preocupou com o acesso à educação das pessoas com deficiência, em seu artigo 208, inciso III, determinando ser dever do Estado o oferecimento de atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, o que está compatibilizado com o objetivo de acesso igualitário e universal da educação.<sup>10</sup>

Além da previsão constitucional, a legislação ordinária igualmente oferece um leque protetivo para a difusão e incremento da qualidade de ensino. É o que ocorre com a Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB), que regulamenta o direito à educação em todas as suas perspectivas, reiterando, inclusive, por meio de seus arts. 2º e 22, as finalidades previstas em nível constitucional, indicando, ainda, os objetivos específicos em cada nível educacional.<sup>11</sup>

Incontestemente, dessa forma, a relevância e a importância do direito fundamental à educação, sendo um elemento indispensável para a plena realização existencial do ser humano e, por consequência, para o desenvolvimento de seu projeto de vida.<sup>12</sup> Assim, reunindo a característica de direito fundamental de caráter social, possui um indelével conteúdo prestacional, o que implica em uma atuação positiva do Poder Público para programar e implementar políticas públicas que satisfaçam plenamente este direito.<sup>13</sup>

## 2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Partindo da localização sistêmica sobre o direito fundamental à educação, o presente estudo passa a analisar o princípio constitucional da igualdade, para então, na sequência, demonstrar como o estudo de gênero

9 Esta proteção refere-se ao *status* de cláusula pétreia conferido aos direitos sociais, como no caso à educação, tendo em vista a essencialidade do conteúdo desta norma. Cf. DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. *Educ. Soc.*, Campinas, v. 28, n. 100, p. 691-713, out. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-73302007000300004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/Sys3c3j8znnWkyMtNhtLTg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2021.

10 FRANCO, Adriana Marques dos Santos Laia; SCHUTZ, Gabriel Eduardo. Sistema educacional inclusivo constitucional e o atendimento educacional especializado. *Saúde debate*, Rio de Janeiro, v. 43, n. esp. 4, p. 244-255, dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-11042019S420>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/F9Tb3pwLq8vFDm3yzhdFg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2021.

11 A divisão das etapas educacionais atuais estão previstas na Lei nº 9.394/96 (LDB) nos seguintes termos: “Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade. (...) Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: (...) Art. 35. O ensino médio, etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, terá como finalidades: (...)”

12 BONAT, Alan. HACHEM, Daniel Wunder. O direito ao desenvolvimento de um projeto de vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a educação como elemento indispensável. *Revista Opinião Jurídica (UNICHRISTUS)*, Fortaleza, v. 15, n. 21, p. 77-105, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i21.p77-105.2017>. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/articulo/view/1787/591>. p. 86.

13 VIEIRA, Andréa Zacarias. O Direito à educação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos numa perspectiva comparada com a jurisprudência do STF. *Revista de Direito Educacional: RDE*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 27, jul./dez. 2012.

pode contribuir positivamente para uma transformação social, com o intuito de reduzir as desigualdades sociais e as violações de direitos.

Deste modo, a legislação brasileira garante a igualdade entre todos os indivíduos como um Direito Fundamental, previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. O ordenamento jurídico de determinado local, acaba absorvendo valores sociais tidos como relevantes e, conseqüentemente, repele preconceitos e injustiças. Assim, considerando o princípio da igualdade, não são aceitáveis situações que litigam com os valores sociais que a Constituição prestigiou.

Aqui encontramos a chamada igualdade material, a qual pressupõe um tratamento igual aos iguais e um tratamento desigual aos desiguais na medida das suas desigualdades. Nessa seara, Celso Antônio Bandeira de Melo pontua que “os tratamentos distintos entre categorias de pessoas são compatíveis com o princípio da igualdade quando há uma correlação lógica entre elemento distintivo e o tratamento dispensado”,<sup>14</sup> adotando este posicionamento nos casos em que não há uma afronta aos valores constitucionais.

Deste modo, é possível afirmar que o Constituinte originário, ao prever o princípio da igualdade, tentou evitar qualquer tipo de favoritismo ou perseguições. Todavia, uma verdadeira igualdade entre os indivíduos ainda está muito distante da realidade. Neste contexto, um dos principais cenários de desigualdades e violações de direitos, envolve questões de gênero, sofridas muitas vezes pelas mulheres.

### 3 A EDUCAÇÃO DE GÊNERO COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO À VIOLAÇÃO DE DIREITOS

Atualmente, é inegável as constantes violências a que as mulheres são submetidas. No Brasil há uma construção social e cultural profundamente marcada pela violência e pela desigualdade. Este fato se reflete em números. Segundo o mapa da violência do homicídio de mulheres no Brasil, elaborado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais, entre 1980 e 2013 foram assassinadas 106.093 mulheres.<sup>15</sup> Além dos inúmeros casos de violência que são esquecidos, pois diante de uma constante ameaça são sequer notificados.

Em 2020, há mais um agravante em toda a situação de vulnerabilidade, a pandemia mundial decorrente do Covid-19. A ONU Mulheres expediu documento reconhecendo que a pandemia causou um aumento no estigma, xenofobia e discriminação de gênero e que em um contexto de emergência, aumentam os riscos de violência contra mulheres e meninas. Por isso, recomendou que seja garantida a dimensão de gênero na resposta à crise.<sup>16</sup>

14 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Compostura Jurídica do Princípio da Igualdade. Curitiba: *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 1-27, jan./mar. 2003. Disponível em: <http://www.revistaacc.com/index.php/revistaacc/article/view/676>. Acesso em: 28 nov. 2021. p. 27.

15 WASELFSZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015*. Homicídio de mulheres no Brasil. Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais. Brasília, 2015.

16 ONU MULHERES. *Gênero e Covid-19 na América Latina e no Caribe*: dimensões de gênero na resposta. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/03/ONU-MULHERES-COVID19\\_LAC.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/03/ONU-MULHERES-COVID19_LAC.pdf). Acesso em: 10 dez. 2020.

Esses fatores só demonstram a urgência do debate e a agudeza do tema. Infelizmente, nas instituições educacionais, as relações de gênero também ganham pouca relevância entre educadores e educadoras, assim como no conteúdo dos cursos de formação docente. Nas relações do cotidiano, a sociedade não vê com bons olhos as dimensões de gênero que estão presentes, uma dificuldade muitas vezes ligada com o fato de que as reflexões vão além das desigualdades entre os sexos, mas também envolve os significados de gênero subjacentes a essas desigualdades e pouco contemplados pelas políticas públicas que ordenam o sistema educacional.<sup>17</sup>

Neste ponto, é importante destacar alguns documentos que determinam os seguimentos da educação, sem o intuito de esgotar o tema. O Plano Nacional de Educação (PNE) 2014/2024<sup>18</sup> foi um importante palco para as manifestações conservadoras presentes no Congresso Nacional, o qual foi aprovado sem qualquer menção às diferenças, entre elas as concernentes às relações de gênero. Sobre este ponto, é possível notar uma forte atuação religiosa. Na tomada de decisões políticas, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) afirmou, em nota destinada à votação dos Planos Municipais de Educação, que “a ideologia de gênero vai no caminho oposto e desconstrói o conceito de família, que tem seu fundamento na união estável entre homem e mulher. A introdução dessa ideologia na prática pedagógica das escolas trará consequências desastrosas”.<sup>19</sup>

Por sua vez, os Parâmetros Curriculares Nacionais – PCN, têm como função subsidiar a elaboração ou a revisão curricular dos estados e municípios, que pretende contextualizá-la em cada realidade social. Nesse sentido, a proposta curricular das instituições escolares envolvidas deve contar com a participação de toda a equipe pedagógica, a fim de garantir o diálogo entre tais orientações e as práticas já existentes nas instituições.<sup>20</sup>

Sobre este documento, é possível notar que o gênero aparece timidamente, como em uma referência às matrículas, estabelecendo a dicotomia feminino/masculino, seja nas doenças sexualmente transmissíveis e na necessidade de sua prevenção. Deste modo, a temática de gênero está restrita ao trinômio corpo/saúde/doença, não permitindo uma problematização e uma educação relacionada às posturas a serem adotadas, crenças, tabus, preconceitos, a fim de contribuir para a diminuição de violências futuras e, inclusive, como mecanismo de precaução a futuros abusos que as crianças possam vir a sofrer.<sup>21</sup>

Neste contexto, todas as discussões e embates políticos só demonstram a importância do tratamento das questões de gênero no espaço escolar. Contrário a este entendimento, surgiu o movimento chamado “Escola

17 VIANNA, Cláudia Pereira. UNBEHAUM, Sandra. O gênero nas políticas públicas de educação no Brasil: 1988-2002. *Cad. Pesqu.*, v. 34, n. 121, p. 77-104, jan./abr. 2004. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15742004000100005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/KT99NbZ5MFVHHmSm4kwRVGN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2021.

18 Lei nº 13.005, aprovada no Congresso Nacional em 25 junho de 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm). Acesso em: 28 nov. 2021.

19 CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. CNBB divulga nota sobre a inclusão da ideologia de gênero nos Planos de Educação. *CNBB*, 18 jun. 2015. Disponível em: <http://www.cnbb.org.br/cnbb-divulga-nota-sobre-a-inclusao-da-ideologia-de-genero-nos-planos-de-educacao/>. Acesso em 10 dez. 2020.

20 VIANNA, Cláudia Pereira. UNBEHAUM, Sandra. O gênero nas políticas públicas de educação no Brasil: 1988-2002. *Cad. Pesqu.*, v. 34, n. 121, p. 77-104, jan./abr. 2004. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15742004000100005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/KT99NbZ5MFVHHmSm4kwRVGN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2021.

21 VIANNA, Cláudia Pereira. UNBEHAUM, Sandra. O gênero nas políticas públicas de educação no Brasil: 1988-2002. *Cad. Pesqu.*, v. 34, n. 121, p. 77-104, jan./abr. 2004. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15742004000100005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/KT99NbZ5MFVHHmSm4kwRVGN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2021.

sem Partido”, que soma inúmeros projetos de lei que tentam retirar, das bases da educação nacional, qualquer ensinamento relacionado à educação de gênero. Sobre o assunto, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão emitiu uma nota técnica apontando a inconstitucionalidade do Projeto de Lei 867/2015 de Izalci Lucas,<sup>22</sup> conforme tais razões:

(i) confunde a educação escolar com aquela que é fornecida pelos pais, e, com isso, os espaços público e privado; (ii) impede o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III); (iii) nega a liberdade de cátedra e a possibilidade ampla de aprendizagem (art. 206, II); (iv) contraria o princípio da laicidade do Estado, porque permite, no âmbito da escola, espaço público na concepção constitucional, a prevalência de visões morais/religiosas particulares.<sup>23</sup>

Assim, é possível notar que a construção dessa identidade política, de retenção dos direitos dos mais vulneráveis, intensificou a demanda por políticas públicas relacionadas às chamadas minorias, de reconhecimento da comunidade LGBT resultando na representatividade do Programa Brasil Sem Homofobia (2004) e o Projeto Somos (2005), primeiras políticas institucionais que têm como centralidade o combate à discriminação e violência contra a população LGBT e a equiparação de direitos através de uma íntima conexão e parceria com os movimentos da sociedade civil organizada.<sup>24</sup>

Diante da realidade social do Brasil, é inegável a necessidade de se implementar uma educação voltada ao conhecimento e ao respeito às questões de gênero. Esta educação representa, principalmente, o desenvolvimento ao respeito à dignidade humana, por meio da “promoção e da vivência de atitudes, hábitos, comportamentos e valores como igualdade, solidariedade, cooperação, tolerância e paz”.<sup>25</sup>

Para além do arquétipo normativo já exposto sobre a educação, capaz de caracterizá-la, a um só tempo, como direito fundamental e espécie de direito garantidor de outros direitos,<sup>26</sup> é preciso ir além, no sentido de que a educação de gênero pode atuar como um mecanismo de promoção dos direitos humanos. Práticas individuais e coletivas que promovam o respeito a características e diferenças particulares de cada pessoa, promoção de valores pessoais voltados à capacidade de desenvolver relações interpessoais, trabalhos educacionais voltados a práticas humanitárias, solidárias e empáticas, com foco na cooperação e nas necessidades e interesses específicos dos estudantes, são exemplos do necessário fomento para a consolidação de valores como o respeito e a equidade.<sup>27</sup>

22 PL nº 867/2015. Inclui, entre as diretrizes e bases da educação nacional, o “Programa Escola sem Partido”.

23 BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Conselho Nacional de Educação. **Nota pública, Às Assembleias Legislativas, à Câmara Legislativa do Distrito Federal, às Câmaras de Vereadores, aos Conselhos Estaduais, Distrital e Municipais de Educação e à Sociedade Brasileira.** Brasília: 1 set. 2015. Disponível em: <http://forumjea.org.br/sites/forumjea.org.br/files/Nota%20P%C3%BAblica%20sobre%20Ideologia%20de%20G%C3%AAnero.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.

24 VIANA, Igor Campos. Educação de gênero e sexualidade no marco da teoria crítica da Constituição: uma análise reconstrutiva das políticas públicas de educação no Brasil (1998-2014) e a defesa de uma leitura democraticamente comprometida do PNE (2014– 2024). **Revista Libertas**, Direito UFOP, Ouro Preto, v. 3, n. 2, p. 49-70, jul. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/libertas/article/view/440>. Acesso em: 28 nov. 2021.

25 GORCZEWSKI, Clovis; TAUCHEN, Gionara. Educação em direitos humanos: para uma cultura da paz. **Educação**, v. 31, n. 1, p. 66-74, jan./abr. 2008. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/faced/article/view/2760>. Acesso em: 28 nov. 2021. p. 71.

26 DOTTA, Alexandre Godoy. SANTOS, Hérick Ricardo da Silva. O Direito à educação no Brasil e o serviço público como garantia fundamental de sua efetivação. In: LIBÓRIO, Daniela. GUIMARÃES, Edgar. GABARDO, Emerson (coord.). **Eficiência e ética no Direito Administrativo.** Curitiba: Editora Íthala, 2017. p. 24.

27 ZLUHAN, Mara Regina; RAITZ, Tânia Regina. A educação em direitos humanos para amenizar os conflitos o cotidiano das escolas. **Rev. Bras. Estud. Pedagog.**, Brasília, v. 95, n. 239, p. 31-54, jan./abr. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbeped/a/zrxjQZWMYfQbzTW58rjSJQt/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2021.

A junção dos enfoques aqui apresentados, acerca da educação de gênero, são a base para o desenvolvimento de valores pedagógicos aptos à emancipação das sociedades. E nas escolas, isso pode ser representado por uma relação de respeito entre os próprios alunos, entre alunos e professores, entre familiares/comunidade e os membros da instituição de ensino.<sup>28</sup>

## 4 CONCLUSÃO

No Brasil, é possível concluir que as reflexões sobre o atual desenvolvimento de políticas educacionais e suas consequências para um sistema de ensino que reproduz de alguma maneira a desigualdade de gênero não foram ainda suficientemente desenvolvidas.

Além de reconhecer a inconstitucionalidade de projetos abusivos, como o “Escola Sem Partido”, é necessário ir além, é necessário reconhecermos o direito fundamental à educação de gênero e sexualidade nas escolas brasileiras. Pois, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, é indispensável que o próprio Estado Democrático de Direito garanta que o indivíduo construa livremente a sua personalidade e seu desenvolvimento,<sup>29</sup> pois não reconhecer este direito fundamental é legitimar a imposição de um único modelo de vida, qual seja, o heteronormativo, e, por consequência, legitimar agressões e preconceitos.

Neste contexto, a educação de gênero se mostra como uma solução preventiva à violação de direitos, eis que se consubstancia em uma ferramenta de emancipação dos indivíduos, a fim de que haja uma retomada de valores éticos, solidários e de justiça social. O ambiente escolar precisa, assim, representar um ambiente que propicie a compreensão da realidade em todos os níveis educacionais, difundindo a cultura dos direitos humanos, justamente para realizar o contraponto necessário à banalização da violência e, com isso, valorizando uma cultura de paz.

Conclui-se que a educação de gênero se revela condição vital à democracia, à justiça e à emancipação das sociedades. A escola, por sua vez, representa, em muitos casos, a oportunidade única de inculcar tais valores, edificando posturas, conhecimentos e engajamentos tendentes à promoção da união e da igualdade. Assim, mais do que um projeto a ser desenvolvido em maior ou menor medida pelos poderes instituídos, entrelaçar a instituição de ensino e a disciplina humanitária deve representar, para todos os envolvidos, um objetivo a ser perseguido.

28 BENEVIDES, Maria Victoria. **Educação em direitos humanos**: de que se trata? Programa ética e cidadania: construindo valores na escola e na sociedade. Programa de Educação em Direitos Humanos da FEUSP. 2007. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Etica/9\\_benevides.pdf](http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Etica/9_benevides.pdf). Acesso em: 10 dez. 2020.

29 Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 dez. 2020.

## REFERÊNCIAS

- BENEVIDES, Maria Victoria. **Educação em direitos humanos**: de que se trata? Programa ética e cidadania: construindo valores na escola e na sociedade. Programa de Educação em Direitos Humanos da FEUSP. 2007. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Etica/9\\_benevides.pdf](http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Etica/9_benevides.pdf). Acesso em: 10 dez. 2020.
- BONAT, Alan. HACHEM, Daniel Wunder. O direito ao desenvolvimento de um projeto de vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a educação como elemento indispensável. **Revista Opinião Jurídica (UNICHRISTUS)**, Fortaleza, v. 15, n. 21, p. 77-105, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i21.p77-105.2017>. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1787/591>. p. 86.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 dez. 2020.
- BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 10 dez. 2020.
- BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Conselho Nacional de Educação. **Nota pública, Às Assembleias Legislativas, à Câmara Legislativa do Distrito Federal, às Câmaras de Vereadores, aos Conselhos Estaduais, Distrital e Municipais de Educação e à Sociedade Brasileira**. Brasília: 1 set. 2015. Disponível em: <http://forumeja.org.br/sites/forumeja.org.br/files/Nota%20P%C3%BAblica%20sobre%20Ideologia%20de%20G%C3%AAnero.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. CNBB divulga nota sobre a inclusão da ideologia de gênero nos Planos de Educação. **CNBB**, 18 jun. 2015. Disponível em: <http://www.cnbb.org.br/cnbb-divulga-nota-sobre-a-inclusao-da-ideologia-de-genero-nos-planos-de-educacao/>. Acesso em 10 dez. 2020.
- DOTTA, Alexandre Godoy. SANTOS, Héric Ricardo da Silva. O Direito à educação no Brasil e o serviço público como garantia fundamental de sua efetivação. In: LIBÓRIO, Daniela. GUIMARÃES, Edgar. GABARDO, Emerson (coord.). **Eficiência e ética no Direito Administrativo**. Curitiba: Editora Íthala, 2017.
- DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 28, n. 100, p. 691-713, out. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-73302007000300004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/Sys3c3j8znnWkyMtNhstLtg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- FRANCO, Adriana Marques dos Santos Laia; SCHUTZ, Gabriel Eduardo. Sistema educacional inclusivo constitucional e o atendimento educacional especializado. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 43, n. esp. 4, p. 244-255, dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-11042019S420>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/F9Tb3pwLq8vFDrn3yzhndFg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- GORCZEWSKI, Clovis; TAUCHEN, Gionara. Educação em direitos humanos: para uma cultura da paz. **Educação**, v. 31, n. 1, p. 66-74, jan./abr. 2008. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/faced/article/view/2760>. Acesso em: 28 nov. 2021. p. 71.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Compostura Jurídica do Princípio da Igualdade. Curitiba: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 1-27, jan./mar. 2003. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/676>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. São Paulo: Almedina, 2006.
- ONU MULHERES. **Gênero e Covid-19 na América Latina e no Caribe**: dimensões de gênero na resposta. Disponível em: [http://www.onu-mulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/03/ONU-MULHERES-COVID19\\_LAC.pdf](http://www.onu-mulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/03/ONU-MULHERES-COVID19_LAC.pdf). Acesso em: 10 dez. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- SANTANO, Ana Claudia. Direitos Sociais e Desenvolvimento: Uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C**, ano 19, n. 77, jul./set. 2019. p. 274. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1177>. Acesso em: 28 nov. 2021.
- VIANA, Igor Campos. Educação de gênero e sexualidade no marco da teoria crítica da Constituição: uma análise reconstrutiva das políticas públicas de educação no Brasil (1998-2014) e a defesa de uma leitura democraticamente comprometida do PNE (2014– 2024). **Revista Libertas**, Direito UFOP, Ouro Preto, v. 3, n. 2, p. 49-70, jul. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/libertas/article/view/440>. Acesso em: 28 nov. 2021.



VIANNA, Cláudia Pereira. UNBEHAUM, Sandra. O gênero nas políticas públicas de educação no Brasil: 1988-2002. **Cad. Pesqu.**, v. 34, n. 121, p. 77-104, jan./abr. 2004. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15742004000100005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/KT99NbZ5MFVHHmSm4kwRVGN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2021.

VIEIRA, Andréa Zacarias. O Direito à educação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos numa perspectiva comparada com a jurisprudência do STF. **Revista de Direito Educacional: RDE**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 27, jul./dez. 2012.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015**. Homicídio de mulheres no Brasil. Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais. Brasília, 2015.

ZLUHAN, Mara Regina; RAITZ, Tânia Regina. A educação em direitos humanos para amenizar os conflitos o cotidiano das escolas. **Rev. Bras. Estud. Pedagog.**, Brasília, v. 95, n. 239, p. 31-54, jan./abr. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbeped/a/zrxjQZWMyfQbzTW58r-jSJQt/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2021.

# CAPÍTULO 17

## MULHER COM DEFICIÊNCIA E SEUS DIREITOS RECONHECIDOS

Renata Lima de Andrade Cruppi

### 1 INTRODUÇÃO

A mulher carrega consigo uma mácula de séculos, um patriarcado imposto desde os tempos bíblicos de Paulo, porém, existe um enfrentamento na contemporaneidade, resultado da luta de diversos grupos de pessoas.

Para que haja uma atuação efetiva pelo fim da violência de gênero, necessário se faz o conhecimento das peculiaridades do que seja mulher para os dias de hoje, além do sexo biológico.

A mulher com deficiência tem uma exposição maior frente às violências e desigualdades, tendo em vista as barreiras encontradas para o exercício dos seus direitos, reconhecimento efetivo de sua autonomia e das suas habilidades.

Embora a mulher esteja ocupando cargos importantes, os quais eram destinados apenas para homens, ainda não é expressivo o seu protagonismo, principalmente no tocante às deficientes.

Historicamente, no Brasil, são recentes os primeiros reconhecimentos dos direitos da pessoa com deficiência, bem como, houve uma articulação expressiva para a inclusão deles na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88).

### 2 EVOLUÇÃO DO OLHAR EM RELAÇÃO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A pessoa com deficiência sempre existiu, porém, seu enfrentamento demorou para acontecer; no Brasil, houve início de mudanças de perspectivas sobre a questão apenas no século XIX, momento em que se iniciaram as lutas pelo reconhecimento efetivo de direitos, tendo, então, um primeiro momento com a introdução do ensino para surdos e cegos, apenas do sexo masculino, nos internatos.

No início até meados do Século XX, houve a introdução da educação especial no Brasil, tendo como expoente a professora Helena Wladimirna Antipoff, grande pesquisadora e educadora, voltada ao público infantil com deficiência, pioneira nessa iniciativa no país.

Na segunda metade do século XX iniciou a preocupação do Estado no desenvolvimento das políticas educacionais e assistenciais, ressaltando que ambas não foram desenvolvidas de forma articulada.

O mercado de trabalho, no período mencionado acima, para o universo de pessoas com deficiência, ainda era precário, tendo em vista que, ou estavam em oficinas de reabilitação ou eram contratadas por terceirizadas, mas, raramente surgiam vagas que as aceitavam, pois, não se conhecia, até então, o valor e a capacidade delas.

As ações em prol da pessoa com deficiência eram praticamente assistencialistas, isolando-as, vez que não havia qualquer tipo de política pública nacional, ou mesmo municipal.

A pessoa com deficiência, independente de qual fosse, não era vista como alguém capaz de exercer sua vida civil, porém, era tida como um ser humano passível de pena, vulnerável, desprovida de sorte, ou mesmo, classificada como incapaz, inclusive em alguns diplomas legais.

Ainda, as deficiências eram analisadas como possíveis de serem curadas, ante o sinônimo de doença; buscava-se a normalização dessas pessoas.

As pessoas com deficiência eram vistas como vergonhosas, sinal de tragédia para as famílias, sinônimas de ineficiência, tendo por consequência o isolamento e invisibilidade; evitava-se uma exposição social, impedindo que esses seres humanos tivessem experiências externas.

O padrão de ser humano perfeito, a partir da Revolução Industrial, Iluminismo, baseado no olhar capitalista, estava nas pessoas com perfeitas condições físicas e mentais, além de beleza estética, capazes de seguir num ritmo de consumo esperado, bem como, capazes de serem produtivos no trabalho.

A abordagem médica, atualmente, segue a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF/OMS) nas avaliações biopsicossocial, deixando de aplicar o antigo entendimento, a classificação de 1980, a qual levava em consideração as consequências das doenças.

Antes, o foco da análise médica era na pessoa específica, não no conjunto com as mesmas características, deixando de agregar melhorias para o grupo como um todo, ou seja, as demais com o mesmo tipo de deficiência ou que pudessem nascer com algo já visualizado e tratado.

A Lei Federal n.º 13.146/2015, no seu artigo 2.º, §1.º ratifica a nova metodologia do âmbito médico:

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

- I – os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
- II – os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
- III – a limitação no desempenho de atividades; e
- IV – a restrição de participação.

Desta feita, no âmbito médico, no modelo atual adotado pela literatura, analisa os impedimentos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais como inerentes à diversidade humana, ou seja, as questões médicas são parte do conceito, vez que as barreiras sociais em geral complementam a definição, podendo caracterizar violação e direitos.

O modelo médico e o movimento social trabalham juntos, ressaltando a não superação daquele até o momento.

Imprescindível entender que estão presentes as capacidades da pessoa com deficiência em relação ao desenvolvimento das atividades, quer seja da vida secular, quer seja da vida profissional.

Assim, iniciou-se uma ressignificação do modo de tratar as pessoas com deficiência, as quais saíram do oculto para a convivência social, bem como, desenvolvimento de políticas públicas articuladas e efetivas.

O ano considerado como sendo internacional para a pessoa com deficiência, homologada pela Organização das Nações Unidas (ONU) foi 1981, propondo que os países-partes elaborassem ações positivas voltadas para elas, tendo como lema “igualdade e plena participação”.

As ações promovidas no ano para as pessoas com deficiência buscavam dar visibilidade a esta população, focando a situação de vida e as dificuldades enfrentadas por elas, ante as barreiras sociais impostas, permitindo o exercício dos direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos.

Especificamente no Brasil, houve associações para atendimento de pessoas com deficiência, porém, no final da década de setenta do século XX, surgiram organizações voltadas a elas, onde era possível se encontrarem e perceberem a convergência de ideais, sendo a busca pelo protagonismo e autonomia quanto ao seu *status* de sujeito de direitos, podendo fazer suas próprias escolhas.

Uma das formas de se fazer um controle sobre as políticas públicas voltadas às pessoas com deficiência era por intermédio de encontros, reuniões e conferências municipais, estaduais e nacionais.

O primeiro encontro nacional de entidades de pessoas com deficiência aconteceu entre os dias 22 e 25 de outubro de 1980, antes da declaração do ano internacional, tendo por objetivo a criação de diretrizes para uma movimentação nacional pela busca de melhorias e reconhecimentos.

Ainda na década de oitenta do século XX, as associações de pessoas com deficiência buscaram discutir pontos imprescindíveis para que constassem na nova [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988](#) (CF/88), a qual estava em elaboração, surtindo efeito positivo, pois, houve o reconhecimento de direitos fundamentais deles em diversos capítulos, não criando um capítulo próprio, o que denota o respeito ao princípio da isonomia.

Após a promulgação da CF/88, a Primeira Conferência Nacional da Pessoa com Deficiência, levando o tema “acessibilidade, você também tem compromisso”, foi realizada em 2006, fruto de uma interação e engajamento de militantes da sociedade civil organizada, cobrando do Estado brasileiro atuações reais na garantia dos direitos humanos dessa população.

A Segunda Conferência Nacional da Pessoa com Deficiência, cujo tema foi “inclusão, participação e desenvolvimento: um novo jeito de avançar”, foi realizada em 2008.

Em 2009, a Organização dos Estados Americanos (OEA) reconheceu que diversos eram os países sem atividades ou políticas públicas para pessoas com deficiência, insistindo na manutenção de ações voltadas à reabilitação e assistencialismo<sup>1</sup>.

No ano de 2011, houve o lançamento pelo Governo Federal brasileiro do Plano Nacional de Políticas Públicas para a Pessoa com Deficiência, pautado na expressão “viver sem limites”, tendo quatro eixos de abordagem: educação, saúde, proteção social e acessibilidade.

A terceira Conferência Nacional da Pessoa com Deficiência, realizada em 2012, teve o tema: “um olhar através da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU: novas perspectivas e desafios”.

A Quarta Conferência Nacional da Pessoa com Deficiência, realizada em 2016, abordou o tema “Os desafios na implementação da política pública da pessoa com deficiência: a transversalidade como radicalidade dos direitos humanos”.

No ano de 2020, por conta da pandemia da Covid-19, não se realizou a Quinta Conferência Nacional da Pessoa com Deficiência, ante os protocolos de segurança para todos os envolvidos, porém, a temática proposta foi “Cenário atual e futuro na implementação dos direitos da pessoa com deficiência: construindo um país mais inclusivo”.

De internato com ensino apenas para alunos surdos e mudos para os debates sobre a efetividade das implementações dos direitos da pessoa com deficiência, houve um avanço nas perspectivas e reconhecimentos, o que deve ser intensificado e encorajado em todas as esferas de governo.

### 3 CONCEITO E LEGISLAÇÃO

#### 3.1 CONCEITO

Considera-se imprescindível não apenas conhecimentos gerais sobre as mudanças de perspectivas sobre a pessoa com deficiência, mas a legislação pertinente, tendo em vista que esta representa um avanço social.

O conceito internacional de pessoa com deficiência foi apresentado na Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência da Organização das Nações Unidas (ONU) em 2006, mencionando no seu artigo primeiro:

[...] Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.<sup>2</sup>

1 CONFERÊNCIA NACIONAL DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. **Um olhar através da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU: novas perspectivas e desafios**. 3., Brasília, DF, 3 a 6 dez. 2012. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/CNDPD\\_III/textobase.pdf](https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/CNDPD_III/textobase.pdf). Acesso em: 8 out. 2020.

2 BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Tradução Oficial/Brasil. Brasília, DF, set. 2007. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=424-carilha-c&category\\_slug=documentos-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=424-carilha-c&category_slug=documentos-pdf&Itemid=30192). Acesso em: 28 nov. 2021.

Ressalte-se que esta conquista se dá às pessoas com deficiência, as quais lutaram para a concretização, tendo participação direta nos debates dentro da ONU, levando com eles o lema: “nada sobre nós, sem nós”.

Ao aplicarem a expressão “nada sobre nós, sem nós”, externaram a convicção sobre o que seja melhor para eles, pessoas com deficiência, exigindo não apenas a integração, mas também a inclusão em todos os cenários sociais, respeitando as individualidades e o poder de decisão sobre a própria vida.

O Brasil, signatário da Convenção acima mencionada (Decreto n.º 6.949/2009), ratificou-a nos termos do artigo 5.º §3.º da [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988](#) (CF/88), o primeiro documento internacional de direitos humanos com *status* de emenda constitucional.

A Convenção é considerada um documento de extrema importância, além de revolucionária, ante o conceito nela expresso, e o reconhecimento da acessibilidade como um direito básico para o exercício dos demais direitos: lazer, educação, trabalho, dentre outros.

Ainda, destaca-se na Convenção o seu artigo sexto, o qual trata da mulher com deficiência e suas peculiaridades, reconhecendo as diversas discriminações que são submetidas, e seu necessário enfrentamento na busca pela equidade.

A [Lei Federal n.º 13.146/2015](#), conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, traz no seu corpo, especificamente no artigo 2.º, o conceito de pessoa com deficiência, indo de encontro ao definido no âmbito internacional:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Uma das principais reivindicações reconhecidas, assim como no cenário internacional, é a da acessibilidade, vez que, no modelo social, a deficiência não é vista como biológica, mas como imposição de limites de participação e autonomia, ou seja, a pessoa não é portadora da deficiência, está fora dela.

Ressalte-se que a CF/88, dentre diversos princípios, traz o princípio da isonomia expressamente:

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

Assim, nota-se ser um mandamento constitucional tratar todas as pessoas, sem exceção, com dignidade (um dos fundamentos), sem qualquer preconceito ou discriminação (objetivos fundamentais).

Em outras palavras, deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, disponibilizando para cada qual instrumentos necessários para se materializar.

### 3.2 PRINCIPAIS DIPLOMAS LEGAIS

Dentre as garantias constitucionais aplicadas a todos, houve algumas especificidades em relação à pessoa com deficiência, dentre elas: não discriminação salarial ou contratação (artigo 7.º, XXXI); competência concorrente da União, estados, Distrito Federal e Município, no tocante a desenvolver políticas públicas com olhar para a saúde, assistência, proteção e garantias (artigo 23, II); proteção e integração (artigo 24, XIV), reserva percentual de cargo e emprego público (artigo 37, VIII); possibilidade de exigências diferenciadas para aposentadoria, desde que previsto em lei complementar estadual (artigo 40, §4.º-A); avaliação biopsicossocial por equipe multiprofissional e interdisciplinar para concessão de benefício ou aposentadoria (artigo 201, §4.º, I); prestação de assistência social (artigo 203), educação especializada (artigo 208); criação de programas de prevenção, atendimento especializado e acessibilidade (artigo 227, II e §2.º e artigo 244).

Atendendo aos ditames constitucionais, diversas legislações federais foram surgindo, sendo destacadas:

- **Lei n.º 7.853/1989** (Política Nacional de Integração à Pessoa com Deficiência): primeira norma legal, após a CF/88 de elevada importância, pois, assegura direitos, além de respaldar as pessoas com deficiência no momento de exigir do poder público ações governamentais, tornando efetiva a integração social.
- **Lei n.º 8.112/1990** (Lei do Regime Único dos Servidores Públicos): no artigo 5.º, §2.º desta lei tem a previsão de reserva de 20% das vagas para os cargos do setor público para pessoas com deficiência compatível com o exercício da atividade.
- **Lei 8.213/1991** (Lei da Previdência Social): no artigo 93 desta lei, traz reservas de cargos no setor privado para beneficiários reabilitados ou pessoa com deficiência, porém, traz uma diferenciação de acordo com o número de empregados, sendo tal previsão uma obrigatoriedade legal: até 200 funcionários, 2%; de 201 a 500 funcionários, 3%; de 501 a 1000 funcionários, 4%; de 1001 funcionários, ou acima deste número, 5%.

O objetivo da Lei n.º 8.112/1990 e da Lei n.º 8.213/1991 é proporcionar a inclusão no mercado de trabalho de pessoas com deficiência que preencham os requisitos de experiência e escolaridade e são excluídos.

- **Lei n.º 8.742/1993** (Lei da Organização da Assistência Social): trouxe diversas ações positivas para as pessoas com deficiência, dentre elas, destaca-se a política do benefício da prestação continuada, sendo um salário mínimo para quem está em situação de extrema pobreza (artigo 2.º, I, e, e artigo 20, ambos da lei em comento), ou seja, a renda total do lar equivale a um quarto de salário mínimo nacional por membro da família.

O benefício deixará de ser pago com o início de atividade remunerada, incluindo microempreendedor individual, conforme previsão do artigo 21-A, *caput*, da lei em pauta.

Caso a contratação da pessoa com deficiência seja a título de aprendiz, é possível, no prazo máximo de 02 (dois) anos, ter a manutenção do benefício, além da remuneração a ser recebida do empregador (artigo 21-A, §2.º da lei em comento).

- **Lei n.º 9.394/1996:** Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, prevê um capítulo exclusivo para tratar do assunto envolvendo educação especial como modalidade transversal de ensino e atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino (Capítulo V, dentro do Título V, o qual trata dos níveis e das modalidades de educação e ensino).

O artigo 58 da Lei em comento traz o conceito de educação especial para fins de aplicação das diretrizes e bases.

O ensino inclusivo é a melhor modalidade de inclusão e socialização da pessoa com deficiência.

- **Lei n.º 10.048/2000 e Lei n.º 10.098/2000:** tratam de acessibilidade em âmbito geral e para todas as deficiências, permitindo o desenvolvimento de cada pessoa como cidadã, permitindo maior envolvimento e participação efetiva.

A primeira lei mencionada traz a questão do atendimento prioritário, individualizado, diferenciado e imediato, englobando, dentre outras, a pessoa com deficiência.

Ainda, dentre as previsões legais da lei em comento, destaca-se:

- As obrigações previstas são direcionadas às repartições públicas, concessionárias de serviços públicos e instituições financeiras.
- No que tange às empresas públicas de transporte, e as concessionárias de transporte coletivo, reservarão assentos, os quais deverão ser marcados com a indicação de preferencial.
- Logradouros e sanitários públicos, além de edifícios de uso público, deverão observar a acessibilidade para obtenção de licença de funcionamento.

A segunda lei prevista neste tópico informa, no artigo 1.º, que se trata de normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência, determinando a supressão de barreiras e obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios, nos meios de transporte e na comunicação, pormenorizando nos capítulos que o compõem.

- **Lei n.º 10.436/2002 e Decreto n.º 5.626/2005:** oficializou a língua brasileira de sinais (libras), a qual representa parte importante da acessibilidade, tendo parâmetros e protocolos formadores dos sinais.

Ainda, a lei em comento detalha em seus quatro artigos o conceito do que seja libras, e informa sobre a necessidade de se ter em grade curricular do magistério, e o acesso de profissionais capacitados.

- **Lei n.º 13.146/2015:** Lei Brasileira de Inclusão da pessoa com deficiência, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, mencionada anteriormente ao ser tratado sobre o conceito.



Dentre as previsões contidas no Estatuto, pode-se destacar quatro pilares: criação de políticas específicas; apresentação de um rol de direitos fundamentais (Título II, direito à vida, à habitação e reabilitação, saúde, educação, moradia, trabalho, assistência social, previdência social, cultura, esporte, turismo e lazer, transporte e mobilidade); impõe obrigações a serem observadas, bem como, apresentação de tipificações penais e infrações administrativas.

#### 4 MULHER E MULHER COM DEFICIÊNCIA

O conceito de gênero leva em consideração o que socialmente foi estipulado como papel, comportamento ou função do feminino e do masculino.

Segundo o sociólogo Giddens<sup>3</sup>:

As diferenças anatômicas que separam os homens das mulheres. Os sociólogos contrastam frequentemente o sexo com o gênero. Por sexo entendem-se as características físicas do corpo; o gênero diz respeito a formas de comportamento socialmente aprendidas. As divisões de sexo e gênero não são as mesmas. Um travesti, por exemplo, é fisicamente um homem que assume, às vezes, o gênero de uma mulher.

Assim, definirá o gênero da pessoa pela forma que se apresenta publicamente, sua percepção no tocante às questões psicológicas, não físicas.

De acordo com a definição de gênero no dicionário Aulete<sup>4</sup>: “a forma que a diferença sexual assume, nas diversas sociedades e culturas, e que determina os papéis e o status atribuídos a homens e mulheres e a identidade sexual das pessoas”.

Verificamos ser possível verificar se é um homem ou uma mulher em geral: quanto ao sexo biológico (peculiaridades biológicas, cromossomos sexuais, hormônios), identidade de gênero (como se sente e se apresenta em sociedade, tendo diversas variações, não sendo estritamente binário, como classificado normalmente entre os países ocidentais).

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU reconheceu no seu preâmbulo, item 17, e no artigo 6, os riscos de violência e discriminações diversas em relação às mulheres e meninas, dentro e fora do domicílio familiar, sendo necessário o ordenamento jurídico do Estado-Parte tomar providências para garantir o pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas.

Políticas públicas inclusivas, permitindo acessibilidade e sociabilidade, faz com que a menina ou mulher com deficiência se encoraje e lute pelo que almeja, saindo da invisibilidade e do alto risco de sofrerem violências e discriminações.

3 GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 702.

4 AULETE DIGITAL. *Gênero*. Disponível em: <https://aulete.com.br/g%C3%AAnero>. Acesso em: 10 out. 2020.

De toda a população brasileira, as mulheres correspondem a 51,6% do total, e dentre as pessoas votantes, representam 52,2%, porém, ainda existem diversos descumprimentos de preceitos constitucionais.

A cada quatro mulheres brasileiras, uma é deficiente, e o número de violações de direitos desta é ainda maior em relação às demais.

Uma mulher no mercado de trabalho, seu salário chega a ser 23,5% menor, comparado com o de um homem exercendo a mesma função, porém, se for uma mulher com deficiência, o desafio não está apenas na busca pela igualdade em remuneração, mas também na contratação pelas empresas privadas.

Segundo os dados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) de 2019, as mulheres com deficiência no mercado de trabalho passaram de 20,36 milhões em 2017 para 20,54 milhões em 2018<sup>5</sup>.

O capacitismo diário torna ainda mais necessário as reflexões e ressignificações de comportamento, as quais devem se voltar à busca pela igualdade material, pelo reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais da pessoa.

Contemporaneamente, a mulher ainda enfrenta o patriarcado, e luta pelo reconhecimento de suas capacidades, porém, a mulher com deficiência, além destas lutas, tem de enfrentar a opressão, as violências simbólicas, as quais impactam nas questões da inclusão e acessibilidade, constitucionalmente previstas, bem como, deparam-se com o racismo e a heteronormatividade, muitas vezes presentes, dentre outras formas de segregação.

## 5 CONCLUSÃO

Cediço que as lutas pelos direitos das pessoas com deficiência foram expressivas na década de trinta do século XX, na África do Sul, ante as consequências das batalhas travadas contra o *Apartheid*, bem como, no ano de 2009, a Organização dos Estados Americanos (OEA) reconheceu que diversos países não apresentavam atividades ou políticas públicas para as pessoas com deficiência, por considerarem mais viáveis as ações voltadas à reabilitação e ao assistencialismo.

No Brasil, embora houvesse algumas ações instaladas no século XIX, os expressivos debates, e as exigências de um reconhecimento efetivo dos direitos das pessoas com deficiência, ocorreram nos anos setenta do século XX, tendo diversas ações, como formação de associações, encontros nacionais, dentre outros.

Percebe-se a nítida ressignificação e o progresso nas atuações políticas em relação à inclusão, acessibilidade e os investimentos nas tecnologias assistivas.

A necessidade de ouvir as pessoas com deficiência é de extrema importância para uma inclusão concreta, devendo ser considerado o lema por elas replicado: “nada sobre nós, sem nós”.

5 CÂMARA PAULISTA PARA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. RAIS 2018 – Profissionais com deficiência seguem à margem no acesso ao trabalho. Disponível em: <https://www.camarainclusao.com.br/sem-categoria/rais-2018-profissionais-com-deficiencia-seguem-a-margem-no-acesso-ao-trabalho/>. Acesso em: 27 set. 2020.

O desestímulo sentido por pessoas com deficiência, no tocante a externar as violações de direitos ainda é elevado, ante as barreiras, ausência de socialização, inclusão, acessibilidade e uma rede de proteção formada por pessoas de sua confiança.

Há doutrinadores que mencionam que o tratamento desigual entre as pessoas com deficiência, e as demais, é temporária, vez que perdurará o Estatuto da Pessoa com Deficiência, e demais normas específicas, enquanto houver discriminação e não aceitação efetiva da pessoa com deficiência.

*Data máxima venia*, as normas voltadas às pessoas com deficiência não são medidas especiais de caráter transitório, mas de ação afirmativa, pois, considerando ser um grupo de minorias, há necessidade de sempre lembrar a imprescindibilidade de inclusão social de todas as pessoas, dando voz a elas, evitando retrocesso social e legal, bem como, presente está a inviabilidade de extinguir a possibilidade de se ter pessoas com deficiência congênita ou adquirida.

Ainda, a pessoa com deficiência, assim como todas as pessoas, deve ser respeitada e ter o pleno reconhecimento da sua dignidade de direitos, obrigações, respeito, integração e inclusão.

Ressalte-se que a deficiência não está na pessoa, mas no ambiente; havendo as adaptações indispensáveis, não haverá meios de não exercer os atos da vida cotidiana.

A mudança social não pode depender apenas das legislações internas de um país ou dos documentos internacionais de Direitos Humanos, mas, também tem de vir do enfrentamento cultural sobre o modo de olhar para uma pessoa com deficiência, mudança das falas preconceituosas, além de ressignificar comportamentos, não espelhando intolerâncias nas pessoas que não possuem qualquer ligação com a falta de *expertise* de quem assim age.

Todo atendimento ou contato social dispensando à pessoa com deficiência deve ser sincero, inclusivo, sem comentários impertinentes.

A mulher com deficiência enfrenta diversas barreiras sociais e materiais, além das enfrentadas pelas demais mulheres, devendo, assim, exigir ainda mais o reconhecimento das suas habilidades e competências.

Para que tenhamos progressos no cenário da pessoa com deficiência, há necessidade de que todos, sem exceção, busquemos contribuir para a construção de uma sociedade mais justa, mais digna e mais igualitária, independente da identidade de gênero, da expressão de gênero, da orientação sexual, da cor da pele, da nacionalidade ou da deficiência, acarretando, assim, gerações mais saudáveis, tolerantes, reflexivas, conscientes, solidárias, inclusivas e passíveis de desenvolver uma comunicação não violenta.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Mais de 11,7 mil pessoas com deficiência sofreram violência em 2018**. 25 jun. 2019. Disponível em: <https://agencia-brasil.etc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-06/mais-de-117-mil-pessoas-com-deficiencia-sofreram-violencia-em-2018#:~:text=O%20Disque%20100%20%2C%20servi%C3%A7o%20de,den%C3%Bancias%20comparado%20ao%20ano%20anterior>. Acesso em: 22 set. 2020.

**AMERICAN ASSOCIATION ON INTELLECTUAL AND DEVELOPMENTAL DISABILITIES. Definition of intellectual disability.** Disponível em: <https://www.aaid.org/intellectual-disability/definition>. Acesso em: 8 set. 2020.

AULETE DIGITAL. **Gênero.** Disponível em: <https://aulete.com.br/g%C3%AAnero>. Acesso em: 10 out. 2020.

**AUTISMO E REALIDADE. Novo documento afirma que 1 em cada 54 pessoas possui TEA.** Estudo do CDC aponta ainda que o nº de meninos com autismo é quatro vezes maior que o de meninas. Disponível em: <https://autismoerealidade.org.br/2020/05/29/novo-documento-afirma-que-1-em-cada-54-pessoas-possui-tea/>. Acesso em: 20 set. 2020.

**BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 29 nov. 2021.

**BRASIL. Lei n. 13.146/2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 29 nov. 2021.

**BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Aplicativos.** Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/apps>. Acesso em: 10 out. 2020.

**BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.** Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Tradução Oficial/Brasil. Brasília, DF, set. 2007. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=424-cartilha-c&category\\_slug=documentos-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=424-cartilha-c&category_slug=documentos-pdf&Itemid=30192). Acesso em: 28 nov. 2021.

**CÂMARA PAULISTA PARA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. RAIS 2018 – Profissionais com deficiência seguem à margem no acesso ao trabalho.** Disponível em: <https://www.camarainclusao.com.br/sem-categoria/rais-2018-profissionais-com-deficiencia-seguem-a-margem-no-acesso-ao-trabalho/>. Acesso em: 27 set. 2020.

**CONFERÊNCIA NACIONAL DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Um olhar através da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU: novas perspectivas e desafios.** 3., Brasília, DF. 3 a 6 dez. 2012. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/CNDPD\\_III/textobase.pdf](https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/CNDPD_III/textobase.pdf). Acesso em: 8 out. 2020.

**DEFICIÊNCIA EM FOCO. O que pensam mulheres com deficiência sobre o papel da mulher na sociedade.** 5 mar. 2020. Disponível em: <https://deficienciaemfoco860798267.wordpress.com/2020/03/05/o-que-pensam-mulheres-com-deficiencia-sobre-o-papel-da-mulher-na-sociedade/>. Acesso em: 9 out. 2020.

**DIAS, Sueli de Souza; OLIVEIRA, Maria Cláudia Santos Lopes de.** Deficiência intelectual na perspectiva histórico-cultural: contribuições ao estudo do desenvolvimento adulto. *Rev. bras. educ. espec.*, Marília, v. 19 n. 2, p. 169-182, abr./jun. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-65382013000200003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbec/a/HQwb73v6jhsrVZdwJfhXvhc/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 set. 2020.

**DIVERSA. Educação Inclusiva Prática. IBGE adota mudanças para coleta de dados sobre pessoas com deficiência.** 11 dez. 2019. Disponível em: <https://diversa.org.br/ibge-mudanca-dados-pessoas-com-deficiencia/#:~:text=A%20referida%20pesquisa%20%20identificou%20um,23%2C9%25%2%200da%20popula%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 22 set. 2020.

**FERREIRA, Maria Eduarda dos Santos.** O conceito de mulher e a sua aplicação na Lei nº 13.104/15. *Canal Ciências Criminais*, 7 abr. 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-conceito-de-mulher>. Acesso em: 27 set. 2020.

**FUNDAÇÃO DORINA NOWILL PARA CEGOS. Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência.** Disponível em: <https://fundacaodorina.org.br/a-fundacao/pessoas-cegas-e-com-baixa-visao/legislacao/>. Acesso em: 10 out. 2020.

**GIDDENS, Anthony. Sociologia.** 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

**HONORA, Márcia; FRIZANCO, Mary L. Esclarecendo as deficiências: aspectos teóricos e práticos para contribuir para uma sociedade inclusiva.** São Paulo: Ciranda Cultural, 2008. p. 7-195.

**IBGE EDUCA. Pessoas com deficiência.** Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/20551-pessoas-com-deficiencia.%20html>. Acesso em: 27 set. 2020.

**LOPES, Pedro.** Deficiência como categoria do Sul Global: primeiras aproximações com a África do Sul. *Rev. Estud. Fem.*, v. 27, n. 3, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/1806-9584-2019v27n366923>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/WrJYQnsJrCsGTPRtyjryznD/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 nov. 2021.

**MAIOR, Izabel Maria Madeira de Loureiro.** Breve trajetória histórica do movimento das pessoas com deficiência. *Programa estadual de prevenção e combate à violência contra a pessoa com deficiência*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 17-25, jan./2015.

MAIOR, Izabel Maria Madeira de Loureiro. História, conceito e tipos de deficiência. **Programa Estadual de Prevenção e Combate à violência contra a pessoa com deficiência**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 9-16, jan./2015.

MELLO, A. G. D. Mulheres com deficiência no Brasil. **Mulheres com deficiência**, Rio Grande do Sul, v. 1, n. 1, p. 29-29, mai/2020.

MIRANDA LIBRAS SEM FRONTEIRAS. **As diferentes identidades surdas**. Disponível em: <http://mirandalibrassemfronteiras.weebly.com/-as-diferentes-identidades-surdas.html#:~:text=Segundo%20A%20Autora%20Gladis%20Perlin,Surdas%20s%C3%A3o%20bastante%20complexas%20diversificadas.&text=Como%20dissemos%20a%20identidade%20Surda,se%20respeitarem%20as%20diferentes%20identidades>. Acesso em: 29 set. 2020.

OLIVEIRA, Ludmilla Cavarzere de; CAVALLI, Valquiria Trovão; GUIDUGLI, Sidival Tadeu. Política pública de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho: algumas considerações sobre sua formulação, implementação e avanços de 1991 até 2015. **Planejamento e políticas públicas**, v. 1, n. 48, p. 1-42, jan./2017. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/623>. Acesso em: 28 nov. 2021.

OPTICANET. **OMS**: até 80% dos casos de cegueira seriam evitados caso as pessoas fossem ao oftalmologista. 6 maio 2020. Disponível em: <https://www.folhavoria.com.br/saude/noticia/05/2020/oms-ate-80-dos-casos-de-cegueira-seriam-evitados-caso-as-pessoas-fossem-ao-oftalmologista>. Acesso em: 10 set. 2020.

OTTAIANO, José Augusto Alves; ÁVILA, Marcos Pereira de; UMBELINO, Cristiano Caixeta; TALEB, Alexandre Chater. **As condições de saúde ocular no Brasil, 2019**. São Paulo: CBO: Conselho Brasileiro de Oftalmologia, 2019. p. 14-18. Disponível em: [https://www.cbo.com.br/novo/publicacoes/condicoes\\_saude\\_ocular\\_brasil2019.pdf](https://www.cbo.com.br/novo/publicacoes/condicoes_saude_ocular_brasil2019.pdf). Acesso em: 29 nov. 2021.

PEDRO, Bruno Lessa Pedreira São. Ações afirmativas: inclusão da pessoa com deficiência através do acesso ao mercado de trabalho. **Âmbito Jurídico**, 1 abr. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-111/acoes-afirmativas-inclusao-social-da-pessoa-com-deficiencia-atraves-do-acesso-ao-mercado-de-trabalho/>. Acesso em: 8 out. 2020.

ROCHA, Débora Costa de Castro; FALCÃO, Daniel Pereira. Conceito jurídico de mulher para a caracterização do feminicídio perante a Lei 13.104/2015. **Jus.com.br.**, nov. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61834/conceito-juridico-de-mulher-para-a-caracterizacao-do-feminicidio-perante-a-lei-13-104-2015>. Acesso em: 10 out. 2020.

TEIXEIRA, Luzimar. **Deficiência física**: definição, classificação, causas e características. Disponível em: <http://www.luzimarteixeira.com.br/wp-content/uploads/2010/05/definicao-e-classificacao-da-deficiencia-fisica.pdf>. Acesso em: 9 set. 2020.

# CAPÍTULO 18

## A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES INTERNACIONAIS PERANTE A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: UM OLHAR SOBRE O JULGAMENTO DA EXTRADIÇÃO 1.362/DF

Ana Flavia Velloso

### INTRODUÇÃO

O Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional de 1998 consagrou a regra da imprescritibilidade dos crimes que relevam de sua competência, sem autorizar a retroatividade de seu conteúdo normativo. Assim, crimes ocorridos antes da entrada em vigor do Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional, em 1º de julho de 2002, não estão sujeitos à jurisdição da Corte.

Não ficou claro se aos Estados-Partes cumpre legislar no plano interno, instituindo a imprescritibilidade penal no âmbito de suas próprias ordens jurídicas. A extensão do vínculo obrigacional dos Estados-Partes no tratado, neste tocante, pode suscitar questionamentos.

Em situações diversas, as cortes nacionais podem ser instadas a decidir sobre a prescrição de ilícitos definidos como crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e crimes de agressão. Isso pode ocorrer no exercício da competência primária do Estado, definida pelo próprio Estatuto de Roma<sup>1</sup>. Para alguns doutrinadores, a ausência de lei interna impeditiva da prescrição configura fator de subtração da competência primária do Estado, mediante a aplicação do princípio da complementaridade do artigo 17 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.<sup>2</sup>

Dúvida semelhante pode emergir, também, na hipótese de pedido de extradição formulado entre Estados, com base em algum dos crimes definidos pelo Estatuto de Roma, excluía a competência *ratione temporis* do TPI. Nesse caso, a dupla punibilidade costuma ser requisito imposto pela lei doméstica extradicional.

Caso não existam legislações internas determinantes da imprescritibilidade de tais crimes, o órgão competente para a análise do pedido de extradição pode confrontar-se com a necessidade de escolher entre aplicar

<sup>1</sup> Trata-se do princípio que se deduz do art. 17 do Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional. A competência do TPI é complementar à competência dos Estados e só será definida diante da incapacidade ou falta de disposição de uma determinada ordem jurídica para o exercício de sua disposição primária.

<sup>2</sup> FRULLI, Michaela. Les crimes internationaux, la prescription, l'amnistie. In: CASSESE, A.; DELMAS-MARTY, M. Paris, PUF, 2002. **Crimes internationaux et juridictions internationales**, p. 236-243. p. 238; V. aussi SCHABAS, W. Non-applicability of statute of limitations. In: **Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court**. Otto Triffterer (ed.), Baden-Baden, 1999. p. 526, DELMAS-MARTY, Mireille. La responsabilité pénale en échec: prescription, amnistie, immunités. In: **Crimes internationaux et juridictions nationales**, dir. A.Cassese et M. Delmas-Marty, Paris, PUF, maio 2002.

sua própria lei penal – e eventualmente declarar a ocorrência da prescrição – ou declarar a incidência direta da norma internacional, considerando imprescritível o crime imputado ao extraditando e autorizando a extradição.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou esse dilema em 2016, quando examinou o pedido de extradição 1.362, da República do Chile. Coube ao Tribunal decidir entre a aplicação da regra da imprescritibilidade e o reconhecimento do lapso prescricional à luz da legislação brasileira.

Debateu-se, então, no plenário da Corte, a natureza consuetudinária da norma internacional de imprescritibilidade do crime contra a humanidade. Essa reflexão inspira este estudo, que se inicia com uma sùmula cronológica da regra – ou princípio – da imprescritibilidade dos crimes descritos no Estatuto de Roma, avança sobre a discussão em torno do caráter costumeiro desta norma jurídica e finaliza com a exposição das linhas gerais do debate no âmbito da corte suprema do Brasil, revelador da atual, ou mais recente, percepção do tema pela ordem jurídica brasileira.

## 1 A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES INTERNACIONAIS: BREVE CRONOLOGIA DE EVOLUÇÃO DE UMA NORMA

O direito penal internacional nasceu no segundo pós-guerra, já sob o signo da imprescritibilidade. Esta, por sua vez, impôs-se, de início, não por regra ou por princípio, mas por omissão, uma vez que nem o *Estatuto de Nuremberg*, anexado ao *Acordo de Londres* de 1945, nem a *Convenção Sobre o Genocídio*, de 1948, chegaram a prevê-la expressamente. Tampouco trataram do tema as *Convenções de Genebra sobre o Direito Humanitário aplicável aos Conflitos Armados* (1949), ou os *Princípios de Nuremberg* adotados pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, em 1950.

Há na doutrina quem atribua a omissão inicial de normas prescricionais à influência da *common law* sobre o direito penal internacional, uma vez que esses países, ao contrário daqueles de tradição romano-germânica, pouco ou nada conhecem sobre a prescrição. Os adeptos desse entendimento ressaltam que os primeiros especialistas “*encarregados de assentar os fundamentos de um direito penal internacional eram majoritariamente marcados pelo direito anglo-americano*”, que somente consagra a prescrição em raras hipóteses.<sup>3</sup>

Mais tarde, porém, a exclusão expressa da extinção da punibilidade pelo decurso do tempo apareceria em tratados internacionais, como a *Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade* (ONU, 1948), a *Convenção Europeia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade* (Conselho Europeu, 1974), a *Convenção Interamericana sobre os Desaparecimentos Forçados* (OEA, 1994).

Os estatutos dos tribunais *ad hoc* do início dos anos 1990 não contêm regra alguma determinando a imprescritibilidade dos crimes de sua competência. Mas a jurisprudência do TPIY revelou a percepção do tribunal

3 A. LAQUIÈZE. Le débat de 1964 sur l’imprescriptibilité des crimes contre l’humanité *In: Droit*. Revue française de théorie juridique, 31– 2000, p. 22.

sobre o tema: no caso *Furundzija*, o acórdão afirma que “a natureza imperativa da proibição da tortura” produz a imprescritibilidade dessa infração, acrescentando que os crimes de competência da Corte não são prescritíveis.<sup>4</sup> Essa decisão estende o campo de aplicação da imprescritibilidade às violações graves das Convenções de Genebra de 1949, à infração das leis e costumes da guerra, ao genocídio, aos crimes contra a humanidade.

Finalmente, o *Estatuto do Tribunal Penal Internacional* deu à imprescritibilidade uma consagração explícita, geral e definitiva, prevendo a imprescritibilidade, tanto da ação penal quanto das penas, dos crimes ali previstos, dispondo, em seu artigo 29, que os crimes de competência dessa jurisdição *não prescrevem*.

## 2 A CONTROVÉRSIA SOBRE A NATUREZA COSTUMEIRA DO PRINCÍPIO DA IMPRESCRITIBILIDADE

Uma parte limitada da doutrina considera a regra da imprescritibilidade dos crimes internacionais como integrante do direito internacional positivo, desde pelo menos a Convenção de 1968. Esta última teria efeito meramente declaratório da regra costumeira preexistente, representando apenas sua codificação. O próprio caráter costumeiro da imprescritibilidade determinaria o silêncio dos textos repressivos nos anos que se seguiram à segunda grande guerra: “Os autores, convencidos desta imprescritibilidade por natureza, não teriam julgado necessário formalizá-la. Os textos posteriores não fizeram outra coisa que constatar a imprescritibilidade.”<sup>5</sup>

Outros autores acreditam que o modesto nível de adesão à *Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade*, de 1968, e à *Convenção Europeia sobre os Crimes contra a Humanidade e os Crimes de Guerra*, de 1974, demonstra a falta de consistência costumeira da regra da imprescritibilidade<sup>6</sup>. Nesse sentido, há também o argumento de que a comunidade internacional teria desprezado diversas oportunidades de esclarecer a matéria, como quando da elaboração dos estatutos do Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia, em 1993, e do Tribunal Internacional para Ruanda, em 1994. Acrescenta-se ainda que o tema teria sido evitado quando da adoção, no âmbito da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, em 1996, do *Projeto de código dos crimes contra a paz e a segurança da humanidade*. Essas omissões se explicariam pela ausência, à época, de uma *opinio juris* sobre a imprescritibilidade de todas as categorias de crimes internacionais<sup>7</sup>.

Com a vigência do Estatuto de Roma, alguns estimam que a regra de seu artigo 29 reflete o estado do direito internacional costumeiro, ao menos em fase de consolidação, isto é, *in statu nascendi*. A resistência à Convenção das Nações Unidas de 1968 se explicaria pelo apeço ao princípio da não retroatividade da lei penal, preocupação pacificada pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que restringe a competência da referida

4 Procurador c/Furundzija, 10 de dezembro de 1998, parágrafo 157, *apud* M. FRULLI, *Le droit international et les obstacles*, In: **Crimes internationaux et juridictions internationales**, A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (org.), Paris, PUF, 2002, p. 238.

5 JUROVIKS, Yann. **Le procès international face au temps**. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 4, out./dez., 2001, 781-797, p. 795.

6 R. RATNER & J.S. ABRAMS. *Accountability for Human Rights Atrocities*. In: **International Law, Beyond the Nuremberg Legacy**. Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 26.

7 FRULLI, Michaela. *Les crimes internationaux, la prescription, l'amnistie*. In: CASSESE, A.; DELMAS-MARTY, M. Paris, PUF, 2002. p. 237.



corte ao julgamento dos crimes cometidos após sua entrada em vigor. Já a Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas teria suprimido o dispositivo atinente à imprescritibilidade na segunda leitura do *Projeto de código de crimes contra a paz e a segurança da humanidade*, com o propósito único de evitar a construção de uma regra aplicável a *todos* os crimes<sup>8</sup>.

Publicistas há que estimam, ainda, que só a imprescritibilidade dos *crimes contra a humanidade* e do *genocídio* integra o direito internacional costumeiro<sup>9</sup>. A prescrição dos *crimes de guerra*, reclamada a bom som por diversos Estados, faria obstáculo a que a imprescritibilidade do conjunto de três categorias de infrações internacionais fosse considerada como adquirida em direito internacional.

A leitura dos trabalhos preparatórios do Estatuto de Roma faz sentir o caráter duvidoso da ideia de que o artigo 29 codifica uma regra costumeira internacional. A maior parte das cinco propostas ali apresentadas prestigiava o princípio da prescrição: duas entre elas, a primeira e a quinta, mencionavam a prescrição e apresentavam regras relativas à sua interrupção, assim como ao diferimento do termo inicial. A terceira proposta exprimia moderações: “*a corte pode declinar de sua competência se ela estima que, em razão do tempo transcorrido, o processo equânime não seria mais possível*”. A quarta proposta excluía os *crimes de guerra* da regra da imprescritibilidade. Uma única, a segunda, foi pela imprescritibilidade de todos os crimes do artigo 5º, nos termos precisos do texto finalmente aprovado<sup>10</sup>.

A pluralidade das soluções aventadas sugere, pois, que embora os Estados-Partes no Estatuto de Roma tenham chegado a um acordo sobre a regra convencional da imprescritibilidade, à época da negociação o debate, iniciado trinta anos antes, não havia sido concluído. A natureza costumeira deste princípio não se havia consolidado, mas encontrava-se ainda em processo de afirmação.

Há que atentar, ainda, para a prática dos Estados no tocante a este tema. Todo costume, em Direito, repousa sobre dois elementos, o objetivo, de natureza material, e o subjetivo, de natureza psicológica: trata-se da prática dos Estados e da *opinio juris*. O primeiro é a repetição regular de um procedimento por parte de certo número de Estados, quando não de todos. Já o segundo diz respeito à convicção de que aquela prática corresponde ao justo, ao bom, ao necessário \_\_\_ e, portanto, obrigatório. É preciso que os dois fatores se associem para formar uma norma costumeira: esta só pode ser assim considerada quando os Estados a exercitam com regularidade, persuadidos de sua imperatividade jurídica<sup>11</sup>.

A atuação dos Estados na cena internacional parece autorizar, hoje, a conclusão de que a imprescritibilidade se afirma como regra costumeira. Se levado em conta, no entanto, o direito interno da maioria dos países, alguma dúvida poderia ressurgir, vez que o direito penal comparado registra que poucos Estados reconhecem

8 Christine VAN den WYNGAERT & John DUGARD, *Non-applicability of Limitations in the Rome Statute of the International criminal Court, A Commentary*. Oxford, 2002, pp. 873-888.

9 William BOURDON. *La Cour pénale internationale*. Paris, Seuil, 2000, p. 125.

10 **United Nations Diplomatic Conference Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court** (Rome, 15-17 July 1998). A/CONF.183/13/ (Vol. III, p. 32/33).

11 REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 118-121.

a imprescritibilidade de todos os crimes internacionais mencionados pelo Estatuto de Roma<sup>12</sup>. É comum que a imprescritibilidade, quando aqui e ali admitida, alcance infrações consideradas graves pela respectiva ordem jurídica, mas não necessariamente os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional. É perceptível, ainda, a tendência à extensão do prazo prescricional de diversas infrações penais que não aquelas cobertas pelo Estatuto<sup>13</sup>.

O que precede faz ver que a imprescritibilidade penal é, no âmbito internacional, no mínimo uma norma costumeira em vias de consolidação. É certo que, quando a entrega ao Tribunal Penal Internacional se impuser, não se poderá alegar o óbice prescricional. Resta a dúvida sobre a imperatividade de se codificar a regra da imprescritibilidade na ordem jurídica nacional e a questão de saber se a não-integração da referida norma no ordenamento jurídico pátrio equivaleria ao descumprimento do Tratado a ensejar a subtração da jurisdição primária do Estado faltoso em favor da competência complementar do Tribunal Penal Internacional, nos termos dos artigos 1º e 17 do Estatuto da Corte.

Em suspense, ainda, as hipóteses que escapam, pelo critério à competência *ratione temporis* do TPI. Caberia aos Estados, nesse caso, considerar imprescritíveis tais crimes descritos pelo Estatuto de Roma, em especial os crimes contra a humanidade? Em caso afirmativo, um órgão judiciário estaria autorizado a declarar a incidência direta da norma internacional, prescindindo de prévia manifestação legislativa?

### 3 A EXTRADIÇÃO 1.362/DF E A PERCEPÇÃO DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA SOBRE O TEMA DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES INTERNACIONAIS

O tema da imprescritibilidade penal do crime contra a humanidade foi debatido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do pedido de extradição de Salvador Siciliano (Ext 1.362/DF), a quem o governo argentino relatava a imputação de crimes de lesa-humanidade por ter integrado grupo terrorista organizado com o objetivo de sequestrar e assassinar pessoas contrárias ao regime do período, em 1975, denominado Triple A.

Para o Ministro Ricardo Lewandowski, este seria o momento de a Suprema Corte brasileira comparecer a um “encontro marcado com o crime de lesa-humanidade”. Ele acompanhou o Ministro Edson Fachin, para quem, tratando-se a hipótese de crime classificado como crime contra a humanidade, deveria o Tribunal declará-lo imprescritível. Confira-se a seguinte passagem do voto do Relator:

*“Tendo a Argentina atribuído à natureza do crime o caráter de lesa-humanidade, faz incidir sobre o fato o regime internacional da imprescritibilidade, previsto pela Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, adotada pela Resolução 2391 da Assembleia*

12 A doutrina se divide sobre a ideia de que o exame direito interno dos Estados possa conduzir à conclusão sobre o caráter costumeiro de uma determinada regra internacional ou princípio geral do direito das gentes. Paul Weis não vislumbra essa possibilidade, enquanto que Ian Brownlie recomenda, em determinadas situações, análise de legislações nacionais. A este respeito v. REZEK, Francisco, op. cit., p. 123.

13 Kathia CHENUT e Elisabeth ABDELGAWAD LAMBERT. *Prescription de l'action publique: états des lieux et perspectives de réforme*. Actualité Juridique, n. 7-8/2006, p.297. Tradução livre.

*Geral das Nações Unidas em 26 de novembro de 1968. Por força desta Resolução, nos termos de seu artigo 3º, os Estados Membros obrigam-se a adotar todas as medidas internas, de ordem legislativa ou outra, que sejam necessárias a fim de permitir a extradição. Embora a Convenção não tenha sido ratificada pelo Estado brasileiro, diversos países do continente Americano o fizeram, razão que levou a Corte Interamericana de Direitos Humanos a assentar, em diversas oportunidades, que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade obrigava os Estados integrantes do sistema interamericano de direitos humanos a punir os suspeitos da prática de tais crimes (Caso Barrios Altos versus Peru, mérito, sentença de 14 de março de 2001, par. 41; Caso La Cantuta, mérito, sentença de 29 de novembro de 2006, par. 152; e Caso Do Massacre de Las Dos Erres, sentença de 24 de novembro de 2009, par.129).*

Dessa forma, a manutenção do entendimento segundo o qual a prescrição deve ser verificada apenas de acordo com o disposto na lei brasileira tem o resultado de transformar o país em um abrigo de imunidade para os autores das piores violações contra os direitos humanos. Tal interpretação não apenas viola a jurisprudência da Corte Interamericana, cuja obrigatoriedade da jurisdição foi declarada pelo Governo da República Federativa do Brasil em 10 de dezembro de 1998, como também esvazia o sentido do princípio fixado no art. 4º, II, da Constituição Federal. A obrigação internacionalmente fixada ao Estado argentino de punir graves violações de direitos humanos estaria sendo obstada por um dispositivo da legislação brasileira, o que, além de conduzir a um resultado absurdo, transformando o país em um paraíso para criminosos internacionais, viola, frontalmente, o artigo 27 da Convenção de Viena, que não autoriza a invocação de disposições do direito interno para inadimplir um tratado”.

O Ministro Luís Roberto Barroso também seguiu o Relator, entendendo inaplicável a lei prescricional brasileira em face da existência de norma cogente de Direito Internacional dos Direitos Humanos (*jus cogens*) determinadora da imprescritibilidade de crimes daquela natureza.

A divergência foi aberta, no entanto, pelo Ministro Teori Zavaski, que entendeu não estar o Brasil vinculado pela cláusula da imprescritibilidade penal, uma vez que o país não ratificou a *Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes Internacionais*, de 1968. Zavaski sublinhou que “*em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal*”. Para ele, segundo os princípios da legalidade – no qual se inscreve o princípio constitucional da reserva legal – e da anterioridade, não seria válida lei que não fosse aprovada pelo Parlamento brasileiro:

*“ainda que houvesse norma de direito internacional de caráter cogente que estabelecesse a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, tal norma não encontraria aplicabilidade no Brasil, porquanto ainda não reproduzida no direito interno. E, ainda que considerado o Estatuto de Roma como norma supralegal, ou mesmo de estatura constitucional, ele não elidiria a força normativa do art. 5º, XV, da Constituição da República, segundo o qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.*

Também tomou a trilha da divergência o Ministro Luís Fux, reverberando a inafastabilidade do postulado constitucional de reserva de lei formal, uma vez que, em matéria penal, seria “*insuficiente a previsão de tipos penais em tratados ou convenções internacionais*”:

*“Para a análise da vexata quaestio, especificamente o tema da imprescritibilidade de crimes contra a humanidade – à qual se pretende emprestar caráter de regra não escrita, cogente e atemporal do Direito Internacional –, é preciso considerar que sua exata compreensão demanda cautela, necessária a conter ímpetos punitivos – ainda que, evidentemente, bem intencionados –, de teses entusiastas da suposta incidência do jus cogens em matéria penal.”*

Segundo Fux, a obrigatoriedade da criminalização do crime contra a humanidade não implicaria a cogência da regra de imprescritibilidade, até porque inexistente consenso sobre sua cristalização como norma costumeira internacional. O ministro considerou os prazos prescricionais como importantes fatores de limitação do poder punitivo do Estado, na medida em que representam *“garantia de uma atuação estatal célere e justa na resposta ao delito, impedindo-se a dispersão e perda das provas que decorre da passagem do tempo e eventual erro judiciário dela oriundo”*.

Vale a pena deter-se na dissensão expressa nos votos Edson Fachin e Luís Fux, no que tange à prescrição como princípio. Enquanto o Ministro Relator salientou não existir *“direito constitucional à prescrição”*<sup>14</sup>, o Ministro Fux ressaltou os fundamentos do instituto, asseverando ser *“por meio da prescrição que se limita a possibilidade de usos políticos do exercício do poder punitivo e se limita a arbitrariedade quanto à escolha do momento do seu exercício, que, de outro modo, restaria juridicamente insindicável”*.

Em seu voto vogal, o Ministro Luís Fux lembrou também que o debate poderá ser legitimamente empreendido pelo Congresso Nacional e que às vítimas e seus familiares seria facultado obter respostas estatais no âmbito cível, por danos decorrentes da ação criminosa de agentes estatais ou paraestatais. Ele advertiu sobre a natureza imprescritível das obrigações civis decorrentes de tais ilícitos, consagrada por precedentes Superior Tribunal de Justiça, possivelmente sinalizando, com isso, o entendimento de que as reparações no âmbito cível teriam o mérito de não comprometer a previsibilidade quanto ao exercício do direito de punir do Estado, já que, em suas palavras, é preciso preservar *“outros valores fundamentais da sociedade, como deve ser a segurança jurídica, a pacificação social e a estabilização das relações jurídicas”*.<sup>15</sup>

Ao fim, a maioria formou-se para concluir pela não incidência da imprescritibilidade penal, considerando prescrito o crime imputado ao extraditando, à luz da legislação penal brasileira. A extradição foi, portanto, indeferida.

14 Eis a passagem do voto do Ministro Edson Fachin: *“Hoje é evidente que inexistente um direito constitucional à prescrição, como demonstram, por exemplo, a emenda apresentada pelo Deputado Constituinte Carlos Alberto Oliveira dos Santos, posteriormente materializada nos incisos XLII e XLIV do art. 5º da Constituição Federal, e a Emenda Constitucional n. 45/04, que acrescentou o parágrafo 4º ao art.5º, reconhecendo a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, o qual prevê, no artigo 29 do Estatuto de Roma, a imprescritibilidade dos crimes internacionais”*.

15 Ao julgar inaplicável ao caso concreto a tese da imprescritibilidade e dar pelo indeferimento do pedido de extradição, o Ministro Luís Fux assim resumiu os fundamentos de seu voto vogal: *“(1) a ausência de caráter de jus cogens da regra da imprescritibilidade; (2) a não ratificação, pelo Brasil, da Convenção de 1968 sobre imprescritibilidade – que foi rejeitada por vários países democráticos, aparentemente por reprovarem a retroatividade nela prevista; (3) a reserva de lei formal em matéria penal, nos termos da Constituição da República; (4) a garantia constitucional da irretroatividade da lei penal mais grave; (5) a supremacia da Constituição sobre normas com ela conflitantes, ainda que contidas em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, diante de sua hierarquia de norma supralegal, mas infraconstitucional (certo, ainda, que a regra da imprescritibilidade penal, ao conferir livre arbítrio quanto ao tempo do exercício do jus puniendi estatal, não configura uma norma puramente protetora de direitos humanos); (6) os prazos de prescrição dos delitos, a alcançar 20 anos, são suficientemente extensos para a correta investigação e punição dos crimes, por isso que não se podem caracterizar como norma voltada à proteção de violadores de direitos fundamentais, tampouco se constituem como impedimento ou obstáculo ao exercício do jus puniendi; (7) inocorrência de desamparo ou desatenção às vítimas de violações ou aos seus familiares, que titularizam direito subjetivo e imprescritível à reparação cível dos danos sofridos e à revelação da verdade; (8) por fim, considerados os precedentes do Supremo Tribunal Federal nas Extradicações 974, 1150 e 1248, que aplicaram a regra da prescrição a casos idênticos ao presente.”*

## CONCLUSÃO

O debate empreendido no âmbito do Supremo Tribunal Federal no julgamento do pedido de extradição de Salvador Siciliano revela a vitalidade, na ordem jurídica brasileira, do instituto da prescrição penal, próprio dos ordenamentos de inspiração romano-germânica.

Pode-se afirmar com segurança o avanço da imprescritibilidade de certos crimes, em particular o crime contra a humanidade e o genocídio, na convicção dos povos. Ainda que se conclua pela ausência do consenso internacional que consolide a natureza costumeira desta regra ou princípio, não é possível negar-lhe o *status* de norma consuetudinária em desenvolvimento. Dito isso, o apreço pela prescrição penal manifestado por qualquer ordem jurídica interna não torna o instituto intangível a reformulações futuras.

O costume, como se sabe, compõe-se do elemento material, revelado na prática geral e reiterada de determinada forma de agir ou de não agir, e do elemento subjetivo ou intelectual, a chamada *opinio juris*, ou seja, a convicção sobre ser o comportamento praticado obrigatório e condizente com o bom direito.

É imperativo não preterir nenhum dos dois componentes. A boa doutrina aconselha não deduzir a prática estatal de meras declarações oficiais dos Estados ou de decisões judiciais isoladas<sup>16</sup>, mas observar o comportamento efetivo dos Estados. A flexibilização do elemento material pode levar a que se denomine costume internacional algo que reflita tão-somente o elemento subjetivo, a chamada *opinio juris*. E essa *opinio juris*, como adverte Henzelin, “*sequer precisará ser a dos Estados, mas a de certas comissões, se possível que não tenham concluído seus trabalhos, ou de alguns gurus, de preferência falando a língua certa, a partir da parte certa do globo*”.<sup>17</sup>

Para que a inadvertência não faça Estados reféns do voluntarismo de partidários de certa linha de pensamento, muitas vezes oriunda dos países mais influentes do planeta, é que muito cuidado se espera do processo de consolidação de normas costumeiras. Tal zelo se impõe principalmente quando se trata de incriminar, quando o bem jurídico envolvido é o valor supremo da liberdade humana.

Nesse contexto, ao menos por enquanto, para a mitigação do instituto da prescrição penal por outra jurisdição que não seja o TPI, decidiu-se, neste país, ser imprescindível ouvir também a voz do Parlamento brasileiro. Tudo parece indicar que, em sua maioria, os integrantes de nossa Suprema Corte entenderam que é lá, nas duas Casas do Congresso Nacional, que deve ter início o encontro marcado entre o direito penal brasileiro e a imprescritibilidade, no plano interno, dos crimes internacionais.

16 V. SIMMA, B. e ALSTON, F. *The process of law-making is thus turned into a self-contained exercise in rethoric*. Austr. Y.B.I.L. vol. 12, 1992, p. 89. Ap. SIMMA, Bruno, PAULUS, Andreas, *Le rôle relatif des différentes sources du droit international pénal (dont les principes généraux de droit) in Droit International Pénal*, org. ASCENSIO, H. DECAUX, E., PELLET, A., Paris, PEDONE, 2000, p. 63.

17 HENZELIN, Marc. *Droit international pénal et droits pénaux étatiques*, in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, org. HENZELIN, Marc e ROTH, Robert. Paris, LGDJ, Genebra, E. Georg, Bruxelles, Bruylant, 2002op. cit., pp. 92 e 114.

## REFERÊNCIAS

- BADARO, Gustavo. O Anteprojeto de lei de adaptação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: tramitação e questões constitucionais polêmicas. *In: AMBOS, K.; MALARINO E.; WOISCHNIK, J. (org.): Temas actuales del derecho penal internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005. p. 97-115.
- CASSESE, A. **The Statute of the Intenational Criminal Court: some preliminary reflections**. *EJIL*, 1999. p. 108-123.
- CASTIGLIONE, Theodolindo. Os crimes contra a humanidade e o problema da prescrição em face de um Código penal internacional. **Revista dos Tribunais**, v. 385, p. 7-47, nov. 1967.
- DUPUY, P-M. Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes. **Revue générale de droit international public**, p. 290-295, 1999.
- FARIA COSTA, José. O direito penal e o tempo: algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição. **Boletim da Faculdade de direito**, Coimbra, n. spécial, pp. 1139-1165, 2003.
- FRULLI, Micaela. Are crimes against humanity more serious than war crimes? **EJIL**, p. 329-350, 2001.
- FRULLI, Michaela. Les crimes internationaux, la prescription, l'amnistie. *In: CASSESE, A.; DELMAS-MARTY, M. (org.). Crimes internationaux et juridictions internationales*. Paris: PUF, 2002. p. 236-243.
- GLASER, Stefan. Quelques observations sur la prescription en matière de criminalité de guerre. **Revue de droit pénal et de criminologie**, 1964-1965.
- GRAVEN, Jean. **Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription?** *Revue pénale suisse*, 1965.
- HENZELIN, Marc. Droit international pénal et droits pénaux étatiques. Le choc des cultures. *In: HENZELIN, M. M.; ROTH, R. (org.). Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*. Paris: L.G.D.J., 2002. p. 69-118.
- HERZOG, J. B. **Etudes des lois concernant la prescription des crimes contre l'humanité**. R.S.C., 1965. p. 337-371.
- JUROVIKS, Yann. Le procès international face au temps. **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**, n. 4, p. 781-797, out./dez., 2001.
- LAQUIÈZE, Alain. Le débat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité in Droit. **Revue française de théorie juridique**, n. 31, p. 19-40, 2000.
- LEVASSEUR, Georges. **Les crimes contre l'humanité et le problème de leur prescription**. JDI: 1966. p. 259-284.
- LOMBOIS, Claude. **Crimes contre l'humanité – crimes de guerre**. R.S.C., 1987. p. 937-942.
- MERON, Theodor. Is international law moving towards criminalization? **EJIL**, n. 9, p. 18-31, 1998.
- MILLER, Robert H. The convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity. **AJIL**, v. 65, p. 477-501, 1971.
- MIRANDA, Jorge. **Tribunal Penal Internacional**. Painel II: a incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos. Brasília, CEJ, 2000. p. 23-26.
- MOTA, José Luis Lopes de. Impunidade e direito à memória: a questão da imprescritibilidade dos crimes contra a paz e a humanidade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, v. 20, n. 78, p. 33-36, abr./jun. 1999.
- NILS-CHRISTIE, Robert. La criminalisation du monde. *In: HEZELIN, Marc; ROTH, Robert (org.). Le droit pénal à l'épreuve del'internationalisation*. Paris, Genève, Bruxelles: L.G.D.J., Georg, Bruylant, 2002. p. 337-345.
- NORDMANN, Joë. L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité. **Gaz. Pal.**, p.163-164, 23.04.1983.
- PINTO, Roger. La prescription en droit international. Académie de Droit international de La Haye. **Recueil des Cours**, p. 387-455, 1955. t. 1.
- PONCELA, P. Imprescriptibilité. *In: ASCENIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (org.). Droit international penal*. Cedin Paris X: A. Pedone, 2000 p. 887-895.
- PONCELA, P. Mesure et motivations de la peine dans les jugements du TPIY. *In: HEZELIN, Marc; ROTH, Robert (org.). Le droit international à l'épreuve de l'internationalisation*. Paris, LGDG, 2002. p. 325-336.
- RADOVANOVIC, L. La prescription des crimes de guerre. **Revue de la politique internationale**, n. 358, p. 9-11, 1965.
- REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- REZEK, J. F. **Reciprocity as a Basis of Extradition**. 52 *British Yearbook of International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1981. p.171-203.

ROLLAND, Maurice. La prescription des crimes contre l'humanité. **Revue de droit contemporain**, n. 2, p. 115-125, 1964.

SCHABAS, W. A. Non-applicability of statute of limitations. *In*: TRIFFTERER, Otto (ed.). **Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court**. Baden-Baden, 1999. p. 523-526.

SOTTILE, A. La prescription des crimes contre l'humanité et le droit penal international. **Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques**, p. 5-18, 1965.

STERN, Brigitte. De l'utilisation du temps en droit international penal. *In*: **Le droit international et le temps, colloque de Paris**. Société française pour le droit international. Paris.

VAN DEN WYNGAERT, Christine; DUGARD, John. Non-applicability of Statute of Limitations. *In*: CASSESE, A. (org.). **The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary**. Oxford, 2002. p. 873-888.

VELLOSO, Ana Flávia Penna. **A imprescritibilidade dos crimes internacionais**. ANUÁRIO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL. 3., v. 1. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27118.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2021.

VELLOSO, Ana Flávia Penna. A imprescritibilidade dos crimes internacionais. *In*: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul (coord.); MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (colab.). **Coletânea de estudos jurídicos**. Brasília, DF: Poder Judiciário, Superior Tribunal Militar, 2008. p. 208-224. Disponível em: <https://dspace.stm.jus.br/bitstream/handle/123456789/172/Colet%C3%A2nea%20de%20Estudos%20Jur%C3%ADdicos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 dez. 2021.

## DOCUMENTOS

Nations Unies, A/CONF.183/C.1/SR.2

Nations Unies, A/CONF.183/13/ (vol. III, pp. 32/33).

Ext. 1362/DF. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>

# CAPÍTULO 19

## EQUIDADE DE GÊNERO EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA: UM ESTUDO A PARTIR DE DOIS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Desdêmona Tenório de Brito Toledo Arruda

### 1 INTRODUÇÃO

O ano era 1977. Jimmy Carter era o Presidente dos Estados Unidos. George Lucas lançava *Star Wars* e quebrava todos os recordes de bilheteria. Elvis Presley falecia, aos 42 anos.

Ruth Bader Ginsburg era uma professora respeitada e lecionava na Universidade Columbia. Advogada experiente, já sustentava seus casos perante a Suprema Corte Norte-Americana. Naquele ano de 1977, ela representou Leon Goldfarb, no processo em que requereu benefício ao Sistema de Seguridade Social, após o falecimento de sua esposa, Hanna.

Hanna pagara, por mais de vinte e cinco anos, as contribuições devidas aos Sistema de Seguridade Social, enquanto exercia a função de secretária. No entanto, o pedido de “benefício ao sobrevivente” (*survivor’s benefits*), formulado pelo marido, fora negado. Entendeu-se que, nos termos da norma aplicável, Leon não comprovava ser dependente econômico da esposa ao tempo do óbito dela. Inexistia dispositivo semelhante impondo exigência análoga às mulheres que se tornassem viúvas.

Ruth Ginsburg levou o caso à Suprema Corte, que concluiu, no precedente *Califano v. Goldfarb*, que os requisitos exigidos para pagamento do benefício, baseados em distinção de gênero, violavam a Constituição dos Estados Unidos. Rejeitou-se, portanto, o ideário amplamente disseminado no senso comum de que *apenas* as mulheres dependem economicamente dos maridos – e *nunca* o contrário. Constou, ademais, da fundamentação, que esse modo antiquado de pensar – rememore-se que o julgamento se deu em 1977 – não seria suficiente para amparar o tratamento jurídico distinto entre viúvas e viúvos<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Califano v. Goldfarb. Disponível em: [www.oyez.org/cases/1976/75-699](http://www.oyez.org/cases/1976/75-699). Acesso em 20 out. 2020. Tradução livre de: “Leon Goldfarb was a widower who applied for survivor’s benefits under the Social Security Act. Even though his wife Hannah had paid Social Security taxes for 25 years, his application was denied. To be eligible for benefits under 42 U.S.C. Section 402, he must have been receiving half his support from his wife at her time of death. Section 402 did not impose this requirement on widows whose husbands had recently passed away. Goldfarb challenged this statute under the Due Process Clause of the Fifth Amendment in the United States District Court for the Eastern District of New York. The District Court ruled that the statute was unconstitutional. The Government appealed to the Supreme Court. (...) Yes. In a 5-4 decision, the Court affirmed the District Court in holding the statute unconstitutional. Writing for a four-justice plurality, Justice William J. Brennan, Jr. described this situation as “indistinguishable” from the one in Weinberger v. Wiesenfeld, where a similar statute was invalidated. In this case, a female worker’s family was less protected than the family of a male worker. The court rejected the “archaic and overbroad” generalizations that a wife is more likely to be dependent on her husband than a husband on his wife. These “old notions” of gender roles were not sufficient to justify the different treatment of widows and widowers, and which was therefore in violation of the Due Process Clause”.



No Brasil de 1977, o Presidente Ernesto Geisel sancionava a Lei n.º 6.515, que inaugurava, no ordenamento jurídico pátrio, a possibilidade de divórcio. As mulheres casadas, nos termos do então vigente art. 6º, inciso II, do Código Civil de 1916, eram *relativamente incapazes*, na subsistência da sociedade conjugal.

A Lei do Divórcio representa, assim, ao lado da conquista do direito ao voto, importante marco no caminho para a igualdade concreta que ainda está em construção no Brasil<sup>2</sup>. No mesmo ano de 1977, Rachel de Queiroz era eleita a primeira imortal da Academia Brasileira de Letras. Havia avanços, como há hoje, mas havia ainda, como há hoje, muito a percorrer.

O balanço das últimas décadas, conforme Flavia Piovesan e Melina Girardi Fachin, permite apontar que o movimento internacional de proteção dos direitos humanos das mulheres centrou seu foco em três questões centrais: a) a discriminação contra a mulher; b) a violência contra a mulher; e c) os direitos sexuais e reprodutivos<sup>3</sup>.

Neste influxo, tendo em conta a primeira questão central, ou seja, a discriminação contra a mulher, o presente estudo dedica-se a explorar a igualdade de gêneros em matéria previdenciária a partir de dois casos recentemente julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Nos dois primeiros momentos, pretende-se explanar os casos para, num terceiro tópico, concluir a respeito de qual o estado da arte da equidade de gênero na seara previdenciária na jurisprudência da Suprema Corte.

## 2 TEMA 457 DA REPERCUSSÃO GERAL: REQUISITOS LEGAIS DIFERENCIADOS PARA A CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE BASEADOS NO GÊNERO

Em 13.10.2020, após cinco décadas de serviço público e de mais de trinta e um anos como Ministro do Supremo Tribunal Federal, o insigne Magistrado Constitucional Celso de Mello obteve aposentadoria. O último tema de repercussão geral de sua relatoria apreciado no mérito pela Suprema Corte foi o de número 457, julgado em sessão virtual levada a efeito pelo Plenário do STF de 02 a 09.10.2020.

Discutiui-se, no precedente, requisito de comprovação de invalidez ou de dependência econômica, exigido pela Lei n.º 7.672/1982, do Estado do Rio Grande do Sul, para fins de concessão de aposentadoria aos dependentes viúvos de servidoras públicas. Exigência análoga não era prevista pela normativa às mulheres que se tornassem viúvas de servidores públicos homens.

Tratava-se, pois, de uma distinção com base no gênero. Uma desequiparação que, na prática, prejudicava os homens. O tema n.º 457 foi assim enunciado: “*requisitos legais diferenciados para a concessão de pensão por morte em relação a cônjuges homens e mulheres de ex-servidores públicos*”.

2 GARCIA, Maria. Constitucionalismo e a condição feminina. mulher, feminino de homem (art. 5º, I). In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz (org.). FACHIN, Melina Girardi; SILVA, C. O. P. (org.). **Constitucionalismo feminista**. Salvador: Juspodium, 2018. v. 1. p. 164.

3 PIOVESAN, Flavia; FACHIN, Melina Girardi. Diálogos sobre o feminino: a proteção dos direitos humanos das mulheres no Brasil à luz do impacto do Sistema Interamericano. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi; SILVA, C. O. P. (org.). **Constitucionalismo feminista**. Salvador: Juspodium, 2018. v. 1. p. 168.

No acórdão recorrido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que não seria possível exigir, do cônjuge de servidora pública falecida, requisitos adicionais para fins de concessão de pensão por morte. Vale ressaltar, aliás, que, muito embora a lei que estipulava tal exigência tenha sido revogada, o interesse no deslinde da causa remanesce, já que a pensão por morte se rege pela norma vigente ao tempo do óbito do instituidor<sup>4</sup>.

A revogada Lei n. 7.672/1982, do Estado do Rio Grande do Sul, somente admitia a concessão de pensão por morte aos viúvos de servidoras públicas, portanto, que comprovassem invalidez ou dependência econômica em relação às esposas ou companheiras. Não havia requisito semelhante, como referido, às mulheres que se tornavam viúvas de servidores públicos homens.

Como se vê, havia uma presunção da lei no sentido de que apenas a mulher dependia economicamente do homem. Assim, uma vez que se tornasse viúva de servidor público, o benefício de pensão por morte seria deferido, comprovados os demais requisitos de qualidade de segurado e óbito ou morte presumida do instituidor. Para o dependente viúvo de servidora pública, porém, de acordo com a lei, o benefício somente seria concedido se provadas, além dos requisitos ordinários, também invalidez ou dependência econômica em relação à instituidora.

O Relator, Ministro Celso de Mello, sublinhou o anacronismo da previsão legal e da antiga jurisprudência do STF, como se vê do seguinte trecho do voto condutor do acórdão:

“(…) convém referir que se mostra completamente ultrapassada a afirmação constante de determinado julgado desta Corte (RE 204.193/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO) no sentido de que existiria, em desfavor da mulher, presunção de dependência econômica em relação ao seu cônjuge ou companheiro.

(…)

Cumpra destacar, ainda, que o estudo realizado por SUZANA CANAVEGHI e JOSÉ EUSTÁQUIO DINIZ ALVES, apoiado na comparação dos dados estatísticos colhidos pelo IBGE, por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), referentes aos anos de 2001 a 2015, revela sensível alteração dessa realidade social, considerado o número expressivo de famílias monoparentais chefiadas, unicamente, por mulheres (“Mulheres Chefes de Família no Brasil: Avanços e Desafios”, p. 97, 2018, ENS-CPES)” (RE 659.424, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, Sessão Virtual de 2.10.2020 a 9.10.2020, acórdão pendente de publicação).

Amparado em dados estatísticos, o Ministro Relator Celso de Mello ressaltou a imposição da realidade: 45% das famílias brasileiras são chefiadas por mulheres, conforme pesquisa citada no trecho acima colacionado.

O paralelo com o caso *Califano v. Goldfarb* não passou despercebido ao Ministro Luiz Edson Fachin, que fez referência ao precedente norte-americano em seu voto:

“(…) Quando é o gênero masculino o prejudicado pela discriminação de gênero, como se dá no precedente norte-americano *Califano v. Goldfarb* e no recurso extraordinário em julgamento, resta nítido o primado da igualdade substancial e a importância de estudos e da produção acadêmica sobre o tema, do qual é

<sup>4</sup> A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado. Enunciado n.º 340 da Súmula da jurisprudência do STJ.

exemplo a obra “*Constitucionalismo Feminista: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero*”, editada pela Juspodivm em 2020, da qual são coordenadoras as Professoras Christine Oliveira Peter da Silva, Estefânia Maria de Queiroz Barbosa e Melina Girardi Fachin.

Reconheço, portanto, a necessidade de, para além dos instrumentos jurídicos, de uma mudança cultural e normativa, no sentido de erradicação das mais diversas situações de desigualdade, para cumprimento do mandamento constitucional inscrito no inciso IV do art. 3º da Constituição da República: “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”.” (RE 659.424, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, Sessão Virtual de 2.10.2020 a 9.10.2020, acórdão pendente de publicação).

O recurso extraordinário foi desprovido à unanimidade e o STF fixou, no Tema n.º 457 da Repercussão Geral, a seguinte tese: “*É inconstitucional, por transgressão ao princípio da isonomia entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I), a exigência de requisitos legais diferenciados para efeito de outorga de pensão por morte de ex-servidores públicos em relação a seus respectivos cônjuges ou companheiros/companheiras (CF, art. 201, V)*”, tal como proposto pelo Ministro Relator Celso de Mello.

Como se depreende das razões que levaram à fixação da tese no Tema n.º 457, a Suprema Corte rechaçou a possibilidade de discriminação em desfavor dos homens e assentou que a eles e às mulheres são exigíveis os mesmos requisitos para fins de concessão por morte, revelando-se inconstitucional, por violação à isonomia, a exigência de requisitos adicionais para que os homens comprovem dependência econômica em relação às seguradas instituidoras. O caso é relevante para demonstrar como a jurisprudência da Suprema Corte enfrentou a desequiparação com base no critério gênero e a afastou, neste caso. Esse tema nos leva ao segundo precedente objeto do presente estudo, o Tema n.º 452.

### **3 TEMA 452 DA REPERCUSSÃO GERAL: REQUISITOS LEGAIS DIFERENCIADOS PARA A CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE BASEADOS NO GÊNERO**

No tema n.º 452 da Repercussão Geral, o STF discutiu se cláusula de plano de previdência complementar que estabelece valor inferior de complementação de benefício para mulheres em virtude de seu tempo de contribuição viola a Constituição, em particular, o princípio da isonomia.

No caso concreto, a parte recorrida era funcionária da Caixa Econômica Federal e obteve aposentadoria proporcional por tempo de contribuição. Ela aforou o processo em face da Fundação dos Economiários Federais (FUNCEF), requerendo o mesmo tratamento concedido aos homens, na hipótese em que lhes era deferida aposentaria nas mesmas condições. A FUNCEF previa complementação no percentual de 80% para os homens que se inativavam após trinta anos de contribuição. Já às mulheres, que se inativavam após vinte e cinco anos de tempo de contribuição, a FUNCEF pagava complementação, porém no percentual de 70%.

No voto condutor do acórdão, o Ministro Edson Fachin ressaltou a possibilidade de exigência de requisitos desiguais entre homens e mulheres para fins de aposentadoria, como se vê do seguinte excerto:

“Quanto ao regime público, a possibilidade de tal desigualação é incontestada. Com efeito, os requisitos para aposentação de homens e mulheres no Brasil são distintos. As mulheres são beneficiadas com requisitos menos gravosos de idade e de tempo de contribuição, nos termos do § 7º do art. 201 da Constituição, na redação da EC 103/2019, cujo teor reproduzo:

“§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I – 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, observado tempo mínimo de contribuição; II – 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.”

No regime próprio dos servidores públicos a distinção também se verifica, conforme previsão do art. 40, CRFB, também na redação da EC 103/2019:

“Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

§ 1º O servidor abrangido por regime próprio de previdência social será aposentado:

I – por incapacidade permanente para o trabalho, no cargo em que estiver investido, quando insuscetível de readaptação, hipótese em que será obrigatória a realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria, na forma de lei do respectivo ente federativo;

II – compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar;

III – no âmbito da União, aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na idade mínima estabelecida mediante emenda às respectivas Constituições e Leis Orgânicas, observados o tempo de contribuição e os demais requisitos estabelecidos em lei complementar do respectivo ente federativo.”

(RE 639138, Rel. Min. Gilmar Mendes, Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 18.08.2020).

Fazendo referência à teoria do impacto desproporcional e à eficácia interprivada de direitos fundamentais, o Ministro Edson Fachin ressaltou os diversos fatores que contribuem para o tratamento desigual entre gêneros no mercado de trabalho, exemplificando com a vinculação entre trabalho formal e a proteção conferida pelos sistemas contributivos; bem como os papéis sociais tradicionais desempenhados pelos gêneros na sociedade (homem provedor, mulher cuidadora); assim como a participação menor da mulher no mercado de trabalho; a remuneração inferior ao trabalho da mulheres e, *last but not least*, a falta de reconhecimento das tarefas de cuidado, geralmente desempenhada por mulheres.

O que a Corte entendeu, portanto, foi que as regras que o Constituinte enunciou para fins de aposentação das mulheres revelam propósito nítido de concretização da igualdade material, não ficando restrito, portanto, à igualdade meramente formal.

Constou, também, da fundamentação do voto condutor, trecho do parecer da Procuradoria-Geral da República, no sentido de que a FUNCEF paga à mulher o mesmo valor que paga ao homem, quando não se trata de aposentadoria proporcional, mesmo que o tempo de contribuição das mulheres seja inferior. Essa distinção evidencia a lógica da complementação privada de aposentadoria e a possibilidade de sua adequação

ao favorecimento da situação feminina, na mesma linha do sistema oficial de previdência, ou seja do Regime Geral de Previdência Social.

A Corte, por maioria, fixou a seguinte tese: *“É inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia (art. 5º, I, da Constituição da República), cláusula de contrato de previdência complementar que, ao prever regras distintas entre homens e mulheres para cálculo e concessão de complementação de aposentadoria, estabelece valor inferior do benefício para as mulheres, tendo em conta o seu menor tempo de contribuição.”* (RE 639138, Rel. Min. Gilmar Mendes, Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 18.08.2020).

A tese fixada pelo STF no julgamento do Tema n.º 452 da Repercussão Geral evidencia julgado que consolida a igualdade material entre os gêneros, com base na teoria do impacto desproporcional e na eficácia interprivada dos direitos fundamentais. O precedente é importante, sobretudo porque evidencia uma tendência da jurisprudência da Suprema Corte, já anunciada no julgamento do Tema n.º 457, explorado no tópico anterior, no qual se rechaçou, como exposto, a possibilidade de discriminação em desfavor dos homens e assentou que a eles e às mulheres são exigíveis os mesmos requisitos para fins de concessão por morte.

#### 4 NOTAS CONCLUSIVAS

A [Constituição de 1988](#) consagrou o princípio de igualdade material entre homens e mulheres em matéria previdenciária ao adotar critérios distintos para fins de concessão de aposentadoria, conforme o gênero. Nesse sentido, as mulheres aposentam-se com idade menor e tempo de contribuição reduzido.

Para um panorama geral, basta dizer que a aposentadoria por idade se concede aos homens aos 65 anos e às mulheres aos 60; a aposentadoria por tempo de contribuição aos 35 anos de contribuição para os homens e aos 30 para as mulheres; a aposentadoria especial destina-se aos trabalhadores que exercem atividades penosas, perigosas ou insalubres e, em razão delas, o tempo de contribuição é menor (de 15, 20 ou 25 anos, a depender do grau de risco inerente à atividade) e, por fim, a aposentadoria por invalidez se concede aos trabalhadores incapacitados permanentemente para o trabalho.

Conforme anota Suzani Andrade Ferraro<sup>5</sup>, a manutenção de tais critérios diferenciados e mais favoráveis às mulheres é tradicionalmente sustentada a partir dos fatores que ensejam a desigualação em desfavor delas em sociedade. Trata-se de regras que pretendem, assim, conferir eficácia ao princípio da igualdade material, já que a igualdade formal já se encontra contemplada no inciso I do art. 5º da Carta da República. Dito de outro modo: os requisitos para concessão de aposentadoria das mulheres são menos rigorosos do que aqueles exigi-

<sup>5</sup> FERRARO, Suzani Andrade. A Necessidade da aplicação de critérios diferenciados para a efetividade da igualdade de gênero entre homens e mulheres no atual contexto histórico, social e cultural da sociedade brasileira. *Revista Eletrônica da OABRJ*. Disponível em: <http://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2018/03/A-NECESSIDADE-DA-APLICACAO-DE-CRITERIOS-DIFERENCIADOS-PARA-A-EFETIVIDADE-DA-IGUALDADE-DE-GENERO-ENTRE-HOMENS-E-MULHERES-NO-ATUAL-CONTEXTO-HISTORICO-SOCIAL-E-C.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

dos dos homens como forma de compensação pelo fato de que historicamente são vítimas. Trata-se, portanto, de compensá-las em razão do tempo de afastamento do mercado de trabalho a que foram e ainda são submetidas, bem como pelo fato de que normalmente lhes cabe postos de trabalho de qualidade inferior. Às mulheres, com maior ênfase do que os homens, exige-se que cumpram dupla jornada, ao conciliarem a vida profissional com as tarefas domésticas, dentre outros aspectos.

A legislação brasileira, em matéria de Seguridade Social e também de Previdência Social de há muito faz esse registro distintivo tomando por critério o gênero. Tal como ressaltam Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques e Patrícia Pacheco Rodrigues, na seara da saúde, desde 1918 existe norma protetiva da mulher, na medida em que “o Código Sanitário proibia o trabalho noturno para mulheres<sup>6</sup>”.

Na década de 1970, a matéria previdenciária era de responsabilidade do Inamps – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, criada em 1977, pela Lei n.º 6.439, voltada ao atendimento de pessoas com registro em carteira de trabalho, restando os serviços de filantropia nas Santas Casa aos demais casos. Em 1983, anotam as autoras<sup>7</sup>, foi criado o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher – PAISM, com origem no trabalho de sanitaristas e do movimento de mulheres, que viam a necessidade de um programa com enfoque específico à saúde materno infantil, mas não apenas, pois também considerava a mulher nas suas particulares questões de saúde.

A realidade sociocultural dos Estados Unidos na década de 1970 evidencia que, no Brasil, ainda há um longo caminho a percorrer em prol da igualdade de gênero. Quando Ruth Bader Ginsburg como advogada levou o Caso *Califano v. Goldfarb* à Suprema Corte Norte-Americana e contribuiu para a prolação de decisão que minorava a desigualdade de gênero, em atuação estratégica que partia de um caso em que a desigualação era desfavorável aos homens, embora certamente houvesse desigualdade de gênero, já era possível manejar ferramentas jurídicas para diminuí-la. No Brasil, o julgamento recente, pelo Supremo Tribunal Federal, dos Temas de Repercussão Geral n.º 452 e 457, aqui explorados, evidencia que há, também, ao menos em 2020, um cenário favorável a admitir casos que, em matéria previdenciária, assegurem a igualdade entre homens e mulheres, não apenas formal, mas, também, material.

Mostra-se, assim, essencial distinguir, como sublinha Melina Girardi Fachin, diferença e desigualdade. “O constitucionalismo feminista afirma a igualdade com respeito à diversidade, o reconhecimento de identidades e o direito à diferença com base em uma plataforma emancipatória e igualitária”.<sup>8</sup>

Os julgados aqui explorados, referentes aos temas 452 e 457 da Repercussão Geral, RE 659.424, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, Sessão Virtual de 2.10.2020 a 9.10.2020, acórdão pendente de publicação e

6 MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug; RODRIGUES, Patrícia Pacheco. Mulher e poder no Brasil. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi; SILVA, C. O. P. (org.). **Constitucionalismo feminista**. Salvador: Juspodium, 2018. v. 1. p. 207.

7 MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug; RODRIGUES, Patrícia Pacheco. Mulher e poder no Brasil. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi; SILVA, C. O. P. (org.). **Constitucionalismo feminista**. Salvador: Juspodium, 2018. v. 1. p. 208.

8 FACHIN, Melina Girardi. Por um constitucionalismo feminista. **IberICONnect**, 22 Oct. 2020. Disponível em <https://www.ibericonnect.blog/2020/10/por-um-constitucionalismo-feminista/>. Acesso em: 23 out. 2020. Tradução nossa.

RE 639138, Rel. Min. Gilmar Mendes, Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 18.08.2020, evidenciam que a jurisprudência da Corte Constitucional brasileira começa a acolher argumentos que refletem a concepção feminista do constitucionalismo. Quer-se com isso afirmar que há uma tendência, observável ao menos nestes dois precedentes em matéria previdenciária, de acolher argumentos que afirmam a equidade de gênero, a igualdade em seu sentido material e não apenas formal. Nesse sentido, sublinhamos as premissas de Melina Girardi Fachin, que alerta que, conquanto o constitucionalismo seja um “movimento diverso, complexo e miscigenado, com abordagens metodológicas e enfoques diversos, aplicado aos mais variados contextos, há um norte comum [...]: reivindicar o poder fundamental de redefinir as experiências constitucionais a partir de uma visão de gênero”<sup>9</sup>.

As reflexões que daí emergem gravitam, portanto, ao redor da desigualdade das mulheres e de sua subordinação, analisando as assimetrias de poder entre os gêneros e ponto de convergência a crítica ao patriarcado<sup>10</sup>.

Os acórdãos proferidos pela Suprema Corte brasileira na apreciação dos Temas 452 e 457 da Repercussão Geral evidenciam que a jurisprudência está atenta a essa tendência do Direito Constitucional, acolhendo os estudos e pesquisas que a Academia produz, de modo a produzir decisões que incrementam o princípio da igualdade material e caminham para concretização do objetivo fundamental da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, nos termos do art. 3º, da [Constituição da República](#).

## REFERÊNCIAS

CALIFANO V. GOLDFARB. Disponível em: [www.oyez.org/cases/1976/75-699](http://www.oyez.org/cases/1976/75-699). Acesso em 20 out. 2020.

FACHIN, Melina Girardi. Por um constitucionalismo feminista. **IberICONnect**, 22 Oct. 2020. Disponível em <https://www.ibericonnect.blog/2020/10/por-um-constitucionalismo-feminista/>. Acesso em: 23 out. 2020.

FERRARO, Suzani Andrade. A Necessidade da aplicação de critérios diferenciados para a efetividade da igualdade de gênero entre homens e mulheres no atual contexto histórico, social e cultural da sociedade brasileira. **Revista Eletrônica da OABRJ**. Disponível em: <http://revistaeletronica.oabRJ.org.br/wp-content/uploads/2018/03/A-NECESSIDADE-DA-APLICACAO-DE-CRITERIOS-DIFERENCIADOS-PARA-A-EFETIVIDADE-DA-IGUALDADE-DE-GENERO-ENTRE-HOMENS-E-MULHERES-NO-ATUAL-CONTEXTO-HISTORICO-SOCIAL-E-C.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

GARCIA, Maria. Constitucionalismo e a condição feminina. mulher, feminino de homem (art. 5º, I). In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz (org.). FACHIN, Melina Girardi; SILVA, C. O. P. (org.). **Constitucionalismo feminista**. Salvador: Juspodium, 2018. v. 1.

MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug; RODRIGUES, Patrícia Pacheco. Mulher e poder no Brasil. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi; SILVA, C. O. P. (org.). **Constitucionalismo feminista**. Salvador: Juspodium, 2018. v. 1.

<sup>9</sup> FACHIN, Melina Girardi. Por um constitucionalismo feminista. **IberICONnect**, 22 Oct. 2020. Disponível em <https://www.ibericonnect.blog/2020/10/por-um-constitucionalismo-feminista/>. Acesso em: 23 out. 2020. Tradução nossa.

<sup>10</sup> FACHIN, Melina Girardi. Por um constitucionalismo feminista. **IberICONnect**, 22 Oct. 2020. Disponível em <https://www.ibericonnect.blog/2020/10/por-um-constitucionalismo-feminista/>. Acesso em: 23 out. 2020.

# CAPÍTULO 20

## UM OLHAR CONSTITUCIONAL SOBRE A MULHER EM FACE À PANDEMIA DO CORONAVÍRUS: MATERNIDADE, AFAZERES DO LAR E TRABALHO

Karin Bhering Andrade

Iris Soier do Nascimento de Andrade

### INTRODUÇÃO

A estrutura social, desde o início do capitalismo, direciona as distinções na divisão do trabalho de acordo com o gênero, sendo muitas delas fundamentadas nas diferenças biológicas entre homem e mulher. Durante a Primeira Revolução Industrial, quando o trabalho feminino foi absorvido pelas indústrias pela primeira vez, o trabalho da mulher – que ocupava as fábricas de forma residual, era equiparado em valor e importância ao trabalho das crianças.

Como consequência de uma cultura sexista, o trabalho da mulher sofreu e sofre constante desvalorização, sendo apontado como oneroso no ambiente empresarial e desconsiderado no âmbito do cuidado.

Como símbolo de redemocratização, após duas décadas de governo ditatorial, [a Constituição Federal da República de 1988](#) garantiu em seu corpo direitos fundamentais em diversas áreas como saúde, educação, relações consumeristas e relações de trabalho. Dentre esses direitos fundamentais consolidados pela Carta Magna, tem-se o trabalho da mulher, que deve ser exercido de forma igualitária com o homem, tendo sua proteção garantida constitucionalmente.

Além disso, a Constituição Federal erigiu princípios gerais, de observância obrigatória, a fim de diminuir a discriminação, a desigualdade de direitos e o desrespeito à dignidade humana, colocando o ser humano no centro dos direitos e garantias. Entretanto, ainda hoje é possível observar uma disparidade entre a participação do homem e da mulher no mercado de trabalho, fazendo com que ainda se mostre presente uma forte divisão sexual do trabalho.

A situação é ainda mais alarmante se for considerado um contexto de pandemia, em que todo o país é obrigado a se readaptar, em prol da preservação da vida e da saúde. A consequência dessa adaptação é uma sobrecarga ainda maior das mulheres, sobretudo aquelas que são mães.

Posto isto, o presente estudo se destina a analisar, sob o prisma constitucional, as dificuldades apresentadas pelas mulheres, agravada pela pandemia, em conciliar trabalho, maternidade e afazeres domésticos. Para



tanto, na primeira parte será exposta a base constitucional do estudo, apresentando a defesa do trabalho da mulher como um direito fundamental. Adiante serão tecidas breves considerações sobre o mercado de trabalho da mulher e a dificuldade em conciliar todas as obrigações em um contexto de pandemia.

## 1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: O TRABALHO DA MULHER COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

O preâmbulo da [Constituição da República](#) estabelece como um dos pilares do Estado Democrático de Direito a igualdade. Com ela se presume uma sociedade fraterna, pluralista e livre de preconceitos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a **igualdade** e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (grifo nosso)<sup>1</sup>

Na mesma linha, o art. 3º, IV<sup>2</sup>, da Constituição estabelece como um dos objetivos gerais da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em seu art. 6º, a Constituição determina ser “[...] direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados [...]”. Já em seu art. 7º estabelece um rol de direitos mínimos a serem observados para melhoria da condição social dos trabalhadores, consignando o princípio da progressividade e vedação ao retrocesso.

O vocábulo “mulher” aparece na Constituição Federal onze vezes, indicando uma necessidade do legislador Constituinte em consolidar direitos garantidos às mulheres na Carta Maior. Dentre as disposições sobre a mulher tem-se a proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX), a idade para aposentadoria (art. 40, §1º, III), a isenção do serviço militar obrigatório (art. 143, §2º), a possibilidade de a mulher usucapir área urbana (art. 183, §1º), o direito a ser beneficiária em distribuição de imóvel pela reforma agrária (art. 189, parágrafo único), direito à pensão por morte (art. 201, V), o direito à união estável e à sociedade conjugal (art. 226, §3º e 5º).

Além disso, o art. 5º da CF é claro ao estabelecer que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo homens e mulheres iguais em direitos e obrigações. Observe-se que enquanto umas dis-

<sup>1</sup> BRASIL. [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29 nov. 2021.

<sup>2</sup> Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV. promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

posições elevam a mulher ao mesmo patamar de direitos do homem, outras garantem a elas, expressamente, a possibilidade da titularidade de imóveis e bens, como se fosse necessário consignar esses direitos.

Ao incluir a igualdade entre homem e mulher no art. 5º, no rol de direitos fundamentais e a proteção do trabalho da mulher no art. 7º, há uma clara intenção do legislador em incluir essas disposições no rol de direitos fundamentais. Por outro lado, a CF/88, ao dispor em seu art. 1º inciso III que é um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, colocando-a ao lado da livre iniciativa e do valor social do trabalho (inciso IV da CF/88), impede o “[...] trabalho sem valor, ou seja, trabalho prestado sem a contrapartida representada pelos direitos a ele inerentes (trabalho sem direitos) e, com isso, a constituição do direito de não ser explorado”<sup>3</sup>.

No rol do art. 7º da CF pode-se observar claramente a intensão do legislador Constituinte na manutenção de uma relação de emprego justa, que garanta ao trabalhador e à trabalhadora a dignidade humana prevista no art. 1º, III. Ocorre que, ainda hoje, é possível observar uma forte divisão sexual do trabalho, fazendo com que mulheres tenham uma carga de trabalho superior à dos homens, muitas vezes. Para entender como isso ocorre, passa-se à análise da participação da mulher no mercado de trabalho.

## 2 MERCADO DE TRABALHO DA MULHER E A DIFICULDADE EM CONCILIAR MATERNIDADE, AFAZERES DOMÉSTICOS E TRABALHO EM UM CONTEXTO DE PANDEMIA

O início da participação da mulher no mercado de trabalho ocorreu na transição do capitalismo pré-industrial para o capitalismo industrial, na qual as mulheres passaram a se inserir no mercado de trabalho<sup>4</sup>. Após esse fenômeno na I Revolução Industrial, as mulheres voltaram a ocupar postos de trabalho de forma mais significativa durante as grandes guerras, pois os homens eram obrigados a abandonar seus postos de trabalho para defender seu país.

Após isso, no Século XX, com o aumento do uso das tecnologias, as mulheres voltaram a ocupar um número expressivo na população economicamente ativa (PEA), em razão da maior disponibilidade de tempo para o acúmulo de mais funções dentro e fora do âmbito doméstico<sup>5</sup>.

De acordo com o manual da Organização Internacional do Trabalho (OIT), “Mulheres no Trabalho”, de 2016, “as oportunidades de participação das mulheres no mercado de trabalho no mundo permanecem quase 27

3 ALMEIDA, Cléber Lucio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. **Direito do trabalho e Constituição: a constitucionalização do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2017. p. 180.

4 ABRAMO, Laís Wendel. **A inserção da mulher no mercado de trabalho: uma força de trabalho secundária?** 2007. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-23102007-141151/pt-br.php>. Acesso em: 29 nov. 2021. p. 23.

5 CANTELLI, Paula Oliveira. A reforma trabalhista e o trabalho da mulher. In: FARIA, Fernanda Nigri; TOSTES, Laura Ferreira Diamantino. **Aportes teóricos para a aplicação do direito do trabalho após a reforma trabalhista**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 268.

pontos percentuais abaixo das oportunidades dos homens”<sup>6</sup>. “Em 2015, a disparidade de gênero na taxa de emprego atingiu 25,5 pontos percentuais em prejuízo das mulheres, apenas 0,6 pontos menos do que em 1995”<sup>7</sup>.

O cenário é agravado uma vez que “quer nos países de rendimento elevado, quer nos de baixo rendimento, as mulheres continuam a trabalhar menos horas no emprego remunerado, enquanto se ocupam da maior parte das tarefas domésticas não remuneradas e da prestação de cuidados”<sup>8</sup>. De acordo com o manual da OIT, “as mulheres realizam, em média, pelo menos duas vezes e meia mais tarefas domésticas não remuneradas e de cuidados do que os homens (nos países com dados disponíveis)”<sup>9</sup>. Dessa forma, “mesmo quando estão empregadas, continuam a realizar a maior parte das tarefas domésticas não remuneradas e de cuidados, o que limita a sua possibilidade de aumentar o número de horas trabalhadas no trabalho remunerado<sup>10</sup>, formal e no trabalho por conta de outrem e remunerado”<sup>11</sup>.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, “no Brasil, em 2016, as mulheres dedicaram aos cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos cerca de 73% a mais de horas do que os homens (18,1 horas contra 10,5 horas)”<sup>12</sup>. Ainda, de acordo com o estudo:

Ao desagregar por região, verifica-se que a maior desigualdade na distribuição de horas dedicadas a estas atividades está na Região Nordeste, onde as mulheres dedicam cerca de 80% a mais de horas do que os homens, alcançando 19 horas semanais. O recorte por cor ou raça indica que as mulheres pretas ou pardas são as que mais se dedicam aos cuidados de pessoas e/ou aos afazeres domésticos, com o registro de 18,6 horas semanais em 2016. Observa-se que o indicador pouco varia para os homens quando se considera a cor ou raça ou região de residência<sup>13</sup>.

Ademais, de acordo com o manual da OIT, “Mulheres no Trabalho”, de 2016, “[...]as mulheres enfrentam vários obstáculos para assegurar igual acesso, participação e progressos no mercado de trabalho”<sup>14</sup>. Isto porque:

6 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Mulheres no trabalho**: tendências 2016. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS\\_457096/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_457096/lang--en/index.htm). Acesso em: 29 nov. 2021. p. 3.

7 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Mulheres no trabalho**: tendências 2016. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS\\_457096/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_457096/lang--en/index.htm). Acesso em: 29 nov. 2021. p. 3.

8 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Mulheres no trabalho**: tendências 2016. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS\\_457096/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_457096/lang--en/index.htm). Acesso em: 29 nov. 2021. p. 7.

9 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Mulheres no trabalho**: tendências 2016. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS\\_457096/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_457096/lang--en/index.htm). Acesso em: 29 nov. 2021. p. 7.

10 Em relação ao campo do trabalho, Naomi Wolf (1992) em sua obra “*O mito da beleza*” acrescenta como a beleza surge como uma espécie de “tripla jornada”. De acordo com a autora: A Supermulher, sem perceber todas as implicações, teve de acrescentar a seus compromissos *profissionais* o trabalho sério no campo da “beleza”. Essa nova responsabilidade foi se tornando cada vez mais rigorosa. As somas em dinheiro, a dedicação e o talento que ela devia investir não poderiam ficar abaixo do que anteriormente — ou seja, antes de as mulheres atacarem a estrutura do poder — se esperaria apenas de belezas profissionais nas carreiras de alto nível de visibilidade. **As mulheres assumiram ao mesmo tempo os papéis de dona-de-casa, de profissional que faz carreira e de profissional da beleza**. WOLF, Naomi. **O mito da beleza**: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres. Tradução de Waldéa Barcellos. Rio de Janeiro: Rocco, 1992, p. 34. grifo nosso.

11 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Mulheres no trabalho**: tendências 2016. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS\\_457096/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_457096/lang--en/index.htm). Acesso em: 29 nov. 2021. p. 7.

12 IBGE. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil. **Estudos e Pesquisas – Informação Demográfica e Socioeconômica**, Rio de Janeiro n. 38, 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 8 out. 2020. p. 3

13 IBGE. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil. **Estudos e Pesquisas – Informação Demográfica e Socioeconômica**, Rio de Janeiro n. 38, 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 8 out. 2020. p. 3.

14 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Mulheres no trabalho**: tendências 2016. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS\\_457096/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_457096/lang--en/index.htm). Acesso em: 29 nov. 2021. p. 10.

As instituições e as políticas são definidas com base em papéis tradicionais de gênero, incluindo a expectativa de que os homens devem ser a única ou a principal fonte de rendimento num agregado familiar e a contínua subavaliação do trabalho na área dos cuidados. Isto continua a moldar e inibir as oportunidades no mercado de trabalho e os incentivos para as mulheres<sup>15</sup>.

A disparidade de gênero também é demonstrada por meio da relação de números de mulheres empregadas em postos de trabalho de alta remuneração, até mesmo relativos ao setor público:

No setor público, também temos menos mulheres do que homens nas empresas, e elas ocupam menos cargos de chefia. A pesquisa “Perfil Social, Racial e de Gênero das 500 Maiores Empresas do Brasil e Suas Ações Afirmativas”, realizada pelo Instituto Ethos, em 2007, mostrou que as mulheres representavam 35% dos funcionários em geral; no quadro executivo (presidente, vice-presidentes e diretores), esse percentual reduzia-se a 11,5%<sup>16</sup>.

Essa disparidade de gênero no mercado de trabalho é fruto da divisão sexual do trabalho. Isto porque, historicamente às mulheres é reservado o espaço doméstico, o que inclui as atividades de cuidado de pessoas e coisas. Tal conjuntura ficou conhecida sociojuridicamente como “divisão sexual do trabalho” na qual consiste em manter as mulheres no espaço doméstico, ou seja, na esfera reprodutiva e os homens no espaço público, ou seja, na esfera produtiva<sup>17</sup> (KERGOAT, 1996). De acordo com Oliveira, “mulheres internalizam e reproduzem práticas discriminatórias e é preciso desnaturalizar a ideia das mulheres como principais cuidadoras”<sup>18</sup>. Ademais, segundo o IBGE:

A questão da carga horária parece ser um fator fundamental no diferencial de inserção ocupacional entre homens e mulheres determinado pela divisão sexual do trabalho. Mulheres que necessitam conciliar trabalho remunerado com os afazeres domésticos e cuidados, em muitos casos acabam por trabalhar em ocupações com carga horária reduzida. O indicador proporção de ocupados em trabalho por tempo parcial, por sexo (CMIG 14), mostra um percentual mais elevado de mulheres que trabalha em período parcial, de até 30 horas, quando comparado com os homens<sup>19</sup>.

Dessa forma, “há uma imposição social do trabalho doméstico como tarefa reservada às mulheres, em caráter predominantemente não remunerado, o que se obtém a partir de processos de naturalização dos papéis sociais”<sup>20</sup>. Tais processos “são construídos e erigidos para justificar a exploração não economicamente valo-

15 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Mulheres no trabalho**: tendências 2016. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS\\_457096/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_457096/lang--en/index.htm). Acesso em: 29 nov. 2021. p. 10.

16 ETHOS, 2007 *apud* SAEJ, Ana Paula; GODINHO, Letícia; SOUSA, Rosânia. **Mulheres na função pública**. Módulo 1: As mulheres no mundo do trabalho. Fundação João Pinheiro: Belo Horizonte, 2018. p. 7.

17 KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo. *In*: LOPES, Marta Julia Marques; MEYER, Dagmar Estermann; WALDOW, Vera Regina (org.). **Gênero e saúde**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

18 OLIVEIRA, Anita Loureiro de. A espacialidade aberta e relacional do lar: a arte de conciliar maternidade, trabalho doméstico e remoto na pandemia da Covid-19. **Revista Tamoios**, v. 16, n. 1, p. 154-166, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/tamoios.2020.50448>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/tamoios/article/view/50448/33479>. Acesso em: 29 nov. 2021. p. 162.

19 IBGE. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil. **Estudos e Pesquisas – Informação Demográfica e Socioeconômica**, Rio de Janeiro n. 38, 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 8 out. 2020. p. 4.

20 ABREU, Fernanda.; MARQUES, Fernanda; DINIZ, Ilidiana. Divisão sexual do trabalho entre homens e mulheres no contexto da pandemia da Covid-19. **Revista InterLegere**, v. 3, n. 28, p. 1-22 c21486, 2 set. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21680/1982-1662.2020v3n28ID21486>. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/interlegere/article/view/21486/13161> Acesso em: 9 out. 2020. p. 9.

rada de tal labor”<sup>21</sup>. Assim, “as desigualdades e diferenças de gênero se fixam a partir de uma normatização social que associa o feminino à domesticidade, cuja expressão se materializa na divisão sexual do trabalho, assegurando prioritariamente às mulheres a responsabilização com o cuidado da família”<sup>22</sup>. “As consequências disso tem sido o aprofundamento das jornadas extensivas, intensivas e intermitentes de trabalho e a pouca disponibilidade de inserção no mercado de trabalho com ocupações mais qualificadas e melhor remuneradas”<sup>23</sup>.

Nesse contexto, “as mulheres vivem esse dilema da ‘conciliação’ entre trabalho doméstico/trabalho profissional que numa sociedade patriarcal/capitalista não há tal conciliação, dada a desigual divisão sexual do trabalho”<sup>24</sup>.

Quando a mulher opta pela maternidade, a situação é agravada. Isto porque, “além das distorções salariais em relação aos homens, as mulheres enfrentam um outro desafio no mercado de trabalho – quanto mais filhos elas têm, menor é o salário que elas ganham”<sup>25</sup>. Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) Contínua, do IBGE, compilados pela consultoria IDados, “apontam que, enquanto mulheres sem filhos ganham em média R\$ 2.115 por mês, ter o primeiro filho reduz o salário em 24%. Se a família crescer e o número de crianças chegar a três ou mais, a queda no rendimento é de quase 40%”<sup>26</sup>.

Esses dados alarmantes refletem não apenas uma situação de total desequilíbrio e desigualdade, como vai de encontro às disposições constitucionais. Ao atribuir à mulher uma maior carga de responsabilidade no âmbito doméstico, exonerando os homens dessa função, o que se observa é uma inadequação da realidade fática com o texto constitucional. O próprio art. 226, §5º da CF/88 é claro ao estabelecer que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Não se pode excluir desses deveres o cuidado com os filhos, com os afazeres domésticos e o de cuidado com os idosos e portadores de necessidades especiais.

Atentar contra as disposições constitucionais de proteção ao mercado de trabalho da mulher, igualdade de direitos e deveres com os homens, é ir contra o próprio Estado Democrático de Direito, tendo em vista que

21 ABREU, Fernanda.; MARQUES, Fernanda; DINIZ, Ilidiana. Divisão sexual do trabalho entre homens e mulheres no contexto da pandemia da Covid-19. *Revista Interlegere*, v. 3, n. 28, p. 1-22 c21486, 2 set. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21680/1982-1662.2020v3n28ID21486>. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/interlegere/article/view/21486/13161> Acesso em: 9 out. 2020. p. 9.

22 ABREU, Fernanda.; MARQUES, Fernanda; DINIZ, Ilidiana. Divisão sexual do trabalho entre homens e mulheres no contexto da pandemia da Covid-19. *Revista Interlegere*, v. 3, n. 28, p. 1-22 c21486, 2 set. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21680/1982-1662.2020v3n28ID21486>. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/interlegere/article/view/21486/13161> Acesso em: 9 out. 2020. p. 9-10.

23 ABREU, Fernanda.; MARQUES, Fernanda; DINIZ, Ilidiana. Divisão sexual do trabalho entre homens e mulheres no contexto da pandemia da Covid-19. *Revista Interlegere*, v. 3, n. 28, p. 1-22 c21486, 2 set. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21680/1982-1662.2020v3n28ID21486>. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/interlegere/article/view/21486/13161> Acesso em: 9 out. 2020. p. 11.

24 ABREU, Fernanda.; MARQUES, Fernanda; DINIZ, Ilidiana. Divisão sexual do trabalho entre homens e mulheres no contexto da pandemia da Covid-19. *Revista Interlegere*, v. 3, n. 28, p. 1-22 c21486, 2 set. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21680/1982-1662.2020v3n28ID21486>. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/interlegere/article/view/21486/13161> Acesso em: 9 out. 2020. p. 18.

25 GRAVAS, Douglas; BRANDÃO, Raquel. No Brasil, mãe recebe até 40% menos. Levantamento mostra que mulheres que optaram por não ter filhos recebem salários melhores; primeiro filho reduz remuneração em 24%. *Estadão*, 11 dez. 2018. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,no-brasil-mae-recebe-ate-40-menos,70002641028>. Acesso em: 8 out. 2020.

26 GRAVAS, Douglas; BRANDÃO, Raquel. No Brasil, mãe recebe até 40% menos. Levantamento mostra que mulheres que optaram por não ter filhos recebem salários melhores; primeiro filho reduz remuneração em 24%. *Estadão*, 11 dez. 2018. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,no-brasil-mae-recebe-ate-40-menos,70002641028>. Acesso em: 8 out. 2020.

a igualdade é um dos pilares da Democracia e, uma vez que não há paridade de direitos e obrigações, em claro desequilíbrio em função do gênero, não há igualdade, dignidade e justiça.

O cenário é agravado diante do contexto atual, marcado pela pandemia do coronavírus, em que as mulheres apresentam, ainda, uma maior dificuldade em conciliar a maternidade, os afazeres domésticos e o trabalho.

O ano de 2020 se iniciou com um surto provocado por um novo vírus, de rápida transmissão, denominado coronavírus, o qual fora descoberto na cidade de Wuhan (China). O coronavírus tem consequências respiratórias que podem levar ao óbito. Diante desse cenário, em 11 de março de 2020 houve a decretação de uma pandemia pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Como consequência, determinou-se a quarentena<sup>27</sup> e o isolamento social<sup>28</sup> no Brasil e em vários países do mundo.

O coronavírus causou um número alarmante de casos confirmados e de mortes em todo o mundo. Até a presente data – 8 de outubro de 2020 – já foram oficialmente registrados 36.265.982 casos confirmados e 1.057.505 mortes globais. Em relação ao Brasil, foram confirmados 5.000.694 casos e 148.228 mortes<sup>29</sup>.

Diante de tal cenário, várias medidas foram adotadas com o intuito de preservar a vida e a saúde de toda população como, por exemplo, a suspensão de atividades não essenciais, o fechamento de escolas e a implementação de educação e do trabalho à distância.

Em relação às mulheres, que já sofrem desigualdades no mercado de trabalho, o que contraria a própria [Constituição Federal de 1988](#), a pandemia contribui para o agravamento dessa situação<sup>30</sup>, especialmente em relação às mulheres mães. Dessa forma, “a pandemia apenas escancara os desafios impostos às muitas mulheres mães que precisam trabalhar em jornadas duplas ou triplas. Para estas mulheres responsáveis pela renda familiar, a divisão sexual do trabalho, que já era desigual, tende a se agravar na quarentena”<sup>31</sup>. Em tempos de isolamento social à mulher, “além das já existentes atividades de arrumar, limpar, cozinhar, passar roupas, é imposta a obrigação de estar disponível emocionalmente para o núcleo familiar”<sup>32</sup>.

27 De acordo com o art. 2º, II da Lei n. 13.979/2020: “Restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus” BRASIL. **Lei n. 13.979 de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm). Acesso em: 8 out. 2020.

28 De acordo com o art. 2º, I da Lei n. 13.979/2020: “Separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus”. BRASIL. **Lei n. 13.979 de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm). Acesso em: 8 out. 2020.

29 Os dados se referem ao relatório oficial de Covid-19. JOHNS HOPKINS UNIVERSITY. Whitin school of engineering. **Covid-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE)**. Baltimore, 2020. Disponível em: <https://www.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6>. Acesso em: 8 out. 2020.

30 Em relação às mulheres, de acordo com o Manual da FGV sobre “Efeitos da pandemia sobre o mercado de trabalho brasileiro”, “As mulheres apresentaram quedas gerais de renda do trabalho um pouco superiores às dos homens no início da pandemia (-20.54% contra -19.56%)”. NERI, Marcelo. Efeitos da pandemia sobre o mercado de trabalho brasileiro: Desigualdades, ingredientes trabalhistas e o papel da jornada. **FGV Social**. Rio de Janeiro: set. 2020. Disponível em: <https://cps.fgv.br/pesquisas/efeitos-da-pandemia-sobre-o-mercado-de-trabalho-brasileiro>. Acesso em: 8 out. 2020.

31 OLIVEIRA, Anita Loureiro de. A espacialidade aberta e relacional do lar: a arte de conciliar maternidade, trabalho doméstico e remoto na pandemia da Covid-19. **Revista Tamoios**, v. 16, n. 1, p. 154-166, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/tamoios.2020.50448>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/tamoios/article/view/50448/33479>. Acesso em: 29 nov. 2021. p. 159.

32 ABREU, Fernanda.; MARQUES, Fernanda; DINIZ, Ilidiana. Divisão sexual do trabalho entre homens e mulheres no contexto da pandemia da Covid-19. **Revista InterLegere**, v. 3, n. 28, p. 1-22 c21486, 2 set. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21680/1982-1662.2020v3n28ID21486>. Disponível em: <https://periodicos.ufm.br/interlegere/article/view/21486/13161> Acesso em: 9 out. 2020. p. 9.

Em reportagem, a psiquiatra Jaqueline Bifano comenta que com o isolamento social, em virtude da pandemia, as mulheres tiveram que conciliar o trabalho com os cuidados da casa e atividades com as crianças. De acordo com a psiquiatra, “antes da pandemia, a mulher conseguia se dedicar ao trabalho e dar mais atenção aos filhos, pois podia contar com a **ajuda** de escolas, creches ou até mesmo ONGs, o que, agora, não é mais possível, visto que as atividades estão suspensas”<sup>33</sup>. Ainda, destaca que essa tentativa de conciliação de todas essas atividades pode agravar o cansaço, a ansiedade “e, também, do sentimento de angústia profunda. Isso porque, segundo a psiquiatra, as mães tendem, além de se esgotarem pela realização de todas as tarefas, a se culparem caso não consigam se dedicar e cumprir 100% dos afazeres, sejam eles domésticos e/ou maternos”<sup>34</sup>.

Em reportagem, a empresária Marcia Machado, de 40 anos, mãe de dois filhos relata: “Sinto que estou trabalhando muito mais do que antes, pois a minha rotina, como mulher, mãe e dona de casa, ficou bem mais complicada com as crianças em casa o tempo todo. Além disso, meu filho não está tendo aula, nem mesmo *on-line*, já que estuda em escola pública. E isso torna a situação ainda mais delicada”<sup>35</sup>. Em relação às crianças:

[...] o cotidiano no confinamento exigido pela política de isolamento social trouxe problemas de vários tipos: o estresse de uma mudança brusca de rotina, a suspensão das brincadeiras nos espaços públicos – o parque, a praça e outras áreas comunitárias –, a restrição do movimento ao espaço da casa, diminuição da ludicidade corporal com a falta de convívio com outras crianças <sup>36</sup>

Em reportagem, a operadora de loja Daniela Ferreira de Souza Campos, de 25 anos, mãe solo de Heitor Campos Resende, de 2 anos relata: “Antes da pandemia, eu contava com o auxílio da creche, onde o Heitor ficava em tempo integral. Com o fechamento, me vi responsável por uma demanda pedagógica e recreativa do meu filho. Senti-me sobrecarregada”<sup>37</sup>. Ademais, de acordo com a trabalhadora: “o tempo que ele passava com o pai diminuiu durante o isolamento social, pois as visitas passaram a ser quinzenais, e isso não supre toda a demanda. Então, mesmo querendo que essa minha sobrecarga fosse menor, eu tento fazer o que está ao meu alcance e na minha realidade”<sup>38</sup>. No caso de Daniela, que possui “um arranjo familiar monoparental feminino

33 MAYARA, Jéssica. Mulheres se desdobram no papel de mãe em tempos de isolamento. Relaxar com as tarefas do lar e fazer terapia ou massagem ajudam a aliviar a sobrecarga de mulheres que se dividem entre acompanhamento dos filhos, rotina doméstica e trabalho em casa. **Estado de Minas**, 27 set. 2020. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/bem-viver/2020/09/27/interna\\_bem\\_viver,1188426/mulheres-se-desdobram-no-papel-de-mae-em-tempos-de-isolamento.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/bem-viver/2020/09/27/interna_bem_viver,1188426/mulheres-se-desdobram-no-papel-de-mae-em-tempos-de-isolamento.shtml). Acesso em: 8 out. 2020.

34 MAYARA, Jéssica. Mulheres se desdobram no papel de mãe em tempos de isolamento. Relaxar com as tarefas do lar e fazer terapia ou massagem ajudam a aliviar a sobrecarga de mulheres que se dividem entre acompanhamento dos filhos, rotina doméstica e trabalho em casa. **Estado de Minas**, 27 set. 2020. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/bem-viver/2020/09/27/interna\\_bem\\_viver,1188426/mulheres-se-desdobram-no-papel-de-mae-em-tempos-de-isolamento.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/bem-viver/2020/09/27/interna_bem_viver,1188426/mulheres-se-desdobram-no-papel-de-mae-em-tempos-de-isolamento.shtml). Acesso em: 8 out. 2020.

35 MAYARA, Jéssica. Mulheres se desdobram no papel de mãe em tempos de isolamento. Relaxar com as tarefas do lar e fazer terapia ou massagem ajudam a aliviar a sobrecarga de mulheres que se dividem entre acompanhamento dos filhos, rotina doméstica e trabalho em casa. **Estado de Minas**, 27 set. 2020. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/bem-viver/2020/09/27/interna\\_bem\\_viver,1188426/mulheres-se-desdobram-no-papel-de-mae-em-tempos-de-isolamento.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/bem-viver/2020/09/27/interna_bem_viver,1188426/mulheres-se-desdobram-no-papel-de-mae-em-tempos-de-isolamento.shtml). Acesso em: 8 out. 2020.

36 OLIVEIRA, Anita Loureiro de. A espacialidade aberta e relacional do lar: a arte de conciliar maternidade, trabalho doméstico e remoto na pandemia da Covid-19. **Revista Tamoios**, v. 16, n. 1, p. 154-166, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/tamoios.2020.50448>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/tamoios/article/view/50448/33479>. Acesso em: 29 nov. 2021. p. 156.

37 MAYARA, Jéssica. Mulheres se desdobram no papel de mãe em tempos de isolamento. Relaxar com as tarefas do lar e fazer terapia ou massagem ajudam a aliviar a sobrecarga de mulheres que se dividem entre acompanhamento dos filhos, rotina doméstica e trabalho em casa. **Estado de Minas**, 27 set. 2020. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/bem-viver/2020/09/27/interna\\_bem\\_viver,1188426/mulheres-se-desdobram-no-papel-de-mae-em-tempos-de-isolamento.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/bem-viver/2020/09/27/interna_bem_viver,1188426/mulheres-se-desdobram-no-papel-de-mae-em-tempos-de-isolamento.shtml). Acesso em: 8 out. 2020.

38 MAYARA, Jéssica. Mulheres se desdobram no papel de mãe em tempos de isolamento. Relaxar com as tarefas do lar e fazer terapia ou massagem ajudam a aliviar a sobrecarga de mulheres que se dividem entre acompanhamento dos filhos, rotina doméstica e trabalho em casa. **Estado de Minas**, 27 set. 2020. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/bem-viver/2020/09/27/interna\\_bem\\_viver,1188426/mulheres-se-desdobram-no-papel-de-mae-em-tempos-de-isolamento.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/bem-viver/2020/09/27/interna_bem_viver,1188426/mulheres-se-desdobram-no-papel-de-mae-em-tempos-de-isolamento.shtml). Acesso em: 8 out. 2020.

– as mães solo – este desafio é ainda mais significativo”<sup>39</sup>. Isto porque “muitas dessas *mães solo*, ao viverem a monoparentalidade, acabam tendo muitas dificuldades de seguir trabalhando sem uma rede de apoio, que varia muito a depender das condições socioeconômicas e culturais destas mulheres”<sup>40</sup>.

Em relação às “trabalhadoras domésticas, funcionárias dos serviços de limpeza urbana e hospitalar, funções ligadas ao abastecimento, farmácias, supermercados, além de outros serviços essenciais como setores da saúde (cuidadoras de idosos, técnicas e assistentes hospitalares, enfermeiras e médicas)”<sup>41</sup>, “as dificuldades são ainda maiores por terem que acumular funções, seguindo rotinas fora de casa, deixando seus/suas filhos/as dependentes da convivência com parentes ou pessoas próximas à família, colocando-as no risco [...] de contaminação por Covid-19”<sup>42</sup>.

“No Brasil, 85% dos trabalhadores em enfermagem e técnicos de enfermagem são mulheres, 45,6% dos profissionais de medicina são mulheres, 85% dos cuidadores/as de idosos é composto por mulheres”<sup>43</sup>. O trabalho de enfermagem é marcante não só por ser uma profissão exercida principalmente por mulheres, mas “também, pela especificidade das ações que desenvolvem no dia a dia. As profissionais de enfermagem convivem com a dinâmica das organizações no desenvolvimento de suas atividades e, ao mesmo tempo, gerenciam suas vidas como pessoas, esposas e mães”<sup>44</sup>. Importante salientar que o “trabalho de enfermagem hospitalar caracteriza-se por ser contínuo, com atividades 24 horas, sem descanso, com extensa carga horária semanal, realizado cotidianamente, incluindo os dias de feriado e festas comemorativas<sup>45</sup>”, o que torna muito difícil a conciliação entre maternidade, afazeres domésticos e trabalho, dificuldade esta agravada pela pandemia, pelos motivos já expostos.

Em relação às trabalhadoras domésticas, o Brasil tem cerca de 6,5 milhões de trabalhadoras ocupando essa função. “Atualmente, 11% das famílias brasileiras contam com o serviço de ao menos uma trabalhadora

39 OLIVEIRA, Anita Loureiro de. A espacialidade aberta e relacional do lar: a arte de conciliar maternidade, trabalho doméstico e remoto na pandemia da Covid-19. *Revista Tamoios*, v. 16, n. 1, p. 154-166, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/tamoios.2020.50448>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/tamoios/article/view/50448/33479>. Acesso em: 29 nov. 2021. p. 158.

40 OLIVEIRA, Anita Loureiro de. A espacialidade aberta e relacional do lar: a arte de conciliar maternidade, trabalho doméstico e remoto na pandemia da Covid-19. *Revista Tamoios*, v. 16, n. 1, p. 154-166, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/tamoios.2020.50448>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/tamoios/article/view/50448/33479>. Acesso em: 29 nov. 2021. p. 158.

41 OLIVEIRA, Anita Loureiro de. A espacialidade aberta e relacional do lar: a arte de conciliar maternidade, trabalho doméstico e remoto na pandemia da Covid-19. *Revista Tamoios*, v. 16, n. 1, p. 154-166, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/tamoios.2020.50448>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/tamoios/article/view/50448/33479>. Acesso em: 29 nov. 2021. p. 157.

42 OLIVEIRA, Anita Loureiro de. A espacialidade aberta e relacional do lar: a arte de conciliar maternidade, trabalho doméstico e remoto na pandemia da Covid-19. *Revista Tamoios*, v. 16, n. 1, p. 154-166, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/tamoios.2020.50448>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/tamoios/article/view/50448/33479>. Acesso em: 29 nov. 2021. p. 157.

43 ABREU, Fernanda.; MARQUES, Fernanda; DINIZ, Ilidiana. Divisão sexual do trabalho entre homens e mulheres no contexto da pandemia da Covid-19. *Revista Inter-Legere*, v. 3, n. 28, p. 1-22 c21486, 2 set. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21680/1982-1662.2020v3n28ID21486>. Disponível em: <https://periodicos.ufm.br/interlegere/article/view/21486/13161> Acesso em: 9 out. 2020. p. 5.

44 SPINDOLA, Thelma; SANTOS, Rosângela da Silva. Mulher e trabalho: a história de vida de mães trabalhadoras de enfermagem. *Rev. Latino-Am. Enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 11, n. 5, p. 593-600, out. 2003. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-11692003000500005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rlae/a/tnKdQSY5VFTMFtBHLKjhdz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 nov. 2021. p. 595.

45 SPINDOLA, Thelma; SANTOS, Rosângela da Silva. Mulher e trabalho: a história de vida de mães trabalhadoras de enfermagem. *Rev. Latino-Am. Enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 11, n. 5, p. 593-600, out. 2003. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-11692003000500005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rlae/a/tnKdQSY5VFTMFtBHLKjhdz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 nov. 2021. p. 596.



doméstica”<sup>46</sup>. A pesquisa realizada em abril de 2020, pelo Instituto Locomotiva, mostrou que “39% dos empregadores de diaristas renunciaram ao serviço destas profissionais, sem, entretanto, manter o pagamento das diárias”<sup>47</sup>. De acordo com a pesquisa, “o percentual é maior entre os entrevistados pertencentes às classes A e B – camadas da sociedade em que a renda por pessoa da família é superior a R\$ 1.526 mensais. Nesse grupo (A e B), a taxa de empregadores que dispensaram as diaristas sem pagamento é de 45%”<sup>48</sup>, deixando, em tempos de pandemia, essas trabalhadoras em uma situação ainda maior de precariedade. Além disso, “sem as empregadas domésticas em casa, com a pandemia, quem tem acumulado o trabalho são as mulheres”<sup>49</sup>, o que pode contribuir para o agravamento da divisão sexual do trabalho e das desigualdades de gênero.

Às mulheres mães que têm o privilégio de optar pelo trabalho remoto, apesar de não enfrentarem em mesmo grau às dificuldades das mulheres que precisam trabalhar fora de casa, também passam por acentuados obstáculos que colaboram para o aumento das desigualdades de gênero no mercado de trabalho. A título de exemplo, uma pesquisa prévia divulgada no site *Inside Higher Education* sugere que a pandemia está prejudicando a produtividade das pesquisadoras mulheres e reduzindo a produção de artigos científicos a serem submetidos para as revistas acadêmicas<sup>50</sup>. De acordo com a autora Anita Loureiro de Oliveira: “Tendo um filho de 3 anos e tendo que seguir produzindo intelectualmente, tenho me deparado com relatos de amigas e colegas que estão tendo muitas dificuldades com a nova rotina de confinamento e já aparecem notícias do impacto desta nova onda de exigências sobre a mulher, em especial as mães”<sup>51</sup>. Às mulheres que trabalham como professoras, “não bastasse a mudança no modo de lecionar, agora novas formas de estresse foram adicionadas ao trabalho docente feito em casa, como ter que gravar aulas virtuais de madrugada enquanto as crianças dormem”<sup>52</sup>.

Além disso, os casos de violência doméstica sinalizam para um aumento durante o momento da pandemia. Em relatório produzido pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), a pedido do Banco Mundial, constatou “em 12 estados do Brasil, em março e abril deste ano, houve um aumento de 22,2% no número de

46 SOUZA, Ludmilla. Covid-19: 39% dos patrões dispensaram diaristas sem manter o pagamento. Pesquisa do Instituto Locomotiva foi feita entre 14 e 15 de abril. **Agência Brasil**, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/Covid-19-39-dos-patroes-dispensaram-diaristas-sem-manter-o-pagamento>. Acesso em: 8 out. 2020.

47 SOUZA, Ludmilla. Covid-19: 39% dos patrões dispensaram diaristas sem manter o pagamento. Pesquisa do Instituto Locomotiva foi feita entre 14 e 15 de abril. **Agência Brasil**, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/Covid-19-39-dos-patroes-dispensaram-diaristas-sem-manter-o-pagamento>. Acesso em: 8 out. 2020.

48 SOUZA, Ludmilla. Covid-19: 39% dos patrões dispensaram diaristas sem manter o pagamento. Pesquisa do Instituto Locomotiva foi feita entre 14 e 15 de abril. **Agência Brasil**, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/Covid-19-39-dos-patroes-dispensaram-diaristas-sem-manter-o-pagamento>. Acesso em: 8 out. 2020.

49 ABREU, Fernanda.; MARQUES, Fernanda; DINIZ, Ilidiana. Divisão sexual do trabalho entre homens e mulheres no contexto da pandemia da Covid-19. **Revista InterLegere**, v. 3, n. 28, p. 1-22 c21486, 2 set. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21680/1982-1662.2020v3n28ID21486>. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/interlegere/article/view/21486/13161> Acesso em: 9 out. 2020. p. 6.

50 FLAHERTY, Colleen. No room of one's own. Early journal submission data suggest Covid-19 is tanking women's research productivity. **Inside Higher Education**. 21 abr. 2020 Disponível em: <https://www.insidehighered.com/news/2020/04/21/early-journal-submission-data-suggest-Covid-19-tanking-womens-research-productivity?fbclid=IwAR3rWNvXJTBFSINTqr2jeRMQCAV2MvIEAAe3tkH8hL5pwYnBpiL7tmVFnpw>. Acesso em: 8 out. 2020.

51 OLIVEIRA, Anita Loureiro de. A espacialidade aberta e relacional do lar: a arte de conciliar maternidade, trabalho doméstico e remoto na pandemia da Covid-19. **Revista Tamoios**, v. 16, n. 1, p. 154-166, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/tamoios.2020.50448>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/tamoios/article/view/50448/33479>. Acesso em: 29 nov. 2021. p. 160.

52 OLIVEIRA, Anita Loureiro de. A espacialidade aberta e relacional do lar: a arte de conciliar maternidade, trabalho doméstico e remoto na pandemia da Covid-19. **Revista Tamoios**, v. 16, n. 1, p. 154-166, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/tamoios.2020.50448>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/tamoios/article/view/50448/33479>. Acesso em: 29 nov. 2021. p. 161.

femicídios, a expressão máxima da violência contra mulher”<sup>53</sup>, comparado com o índice registrado em março-abril do ano de 2019. Em junho de 2020, a ONU, em chamada para contribuição com informações que permitam melhor compreensão sobre a violência contra mulher diante da pandemia, aponta que as mulheres estão “[...] mais suscetíveis às agressões e tendo mais dificuldades na hora de pedir socorro, já que as medidas de distanciamento social as levam a ficar, muitas vezes, sob o mesmo teto dos agressores, o que as inibe de prestar queixa”<sup>54</sup>. Ainda explica que “o risco é agravado pelo fato de haver menos intervenções policiais; fechamento de tribunais e acesso limitado à Justiça; fechamento de abrigos e de serviços para as vítimas e acesso reduzido aos serviços de saúde reprodutiva”<sup>55</sup>.

Mais uma vez, o que se observa a partir da análise dos dados expostos é uma afronta a direitos garantidos constitucionalmente, como a dignidade dessas mulheres, muitas vezes sobrecarregadas pela dupla carga de responsabilidade; a igualdade das trabalhadoras mães em relação aos homens, em razão de aquelas estarem sempre responsáveis pela cumulação do trabalho remunerado, trabalho doméstico, trabalho de cuidado e criação de filhos.

## CONCLUSÃO

O art. 5º da CF, no *caput*, sedimenta o princípio da igualdade, prevendo que todos são iguais perante a lei, garantindo, além disso, no inciso I do mesmo artigo, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Ainda, reconhecendo um padrão discriminatório histórico e a necessidade de reequilibrar a comprovada desigualdade entre o trabalho da mulher e do homem, a Constituição prevê proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX), buscando mitigar as diferenças salariais, a segregação no exercício de funções e qualquer outra discriminação em razão do gênero.

Embora a [Constituição Federal de 1988](#) tenha assegurado igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, ainda hoje é possível observar uma forte divisão sexual do trabalho, atribuindo às pessoas do sexo feminino uma maior responsabilidade no cuidado com os filhos e com o lar. A situação se mostra ainda mais alarmante em um contexto de pandemia, em que a sociedade em isolamento social e sem o acesso a serviços de apoio, se mostra obrigada a se limitar ao ambiente doméstico.

Com isso, o que se observa é a atribuição desproporcional às mulheres de afazeres que deveriam, pelo menos em atenção ao texto constitucional, ser distribuída harmonicamente entre homens e mulheres. A situação faz com que mulheres fiquem ainda mais sobrecarregadas, apresentando uma forte dificuldade em conciliar todas as esferas da vida.

53 BOND, Letycia. ONU coleta informações para compreender violência contra mulher. Contribuições podem ser enviadas até o dia 30 de junho. **Agência Brasil**, 08 jun. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/onu-coleta-informacoes-para-compreender-violencia-contra-mulher>. Acesso em: 8 out. 2020.

54 BOND, Letycia. ONU coleta informações para compreender violência contra mulher. Contribuições podem ser enviadas até o dia 30 de junho. **Agência Brasil**, 08 jun. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/onu-coleta-informacoes-para-compreender-violencia-contra-mulher>. Acesso em: 8 out. 2020.

55 BOND, Letycia. ONU coleta informações para compreender violência contra mulher. Contribuições podem ser enviadas até o dia 30 de junho. **Agência Brasil**, 08 jun. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/onu-coleta-informacoes-para-compreender-violencia-contra-mulher>. Acesso em: 8 out. 2020.

Sem perder a esperança em um futuro mais equilibrado em igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, espera-se que a realidade fática esteja mais alinhada com o ordenamento jurídico, o qual tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, garantindo aos trabalhadores, independente do gênero, um trabalho e uma existência digna.

Dessa forma, se encerra o presente estudo com dizeres de Marcia Tiburi: “não há nada mais importante na vida do que aprender a pensar, e não se aprende a pensar sem aprender a perguntar pelas condições e pelos contextos nos quais estão situados nossos objetos de análise e de interesse”<sup>56</sup>.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMO, Laís Wendel. **A inserção da mulher no mercado de trabalho**: uma força de trabalho secundária? 2007. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-23102007-141151/pt-br.php>. Acesso em: 29 nov. 2021.
- ABREU, Fernanda.; MARQUES, Fernanda; DINIZ, Ilidiana. Divisão sexual do trabalho entre homens e mulheres no contexto da pandemia da Covid-19. **Revista Inter-Legere**, v. 3, n. 28, p. 1-22 c21486, 2 set. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21680/1982-1662.2020v3n28ID21486>. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/interlegere/article/view/21486/13161> Acesso em: 9 out. 2020.
- ALMEIDA, Cléber Lucio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. **Direito do trabalho e Constituição**: a constitucionalização do direito do trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2017.
- BOND, Letycia. ONU coleta informações para compreender violência contra mulher. Contribuições podem ser enviadas até o dia 30 de junho. **Agência Brasil**, 08 jun. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/onu-coleta-informacoes-para-compreender-violencia-contra-mulher>. Acesso em: 8 out. 2020.
- BOTTINI, Lucia Mamus. O trabalho da mulher durante a revolução industrial inglesa (1780 a 1850). **Cadernos PDE**, v. 1, 2013. Disponível em: [http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes\\_pde/2013/2013\\_fafipa\\_hist\\_artigo\\_lucia\\_mamus\\_bottini.pdf](http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes_pde/2013/2013_fafipa_hist_artigo_lucia_mamus_bottini.pdf). Acesso em: 20 out. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29 nov. 2021.
- BRASIL. **Lei n. 13.979 de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm). Acesso em: 8 out. 2020.
- CANTELLI, Paula Oliveira. A reforma trabalhista e o trabalho da mulher. In: FARIA, Fernanda Nigri; TOSTES, Laura Ferreira Diamantino. **Aportes teóricos para a aplicação do direito do trabalho após a reforma trabalhista**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 265-284.
- FLAHERTY, Colleen. No room of one’s own. Early journal submission data suggest Covid-19 is tanking women’s research productivity. **Inside Higher Education**. 21 abr. 2020 Disponível em: <https://www.insidehighered.com/news/2020/04/21/early-journal-submission-data-suggest-Covid-19-tanking-womens-research-productivity?fbclid=IwAR3rWNvXJTBF51NTqr2jeRMQCAV2MvIEAAe3tkH8hL5pwYnBpIL7tmVFnpw>. Acesso em: 8 out. 2020.
- GRAVAS, Douglas; BRANDÃO, Raquel. No Brasil, mãe recebe até 40% menos. Levantamento mostra que mulheres que optaram por não ter filhos recebem salários melhores; primeiro filho reduz remuneração em 24%. **Estadão**, 11 dez. 2018. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,no-brasil-mae-recebe-ate-40-menos,70002641028>. Acesso em: 8 out. 2020.
- IBGE. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil. **Estudos e Pesquisas – Informação Demográfica e Socioeconômica**, Rio de Janeiro n. 38, 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 8 out. 2020.
- JOHNS HOPKINS UNIVERSITY. Whiting school of engineering. **Covid-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE)**. Baltimore, 2020. Disponível em: <https://www.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6>. Acesso em: 8 out. 2020.

56 TIBURI, Marcia. **Feminismo em comum**: para todas, todes e todos. 8. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo. *In*: LOPES, Marta Julia Marques; MEYER, Dagmar Estermann; WALDOW, Vera Regina (org.). **Gênero e saúde**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

MAYARA, Jéssica. Mulheres se desdobram no papel de mãe em tempos de isolamento. Relaxar com as tarefas do lar e fazer terapia ou massagem ajudam a aliviar a sobrecarga de mulheres que se dividem entre acompanhamento dos filhos, rotina doméstica e trabalho em casa. **Estado de Minas**, 27 set. 2020. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/bem-viver/2020/09/27/interna\\_bem\\_viver,1188426/mulheres-se-desdobram-no-papel-de-mae-em-tempos-de-isolamento.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/bem-viver/2020/09/27/interna_bem_viver,1188426/mulheres-se-desdobram-no-papel-de-mae-em-tempos-de-isolamento.shtml). Acesso em: 8 out. 2020.

NERI, Marcelo. Efeitos da pandemia sobre o mercado de trabalho brasileiro: Desigualdades, ingredientes trabalhistas e o papel da jornada. **FGV Social**. Rio de Janeiro: set. 2020. Disponível em: <https://cps.fgv.br/pesquisas/efeitos-da-pandemia-sobre-o-mercado-de-trabalho-brasileiro>. Acesso em: 8 out. 2020.

OLIVEIRA, Anita Loureiro de. A espacialidade aberta e relacional do lar: a arte de conciliar maternidade, trabalho doméstico e remoto na pandemia da Covid-19. **Revista Tamoios**, v. 16, n. 1, p. 154-166, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/tamoios.2020.50448>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/tamoios/article/view/50448/33479>. Acesso em: 29 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Mulheres no trabalho**: tendências 2016. Disponível em: [https://www.ilo.org/brazilia/publicacoes/WCMS\\_457096/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/brazilia/publicacoes/WCMS_457096/lang--en/index.htm). Acesso em: 29 nov. 2021.

SAEJ, Ana Paula; GODINHO, Letícia; SOUSA, Rosânia. **Mulheres na função pública**. Módulo 1: As mulheres no mundo do trabalho. Fundação João Pinheiro: Belo Horizonte, 2018.

SOUZA, Ludmilla. Covid-19: 39% dos patrões dispensaram diaristas sem manter o pagamento. Pesquisa do Instituto Locomotiva foi feita entre 14 e 15 de abril. **Agência Brasil**, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/Covid-19-39-dos-patroes-dispensaram-diaristas-sem-manter-o-pagamento>. Acesso em: 8 out. 2020.

SPINDOLA, Thelma; SANTOS, Rosângela da Silva. Mulher e trabalho: a história de vida de mães trabalhadoras de enfermagem. **Rev. Latino-Am. Enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 11, n. 5, p. 593-600, out. 2003. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-11692003000500005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rlae/a/tnKdQSY5VFTMFtBHLKjhddz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 nov. 2021.

TIBURI, Marcia. **Feminismo em comum**: para todas, todes e todos. 8. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

WOLF, Naomi. **O mito da beleza**: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres. Tradução de Waldéa Barcellos. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

# CAPÍTULO 21

## DISPUTAS REPRESENTATIVAS SOBRE A PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DO STF

Carolina Soares Castelliano Lucena de Castro

### INTRODUÇÃO

O tratamento jurídico legal conferido às mulheres na sociedade brasileira sofreu intensas mudanças nas últimas décadas, uma vez que normas legais que estipulavam ou legitimavam um regime de discriminação negativa deixaram de vigorar paulatinamente, mediante gradativas alterações legislativas<sup>1</sup>. Assim, o *status* jurídico da mulher evoluiu da condição de relativamente incapaz – como era o caso da mulher casada que sofria limitações para a prática autônoma de diversos atos da vida civil – para o *status* de cidadã formalmente em condição de igualdade com todos os demais, nos termos do que passou a estabelecer expressamente a [Constituição Federal de 1988](#).

Uma das mudanças significativas que a nova ordem constitucional operou foi em relação ao aspecto profissional mulher. Se o Código de 1916 estipulava que a mulher não poderia exercer uma profissão sem autorização do marido<sup>2</sup>, com a [Constituição de 1988](#) houve uma revolução desse *status* de subalternização com previsão expressa de que são direitos dos trabalhadores a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”<sup>3</sup>.

Essa significativa modificação na condição jurídica das mulheres, que passou a usufruir institucionalmente de um *status* isonômico, não impediu a perpetuação de uma realidade de profunda opressão e subjugação desse grupo em todos os níveis e aspectos na sociedade brasileira atual. Tal realidade perpassa por questões de violência de gênero, atribuições de papéis, divisões desiguais de obrigações domésticas e responsabilidades com os filhos, assim como disparidade salarial e de oportunidades profissionais, conforme demonstram indicadores empíricos<sup>4</sup>.

1 O Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) operou algumas mudanças no Código Civil de 1916, eliminando a incapacidade relativa da mulher casada e tornando a mulher colaboradora do homem no exercício da chefia da família.

2 O artigo 242 previa: A mulher não pode, sem autorização do marido: (...) VII. Exercer profissão.

3 Previsão contida no artigo 7º, inciso XX da Constituição Federal de 1988.

4 Quanto à taxa de desocupação, a taxa de desemprego dos homens no primeiro trimestre de 2020 era de 46,6% enquanto das mulheres era de 53,4%. Enquanto o rendimento médio dos homens no referido período foi de R\$ 2.888,00, das mulheres foi de R\$ 2.274,00. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/condicoes-de-vida-desigualdade-e-pobreza/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=27704&t=destaques>. Acesso em: 30 out. 2020.

E diante de um cenário de descompasso entre o *status* constitucional de igualdade e a reprodução de opressões na realidade, lutas acabam sendo travadas em diversos espaços da sociedade com a finalidade de transformação social a partir da implementação da agenda de valores trazida pelo sistema constitucional. Tais tentativas de mudança naturalmente são acompanhadas por forças e movimentos de resistência, que encaram tais investidas como ameaça a certos interesses vistos como prioritários e intocáveis.

Dessa forma, o campo jurídico, enquanto espaço da sociedade com forte impacto sobre a realidade, passa a ser disputado tanto pelos movimentos que lutam para a efetivação de direitos em relação às mulheres quanto por grupos que se mobilizam contrariamente à implementação dessa agenda política, por motivos variados. A intervenção no agir legislativo é um importante mecanismo de atuação desses movimentos, pois através da edição e revogação de leis é possível a imposição legal de tratamento isonômico entre os gêneros, para o fim de minorar, evitar ou romper com situações históricas de opressão<sup>5</sup>, como também permite a perpetuação desse quadro.

Além dessa forma de atuação sob o campo legislativo, o campo jurídico permite outras formas de ação capazes de operar mudanças na realidade, como se dá com o exercício da jurisdição constitucional do controle concentrado de constitucionalidade, no qual a implementação de transformações na realidade pode ser operada através de decisões do Supremo Tribunal Federal, por meio da provocação argumentativa de atores institucionais previamente legitimados a atuarem.

O presente trabalho pretende demonstrar de que forma o controle concentrado de constitucionalidade pode se tornar um campo de disputa quando se está em jogo o direito previsto no art. 7º, inciso XX da nossa Constituição. Importante mencionar que esse trabalho decorre de uma pesquisa mais ampla que culminou na elaboração da dissertação apresentada, em 2018, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro como requisito para obtenção do título de mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas<sup>6</sup>.

Nesse sentido, o trabalho pretende analisar os discursos presentes em duas iniciais de ações diretas que pretendem a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais tendo como paradigma a previsão constitucional em referência. Em ambas as ações a categoria “mulher” é mobilizada de diferentes formas, com atribuição de conteúdos diversos, como forma de endossamento ou desenvolvimento de certos discursos. Dessa forma, pretende-se capturar nas petições iniciais dessas ações diretas as construções discursivas que pretendem formatar um modelo, ou vários modelos sobre essa categoria “mulher” quando se está em discussão formas de proteção do seu mercado de trabalho.

5 Exemplo maior de lei nesse sentido é a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a prática de violência doméstica e familiar praticada exclusivamente contra a mulher, criando um tratamento jurídico diferenciado para esse grupo. Além disso, pode ser citada a Lei 13.287/2016 que acrescentou dispositivos à CLT, prevendo o afastamento de gestantes e lactantes, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres no trabalho.

6 A dissertação se desenvolveu em torno da análise discursiva de ações do controle concentrado de constitucionalidade que mobilizaram a categoria “mulher” e “interesses das mulheres” para fundamentar e desenvolver seus argumentos de persuasão. A dissertação adotou como marco temporal o período compreendido entre o ano de 2006 (ano de vigência da Lei Maria da Penha) e 2018 (ano de defesa da dissertação). Do total de ações encontradas, a partir das palavras chaves inseridas na ferramenta de busca do site do STF, foram analisadas seis ações diretas, que revelam visões antagônicas sobre três grandes temas: violência de gênero, direitos reprodutivos e proteção do mercado de trabalho.

O presente trabalho opta pela análise de duas ações direta ao invés de proceder à análise linguística das suas eventuais decisões, por entender que essa última opção esbarraria no filtro que uma decisão judicial necessariamente emprega sobre a argumentação encartada numa peça jurídica. Enquanto o que se pretende é trabalhar com as escolhas lexicais e a forma de argumentação em estado bruto, sem qualquer “depuração” judicial, uma vez que o agir institucional prático, multifacetado e contraditório presente no controle concentrado é o foco do trabalho.

A primeira ação analisada, ADI 5626<sup>7</sup>, foi proposta pelo então Procurador-Geral da República, em 2016 com objetivo de que fosse declarada a inconstitucionalidade do artigo 28, parágrafo 2º e 9º, alínea “a”, parte final, da Lei nº 8.212/1991<sup>8</sup>. Os referidos dispositivos legais, ao preverem que o empregador deve recolher a contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade, acaba onerando-o duplamente, pois que no período de afastamento da empregada deverá arcar com a contribuição previdenciária incidente sobre o salário do empregado que a substituirá. Portanto, a ADI 5.626 pretende a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais questionados, como forma de proteção do mercado de trabalho da mulher, a fim de que sua empregabilidade não seja impactada por uma dupla oneração ao empregador.

Por outro lado, o trabalho analisa a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.605 proposta, em 2016, pela Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços – CNS. Tal ação pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei 13.287, de 11 de maio de 2016, que acrescentou à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT o art. 394-A<sup>9</sup> proibindo o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres. Subsidiariamente, requer a interpretação desse dispositivo conforme a Constituição, de forma a excluir sua incidência às atividades que já possuam norma regulamentadora específica, como seria o caso do trabalho insalubre em relação às gestantes e lactantes, de acordo com o argumento defendido pela petionante.

Ambas as ações compartilham, a princípio, de um exposto discurso voltado à proteção do mercado de trabalho da mulher, porém partem de concepções diversas sobre o princípio da igualdade de gênero que servem de argumento de sustentação para a estruturação argumentativa. Além disso, a categoria “mulher” é preenchida semanticamente com significados diversos nas duas petições, o que reflete os reais interesses que se pretende atingir com a ajuizamento de cada uma delas, conforme poderá ser constatado ao final desse artigo.

Importante registrar que o marco teórico do trabalho é interdisciplinar, pois se desenvolve a partir da análise crítica do discurso, utilizado como método que recai sobre os textos das petições iniciais, bem como a

<sup>7</sup> Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5094358>. Acesso em: 21 out. 2020.

<sup>8</sup> Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição: (...) § 2º O salário-maternidade é considerado salário-de-contribuição. (...) § 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade;

<sup>9</sup> A redação do art. 394-A da CLT, dada pela Lei nº 13.287/2016, era: A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre. Posteriormente, com a aprovação da Lei nº 13.467/2017, a redação passou a ser: art. 394-A – Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: I – atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; II – atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; III – atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

partir da perspectiva teórica de Nancy Fraser, quando essa autora norte-americana propõe a “visualização do gênero bifocalmente, simultaneamente através de duas lentes diferentes. Visto através de uma lente, o gênero tem afinidades com a classe; visto através do outro, é mais parecido com o status.”<sup>10</sup>.

A investigação sobre a construção discursiva da categoria “mulher” será efetivada levando-se em consideração essas duas formas de opressão que operam na realidade e que a princípio seriam uma forma de diferenciação da “mulher” em relação aos demais, produzindo reflexos na paridade de participação em todas as esferas da sociedade. Portanto, o acesso à estrutura do controle concentrado de constitucionalidade tanto permite a implementação de políticas de redistribuição e reconhecimento quanto contribui para a perpetuação da falta de reconhecimento e má redistribuição, a depender dos interesses que se pretende atingir com o ajuizamento de determinada ação.

Além disso, adota-se aqui como marco teórico na análise do discurso a obra de Norman Fairclough, na medida em que a teoria desse autor é considerada “inovadora quando propõe examinar em profundidade não apenas o papel da linguagem na reprodução das práticas sociais e das ideologias, mas também seu papel fundamental na transformação social”<sup>11</sup>. Tal teoria também é considerada “dialética, na medida em que considera o discurso, por um lado, moldado pela estrutura social e, por outro, constitutivo da estrutura social.”<sup>12</sup>

A análise das ações diretas selecionadas é uma investigação sobre quais as prioridades e que tipos de padrões culturais informam a atuação das instituições de poder que agem perante o controle concentrado de constitucionalidade. Assim, busca-se identificar de que forma a mulher é representada perante a instância máxima do Judiciário nos discursos que se desenvolvem em torno da proteção do mercado de trabalho desse grupo. Se as decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado de constitucionalidade, podem ser encaradas como espécies de respostas às indagações que lhe são levadas, o presente artigo se interessa justamente em investigar as perguntas, procurando identificar quem são os agentes que as formulam, de que forma são construídas e sobre o que, ou sobre quem, elas recaem.

## II A UNIVERSALIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE SOCIAL

Quanto à primeira ação analisada, o então Procurador-Geral da República ajuizou em 2016 a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.626, sendo que a petição inicial desenvolve argumentos técnicos-jurídicos para apontar a inconstitucionalidade do artigo 28, parágrafo 2º e 9º, alínea “a”, parte final, da Lei nº 8.212/1991 basicamente estabelecendo a diferenciação entre as acepções formal e material igualdade:

*“... merece atenção o art. 5º, I, da CR, ao dispor que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. O preceito fixa cláusula de igualdade de gênero e define que*

10 FRASER, Nancy. **Fortunes of feminism**. London: Verso, 2013. p.162.

11 MAGALHÃES, Izabel. *In: FAIRCLOUGH, Norman: discurso e mudança social*. Brasília: Universidade de Brasília, 2016. p. 11.

12 MAGALHÃES, Izabel. *In: FAIRCLOUGH, Norman: discurso e mudança social*. Brasília: Universidade de Brasília, 2016. p. 11.



*essa igualdade se dará nos termos da Constituição. Assim o faz ao garantir licença-maternidade de 120 dias (art. 7o, XVIII), com proteção do emprego até cinco meses após o parto (art. 10, II, b, do ADCT); ao prever incentivos especiais compensatórios para estimular inserção das mulheres no mercado de trabalho (art. 7o, XX) e ao fixar critérios mais favoráveis às servidoras públicas na aquisição do direito à aposentadoria (art. 40, § 1o, III, a e b).”<sup>13</sup>*

Assim, possível depreender que os incentivos específicos são interpretados pelo Procurador-Geral da República como discriminações positivas que visam justamente concretizar o ideal de igualdade constitucional, assegurando uma igualitária participação feminina no mercado de trabalho. Importante registrar que, de acordo com a prática discursiva da inicial, diferenças sociais e biológicas por si só não legitimariam tratamento diferenciado, se esse tratamento não tiver como objetivo a implementação de iguais oportunidades. Nesse aspecto o então Procurador afirma que:

*“Por força dessa premissa, foram revogados dispositivos de proteção especial da mulher, que limitavam o trabalho noturno e restringiam a jornada de trabalho da empregada, previstos nos arts. 374 a 376, 378 a 380 e 387 da CLT, a fim de eliminar diferenças de tratamento desarrazoadas e cumprir o propósito de máxima equalização possível das condições de trabalho entre homens e mulheres.”<sup>14</sup>*

Portanto, se o tratamento diferenciado não tiver como objetivo a concretização do aspecto material da igualdade, seria pura e simplesmente uma discriminação negativa, baseada em aspectos culturais e simbólicos de representação de um grupo social. Assim, o ideal da mulher frágil e delicada justificariam a limitação do trabalho noturno e restrição da jornada de trabalho, porém esse tratamento diferenciado não apenas não confere qualquer proteção, como perpetua uma distribuição desigual e opressora de padrões culturais e, portanto, de *status* social.

Quanto à representação discursiva da mulher, possível notar que a petição inicial recorta o objeto sobre quem se fala para tratar de mulheres reais inseridas, ou que pretendem se inserir, no mercado de trabalho, potencialmente prejudicadas com a lei. Através de dados de pesquisa, o peticionante dá concretude ao objeto discursivo, mostrando como a vida da mulher é marcada por representações de estereótipos de gênero, os quais impedem sua interação com os demais membros da sociedade como um par em igualdade.

*“• De acordo com o Censo de 2010, as mulheres são atualmente 58% dos universitários no Brasil. Entretanto, elas representam apenas 2% dos presidentes das 250 maiores empresas brasileiras, segundo um levantamento de 2013 da consultoria Bain & Company;*

*• Segundo pesquisa da FGV Direito de São Paulo baseada em dados das empresas mais de 800 de capital aberto no Brasil disponíveis na CVM, 48% das empresas ainda não tem nenhuma mulher no conselho de administração, 66,5% das empresas não apresentam sequer uma mulher em posição de diretoria executiva. O número de mulheres no conselho de administração mais diretoria executiva passou de 7.8% em 2003 para 8.8% em 2013;*

13 Página 10 da petição inicial.

14 Página 13 da petição inicial.

- *As mulheres são 43% dos empreendedores do Brasil, mas apenas 20% delas têm faturamento mensal superior a R\$ 30 mil. Esse cenário reforça as dificuldades apontadas pelo Índice Global de Empreendedorismo e Desenvolvimento da DELL (GEDI), que investiga as condições de suporte ao empreendedorismo feminino de alto impacto pelo mundo. O GEDI apontou que 22 dos 30 países pesquisados em 2014 não tinham condições mínimas de incentivo ao empreendedorismo feminino, como acesso a crédito, networking (rede capacitação para as mulheres);*
- *As mulheres ainda são as principais responsáveis pelos afazeres domésticos: um relatório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) apontou que a média de dedicação semanal das mulheres a esse tipo de trabalho é de 25 horas semanais contra a média 10 horas semanais entre homens;*<sup>15</sup>

Ao apontar para normativas internacionais que preveem que o empregador em hipótese alguma deve ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega, o peticionante as representa discursivamente da seguinte forma:

*“Busca reduzir-se, com isso, a crônica discriminação de que mulheres são vítimas.”*<sup>16</sup> – grifos nossos

Portanto, na passagem transcrita, as mulheres são textualmente representadas como vítimas, palavra não utilizada aleatoriamente, pois que seu sentido está interligado com a noção de injustiça para a qual não se contribuiu, exatamente a premissa sobre a qual o autor da ação constrói seu discurso, pois que a mulher é representada como sistematicamente alvo de injustiças sem que tenha dado causa a nenhuma delas

Além de representar a mulher por meio das discriminações que marcam sua vida, indicando uma condição de inferioridade social, o Procurador-Geral, ao tratar especificamente da mulher empregada gestante, elabora uma representação discursiva própria, conforme se verifica na seguinte passagem:

*“Comparativamente à Constituição de 1967, a atual aumentou a licença-maternidade de 84 para 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário, estendeu-a à empregada rural, à doméstica e à trabalhadora avulsa, em claro movimento de universalização desse direito social. Assegurou garantia de emprego à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, com vistas a impedir dispensa discriminatória e a preservar os direitos trabalhistas e previdenciários da mulher em momento de vulnerabilidade social”*<sup>17</sup>. – grifo nosso

Pelo trecho acima, observa-se que o Procurador-Geral representa a empregada mulher gestante “*desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto*” inserindo-a no grupo de vulneráveis sociais. Essa representação específica permite que a linha argumentativa se desenvolva no sentido de atribuir responsabilidade social e coletiva aos problemas que marcam a vida da mulher nesse período da vida. Portanto, através da prática discursiva pretende-se impulsionar tais problemas para fora do espaço privado, defendendo o peticionante que o INSS, financiado por toda a coletividade, seria o responsável por arcar com a contribuição previdenciária do salário-maternidade, já que este teria natureza previdenciária e não trabalhista.

15 Página 6-7 da petição inicial.

16 Página 15 da petição inicial.

17 Página 9 da petição inicial.

Assim, o peticionante promove a construção de uma identidade social ao mobilizar a mulher, em determinada situação específica, enquanto vulnerável social, demonstrando que “*o discurso é uma prática, não apenas de representação do mundo, mas de significação do mundo, constituindo e construindo o mundo em significados*”<sup>18</sup>.

O Procurador-Geral parte do pressuposto de que o acesso igualitário ao mercado de trabalho é um interesse legítimo, não somente para as mulheres, mas para toda a sociedade, sob uma perspectiva de geração de riquezas para o país. Observa-se, dessa forma, que a petição retrata o entrelaçamento de dois tipos de injustiça: cultural e econômica. Assim, padrões sociais de representação, interpretação e comunicação que recaem sobre a mulher e tudo que lhe diga respeito, como a maternidade, agem em conjunto com estruturas econômicas “que geram formas de injustiça distributiva específicas de gênero”<sup>19</sup>.

Não há dúvida de que as injustiças advindas da ausência de reconhecimento e má distribuição ainda são potencializadas caso o fator raça seja acrescido na análise, situação essa negligenciada pela ADI nº 5.626, que deixou de fazer uma abordagem que fosse além das opressões de gênero e, dessa forma, pudesse realçar as diferentes experiências compartilhadas por mulheres inseridas nos mais diversos contextos. Nesse aspecto, a discriminação mista ou composta<sup>20</sup> – que entrecruza discriminação de gênero e raça – agindo no momento da contratação de mulheres negras, culmina numa maior marginalização desse grupo em relação ao mercado de trabalho<sup>21</sup>, situação essa que passou despercebida na ação analisada.

De qualquer forma, pode-se concluir que a ADI nº 5.626 – ao focar a prática discursiva sobre a mulher, representando-a discursivamente enquanto vítima de discriminações, e até mesmo tratando a empregada gestante na qualidade de vulnerável social – pretende promover mudanças que não lhe garantam tão somente acesso ao mercado de trabalho remunerado, mas sim um acesso igualitário que leve em consideração suas necessidades e interesses específicos. Nesse ponto, importante que outra abordagem sobre o mesmo campo seja analisada, para que as ambivalências dos discursos sobre a proteção do mercado de trabalho da mulher sejam apontadas e os interesses em disputa sejam identificados.

### III O LIVRE EXERCÍCIO DA PROFISSÃO INSALUBRE

Compartilhando de um discurso também voltado à proteção do mercado de trabalho da mulher, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.605 foi proposta, em 2016, pela Confederação Nacional de Saúde, Hospitais

18 FAIRCLOUGH, Fair. **Discurso e mudança social**. Brasília: Universidade de Brasília, 2016. p. 95.

19 FRASER, Nancy. **Fortunes of feminism**. London: Verso, 2013.

20 Utilizando-se aqui a nomenclatura empregada por Kimberle Crenshaw ao diferenciar três diferentes tipos de discriminação. A Interseccionalidade na Discriminação de Raça e Gênero. CRENSHAW, Kimberlé. A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero. [In: VV.AA. **Cruzamento: raça e gênero**. Brasília: Unifem, 2004].

21 Enquanto as mulheres receberam 78,7% do valor dos rendimentos dos homens, em 2018, as pessoas de cor ou raça preta ou parda receberam apenas 57,5% dos rendimentos daquelas de cor ou raça branca. Em relação à população desocupada e à população subutilizada, que inclui, além dos desocupados, os subocupados e a força de trabalho potencial, as pessoas pretas ou pardas são substancialmente mais representadas – apesar de serem pouco mais da metade da força de trabalho (54,9%), elas formavam cerca de 2/3 dos desocupados (64,2%) e dos subutilizados (66,1%) na força de trabalho em 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf). Acesso em: 29 nov. 2021.

e Estabelecimentos e Serviços – CNS, que se apresenta discursivamente na petição como uma “entidade sindical de grau superior, sem fins lucrativos”.

Tal confederação se caracteriza como uma entidade patronal que “congrega atualmente oito federações (FENAESS, FEHOSUL, FEHERJ, FEHOSPAR, FEHOESC, FEHOESG, FEBASE E FEHOESP) e noventa sindicatos de saúde em atividade no país<sup>22</sup>, representando os estabelecimentos de serviços de saúde, como hospitais, clínicas, laboratórios de análises clínicas e patologia, serviços de diagnóstico, imagem e fisioterapia, entre outros.

Com o ajuizamento da ADI nº 5.605<sup>23</sup>, a CNS ataca o texto da Lei 13.287, de 11 de maio de 2016, que acrescentou à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT o art. 394-A<sup>24</sup> proibindo o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres. Para isso, recorre a duas estratégias discursivas em sua inicial, pois utiliza argumentos relacionados a interesses do capital privado, como direito de propriedade, livre-iniciativa e equilíbrio econômico-financeiro da atividade empresarial; bem como desenvolve uma linha argumentativa de suposta proteção às trabalhadoras mulheres, valendo-se para isso, das noções de proteção do mercado de trabalho, igualdade e livre exercício da profissão.

A retórica desenvolvida em torno da preservação do mercado de trabalho da mulher e livre exercício da profissão aparece em diversas passagens da petição inicial, como no trecho a seguir:

*“Assim, a Lei atacada ao instituir que a empregada gestante ou lactante não possa trabalhar em local insalubre durante a gestação e lactação acaba por limitar indiretamente a atuação das mulheres no ambiente hospitalar, **alijando a gestante e lactante de seu direito fundamental ao livre exercício da profissão** (CRFB, art. 5º, XIII; art. 6º e art. 7º, XXVI) e de forma futura dificulta ainda mais a sua entrada no tão sonhado mercado de trabalho, uma vez que o empregador ao avaliar a contratação de uma mulher jovem e sem filhos, por óbvio vai optar por contratar um funcionário do sexo masculino, já que este não está amparado pelos benefícios da lei.”<sup>25</sup> – grifos originais do texto*

Possível identificar que o trecho acima associa de forma direta a vedação do trabalho insalubre como impeditivo ao livre exercício da profissão, como se todo o trabalho desenvolvido por gestantes e lactantes fosse insalubre, e como se o mercado de trabalho delas se restringisse a esse tipo de atividade. Além disso, ao dizer que o funcionário do gênero masculino não está amparado “pelos benefícios da lei”, a confederação acaba por admitir, ainda que indiretamente, que o dispositivo legal impugnado seria benéfico.

Além de tais argumentos, a entidade patronal identifica o tratamento diferenciado para gestantes e lactantes como violador do princípio da igualdade.

<sup>22</sup> Disponível em: <http://cnsaude.org.br/>. Acesso em: 30 out. 2020.

<sup>23</sup> Petição inicial disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5065325>. Acesso em: 27 set. 2020.

<sup>24</sup> A redação do art. 394-A foi modificado, posteriormente, pela Lei nº 13.467/2017, que enfraquece em muito a proibição do trabalho insalubre para grávidas e lactantes. Tal modificação textual representa um claro aceno aos interesses das entidades patronais da área da saúde, o que demonstra que o objetivo por detrás da ADI 5605 conseguiu ser atingido por vias transversas de acesso ao Poder Legislativo.

<sup>25</sup> Página 7 da petição inicial.

*“(...) a lei 13.287/2016 ao afastar de locais e/ou atividades insalubres, discrimina todos os demais trabalhadores que são considerados aptos para trabalhar nesses locais, violando dessa forma o princípio da isonomia (igualdade) disposto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso I, e o que é pior, sem qualquer tipo de estudo técnico ou científico para justificar tal segregação (...)”<sup>26</sup> – grifo nosso*

Entretanto, ao avocar uma prática discriminatória contra os demais trabalhadores que se encontram “aptos” para trabalhar nos locais insalubres, a confederação intencionalmente negligencia o fato de que a situação da gestante e lactante é obviamente especial e diferenciada em relação aos demais trabalhadores e trabalhadoras. Assim, insiste numa abordagem formalista da igualdade, interpretando o tratamento especial como pura “discriminação

A petição inicial aponta para uma necessidade de reconhecimento das mulheres como “seres igualmente dotados de racionalidade e autoridade” da seguinte forma:

*Deve-se reconhecer as mulheres como seres igualmente dotados de racionalidade e autoridade, permitindo-lhes condições de igualdade substancial e viabilizando-lhes o acesso equitativo: a) à representatividade política; b) às decisões institucionais; c) e ao exercício dos direitos fundamentais, em especial no trabalho.”<sup>27</sup>*

Possível notar que a expressão “igualmente” indica que há outro ser que deteria naturalmente as qualidades da racionalidade e autoridade, em relação ao qual a mulher é comparada. Evidentemente, esse outro ser é o homem, uma vez que os parágrafos anteriores tratam da igualdade entre homens e mulheres.

Portanto, somente após o reconhecimento da mulher enquanto ser igualmente dotado de racionalidade e autoridade, a fruição de alguns direitos e ocupação de alguns espaços, em igualdade de condições com os homens, seria possível, como o exercício da representatividade política, tomada de decisões institucionais e o exercício do direito fundamental ao trabalho. Assim, o paradigma masculino marcado pelas qualidades da racionalidade e autoridade é o padrão que serve de espelho e que permite amplo acesso aos espaços públicos da sociedade.

Por outro lado, a petição inicial também representa discursivamente a mulher gestante e lactante como ser instável e irracional, ao atribuir-lhe determinado comportamento que seria ditado por um quadro de instabilidade psicológica, conforme a seguinte passagem:

*“Desta forma, a medida protetiva almejada pela Lei 13.287 ao invés de trazer segurança para as trabalhadoras acaba por gerar discriminação à todas as gestantes e lactantes que podem se sentir insatisfeitas com o novo posto de trabalho num momento em que ela está mais sensível, sob o aspecto psicológico.”*

<sup>28</sup> – grifos nossos

Com o trecho acima colacionado, a confederação elabora uma conjectura no sentido de que trabalhadoras gestantes e lactantes removidas para atividades não insalubres, durante o período de gravidez e amamenta-

<sup>26</sup> Página 5 da petição inicial.

<sup>27</sup> Página 6 da petição inicial.

<sup>28</sup> Página 8 da petição inicial.

ção, poderiam se sentir insatisfeitas com esse novo posto de trabalho não por fatores reais que contribuíssem para esse sentimento, mas por aspectos puramente psicológicos desencadeados pelo próprio estado de gravidez e amamentação.

Dessa forma, a peticionante presume comportamentos e sentimentos de uma ampla gama de gestantes e lactantes – negligenciando as diferentes experiências, contextos sociais e formas entrecruzadas de opressão – com base numa representação social da mulher enquanto ser marcado pela instabilidade, emotividade e sensibilidade, em contraposição ao modelo hegemônico e valorizado do homem, enquanto ser dotado dos atributos da racionalidade e objetividade.

Portanto, a prática discursiva da entidade patronal aponta para o fato de que a racionalidade e autoridade devem ser reconhecidas na mulher, num exercício voluntário de percepção, pois o que sobressairia de forma espontânea, sem a necessidade de um esforço de reconhecimento, seria a marca da instabilidade e irracionalidade, que marcariam as atitudes e a própria vida da mulher, sobretudo gestante ou lactante.

Interessante notar que em nenhum momento o texto recorre à intertextualidade para trazer vozes das mulheres representadas, seja por meio de pesquisas, dados estatísticos ou qualquer outro recurso que reproduza uma fala externa, indicando que a prática discursiva da inicial opta pelo estabelecimento de premissas, menosprezando qualquer dialogicidade com o objeto discursivo. Assim, legislação, doutrina e decisões jurisprudenciais aparecem tão somente para corroborar os argumentos desenvolvidos pela peticionante e indicar quais seriam os interesses das mulheres representadas.

Possível concluir que nessa ação judicial do controle concentrado de constitucionalidade, para muito além de problemas de reconhecimento, o que de fato está em jogo por detrás da prática discursiva artificialmente desenvolvida em torno da proteção do mercado de trabalho da mulher são os lucros e a defesa da propriedade privada. Ainda que o atingimento de tais interesse se deem à custa da vida, saúde e integridade física da mulher trabalhadora e seus filhos.

#### IV CONCLUSÃO

Apesar da gravitação em torno do mesmo dispositivo constitucional, possível observar marcantes diferenças entre a ADI nº 5.605, proposta pela Confederação Nacional de Saúde e ADI nº 5.626, proposta pelo então Procurador-Geral. Em que pese os argumentos serem desenvolvidos dentro da mesma moldura argumentativa, a prática discursiva de cada ação é marcada por representações diversas da realidade, e, além disso, os objetivos de fato perseguidos não são os mesmos. Nesse sentido, o discurso de proteção do mercado de trabalho assume diferentes concepções em cada uma das ações, ambivalência que reflete o entendimento de Fairclough quando diz que

em lugar de dizer que tipos de discurso particulares têm valores políticos e ideológicos inerentes, direi que diferentes tipos de discurso em diferentes domínios ou ambientes institucionais podem vir a ser “investidos” política e ideologicamente. Isso significa que os tipos de discurso podem também ser envolvidos de diferentes maneiras – podem ser reinvestidos<sup>29</sup>.

Assim, na ADI nº 5.605 o discurso desenvolvido representa o mercado de trabalho da mulher como um bem de valor absoluto, um fim em si mesmo, sendo que a sua proteção, objetivo máximo expressado pela confederação patronal, não se estenderia para a maternidade e a criança. Além disso, a empregada gestante é equiparada em igualdade de tratamento a qualquer outro trabalhador, sendo que com essa postura a petionante pretende anular qualquer tipo de impacto econômico financeiro advindo com a maternidade da empregada, deixando de apontar caminhos para a universalização desse impacto, mas apenas refutando responsabilidades.

Por sua vez, na ADI nº 5.626 o discurso da proteção do mercado de trabalho da mulher se estende para abranger a maternidade, sendo que há uma representação discursiva da empregada gestante como vulnerável social, com necessidades particulares e opressões potencializadas. Portanto, o Procurador-Geral nessa ação assume que a situação da empregada mulher gestante é especial em relação aos demais trabalhadores, o que justificaria um tratamento legal condizente de forma a evitar que as diferenças resultem em prejuízos às mulheres.

Enquanto na ADI nº 5.626 há o desenvolvimento de uma justificativa para a universalização social do ônus de afastamento da empregada gestante durante o período previsto em lei, na ADI nº 5.605 busca-se transferir esse ônus exclusivamente à gestante, que colocando a própria vida, e da prole, em risco, deve ser compelida a trabalhar em atividades insalubres, uma vez que o equilíbrio-financeiro das empresas privadas deve ser o bem máximo a ser preservado.

Analisando a ADI nº 5.605 é possível verificar uma estratégia discursiva que projeta um cenário social de caos (seja demissões em massa, colapso do sistema de saúde), incutindo sentimentos de insegurança sobre os receptores do texto para que estes temam mudanças da realidade, quando a perpetuação da mesma significa a reprodução de violações à saúde da mulher trabalhadora. Nota-se, assim, que os emissários de tais discursos conseguem livre acesso à estrutura do controle concentrado de constitucionalidade, em razão da própria configuração do rol de legitimados, reproduzindo padrões culturais de ausência de reconhecimento com vistas à preservação da (má) distribuição de renda que marca estruturalmente a sociedade.

Possível notar, dessa maneira, que os discursos desenvolvidos em torno da proteção do mercado de trabalho da mulher podem assumir uma visão abrangente, propondo uma construção coletiva na qual toda a sociedade torna-se responsável pelo implemento da igualdade de oportunidades entre os gêneros. Ou, por outro lado, podem assumir uma abordagem individualista, transferindo para a mulher empregada a responsabilidade de manter inalterada as condições nocivas do seu mercado de trabalho.

29 FAIRCLOUGH, Fair. **Discurso e mudança social**. Brasília: Universidade de Brasília, 2016. p. 99.

As duas ações analisadas permitem entrever visões e projetos de mundo completamente antagônicos no tocante aos direitos das mulheres, com potencial de produzir impactos direto sobre a realidade. Diante desse quadro, possível concluir que qualquer “projeto de transformação político-econômica e de justiça distributiva”<sup>30</sup> para as mulheres perpassa pela compreensão dos seus direitos constitucionais como categorias semânticas que precisam ser disputadas, para que representações não hegemônicas de mundo sejam visibilizadas nos espaços de decisão e projetem modificações estruturais, rompendo-se com a lógica opressora que se esconde por detrás dos discursos formais sobre igualdade.

## REFERÊNCIAS

- CRENSHAW, Kimberlé. A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero. [In: VV.AA. **Cruzamento: raça e gênero**. Brasília: Unifem, 2004].
- FAIRCLOUGH, Fair. **Analysing Discourse**. Textual Analyses for Research. London: Routledge, 2004.
- FAIRCLOUGH, Fair. **Discurso e mudança social**. Brasília: Universidade de Brasília, 2016.
- FRASER, Nancy. **Fortunes of feminism**. London: Verso, 2013.
- FRASER, Nancy. Mapeando a Imaginação Feminista. **Rev. Estud. Fem**, v. 15, n. 2, p. 291-308, maio/ago. 2007. p. 296. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2007000200002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/qLvqR85s5gq56d63QhPX4VP/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 nov. 2021.
- IBGE. Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil. **Estudos e Pesquisas • Informação Demográfica e Socioeconômica**, n. 41, 2019. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf). Acesso em: 29 nov. 2021.
- IBGE. **PNAD Contínua** – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/condicoes-de-vida-desigualdade-e-pobreza/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=27704&t=destaques>. Acesso em: 30 out. 2020.
- MAGALHÃES, Izabel. In: FAIRCLOUGH, Norman: discurso e mudança social. Brasília: Universidade de Brasília, 2016.

30 FRASER, Nancy. Mapeando a Imaginação Feminista. **Rev. Estud. Fem**, v. 15, n. 2, p. 291-308, maio/ago. 2007. p. 296. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2007000200002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/qLvqR85s5gq56d63QhPX4VP/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 nov. 2021.



# CAPÍTULO 22

## AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

Thaís Marafanti

### 1 DIREITO DO TRABALHO COMO DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A [Constituição Federal de 1988](#) foi a primeira constituição brasileira a prever título específico para os chamados direitos e garantias fundamentais, no qual especificou os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos políticos e as regras sobre a nacionalidade, os direitos sociais básicos e de caráter geral, bem como rol extenso de direitos dos trabalhadores<sup>1</sup>.

Dentre os direitos sociais reconhecidos e assegurados pela Constituição, nos seus artigos 6º e 7º, temos o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao lazer, à moradia, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados e ao trabalho.

Os direitos sociais constituem as liberdades positivas, de observância obrigatória por parte do Estado, tendo como objetivo a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social<sup>2</sup>. A principal característica é que eles são normas de natureza programática e dependem de ações estatais para a realização de programas sociais em cada um deles.

Dentre os valores sociais, iremos tratar mais profundamente dos direitos sociais e individuais dos trabalhadores, com destaque para a proteção do mercado de trabalho da mulher.

Os direitos sociais do trabalho são direitos públicos subjetivos que impõem ao Estado um dever programático mínimo a ser cumprido em termos de realização do projeto social, cujo conteúdo desdobra-se em direitos trabalhistas individuais (aqueles atinentes à relação de trabalho) e direitos sociais trabalhistas coletivos (que dizem respeito à autonomia negocial coletiva e ao poder normativo de competência da Justiça do Trabalho). O artigo 7º traz um rol exemplificativo dos direitos trabalhistas.

É de conhecimento notório que o direito do trabalho não é uma ciência datada, mas sim fruto de uma evolução histórica, pautada em muitas lutas, sofrimentos, entre a massa trabalhadora e os donos do capital. Foram diversas reivindicações pelo direito às condições de produzir e sustentar a própria vida e impor limites à explo-

<sup>1</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

<sup>2</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. Rio de Janeiro, 2017.

ração humana, em especial quanto à duração da jornada e às condições de saúde e de segurança no trabalho. Ao longo do Século XX, diversas normas nacionais e internacionais foram editadas no sentido de preservar a dignidade humana do trabalhador e impedir que trate o trabalho apenas como mercadoria, sujeitas às regras de compra e venda do mercado, e de tratar as pessoas como meros objetos ou recursos econômicos.

Assim, embora tenha tido muita evolução nas leis que tratam sobre os direitos dos trabalhadores, ainda temos questões que devem ser melhor debatidas, principalmente no que tange à proteção especial para garantir o trabalho da mulher.

Algumas questões podem surgir, pois essa proteção pode gerar consequência indesejada de restringir ainda mais o acesso da mulher ao mercado de trabalho? Se sempre falamos em igualdade entre o homem e a mulher, por que tem tanta resistência nessa igualdade no âmbito do trabalho?

## **2 PRECEDENTES HISTÓRICOS DO DIREITO DO TRABALHO DA MULHER NO DIREITO INTERNACIONAL**

Para melhor entender o assunto, analisaremos os precedentes históricos do direito da mulher no âmbito trabalhista.

A Organização Internacional do Trabalho foi criada em 1919, pelo Tratado de Versalhes e marcou o fim da 1ª Guerra Mundial. Ela contribuiu para internacionalização dos direitos humanos e buscava a paz mundial, justiça social e a dignidade do ser humano trabalhador. Sua finalidade consistia em promover padrões internacionais justos e dignos de trabalho e bem-estar.

Dentre as atividades da OIT, se destaca a normativa, que consiste em estabelecer regras internacionais de trabalho, visando adotar um patamar mínimo de proteção nas relações de trabalho.

Em relação às questões de gênero e não discriminação, a OIT se preocupou em garantir a igualdade de oportunidade e tratamento entre homem e mulher nas relações de trabalho, bem como de proteger as mulheres durante a gestação.

A primeira convenção a tratar da proteção da mulher trabalhadora foi editada em 1919. Esta convenção tratava do emprego das mulheres antes e depois do parto e do trabalho noturno. Em relação ao trabalho, não autorizava que fosse exercido depois de seis semanas do parto, bem como garantia o direito de deixar o trabalho até seis semanas antes do parto, fazendo jus ao recebimento de indenizações no período de afastamento para a manutenção do filho, bem como garantias de ser assistida por um médico ou uma parteira. E por fim, garantiu o direito de duas folgas de meia hora para o aleitamento<sup>3</sup>.

Posteriormente foram promulgadas outras convenções no âmbito da OIT tratando do trabalho feminino, como a n° 4, que dispunha sobre o trabalho noturno da mulher; a Convenção n° 41 de 1934 e a Convenção n°

<sup>3</sup> Artigo 3 da Convenção 3 da Organização Internacional de Trabalho: Emprego das mulheres antes e depois do parto.

89 de 1948, que proibia o trabalho das mulheres em minas, a Convenção nº 100 de 1948, que tratava da igualdade de remuneração entre a mão de obra masculina e feminina por um trabalho de igual valor e a Convenção nº 103, de 1952, que regulava a proteção à maternidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, estabeleceu o direito ao trabalho e a “igualdade de remuneração por igual trabalho”, em seu artigo 23<sup>4</sup>.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no seu artigo 7, reconhece o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, com destaque para a alínea i, que assegura salário equitativo e remuneração igual por trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e receber a mesma remuneração que ele por trabalho igual.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, editada no ano 1979, foi o primeiro tratado a dispor amplamente sobre os direitos da mulher. No seu artigo 11, tratou da obrigação dos Estados-Parte de adotar medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, destacando o direito à igualdade de oportunidade de emprego, inclusive mesmo critério de seleção em questões de emprego, direito de escolher livremente a profissão, direito de promoção, direito de igual remuneração, incluindo benefícios e igualdade de tratamento relativo a trabalho de igual valor, direito à seguridade social, proteção à saúde e condições de trabalho. Ainda no artigo 11, no inciso 2, prevê explicitamente a não discriminação da mulher em razão do casamento ou maternidade e assegura a efetividade de seu direito a trabalhar, exigindo do estado que tomem medidas para proibir a demissão em razão da maternidade, garantir a licença maternidade remunerada, proteção a gravidez<sup>5</sup>.

### 3 EVOLUÇÃO HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO DA MULHER NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No direito brasileiro, o direito da mulher somente foi abordado no século XX, isto porque a [Constituição Federal de 1824](#) nada falou respeito sobre a atividade econômica e ao trabalho, que dirá sobre o trabalho femi-

4 Artigo 23 – 1. *Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego; 2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.*;3. *Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social.*

5 Artigo 11, item 2 – *A fim de impedir a discriminação contra a mulher por razões de casamento ou maternidade e assegurar a efetividade de seu direito a trabalhar, os Estados – partes tomarão as medidas adequadas para:*

A) *Proibir, sob sanções, a demissão por motivo de gravidez ou licença maternidade e a discriminação nas demissões motivadas pelo estado civil;*

b) *Implantar a licença de maternidade, com salário pago ou benefícios sociais comparáveis, sem perda do emprego anterior, antiguidade ou benefícios sociais;*

c) *Estimular o fornecimento de serviços sociais de apoio necessários para permitir que os pais combinem as obrigações para com a família com as responsabilidades do trabalho e a participação na vida pública, especialmente mediante o fomento da criação e desenvolvimento de uma rede de serviços destinados aos cuidados das crianças;*

d) *Dar a proteção especial às mulheres durante a gravidez nos tipos de trabalhos comprovadamente prejudiciais para elas.*

nino, que representava uma parcela insignificante da mão de obra livre.<sup>6</sup> A [Constituição de 1891](#) também foi omissa em questões trabalhistas.

No ano de 1919, é editada a primeira medida protetiva para as mulheres com o Código Sanitário, que além de proibir os trabalhos para menores de 14 anos, vedava o labor noturno para os trabalhadores do sexo feminino. No ano de 1932, é editado o Decreto 21.417-A, no qual regulava as condições de trabalho das mulheres na indústria e comércio, valendo destacar as seguintes normas: vedação de trabalho de remoção de pesos, de trabalhos insalubres, perigosos, proíbe o trabalho quatro semanas antes e depois do parto. Assegurou o salário igual dos homens e das mulheres, auxílio maternidade, direito a dois descansos durante a jornada para amamentação e excluiu a gravidez do rol das justas causas ensejantes da rescisão de contrato.

As grandes novidades legislativas no que tange aos direitos trabalhistas advieram com a “Era Vargas”, sobretudo na [Constituição de 1934](#). Com políticas trabalhistas, passaram a ter mais aceitação às ideias de intervenção do poder público nas relações de trabalho, com o Estado exercendo um papel central, valorizando o trabalho nacional, por meio de medidas protegendo o trabalhador. No que tange ao trabalho feminino, assegurou a proibição de diferença de salários para um mesmo trabalho, a proibição de trabalho em locais insalubres, assistência médica e sanitária à gestante, descanso, sem prejuízo do salário antes e após o parto e a instituição da previdência a favor da maternidade.

A [Constituição de 1937](#) repetiu em quase todos os direitos consagrados na Constituição anterior, sendo omissa em relação à proibição de diferença de salários por motivo de sexo e a previdência em razão da maternidade.

A [Carta de 1946](#) preservou a proibição de trabalho das mulheres em indústrias insalubres, a licença gestante antes e depois do parto, sem prejuízo de salário. Ainda se preocupou com a família, educação, cultura, destacando a preocupação com a maternidade, garantindo assistência à maternidade e à infância e adolescência.

As Constituições 1967/1969 seguiu a mesma linha da Constituição anterior, acrescentando o direito à aposentadoria aos 30 anos de trabalho para as trabalhadoras em geral e 25 anos para as mulheres no exercício da função de magistério.

A [Constituição Federal de 1988](#) tem uma importância histórica como marco da redemocratização, além de ser considerada uma das mais avançadas no que tange aos direitos sociais, sobretudo os direitos trabalhistas. No que tange à mulher trabalhadora, vale destacar alguns incisos do artigo 7, que veremos no próximo tópico.

<sup>6</sup> SCHNEIDER, Paulo Henrique. *Concretização dos direitos sociais frente à jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora LTR, 2015.

## 4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A PROTEÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

O artigo 7º da Constituição tratou dos direitos trabalhistas de forma genérica, em 34 incisos. Em relação à mulher, foi abordado em dois incisos, senão vejamos:

O primeiro deles é o inciso XX, que prevê “*proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos, nos termos da lei*”.

Esta norma visa proteger a mulher no mercado de trabalho. Trata-se de um direito fundamental da mulher a obter um trabalho decente, ser tratada em igualdade de condições com os homens quanto à liberdade da escolha ocupacional, a ter igualdade de direito à saúde, segurança, remuneração e oportunidades, vedando qualquer discriminação em razão do gênero, pautada em diferenciações biológicas. Toda mulher tem o direito de participar de forma igualitária no mercado de trabalho produtivo<sup>7</sup>.

As situações de desigualdade é algo cultural, sendo assim diferente em cada sociedade e país, ou até mesmo região dentro de um mesmo país. As diferenças biológicas só devem ser motivo de tratamento diferenciado no âmbito jurídico e social, contanto que seja para proteger a mulher no mercado de trabalho, principalmente no período antes e pós-gestacional.

Ademais, não se admite norma que criem embaraços para a mulher em razão da sua estrutura física, reprodutiva ou inerentes à maternidade. Os direitos da maternidade não devem ser vistos como direito da mulher e estarem acima dos direitos da paternidade, uma vez que a ideia da sociedade atual é a divisão de tarefas e a igualdade entre homens e mulheres. Até mesmo porque as novas configurações de família exigem do ordenamento jurídico uma evolução quanto à redistribuição dos direitos e deveres decorrentes das necessidades dos cuidados humanos, a fim de que a mulher não seja reduzida à maternidade.

Desta forma, alguns direitos previstos no ordenamento jurídico, como licença maternidade, assistência em creches, não deveriam ser garantidos de modo desigual apenas para as mulheres, já que essa desigualdade acaba onerando o preço da contratação da mão de obra feminina, o que dificulta o seu acesso e ascensão no mercado de trabalho.

Assim, uma norma constitucional que vise à proteção do mercado de trabalho da mulher, não deve ser interpretada de modo a fazer perpetrarem as condições discriminatórias em razão do gênero, mas sim buscar a igualdade de condições entre os homens e as mulheres.

<sup>7</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

A função deste inciso XX, do artigo 7º, é múltipla, pois garante que as mulheres usufruem de um mercado de trabalho protegido (liberdade positiva) e exige dos poderes públicos e dos particulares que se omitam de agir de modo a lesar a proteção constitucionalmente garantida (liberdade negativa)<sup>8</sup>.

Além disso, tem a função de prestação social, pois visa garantir a fruição material do direito fundamental, com a garantia do acesso das mulheres aos mercados de trabalho e que possa atuar com liberdade e plenitude. Também tem a função de proteção perante terceiros, por impor ao Estado o dever de proteção do mercado de trabalho da mulher contra aqueles que porventura criem embaraços ao efetivo exercício desse direito por suas titulares.

Por fim, a função antidiscriminatória da norma, sendo que o Estado deve promover ações afirmativas para que as oportunidades de emprego, de formação e de condições laborais sejam distribuídas igualitariamente entre homens e mulheres.

A proteção será feita mediante incentivos específicos, nos termos da lei. Desta forma, caberá ao Poder Público a criação de normas legais simples, objetivando essa regulamentação a fim de delimitar o âmbito de proteção constitucional.

Temos como exemplos a Lei 9.029/1995, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo, entre outros, do sexo, proibindo a exigência de teste, atestado, ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou ao atestado de gravidez.

A Lei 11.343/2006, no seu artigo 9º, parágrafo 2º, inciso II, determinando que o juiz assegure à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica, a manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

Outro importante inciso no assunto é o XXX, que prevê: “*proibição de diferenças de salário, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil*”.

A obrigatoriedade de igual remuneração está prevista no artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e nas Disposições da Convenção 100 da OIT, Sobre Igualdade de Remuneração de Homem e Mulheres Trabalhadores por Trabalho Igual Valor. A não observância da norma, além de ser uma violação constitucional é também de tratados e convenções em que o Brasil é signatário, podendo responder perante órgãos internacionais, sempre que tais condutas venham a ser denunciadas, processadas e julgadas.

Nessa esteira, o artigo 5º da CLT prevê: “*a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo*”. O artigo 461 dispõe: “*sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distin-*

<sup>8</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

ção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade”, prevendo no §6º punição no caso de discriminação por motivo de sexo ou etnia<sup>9</sup>.

O artigo 373-A, da CLT, incluído pela Lei 9.799/1999, previu:

“Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso a mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I – publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir.

II – recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, à cor ou situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III – considerar o sexo, a idade, a cor ou a situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidade de ascensão profissional;

IV – exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

VI – proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas e funcionárias.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher”.

No inciso XXX, do artigo 7º, há uma tríplice ordenança, vedando as diferenças em razão dos salários, do exercício das funções e dos critérios de admissão. A tutela se inicia antes da contratação, na fixação de parâmetros objetivos, para estabelecimento das normas de admissão e prossegue no desenvolvimento da avença, no que diz respeito à forma de execução dos serviços quanto à remuneração.

## 5 A DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

No entanto, mesmo com a legislação combatendo a desigualdade, ainda encontramos dificuldades para a mulher acessar e se manter no mercado de trabalho.

O primeiro fator é a discriminação. Os atos discriminatórios constituem afronta direta à dignidade da pessoa humana, sendo assim, os artigos 5, *caput*, inciso I<sup>10</sup> e artigo 7, *inciso XX e XXX* da Constituição Federal trazem o princípio da igualdade de todos e busca impedir que o sexo ou o gênero sejam utilizados como forma de discriminação e garantem a proteção do mercado de trabalho da mulher.

O ato de discriminar deve ser entendido como aquele que cria critérios injustificados para diferenciar o trabalho da mulher na relação de emprego, sendo que o motivo é a questão de gênero. Na conduta discrimina-

9 Art. 461, §6º da CLT: No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juiz determinará, além de pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

10 Artigo 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: Inciso I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

tória se identifica o preconceito (ato de julgar), a separação (censura) e a personificação (agregar a identidade da pessoa um traço seu extrínseco)<sup>11</sup>.

Na relação de trabalho a discriminação consiste em negar ao trabalhador igualdade de condições na aquisição e na manutenção do emprego.

A discriminação pode se dar de duas formas: direta, fundamentada em critérios vedados pelo ordenamento jurídico, como gênero, religião, origem etc., verificando-se quando há exclusão explícita de determinada pessoa em função de características específicas. E a discriminação indireta, que consiste em práticas ou atitudes dentro do ambiente de trabalho, visando à exclusão da pessoa.

A discriminação também pode ser vertical, que consiste em impedir a mulher à ocupação de postos de hierarquia mais elevada no emprego, ou horizontal, que limita a mulher a determinadas profissões, por serem “mais femininas”<sup>12</sup>.

Essa discriminação horizontal é o principal fator gerador da diferença de salários entre homens e mulheres, uma vez que isola as mulheres em ocupações consideradas femininas, por serem mais delicadas e dóceis, como professoras infantil, empregadas domésticas, secretária. Além disso, são profissões que tendem a ter salários menores e mais voltadas a afazeres do lar, cuidados dos filhos e de idosos<sup>13</sup>.

No entanto, em se tratando de profissões ocupadas por homem também, a mulher tende a ganhar menos, mesmo tendo um grau maior de escolaridade.

Já a discriminação vertical afasta as mulheres de ocupar cargos mais elevados, em razão da descontinuidade da carreira, pois são educadas a terem outras ocupações, como cuidar da casa e da família. Sendo assim, acabam sendo compelidas a buscarem ocupações que precisam de uma jornada de trabalho mais flexível. A mulher consegue chegar a níveis intermediários com mais facilidade, mas encontra obstáculos a partir do estágio em que realmente acumula poderes de mando e de gestão. Quando conquistam esses postos de chefias, são feitos alardes, destacando que a mulher chegou ao comando de uma “grande empresa”<sup>14</sup>. Na prática, é comum vermos mulher gerente de agências bancárias ou departamentos comerciais, mas raramente ocupam o cargo de presidente do Banco ou da Empresa.

Ainda nesse tema, devem ser analisadas as políticas e práticas de conciliação entre a família e o trabalho. Nas últimas décadas houve uma transformação na composição da questão de gênero no mercado de trabalho, com mais participação das mulheres. O modelo do “homem provedor” e da “mulher dedicada aos cuidados da família” foi sendo substituído pela participação da mulher no mercado de trabalho e com isso surgem as questões de conciliação entre trabalho remunerado e responsabilidade na estrutura familiar.

11 SCHNEIDER, Paulo Henrique. *Concretização dos direitos sociais frente à jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora LTR, 2015.

12 SCHNEIDER, Paulo Henrique. *Concretização dos direitos sociais frente à jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora LTR, 2015.

13 SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. *Curso de direito do trabalho aplicado: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

14 SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. *Curso de direito do trabalho aplicado: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.



Aliás, estudo realizado pelo IPEA no ano de 2017 revelou que dentre as mulheres que participam do mercado de trabalho, uma boa parte delas são chefes de família, chegando a 34%, ou seja, 1/3 dos lares. Dentre elas, 53,6% são pardas ou negras, com níveis de escolaridade maiores que os homens, porém inseridas em segmentos mais vulneráveis da economia, portanto mais sujeitas a desemprego e jornada mais árduas<sup>15</sup>. Além disso, em famílias formadas sem cônjuges e com filhos, as mulheres foram maioria na condição de responsável (87,4%).

## 6 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CONCILIAR A MULHER E O TRABALHO EXTERNO

Existem basicamente três políticas públicas mais comuns que favorecem a conciliação de trabalho e cuidados familiares. São elas: licenças do trabalho pra cuidar dos filhos, sem perda do emprego e com a manutenção do salário ou de outros tipos de benefícios monetários; regulação do tempo do trabalho que permite aos pais reduzir ou realocar as horas de trabalho quanto às necessidades dos cuidados dos filhos, sem custos econômicos para o desenvolvimento da carreira profissional e o acesso a creches, pré-escola em tempo integral como um arranjo alternativo para o cuidado dos filhos quando os pais estão no local de trabalho.

Tomando como referência essas três políticas públicas, o Brasil pouco faz para adequá-las à realidade que vivemos.

Em relação à licença de trabalho para cuidar dos filhos, só se aplica a mulheres que tenham trabalhos registrados, o que representa menos da metade da força de trabalho. O significativo crescimento do trabalho informal na última década e, sobretudo esse ramo ser ocupado na maioria por mulheres, que são muitas vezes a chefe da família, acaba deixando sem proteção.

Ademais, o benefício foca prioritariamente nos direitos reprodutivos da mulher, garantindo a estabilidade, licença maternidade e a creche nos primeiros anos de vida. Não traz garantias ou alternativas para a relação entre o trabalho e as necessidades familiares ao longo das etapas da vida familiar dos trabalhadores. Além disso, a estabilidade é apenas durante a gestação e no período da licença maternidade, após esse período de até dois anos o índice de mulheres demitidas é alto, chegando a 50%.<sup>16</sup>

No tocante ao acesso às creches ou às escolas, ainda é mais complicado. Embora seja uma garantia constitucional, de que toda a criança e adolescente tenha garantida a vaga em uma escola pública, elas funcionam em tempo parcial, portanto precisará de recursos privados para cuidar dessa criança ou adolescente já que o trabalho conta com uma jornada integral, além do tempo gasto no deslocamento entre a residência e o local de trabalho. Nos grupos mais privilegiados, há a contratação de empregadas domésticas para preencher essas la-

15 FAUSTINO, Izabel; ARAUJO, Elisângela; MAIA, Katy. **Mercado de trabalho e discriminação**: uma análise das diferenças salariais e discriminação por gênero no Brasil e Macrorregiões (2004-2014). Disponível em: [https://www.anpec.org.br/encontro/2017/submissao/files\\_I/i13-c30a5ab7a118875b9c99e7c59249210d.pdf](https://www.anpec.org.br/encontro/2017/submissao/files_I/i13-c30a5ab7a118875b9c99e7c59249210d.pdf). Acesso em: 29 nov. 2021.

16 REZENDE, Milka de Oliveira. **Desigualdade de gênero**. Mundo Educação, [200-?]. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/desigualdade-de-genero.htm>. Acesso em: 29 nov. 2021.

cunas. No entanto, nas periferias os cuidados ficam com vizinhos, irmão, parentes ou até mesmo sozinhos em casa, já que o valor a ser pago por essas profissionais são altos para o salário que a mulher auferi.

O avanço da participação das mulheres com curso superior no mercado de trabalho está vinculado mais à possibilidade de transferir suas tarefas a outras mulheres do que à divisão mais igualitária entre homens e mulheres das responsabilidades familiares ou a oferta pelo poder público de soluções<sup>17</sup>.

Sendo assim, a insuficiência das políticas públicas que facilitem a gestão das demandas conflitivas entre trabalho e cuidados da família, aliada a baixa participação masculina na divisão de trabalho não remunerado, influencia negativamente nas oportunidades do acesso à mulher no mercado de trabalho, reforçando a desigualdade de gênero.

## 7 CONCLUSÃO

Diante de todas as questões abordadas, sem dúvida em termos legislativos houve grandes avanços na proteção da mulher no mercado de trabalho e isso reflete de uma forma positiva em outras questões relacionadas à busca pela igualdade entre homens e mulheres. No entanto, ainda tem se mostrado insuficiente.

Em diversas pesquisas, a conclusão que sempre se chega é de que há uma forte discriminação das mulheres no mercado de trabalho, uma vez que enfrentam dificuldades não apenas para o ingresso em um emprego, como também para a sua manutenção, sem contar que ainda auferem salários menores do que os homens, em média 30%. Além disso, a taxa de desemprego entre as mulheres supera a dos homens<sup>18</sup>. Mas isso não significa que as mulheres trabalhem menos, mas sim que os serviços prestados são informais e sem registro nos órgãos competentes.

O Fórum Econômico Mundial realiza anualmente pesquisas que compara a paridade de gêneros entre 153 países. Conforme estudo publicado em 2019, a equidade de gênero no mercado de trabalho só será alcançada daqui 257 anos, se permanecermos no ritmo atual. A área trabalhista, infelizmente, tem apresentado regresso em relação às demais áreas. A questão da diferença salarial é decorrente do baixo número de mulheres ocupando cargos gerenciais. Nesse quesito, o Brasil ocupa a posição de 92º lugar em uma das maiores desigualdades de gênero<sup>19</sup>.

Ademais, as mulheres vivenciam mais dissabores no âmbito laboral, ocupando os maiores índices de assédio moral e sexual no trabalho, discriminação estética e em relação à maternidade.

Sendo assim, concluímos que as conquistas das mulheres foram inúmeras ao longo das últimas décadas, tanto em relação à família, como na sociedade e no trabalho. No entanto, para a concretização da igualdade de

17 MACHADO, Monica Sapucaia. **Direito das mulheres**: ensino superior, trabalho e autonomia. São Paulo: Almedina, 2019.

18 NASCIMENTO, Grazielle Augusta Ferreira. BOAS, Regina Vera Villas. Direitos humanos da mulher: reflexões sobre violência e trabalho no Brasil. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, v. 3, n. 2, 2017. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/view/2451>. Acesso em: 29 nov. 2021.

19 REZENDE, Milka de Oliveira. **Desigualdade de gênero**. Mundo Educação, [200-?]. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/desigualdade-de-genero.htm>. Acesso em: 29 nov. 2021.

direitos e de oportunidades, esbarra em questões sociais e culturais de uma sociedade patriarcal. Para tanto, cada vez mais se faz necessário a adoção de políticas públicas efetivas de educação e que devam ser ensinadas pelas escolas, famílias e sociedade, para que enfim a igualdade entre o homem e a mulher seja algo inerente à sociedade e não imposto por lei.

## REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.
- FAUSTINO, Izabel; ARAUJO, Elisangela; MAIA, Katy. **Mercado de trabalho e discriminação**: uma análise das diferenças salariais e discriminação por gênero no Brasil e Macrorregiões (2004-2014). Disponível em: [https://www.anpec.org.br/encontro/2017/submissao/files\\_I/i13-c30a5ab7a118875b9c99e7c59249210d.pdf](https://www.anpec.org.br/encontro/2017/submissao/files_I/i13-c30a5ab7a118875b9c99e7c59249210d.pdf). Acesso em: 29 nov. 2021.
- MACHADO, Monica Sapucaia. **Direito das mulheres**: ensino superior, trabalho e autonomia. São Paulo: Almedina, 2019.
- NASCIMENTO, Grazielle Augusta Ferreira. BOAS, Regina Vera Villas. Direitos humanos da mulher: reflexões sobre violência e trabalho no Brasil. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, v. 3, n. 2, 2017. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/view/2451>. Acesso em: 29 nov. 2021.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. Rio de Janeiro, 2017.
- REZENDE, Milka de Oliveira. **Desigualdade de gênero**. Mundo Educação, [200-?]. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/desigualdade-de-genero.htm>. Acesso em: 29 nov. 2021.
- SCHNEIDER, Paulo Henrique. **Concretização dos direitos sociais frente à jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora LTR, 2015.
- SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. **Curso de direito do trabalho aplicado**: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

# CAPÍTULO 23

## A CAVERNA DA IGNORÂNCIA

Maria Valéria Novaes Santos

### INTRODUÇÃO

Esse capítulo traz algumas realidades desconhecidas de grande parte da população brasileira, faremos referência à causa das pessoas com deficiência.

De início gostaria de me apresentar, sou uma cidadã que, em pleno Século XXI, fui na maior parte de minha vida, e lá se vão décadas, prisioneira de uma caverna onde imagens e sons eram minha única realidade. Na condição de escrava, não questionava outros caminhos, outras realidades, estava presa àquele mundo e àquela única visão do que acreditava existir.

No início do ano de 2019 tive a sorte de sair da caverna, abri meus olhos para o sol, senti seu calor e vi a luz, e toda verdade que desconhecia apareceu diante da minha visão e sentidos, abafados que eram pela escuridão da caverna.

Permitam-me ter iniciado esse despretensioso artigo com a metáfora elaborada por Platão em “A República”. Este diálogo entre Sócrates e Glauco deixa claro que existem outras realidades não tão distantes, mas que eram, no meu caso, ignoradas, vistas de uma maneira distorcida e entre o real e o imaginário havia uma verdade bem diferente.

Minha primeira descoberta aconteceu como já mencionei no início de 2019, sendo Delegada de Polícia e agente da Segurança Pública do meu Estado São Paulo, fui convidada a assumir a titularidade da 1ª Delegacia de Polícia da Pessoa com Deficiência, jovem unidade policial inaugurada em 2014, criada com o objetivo de investigar crimes contra pessoas com deficiência, além de fazer o levantamento da violência praticada contra este público.

### CONCEITOS

Antes de ir adiante, é importante citar como devemos usar os termos corretamente no assunto ligado aos direitos das pessoas com deficiência:

Os termos mais utilizados sobre deficiência são “pessoa portadora de deficiência”, “portador de necessidade especial” e “deficientes”. Apesar de serem amplamente utilizados, não estão corretos ou que são a forma mais adequada para se referir a uma pessoa.

Atualmente, o termo oficial e CORRETO que foi definido pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência é PcD que significa Pessoa com Deficiência, pois ele esclarece que há algum tipo de deficiência sem que isso inferiorize quem a tem. Pessoa portadora de deficiência (PPD) ou Portador de Necessidades Especiais (PNE) e deficientes são termos errados e devem ser evitados, uma vez que não transmitem a realidade como deveriam, assim como termos que geram preconceitos e inferioriza as pessoas como retardado mental, mongoloide, doidinho, surdo-mudo, especial, ceguinho, paralítico, mudinho, louco, treze, coitado, aleijado, defeituoso, inválido, incapacitados e outros. Não devem ser usados mais!

A Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência patrocinada pela Organização das Nações Unidas – ONU, aprovada pelo Brasil por intermédio do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, nos termos do §3º do art. 5º da Constituição Federal e, portanto, com equivalência de emenda constitucional, ratificada em 1º de agosto de 2008 e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro novo conceito de pessoa com deficiência, dessa vez de status constitucional e, assim, com eficácia revogatória de toda a legislação infraconstitucional que lhe seja contrária.

A legislação brasileira segue esse conceito:

A LEI Nº 13.146/2015 instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Parágrafo único. Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

E aqui temos a definição atual

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

- I – os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
- II – os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
- III – a limitação no desempenho de atividades; e
- IV – a restrição de participação.

## O FUNCIONAMENTO DA DELEGACIA DE POLÍCIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O CENTRO DE APOIO TÉCNICO

Antes de explicar o funcionamento desta Delegacia, gostaria de compartilhar alguns dados que poderão ajudar na compreensão deste artigo. Segundo censo elaborado pelo IBGE, através de dados revistos no ano de 2017 sobre o levantamento da quantidade de brasileiros que são deficientes que passou a considerar pessoas com deficiência apenas aquelas que responderam não conseguir de modo algum ou ter grande dificuldade passaram a ser considerados como pessoas com deficiência, o total apurado no Brasil é de 15.750.969 (quinze milhões, setecentos e cinquenta mil, novecentas e sessenta e nove) de pessoas com deficiências. No Estado de São Paulo o total é de 3.008.617 (três milhões, oito mil e seiscentas e dezessete) pessoas com deficiência, e na cidade de São Paulo existem 810.080 (oitocentas e dez mil e oitenta) pessoas com deficiência, cidadãos espalhados pela grande metrópole que merecem que o Estado cumpra com o que diz o artigo *1º da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando a sua inclusão social e cidadania.*

São números altos para serem ignorados e seria interessante que todos os cidadãos supostamente sem deficiência, pudessem visualizar essa realidade que se torna concreta se imaginarmos que somente na cidade de São Paulo temos aproximadamente dez Maracanãs lotados com as pessoas com deficiência. Cidadãos do Estado brasileiro que merecem o mesmo tratamento de todos os outros cidadãos desta grande cidade.

Voltando à minha saída da caverna, receber o convite para assumir a Delegacia de Polícia da pessoa com Deficiência a princípio causou-me surpresa, pois vivendo dentro de uma caverna não tinha conhecimento da existência desta unidade policial, mesmo sendo profissional da área da segurança pública, e afirmo, foi uma agradável surpresa.

A Delegacia ligada à Secretaria Estadual de Segurança Pública é composta por policiais, Delegada, Escrivães e Investigadores e tem como parceira a Secretaria Estadual dos Direitos da Pessoa com Deficiência/ SEDPcD que mantém um Centro de Apoio Técnico composto de uma equipe multidisciplinar composta por Psicólogas, Assistentes Sociais, Intérprete de Libras, Supervisor Operacional e Pesquisadora Social, esta que faz todo o levantamento dos dados sobre violência contra esse público. Atualmente o Centro de Apoio Técnico e sua equipe multidisciplinar está sendo gerido pelo Instituto Jô Clemente, antiga APAE de São Paulo, por meio de um Termo de Colaboração.

Em qualquer Delegacia de Polícia o primeiro atendimento é feito por um policial, pode ser um Investigador, por um Escrivão ou pelo próprio Delegado de plantão; na 1ª DPPD o atendimento é iniciado pela Assistente Social ou Psicóloga ou mesmo pelo Intérprete de libras, no caso de vítimas surdas, acompanhado de um Escrivão

de Polícia, e, além do atendimento diferenciado, também é colocado à disposição da vítima recursos de tecnologia assistiva e de acessibilidade.

A estrutura humana da Delegacia tem também como função difundir junto à sociedade a existência da Delegacia, levando ao conhecimento dos alunos em formação da Academia de Polícia do Estado, através de palestras, todas as características da Delegacia e dos profissionais que exercem suas funções naquele local, ressaltando-se que todos os policiais que trabalham na DPPD são vocacionados, treinados para o atendimento diferenciado voltado para a promoção e defesa dos direitos da Pessoa com Deficiência.

Mais informações sobre a DPPD e o Centro de Apoio, segundo o folder elaborado e divulgado pelo IJC – Instituto Jô Clemente:

Objetivos do Centro de Apoio:

- Atendimento técnico multidisciplinar e policial para pessoas com deficiência, garantindo acessibilidade e uso de tecnologias assistivas;
- Formação para profissionais da rede visando prevenção da violência;
- Geração e difusão de dados sobre violência contra esse público;
- Consultoria e suporte técnico a outros distritos policiais.
- Diferenciais da 1ª DPPD
- Psicólogos e Assistentes Sociais realizam escuta técnica qualificada;
- Intérpretes de Libras para garantia de acessibilidade comunicacional para pessoas surdas;
- Disponibilização de documentos e boletins de ocorrência acessíveis, com fonte ampliada e gravação em áudio, para pessoas com baixa visão e/ou cegas;
- Veículo acessível para transporte de pessoas com mobilidade reduzida ou em cadeira de rodas;
- Atendimento e orientações sobre direitos das pessoas com deficiência.

## ENTENDENDO A VIOLÊNCIA:

“Violência contra pessoas com deficiência é qualquer ato violento físico, psicológico, sexual, simbólico ou envolvendo negligência direcionado a uma PcD. Esse grupo, historicamente, tem sido vítima de diversos fenômenos violentos, fenômenos muitas vezes motivados pelo desnível de poder no qual se encontram em relações sociais com as demais pessoas. Essa população, muitas vezes, apresenta maior vulnerabilidade, além de serem frequentemente invalidadas em suas tentativas de reverter situações de violência e de opressão” (WILLIAMS, 2003).

“A violência manifestada por ofensas ou por agressões físicas direcionadas às pessoas a partir de alguma característica pessoal ou social é entendida como ‘estigma’ (GOFFMAN, 1988). Esse fenômeno pode ser desencadeado por diversos motivos, mas com frequência é direcionado a uma pessoa ou a um grupo que pos-

sui alguma característica considerada divergente, inferior ou depreciativa”. O estigma direcionado às pessoas com deficiência se faz presente em seu cotidiano, seja na escola, no convívio social, na família e até na maneira como a deficiência é retratada pela mídia.

Uma das maiores preocupações no combate à violência contra a pessoa com deficiência é o desconhecimento dos artigos criminais da Lei Brasileira de Inclusão. Além de todos os artigos do Código Penal, a pessoa com deficiência pode ser vítima também de crimes existentes na LBI e são eles os artigos 88, 89, 90 e 91, que tratam dos crimes relativos a condutas discriminatórias, apropriação de bens de forma indevida pertencentes à pessoa com deficiência, ao abandono da pessoa com deficiência ou mesmo com a retenção de cartão da pessoa com deficiência destinado ao recebimento de benefícios ou outros meios, para se obter vantagem indevida.

Esses artigos são desconhecidos da maioria esmagadora da nossa população, ignoram que a prática de qualquer um dos artigos 88, 89, 90, 91 da LBI podem condenar o autor a penas de reclusão de um até quatro anos ou à pena de detenção até dois anos além das multas que serão cobradas em qualquer dos crimes praticados, todos de ação incondicionada.

#### Crimes da Lei Brasileira de Inclusão:

Art. 88 – Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência:

Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 89 – Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão, benefícios, remuneração ou qualquer outro rendimento de pessoa com deficiência:

Pena: reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 90 Abandonar pessoa com deficiência em hospitais, casas de saúde, entidades de abrigo ou congêneres:

Pena: reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Art. 91 Reter ou utilizar cartão magnético, qualquer meio eletrônico ou documento de pessoa com deficiência destinados ao recebimento de benefícios, proventos, pensões ou remuneração ou à realização de operações financeiras, com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem:

Pena: detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Ressalte-se que avanços aconteceram com a legislação que protege a pessoa com deficiência. Podemos vislumbrar que o Estatuto após ser instituído deu ao Estado a obrigação de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, visando a sua inclusão social e cidadania.

Toda e qualquer atitude do legislador que venha a determinar que os direitos das pessoas com deficiência sejam respeitados e cumpridos, é mais um passo para promover a igualdade e a plenitude da cidadania da pessoa com deficiência.

Agora partirei para a realidade vivida diariamente na Delegacia, quais são os crimes praticados contra a pessoa com deficiência além dos artigos da LBI, pois são todos os crimes do Código Penal, desde um abuso sexual, violência doméstica, lesão corporal, estelionato, ameaça, injúria, e tantos outros.

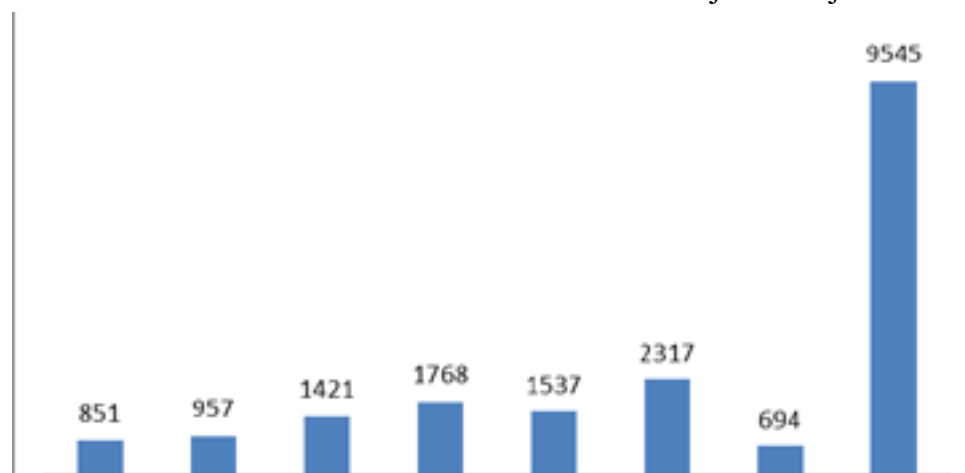


As estatísticas não mentem, a violência é prática comum em pessoas com deficiência; mesmo sendo a Delegacia desconhecida de grande parte das pessoas, somamos desde a abertura da Delegacia Especializada um total de 9.545 atendimentos.

Não podemos esquecer que a mulher com deficiência também é vítima da violência doméstica, e a aplicação da Lei MARIA DA PENHA tornou-se mais rigorosa em relação à punição do autor, com o aumento de 1/3 da pena, caso a vítima da violência seja pessoa com deficiência.

#### ESTATÍSTICAS DO CENTRO DE APOIO TÉCNICO:

Total de atendimentos de 2014 a 2020\* \*2020 – janeiro a junho

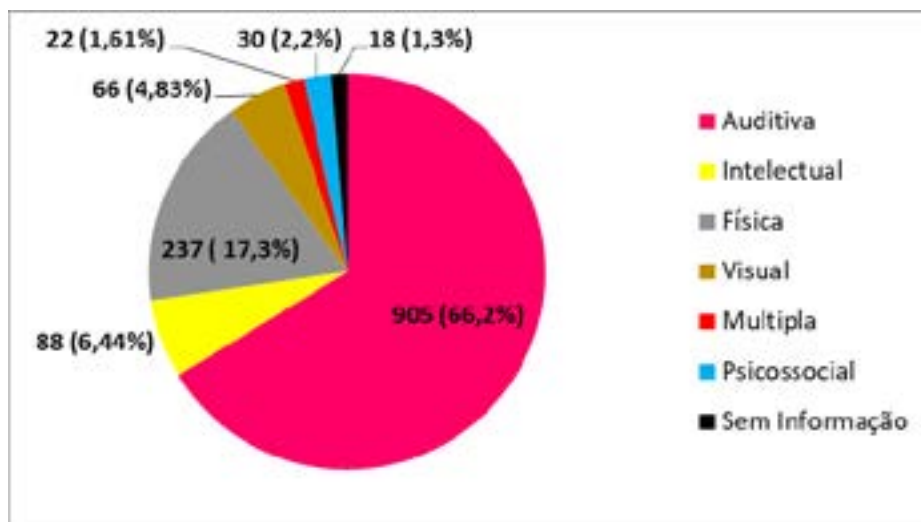


#### Ranking de crimes com maior incidência (2019).

Fontes: Dados do Estado e do Município de São Paulo – SSP/SP \*Cartório da 1ª. DPPD

Estado de SP	Município de SP	1ª. DPPD
10.828 B.O's. 14.349 crimes/rubricas	3117 B.O's. 3.856 crimes/rubricas	*500 B.O's 368 crimes/rubricas
Ameaça: 1886 Furto: 1281 Lesão Corporal: 1225 Injúria: 1182 Violência doméstica: 959 Roubo: 945	Roubo: 407 Furto: 378 Ameaça: 355 Lesão Corporal: 291 Estelionato: 284 Injúria: 274 Morte Suspeita: 182 Violência doméstica: 164	Estelionato: 37 Lesão Corporal Dolosa: 35 Injúria: 31 Ameaça: 29 Furto: 21 Violência Doméstica: 17 (Lesão corporal dolosa/ameaça/ outros)

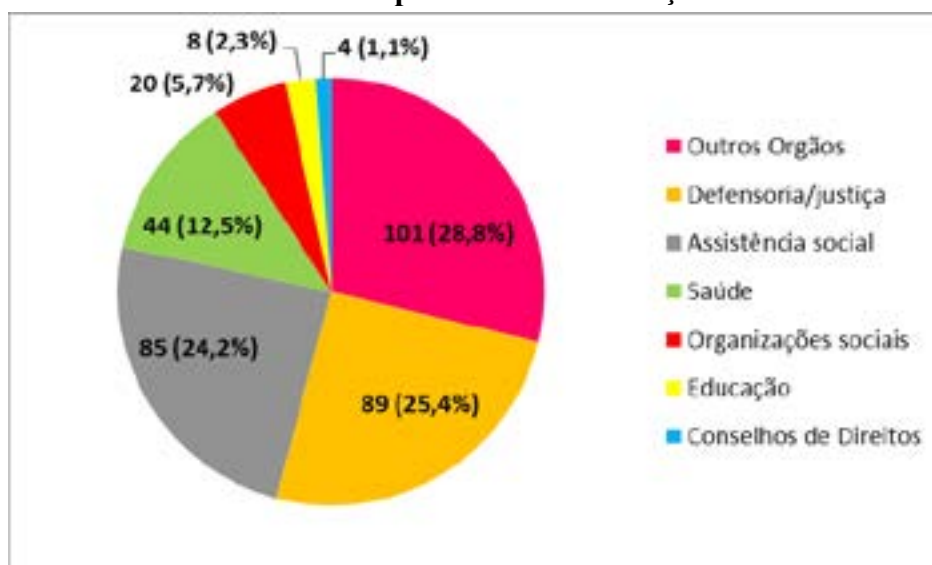
**Número de pessoas com deficiência que compareceram à 1ª. DPPD, de acordo com o tipo de deficiência – Ano 2019 – Total : 1.366**



### Formações realizadas pelo Centro de Apoio Técnico no ano 2019

Formações realizadas	Participantes
Encontro de Formação com a Rede	90
ACADEPOL	75
ACADEPOL	83
Encontro de Formação com a Rede	58
Encontro de Formação com a Rede	87
Palestras Setembro Azul	262
Seminário Autonomia: Nada sobre Nós, sem nós”	58
<b>Total de participantes capacitados</b>	<b>713</b>

### Encaminhamentos feitos para a rede de serviços – Ano de 2019



Conclusões preliminares: é importante dar visibilidade!

São tantos casos atendidos pela Delegacia, muitos que ensinam apenas orientação e um atendimento técnico especializado por parte dos profissionais do Centro de Apoio, para encaminhamento a local próprio onde possam ser atendidos em sua demanda, outros de orientação policial, ou instauração de inquérito policial para a apuração do delito e autoria, e nesta convivência diária com a vítima percebemos o quanto é necessário um esclarecimento, uma providência.

A violência contra a pessoa com deficiência é real, concreta e passa despercebida para todos que vivem na caverna, como eu vivia; traduz-se na agressão ao autista morador de condomínio que sofre com o preconceito e com a ignorância. Já recebemos pais que choravam pois estavam sendo forçados a se retirarem de seu condomínio por causa do suposto barulho causado por seu filho autista. Já recebemos mães indignadas cujos filhos com Síndrome de Down foram espancados por coleguinhas no recreio da escola, já recebemos crianças vítimas de abuso sexual, esposas cadeirantes espancadas pelo marido, já estivemos em locais onde constatamos a ausência absoluta do mínimo necessário à sobrevivência de um acamado sem movimentos, já vimos clínicas cujos proprietários, que deveriam ser responsáveis pelo cuidado ao deficiente mental ou físico sob sua guarda, dispensarem a eles verdadeira sessão de tortura, gritos, expondo-os também à falta de higiene, falta de alimentação, ambiente insalubre, falta total de respeito à dignidade de seus internos. Pergunto, quem são esses algozes que subjuguem suas vítimas indefesas, que não tendo como reagir à agressão, ao desrespeito, à desumanidade, são submetidos à insanidade de uma mente doentia que cresce em violência por estar a sua vítima, naquele momento, desamparada.

Essa é a realidade que ninguém vê ou não quer ver, essa é a realidade que passei a acompanhar junto aos policiais e à equipe do Centro de Apoio.

Causa dor e indignação que algumas pessoas deem risada e aplaudam piadas feitas com a deficiência de alguém, quem são essas pessoas que riem, quem são essas pessoas que fazem a piada, sabem elas a dor que estão provocando naquele que tem um filho, um irmão, um pai, um amigo com deficiência de quem gosta e respeita?

Qual a dificuldade em enxergar no próximo alguém a quem se deve respeitar mesmo que não seja, na visão mesquinha, igual. Qual a pior deficiência, aquela visível e perceptível ou aquela que vem do caráter, dos sentimentos desprovidos de indulgência, de respeito, de amor ao próximo.

Quem são esses seres que nem mesmo na caverna habitam, pois a permanência na caverna diz respeito ao desconhecimento dessa grande população que necessita da presença do Estado para ver garantido o mínimo para sua sobrevivência, e a saída da caverna tem a ver com constatação primeiro da sua existência e em seguida constatar como enfrentam corajosamente suas dificuldades, sem medo, dando a cada um dos que desconhecem seus obstáculos uma lição de perseverança.

Ainda há muito a se fazer, a pessoa com deficiência continua invisível aos olhos da sociedade, e dentro de um universo de mais de oitocentas e dez mil pessoas com deficiência somente na cidade de São Paulo, as

conquistas tem sido pequenas, mas jamais deixarão de ser alcançadas. Uma coisa que aprendi saindo da caverna da ignorância foi a imensa vontade por parte da pessoa com deficiência em ser respeitada, pude constatar em grande parcela de seus familiares, pais, mães, irmãos, parentes próximos, a união que se forma em torno da defesa de seus direitos, na busca incansável para que aquele filho, irmão, parente próximo, não seja visto como um fardo para o Estado ou para a sociedade.

São essas as realidades da 1ª Delegacia de Defesa da Pessoa com Deficiência, saí da caverna quando passei a ver o mundo da pessoa com deficiência, passei a tratar diretamente com eles, pessoas iguais a todos nós com algumas diferenças, que não os impede de serem brilhantes.

Eu saí da caverna, e hoje me dedico à causa ao mostrar àqueles que ainda estão dentro desse mundo, onde a visão da realidade é no mínimo deturpada, a visão que passei a ter longe das amarras do preconceito, do vitimismo e da caridade.

Aproveito este artigo para render minhas homenagens a todos aqueles que passaram pela Delegacia de Polícia da Pessoa com Deficiência, pessoas deficientes ou não, seus familiares, todos que me ensinaram a visualizar a deficiência como um detalhe que não retira daquele ser sua humanidade, beleza, inteligência, sensibilidade, sua essência como ser humano. Cabe a nós, agentes públicos, preservar o melhor do que podemos fazer, atendendo-os com respeito, dando a eles o que procuram, a aplicação da LEI, afinal, conforme a Constituição Cidadã de 1988, somos todos iguais perante ela.

## MAIS INFORMAÇÕES

*Leis sobre os direitos das pessoas com deficiência:*

- Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência: [Decreto nº 3.956/2001](#)
- Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: [Decreto nº 6.949/2009](#)
- Convenção nº 159, da Organização Internacional do Trabalho sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas com Deficiência: [Decreto nº 129/1991](#)
- [Legislação Brasileira sobre Pessoas com Deficiência](#) (coletânea de normas aprovadas até 17/12/2018)
- Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI): [Lei nº 13.146/2015](#)
- Lei da Língua Brasileira de Sinais (Libras): [Lei nº 10.436/2002](#) e [Decreto nº 5.626/2005](#)
- Lei da Regulamentação da profissão de Tradutor e Intérprete da Língua Brasileira de Sinais: [Lei nº 12.319/2010](#)
- Lei de Benefícios da Previdência Social e Cotas para Pessoas com Deficiência: [Lei nº 8.213/1991](#)
- Lei de Defesa dos Direitos do Usuário dos Serviços Públicos: [Lei nº 13.460/2017](#)
- Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional (LDB) ou Lei Darcy Ribeiro: [Lei nº 9.394/1996](#)

- Lei do cão-guia: [Lei nº 11.126/2005](#) e [Decreto nº 5.904/2006](#).
- Leis do Atendimento Prioritário e da Acessibilidade: [Lei nº 10.048/2000](#), [Lei nº 10.098/2000](#) e [Decreto nº 5.296/2004](#)
- Lei Maria da Penha (coibir violência doméstica e familiar contra a mulher): [Lei nº 11.340/2006](#)  
Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Plano Viver Sem Limites): [Decreto nº 7.612/2011](#)
- Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista (Lei Berenice Piana): [Lei nº 12.764/2012](#) e [Decreto nº 8.368/2014](#).
- Procedimentos para a Atenção Especializada às Pessoas com Deficiência Auditiva no Sistema Único de Saúde (SUS): [Portaria nº 2.776/2014](#) do Ministério da Saúde
- Programa Nacional do Livro e do Material Didático em formato acessível: [Decreto nº 9.099/2017](#)
- Recomendação de adequação das atividades dos órgãos do Poder Judiciário às determinações da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: [Resolução nº 230/2016](#)
- Recomendação aos Tribunais na adoção de medidas para a remoção de barreiras físicas, arquitetônicas, de comunicação e atitudinais para a promoção ampla e irrestrita do acesso de pessoas com deficiência às suas dependências e aos serviços para a garantia de pleno exercício de direitos, e instituição de comissões de acessibilidade: [Resolução nº 27/2009](#)
- Tratado de Marraqueche, acesso a obras publicadas às pessoas com deficiência visual em versão impressa: [Decreto nº 9.522/2018](#)

## DENÚNCIAS

Casos de violência podem ser denunciados à 1ª Delegacia de Polícia da Pessoa com Deficiência e ao seu Centro de Apoio Técnico/IJC, que possui vários canais de atendimento, inclusive de modo remoto e com acessibilidade!

- WhatsApp para pessoas com deficiência, exceto pessoas surdas: (11) 99918-8167
- WhatsApp exclusivo para pessoas surdas, contato com Intérprete de Libras: (11) 94528-9710
- Telefone: (11) 3311-3380
- E-mail: [dppd.decap@policiacivil.sp.gov.br](mailto:dppd.decap@policiacivil.sp.gov.br)
- Endereço: Rua Brigadeiro Tobias, 527, Luz – São Paulo/SP
- (Segunda a sexta-feira das 9h00 às 18h00).
- **Secretaria de Estado dos Direitos da Pessoa com Deficiência/SP SEDPcD**
- Site: <http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br>

- Tel.: (11) 5212-3700

## REFERÊNCIAS

### FOLDER DO INSTITUTO JÔ CLEMENTE – IJC

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Coletivo Sabotagem, 1988.

WILLIAMS, L. C. A. Sobre deficiência e violência: reflexões para uma análise de revisão de área. **Rev. Bras. Ed. Esp.**, Marília, v. 9, n. 2, p. 141-154, jul./dez. 2003. Disponível em: <https://www.abpee.net/pdf/artigos/art-9-2-2.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

# CAPÍTULO 24

## PROIBIÇÃO DE EDUCAÇÃO SOBRE GÊNERO: UMA PATENTE INCONSTITUCIONALIDADE

Ana Clara Toscano Aranha Pereira  
Anna Catharina Machado Normanton

### INTRODUÇÃO

A [Constituição Federal](#), em seu art. 3º, define como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção “do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O art. 5º consagra que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e afirma expressamente a igualdade entre homens e mulheres como preceito constitucional. Apesar disto, se tem visto uma série de projetos de lei e normas municipais que visam a proibir a discussão de gênero nas instituições de ensino. Assim, este artigo busca analisar, ainda que sem a pretensão de esgotar o tema, os vícios de constitucionalidade dessas leis e projetos, especialmente sob a perspectiva dos limites a serem observados pela atividade legislativa em função dos direitos fundamentais.

### 1 DOS LIMITES AO DEVER-PODER DE LEGISLAR

De início, cabe ressaltar que toda função estatal se respalda na imposição de um dever<sup>1</sup> de maneira que seu exercício não é facultativo, ou seja, não há exatamente uma faculdade na realização das atividades estatais: existe o dever de realizá-las. Há também na função legislativa, em certa medida, o dever de legislar e legislar de acordo com a Constituição. Nesse sentido, o agente público é sempre um devedor, porque está obrigado a realizar as atividades estatais para as quais foi incumbido. Materialmente, a função legislativa deve ser compreendida sob a ótica do sistema constitucional, porque quando o Constituinte usa uma palavra, constitucionaliza determinado significado junto com o vocábulo. Dessa forma, toda função estatal se respalda na edição de normas jurídicas que concretizam princípios constitucionais que expressam uma finalidade a ser cumprida pelo Estado.

Legislar é realizar uma ponderação a fim de estabelecer, no plano abstrato, meios para a realização de determinado fim previsto constitucionalmente. A partir disto, conclui-se que o conteúdo material da função le-

<sup>1</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. In: CAMMAROSANO, Flávia; ESTEFAM, Felipe Fawichow. (org.). *Direito público em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 46

gislativa consiste em apurar no plano abstrato a medida da exigência constitucional da busca de determinados fins e a fixação dos meios necessários para alcançá-los. Assim, é possível notar que o processo de ponderação e realização dos princípios constitucionais se inicia justamente com o Constituinte e não com o legislador, sendo que as imposições constitucionais significam que o legislador deve regulamentar determinadas matérias que já se encontram presentes em normas constitucionais.<sup>2</sup> Ou seja, a maneira pela qual o Constituinte positivou cada princípio indica que ele já realizou ponderações, atribuindo determinados pesos aos valores positivados.

A distinção entre os campos de atuação do legislador e do Constituinte se dá em função das restrições jurídicas impostas a cada um dos campos de escolha. O legislador é limitado pelos postulados normativos<sup>3</sup>, bem como por todas as regras e princípios constitucionais implícitos e expressos. Neste sentido, o legislador deve cumprir o programa constitucional de maneira a concretizar os valores jurídicos constitucionais. Assim, o legislador não possui liberdade para editar leis e sim discricionariedade.<sup>4</sup> Em razão do exercício da função pública, ele possui discricionariedade em sua escolha volitiva, devendo sua vontade estar de acordo com o Direito e, principalmente, com a Constituição.

Ou seja, o legislador pode escolher, certamente há para ele campo de escolha, desde que este esteja dentro do campo permitido pelo Direito. Além disso, caso a decisão implique em uma intervenção em um direito fundamental, quanto mais pesada for essa intervenção, tanto maior deverá ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia. Assim, caso a decisão afete um direito fundamental, além de estar em consonância com o ordenamento constitucional globalmente considerado, deve haver forte certeza quanto às premissas nas quais a intervenção se baseia.

Os direitos fundamentais constituem o conjunto de direitos e liberdades constitucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito constitucional positivo de determinado Estado, sendo denominados fundamentais em razão de seu caráter básico e fundamentador do ordenamento jurídico do Estado de Direito<sup>5</sup> e têm como finalidade limitar o exercício do poder estatal, além de disporem sobre obrigações positivas. Para Robert Alexy, os direitos fundamentais podem ser definidos como aqueles que são tão relevantes sob a perspectiva do direito constitucional que seu reconhecimento ou não reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição do legislador.<sup>6</sup>

Os direitos fundamentais podem se manifestar tanto na forma de princípios, quanto na forma de regras (quando se manifestam na forma de regras, tais regras têm fundamentos em princípios constitucionais) ou ai-

2 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

3 Os postulados normativos são entendidos aqui como pressupostos epistemológicos do Direito e da Constituição, ou seja, do sistema jurídico, que independem de positivação e que devem ser obrigatoriamente considerados, independentemente de positivação, cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 95-107.

4 MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. In: CAMMAROSANO, Flávia; ESTEFAM, Felipe Fawichow. (org.). **Direito público em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 15.

5 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 46-47.

6 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 411.



nda terem duplo caráter – ou seja, possuindo ao mesmo tempo caráter de regra e princípio,<sup>7</sup> e devem ser garantidos na maior medida possível. Assim, os direitos fundamentais podem ser restringidos pelo legislador até certa medida, desde que não seja violado seu núcleo fundamental e desde que haja fundamento relevante e razoável para tal restrição. Os direitos possuem um conteúdo mínimo essencial que decorre da própria ideia que sem a garantia de um mínimo, a garantia do próprio direito teria pouca utilidade. Dessa forma, existe uma parcela, um núcleo essencial dos direitos fundamentais que não pode ser violado.

Nesse sentido, cabe ao legislador realizar a edição de leis com certa discricionariedade, porém, tal discricionariedade não significa liberdade: o campo discricionário da atividade legislativa é limitado por todas as regras e princípios constitucionais implícitos e expressos – inclusive por aqueles que dizem respeito aos direitos fundamentais, bem como pelos postulados normativos. Isso significa que tal abertura não é uma carta branca que permite ao legislador desconsiderar o imperativo de obediência à Constituição que lhe outorgou o dever-poder de sua função. Justamente por essa razão, seu campo de discricionariedade não lhe permite violar direitos fundamentais, sob pena de incidir em inconstitucionalidade, editando uma lei inválida, porque a função legislativa deve necessariamente obedecer à vontade maior constitucional, que é a proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Tal proteção desempenha uma importante função de garantia contra possíveis violações advindas de determinadas vontades das majorias, sobretudo no que diz respeito à proteção das minorias sociais<sup>8</sup>. Em questões relativas ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou ainda a restrições desarrazoadas, desproporcionais, inadequadas ou infundamentadas a direitos fundamentais, nenhuma maioria pode ocasionar a restrição de tais direitos. Os limites impostos ao exercício da função legislativa pelos direitos fundamentais são perfeitamente compatíveis com o sistema democrático, sendo que tais limites são inclusive *pressupostos* para a existência da democracia. É o que Dworkin chama de democracia constitucional, conceito que defende que os poderes da maioria devem ser limitados para que se protejam os direitos individuais.<sup>9</sup> Faz-se apenas a ressalva que os poderes da maioria devem ser limitados para que se protejam não somente os direitos individuais, mas os direitos fundamentais como um todo.

Nesse sentido, o peso de decisão da maioria não é ilimitado, se encontrando circunscrito dentro dos limites da justiça, dos direitos fundamentais e da constituição. Nesse sentido, Benjamin Constant com brilhante coerência afirma que a vontade de todo um povo não pode tornar justo o que é injusto<sup>10</sup> e, por conseguinte, o consentimento de uma maioria não é suficiente para legitimar todo e qualquer tipo de ato. Assim, é fundamen-

7 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 144.

8 Minorias sociais são as coletividades que sofrem processos de estigmatização, inferiorização e discriminação que resultam em diversas formas de desigualdade, exclusão social e negação de direitos, ainda que constituam maioria numérica de determinada população. São grupos marginalizados e discriminados, dentro de uma sociedade, por grupos social, econômica, política e culturalmente dominantes em razão de fatores econômicos, sociais, culturais, físicos ou religiosos. Alguns exemplos de minorias sociais são: mulheres, população negra, população LGBTQIA+, indígenas, imigrantes, pessoas com deficiência e pessoas em situação de rua.

9 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 222.

10 CONSTANT, Benjamin. **Cours de politique constitutionnelle, I**. Paris: Guillaumin 1861. p. 15.

tal lembrar que a maioria não pode deixar de reconhecer os direitos das minorias. Tal questão teórica possui imensa importância prática no contexto do constitucionalismo democrático das sociedades contemporâneas. Os direitos de setores oprimidos e/ou marginalizados, na maioria das vezes minoritários do ponto de vista de sua expressão e representação políticas, não podem ser decididos pela maioria.

A soberania popular não deve se sobrepor em todas e quaisquer situações, porque caso entre em conflito direto com os direitos fundamentais de minorias, a solução para o conflito não pode ser a renúncia e esvaziamento dos direitos fundamentais desse grupo para que a vontade das majorias seja concretizada. Até porque, a questão da não representação ou má representação política das minorias está intimamente ligada com o resultado da vontade das majorias, tendo em vista que a mesma é frequentemente formada a partir de setores que detêm poder econômico, político e moral, além de aprimorados mecanismos de comunicação em massa para a solidificação de um senso comum sobre assuntos compreendidos como polêmicos.

Assim, uma visão desenvolvida de democracia requer obrigatoriamente que o poder decisório das majorias seja combinado com a tutela dos direitos fundamentais. A proteção da dignidade das minorias e seu tratamento igualitário do ponto de vista legal não podem estar reféns das majorias parlamentares ou de um conjunto de eleitores. Contemporaneamente, a própria Constituição inexoravelmente estabelece limites à autonomia da soberania popular. O resguardo dos direitos fundamentais e dos direitos humanos impõe-se para que se preservem as garantias individuais e coletivas de todos os indivíduos, inclusive das minorias, sem as quais a própria democracia estaria ameaçada. É preciso vislumbrar que não há contradições entre direitos humanos – sendo que o mesmo vale para os direitos fundamentais – e soberania popular porque ambos são, logicamente, cooriginários: os direitos humanos nem sequer conflitariam com a soberania popular porque seriam, na verdade, condição de possibilidade para a democracia<sup>11</sup>.

## 2 DA VIOLAÇÃO AO PACTO FEDERATIVO QUANDO SE TRATA DE INICIATIVA MUNICIPAL

O Brasil adota como forma de Estado o federalismo, conforme é estipulado e confirmado na [Constituição Federal](#) em seus artigos 1º, *caput*, artigo 18, e inclusive como cláusula pétrea no artigo 60, §4º, inciso I. Ainda, é estipulado o sistema de repartição de competências legislativas e administrativas das unidades políticas do Estado brasileiro, também confirmando o pacto federativo (artigos 21 a 24, todos da Constituição).

A forma federativa de Estado e o princípio federativo, conforme explicado por Ingo Sarlet em seu Curso de Direito Constitucional,<sup>12</sup> desde 1891 são elementos essenciais da identidade constitucional brasileira, sendo exemplos disso a previsão constitucional da República e do Presidencialismo, obviamente com seus ajus-

<sup>11</sup> Habermas aborda sobre esse tema com maestria em: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, *passim*.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 291.

tes e contornos diferenciados conforme o momento histórico analisado, tendo como exemplo a inovação da [Constituição de 1988](#) que consagra o Município como ente federativo. Assim, cada ordem constitucional atribui à noção de Estado Federal suas características e contornos próprios.<sup>13</sup>

Embora o Estado Federal possua contornos diferentes diante das diversas ordens constitucionais que o adota, existem elementos comuns que permitem caracterizar tal Estado como um Estado Federal e assim diferenciá-lo de outras formas de Estado. Assim, ainda conforme Sarlet, ele será sempre *descentralizado, com a superposição de pelo menos duas ordens jurídicas* – a da União e a dos Estados-membros, com atribuições determinadas pela repartição de competências previstas constitucionalmente, será sempre *proibida a secessão*, existirá sempre *a indissolubilidade do vínculo federativo, a autonomia* (não soberania) *dos entes federativos, o Estado será formado de estados, se assegurará a auto-organização e o autogoverno desses estados e a participação dos Estados-membros na vontade federal*.<sup>14</sup> Sendo possível observar todos os elementos mencionados no Estado Brasileiro, caracterizando-se assim, além de legalmente previsto, o pacto federativo brasileiro.

Foi instituído pela Constituição programa político normativo que vincula o Estado ao estrito cumprimento dos princípios e regras constitucionais, inclusive no que se trata das atribuições e competências previstas e delimitadas para cada ente e esfera federativa. A concepção e adoção do federalismo pelo Estado brasileiro são essenciais para a compreensão das competências constitucionais e a estrutura organizacional do Estado. Como já mencionado, o Estado Federal instaurado no Brasil pela [Constituição de 1988](#) é peculiar ao incluir os Municípios como ente federativo em conjunto com a União, os Estados e o Distrito Federal.<sup>15</sup> Conforme José Afonso da Silva, foi estruturado pela Constituição de 1988 um sistema que combina competências privativas, exclusivas e principiológicas com competências comuns e concorrentes, conforme a experiência histórica brasileira de sistema federativo,<sup>16</sup> adotando-se assim um sistema complexo e híbrido de repartição de competências, que de certa forma foge aos modelos considerados clássicos, consagrando assim o chamado federalismo cooperativo no Brasil, principalmente por meio do parágrafo único do artigo 23 da Constituição que prevê que “Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.”.

Diante do federalismo brasileiro e do sistema de competências previsto pela Constituição Federal, ficou estabelecido que compete privativamente à União legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional, conforme artigo 22, XXIV, tal competência foi atribuída à União pelo Constituinte com base no critério da predominância do interesse. O critério de predominância do interesse é critério basilar na estipulação da divisão de competências entre os entes federativos realizada pelo poder Constituinte, por meio dele é observado se é matéria de interesse geral e nacional – a qual compete à União, regional – de competência dos Estados, ou lo-

13 SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 291.

14 SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 829-831.

15 SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. p. 857.

16 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 479.

cal – concernentes aos Municípios,<sup>17</sup> para estabelecer a qual ente compete legislar sobre determinado assunto. Ao se tratar de educação e suas bases e diretrizes, esse que é direito e garantia fundamental de todos e todas, resta claro que o interesse é nacional, cabendo assim à união legislar sobre tal matéria.

As recentes tentativas de proibir ou inibir a discussão e ensino de questões relativas a gênero, sexualidade, empoderamento feminino e igualdade entre homens e mulheres nas escolas, tem sido, principalmente, iniciativas do Poder Legislativo Municipal em clara violação ao pacto federativo e ao sistema constitucional de competências. Ao propor projetos de lei nesse sentido e ao aprová-los, incorporando tais normas ao ordenamento jurídico, o Poder Legislativo dos Municípios atropela a competência que é privativa da União e fere gravemente o pacto federativo. Importa lembrar ainda que os princípios a serem observados por aqueles que ministram o ensino, já foram estipulados pela União na Lei Federal nº 9.394 de 1996 (artigo 3º) que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, não existindo sequer lacuna legal e, portanto, não cabendo ao Poder Legislativo municipal inovar no ordenamento jurídico acerca de questões fora de sua competência e ainda mais de forma contrário ao já consagrado em legislação federal.

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

**II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;**

**III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;**

**IV – respeito à liberdade e apreço à tolerância;**

V – coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

VI – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

VII – valorização do profissional da educação escolar;

VIII – gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;

IX – garantia de padrão de qualidade;

X – valorização da experiência extraescolar;

XI – vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

XII – consideração com a diversidade étnico-racial. (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)

Ao observar os princípios do artigo 3º da [Lei Federal nº 9.394 de 1996](#), mostra-se claro que além da violação à repartição de competências, tais leis que buscam proibir o ensino de gênero nas escolas violam claramente o disposto na Lei Nacional, especialmente nos incisos II, III e VI.

Cumpram-se também a previsão do artigo 8º da Lei Maria da Penha ([Lei nº 13.340/06](#)), essa que é federal, especialmente em seus incisos V e VIII, que dispõem que visando coibir a violência doméstica e fami-

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 480.

liar contra a mulher serão promovidas políticas públicas na forma de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar, assim como a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

Não existe no ordenamento jurídico brasileiro hierarquia entre leis federais e leis editadas por outros entes federativos, assim os conflitos gerados pela invasão na esfera de competência legislativa privativa da União, como é o caso das leis analisadas no presente artigo, são resolvidos pela determinação da inconstitucionalidade da legislação que atravessa a competência, como já foi feito em diversos casos acerca do tema propostos no Supremo Tribunal Federal por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Cabe ressaltar que somente os Estados com base no fundamento da própria Constituição Federal, no parágrafo único do artigo 22, poderiam legislar sobre matéria atribuída privativamente à União, a depender de Lei Complementar, mas nunca os Municípios.

### 3 DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

As iniciativas legislativas que visam a proibir a discussão de gênero nas instituições de ensino, além de violarem o pacto federativo e a divisão de competência, causam grave violação a direitos fundamentais. Os direitos fundamentais violados são o direito à educação; direito à liberdade de ensino, esse que é dimensão específica da liberdade de manifestação do pensamento do corpo docente; e o direito da criança, adolescente e jovem de ser colocado a salvo de toda forma de discriminação e violência, além é claro dos princípios constitucionais de promoção do bem de todos e de igualdade, sem distinção de qualquer natureza.

A educação é um direito fundamental e indisponível de todas as pessoas, sendo dever do Estado propiciar os meios que viabilizem o seu exercício, tal direito da população e dever do Estado vem previsto na constituição no artigo 6º e especificadamente nos artigos 205 a 214. Conforme o preceito constitucional a educação será promovida e incentivada visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, assim como será ministrada segundo os princípios acima citados, também previstos na Constituição.

O direito fundamental à educação pode ser denominado naquilo que Robert Alexy chama de “direito fundamental como um todo”, ou seja, um direito ao qual são associadas um conjunto de direitos fundamentais de diferentes espécies, tanto direitos prestacionais como direitos de defesa. O Supremo Tribunal Federal reconhece amplamente a dimensão prestacional do direito à educação, mas tal direito não se restringe a mera oferta de serviços educacionais, devendo ser observados os objetivos e princípios dispostos na Constituição.

A democracia brasileira depende de uma educação que crie as bases da sociedade democrática, que respeite a diversidade e reproduza os princípios e valores constitucionais para que assim, tais valores e princípios

sejam replicados nas práticas sociais. Para isso a Constituição Federal adota, de forma expressa, uma concepção de educação que prepare os e as estudantes para o exercício da cidadania, que respeite a diversidade e que assim seja capaz de viver em uma sociedade plural com as mais diversas expressões religiosas, políticas, culturais, étnicas, de sexualidade ou de gênero. Ainda, além de previstos na Constituição Federal, tais objetivos de uma educação democráticas estão expressos na Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais e no Protocolo de San Salvador, demonstrando a preocupação da comunidade internacional na educação democrática. Por sua vez, os estudantes devem aprender sobre tais valores para que com isso a vida em uma sociedade plural e diversa seja possível.

Acerca da violação da liberdade dos professores e professoras de ensinar, essa que é uma manifestação do direito fundamental à educação, está prevista no inciso II do Art. 206 da Constituição Federal a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, essas que formam o núcleo essencial do direito à educação. Diante de tal preceito podemos concluir que sem a liberdade de ensinar não pode haver direito à educação.

Diante de tal previsão constitucional e assegurando um debate aberto de todas as opiniões, desde que sem discriminação, são também observados os preceitos constitucionais da proibição da discriminação, da proibição do racismo, da igualdade entre homens e mulheres, do respeito à laicidade e a tolerância religiosa. Dessa forma, ao exercer de forma livre o seu direito de ensinar, os educadores também estão propagando e respeitando os mais diversos preceitos constitucionais e garantindo assim uma educação democrática.

Outra garantia fundamental violada por tais iniciativas legislativas é o direito da criança, adolescente e jovem de ser colocado a salvo de toda forma de discriminação e violência garantido pela [Constituição](#) em seu artigo 227, tal direito de serem colocados a salvo de toda forma de discriminação e violência engloba inclusive aquelas decorrentes de questões de gênero e orientação sexual.

O preconceito com as mulheres e pessoas LGBTQIA+ advém também de um *déficit* na educação acerca da temática de gênero. A realidade nas escolas é de preconceito por parte dos estudantes e também, muitas vezes por parte dos profissionais de educação, fazendo com que os jovens tenham receio e medo de assumirem sua orientação sexual ou identidade de gênero, além da propagação de estereótipos de gênero que reforçam a discriminação e violência contra as mulheres e população LGBTQIA+.

De acordo com a pesquisa Preconceito e Discriminação no Ambiente Escolar, realizada pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas a pedido do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), 94,2% têm preconceito étnico-racial, 93,5% de gênero, 87,5% socioeconômico e 87,3% com relação à orientação sexual, entre outras percepções de preconceitos. Por sua vez, a Pesquisa Nacional sobre o Ambiente Educacional no Brasil 2016 constatou que dentre os estudantes LGBTQIA+, 73% foram agredidos verbalmente e 36% foram agredidos fisicamente nas escolas. Sendo assim, fundamental a inclusão do debate

acerca de gênero e sexualidade na educação, a fim de diminuir as desigualdades de gênero, a violência contra mulheres e o preconceito em razão de orientação sexual e identidade de gênero. A UNESCO no Brasil se manifestou no sentido de acreditar que o debate sobre sexualidade e gênero contribui para uma educação mais inclusiva, equitativa e de qualidade, entendendo, sem dúvidas, que é necessário que a legislação brasileira e os planos de educação incorporem perspectivas de educação em sexualidade e gênero.

Ademais, importante mencionar a questão das mulheres transexuais, travestis, lésbicas e bissexuais, uma vez que sofrem a opressão de gênero conjuntamente com a transfobia, a lesbofobia e a bifobia, afetando diretamente em sua permanência nos ambientes de ensino e, conseqüentemente, seu acesso ao mercado de trabalho. A realidade da população transexual é certamente mais extrema e preocupante, uma vez que 75% destas abandonam a escola devido ao preconceito, tanto de colegas de sala como de professores e funcionários da escola. Esse motivo, juntamente com a invisibilidade das pessoas transexuais e a exclusão familiar, as leva à marginalização, dificultando seu acesso ao mercado de trabalho. É também de suma importância ressaltar o fato de que a transfobia no Brasil é tão presente que segundo um relatório da ONG Internacional Transgender Europe, somos o país que mais mata travestis e transexuais no mundo.

Enfatiza-se que o Brasil é ainda considerado o quinto país mais violento para mulheres entre os 83 países analisados no estudo “Mapa da Violência 2015 – Homicídio de Mulheres”. Ainda, em 2016 o país foi colocado entre os 50 piores países para se nascer mulher, principalmente em decorrência do alto número de casamentos infantis e meninas grávidas na adolescência, segundo ranking da organização Save the Children.

Quanto à população LGBTQIA+, conforme aponta o “Atlas da Violência 2019” do IPEA, não é possível sequer saber qual é o tamanho de tal população no país, o que, por sua vez, inviabiliza qualquer cálculo de prevalência relativa de violência contra esse grupo, uma vez que o IBGE não faz qualquer pergunta sobre a orientação sexual ou identidade de gênero à população. Ainda, as polícias, em regra, nos registros de violência, tampouco fazem qualquer classificação da vítima segundo a orientação sexual ou identidade de gênero, assim como não existe tal característica nas declarações de óbito. Portanto, torna-se uma tarefa extremamente árdua dimensionar e traçar diagnósticos para produzir políticas públicas que venham a mitigar a violência contra a população LGBTQIA+.

Mais uma vez, os mecanismos internacionais corroboram com a previsão constitucional em relação a discriminação e violência. A Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher), estabelece em seu artigo 6º o direito de toda mulher ser livre de violência, abrangendo o direito de ser educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais, esses baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação, prevendo ainda em seu artigo 8º a educação como instrumento imprescindível para o combate à violência contra a mulher. Na mesma linha é o artigo 10 da Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres

(CEDAW). Em relação às pessoas LGBTQIA+, existem os Princípios de Yogyakarta, que tratam especificamente no princípio 16 do direito à educação, de forma que toda pessoa tem o direito à educação, sem discriminação por motivo de sua orientação sexual e identidade de gênero, e respeitando essas características.

A partir de práticas pedagógicas o ambiente escolar de extrema violência que observamos hoje pode ser modificado. A escola pode ser, portanto, espaço de construção de uma sociedade plural, democrática e com respeito, sendo a abordagem de gênero e sexualidade no ensino fundamental para tanto.

O Estado brasileiro elegeu como um de seus fundamentos *a dignidade da pessoa humana* (artigo 1º, inciso III, Constituição Federal) e como objetivos fundamentais *a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos*, dentre outros, de *sexo* (incisos I, III e IV, todos do artigo 3º, da Constituição Federal).

Note-se que apenas esses artigos já permitem concluir pela inconstitucionalidade de tais normas, uma vez que o Brasil, um país em que não se estuda gênero nas escolas, figura como o quinto país no mundo que mais mata mulheres (em um ranking com 83 nações), onde 13 (treze) mulheres são assassinadas por dia, onde uma mulher é estuprada a cada 8 (oito) minutos<sup>18</sup> e é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo. Esses projetos, ao tentarem impedir que crianças, futuros adultos, aprendam sobre a desigualdade histórica de gênero, caminham na contramão de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Perpetuam desigualdades históricas, contribuindo para a cultura que legitima os crimes e estatísticas acima citados – a cultura da desigualdade de gênero e da violência contra a mulher, cada vez mais distante de uma sociedade que busca promover o bem de todas e todos. A desigualdade de gênero inegavelmente existe e necessita da realização de medidas afirmativas para que seja desconstruída.

Ademais, por violarem o direito constitucional à educação (artigos 6º, 205 a 214, todos da Constituição Federal), na medida em que a educação permite o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho, violam o direito à liberdade de ensino, consubstanciado na dimensão da liberdade de manifestação (artigo 5º, incisos IV e IX, e artigo 206, ambos da Constituição Federal), uma vez que não permitem o pluralismo de ideias; e o direito da criança e do adolescente de serem colocados a salvo de toda a forma de discriminação e violência (artigo 227, da Constituição Federal), já que, ao não ensinar crianças e adolescentes que os indivíduos são diversos e merecem ser respeitados por sua individualidade, continuam a perpetuar violações sistemáticas de direitos humanos decorrentes de preconceito de gênero e de orientação sexual.

Além de todas as normas internas supramencionadas, o Brasil é signatário de diversos compromissos internacionais – recepcionados internamente – a fim de reduzir a violência de gênero e a violência contra a

18 A edição de 2015 do Anuário Brasileiro de Segurança Pública apontava para a ocorrência de um estupro a cada 11 minutos no país. Já a 14ª edição, com dados de 2019, aponta para o registro de um estupro a cada 8 minutos. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020.



criança e o adolescente. Dessa forma, proibir o ensino de igualdade de gênero nas escolas é continuar violando normas internacionais ao quais o Brasil se comprometeu a cumprir.

#### 4 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A tentativa de proibir e coibir a educação de gênero através da edição leis municipais se apresenta como prática reiterada, felizmente tal prática tem encontrado resposta através da proposição de ADPFs perante o STF, para declaração de sua patente inconstitucionalidade. No ano de 2020 foi possível observar a consolidação da jurisprudência do Supremo quanto ao tema, no sentido de declarar a inconstitucionalidade de tais normas.

Em 2017, o então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, ajuizou no STF diversas ADPFs contra leis municipais que vedam políticas de ensino sobre diversidade de gênero e orientação sexual<sup>19</sup>, por compreender que essas reafirmam uma inexistente equivalência entre sexo e gênero e ignoram quaisquer realidades distintas da orientação sexual heteroafetiva, o que por sua vez contraria dispositivos da CF de 1988. Os argumentos de inconstitucionalidade seguem aqueles apresentados no presente artigo, argumentando que as leis locais usurparam competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional e a competência concorrente para regular educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação. Ainda, normas municipais, no entendimento da PGR e do qual concordamos, também violam o direito constitucional à igualdade, assim como os princípios que prescrevem as liberdades constitucionais de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a laicidade do estado. Muitas das ADPFs, propostas ainda em 2017, seriam julgadas somente em 2020, mas felizmente compreendendo pela inconstitucionalidade de tais normas.

Nesse sentido, por unanimidade, foi julgada procedente a ADPF 457<sup>20</sup>, proposta pela da Procuradoria-Geral da República (PGR), em abril de 2020. A Lei 1.516/2015 do Município de Novo Gama (GO), que proibia a utilização em escolas públicas municipais de material didático que contenha o que chama de “ideologia de gênero” foi declarada inconstitucional, ao ser referendada medida liminar deferida em fevereiro do mesmo pelo relator, ministro Alexandre de Moraes. O plenário considerou que compete à União a edição de normas que tratem de currículos, conteúdos programáticos, metodologia de ensino ou modo de exercício da atividade docente, de forma coerente com a sua jurisprudência que reconhece a competência privativa da União para edição de normas gerais em matéria de educação e a competência concorrente dos estados para complementar a legislação federal, de forma que “A eventual necessidade de suplementação da legislação federal, com vistas à regulamentação de interesse local (artigo 30, incisos I e II, da Constituição), não

<sup>19</sup> Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=347407&ori=1>. Acesso em: 20 out. 2020.

<sup>20</sup> ADPF 457/GO

justifica a proibição de conteúdo pedagógico não correspondente às diretrizes fixadas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB – Lei 9.394/1996)”<sup>21</sup>, como afirma o Relator Alexandre de Moraes.

Ainda, segundo o ministro, “ao aderir à imposição do silêncio, da censura e, de modo mais abrangente, do obscurantismo como estratégias discursivas dominantes, de modo a enfraquecer ainda mais a fronteira entre heteronormatividade e homofobia”<sup>22</sup>, afirmando que lei municipal em questão contrariou um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, violando princípios constitucionais relacionados à promoção do bem de todos (artigo 3º, inciso IV), e, por consequência, o princípio segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (artigo 5º, caput). Ademais, afirma que a proibição da divulgação de material com referência a questões de gênero nas escolas municipais não cumpre com o dever estatal de promover políticas de inclusão e de igualdade, de forma a contribuir com a manutenção da discriminação com base na orientação sexual e na identidade de gênero.

No mês seguinte, em maio de 2020, o STF declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 3.491/2015, do Município de Ipatinga (MG), que excluem do ensino público municipal qualquer referência sobre diversidade de gênero e orientação sexual ao julgaram procedente a ADPF 467, ajuizada pela PGR. Mais uma vez, a decisão de mérito confirma o entendimento da medida cautelar deferida pelo relator, dessa vez o ministro Gilmar Mendes, que na oportunidade considerou a possibilidade de danos irreparáveis aos alunos, em razão da contrariedade ao pluralismo de ideias e o fomento à liberdade e à tolerância da lei municipal, fazendo referência a decisão da recém julgada ADPF 457, com conteúdo semelhante.

Mendes esclarece em seu voto que os dispositivos atacados afrontam as regras gerais e os direitos fundamentais à igualdade e à não discriminação. E reafirma o dever estatal de promoção de políticas públicas de igualdade e não discriminação, o que impõe a necessidade de adoção de um amplo conjunto de medidas, “inclusive educativas, orientativas e preventivas, como a discussão e conscientização sobre as diferentes concepções de gênero e sexualidade”<sup>23</sup>.

Novamente, em junho de 2020, de forma unânime, o Plenário do STF, julgou procedente a ADPF 460, também proposta pela PGR, declarando a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 6.496/2015, do Município de Cascavel (PR), que vedavam a adoção de políticas de ensino que se referissem a “ideologia de gênero”, “gênero” ou “orientação de gênero”. O colegiado acompanhou integralmente o voto do relator, ministro Luiz Fux, que em seu voto afirma que o dispositivo da lei municipal em análise, estabelece normas gerais que exorbitam o limite da adaptação às necessidades locais, de forma a violar o artigo 22, inciso XXIV, da Constituição Federal, que atribui a competência para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional exclusivamente à União. Ademais, a norma municipal impunha aos docentes obrigação não

---

21 ADPF 457/GO

22 ADPF 457/GO

23 ADPF 457/GO

prevista na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/1996) e estabelecia diretrizes que também que violam os princípios previstos na Lei 9.394/1996, como a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; o respeito à liberdade e o apreço à tolerância; a gestão democrática do ensino público; e a vinculação entre a educação escolar e as práticas sociais. Da mesma forma, representam violação aos valores constitucionais da educação, à liberdade de ensinar e aprender e à gestão democrática do ensino.

Fux entende que a suposta neutralidade ideológica ou política apresentada pelo legislador municipal, na verdade “esteriliza” a participação social decorrente dos ensinamentos plurais adquiridos em âmbito escolar, afirmando que “O mito da neutralidade traveste uma opção valorativa”<sup>24</sup> e ao permitir que tais normas existam no ordenamento jurídico, o Estado não estaria sendo neutro e sim, pelo contrário, legitimando que perspectivas hegemônicas se sobreponham às demais.

Seguindo a jurisprudência agora consolidada, em agosto de 2020, o plenário STF novamente formou maioria em três ADPFs pela inconstitucionalidade de normas municipais que vedam o ensino sobre gênero e orientação sexual nas escolas, ao analisarem normas dos municípios de Paranaguá/PR, Palmas/TO e Londrina/PR<sup>25</sup>, essas que vedam a adoção de política educacional que trate de gênero ou de orientação sexual e mesmo que tais termos (gênero e orientação sexual) sejam utilizados nas escolas. Em todas as ações, o relator, Ministro Roberto Barroso, votou pela declaração de inconstitucionalidade tanto formal como material dos dispositivos municipais contestados, por comprometerem o acesso de crianças, adolescentes e jovens a conteúdos relevantes, pertinentes à sua vida íntima e social, em desrespeito à doutrina da proteção integral. Os ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Alexandre de Moraes e Rosa Weber acompanharam o voto do relator.

## CONCLUSÃO

Como se viu, os projetos de lei e normas municipais que buscam proibir o debate sobre questões de gênero padecem de uma série de vícios de constitucionalidade materiais, pois violam o núcleo essencial de direitos fundamentais. Além disso, quando se trata de iniciativa legislativa municipal ou estadual, tais projetos são também formalmente inconstitucionais, porque violam normas constitucionais de distribuição de competências.

Ademais, é urgente o enfrentamento às desigualdades em razão de gênero e uma das principais estratégias de mudança deve ser a educação, principalmente a educação básica. Proibir a educação sobre gênero é contribuir para a manutenção das graves estatísticas mencionadas, para a violência cotidiana sofrida pelos grupos historicamente marginalizados, para uma sociedade insegura e desigual.

24 ADPF 460

25 ADPF 461, ADPF 465 e ADPF 600.

Uma sociedade que não debate questões de gênero automaticamente perpetua e legitima a cultura da desigualdade de gênero e da violência contra as mulheres. Ensinar gênero está longe de ser uma “doutrinação”: é, sobretudo, uma forma de educar crianças e adolescentes para refletirem sobre as desigualdades e violências perpetuadas em nossa sociedade patriarcal e cis-heteronormativa, a fim de ensinar aos indivíduos a desconstruírem preconceitos e buscarem uma sociedade mais inclusiva e igualitária, receptiva e que acolha a todas e a todos, sem distinções, respeitando os indivíduos em suas individualidades e identidades.

## REFERÊNCIAS

- ABGLT. **Pesquisa Nacional sobre o Ambiente Educacional no Brasil 2016**. Disponível em: <http://static.congressoemfoco.uol.com.br/2016/08/IAE-Brasil-Web-3-1.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BENTO, BERENICE. **Brasil: País do Transfeminicídio**. Disponível em: [http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/Transfeminicidio\\_Berenice\\_Bento.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/Transfeminicidio_Berenice_Bento.pdf). Acesso em: 20 out. 2020.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS 55ª LEGISLATURA – 4ª SESSÃO LEGISLATIVA. **Mapa da Violência contra a mulher 2018**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.
- CARREIRA, Denise *et al.* **Gênero e educação: fortalecendo uma agenda para políticas educacionais**. São Paulo: Ação Educativa, Cladem, Geledés, Fundação Carlos Chagas. 2016.
- CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.); LIMA, Renato Sérgio de *et al.* **Atlas da violência 2019**. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf). Acesso em: 20 out. 2020.
- CONSTANT, Benjamin. **Cours de politique constitutionnelle, I**. Paris: Guillaumin 1861.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- EVERY LAST GIRL: save the children: free to live, free to learn, free from harm. Disponível em: [https://resourcecentre.savethechildren.net/node/10123/pdf/every\\_last\\_girl\\_final.pdf](https://resourcecentre.savethechildren.net/node/10123/pdf/every_last_girl_final.pdf). Acesso em: 20 out. 2020.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. In: CAMMAROSANO, Flávia; ESTEFAM, Felipe Fawichow. (org.). **Direito público em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- PEREIRA, Ana Clara Toscano Aranha, NORMANTON, Anna Catharina Machado; STEMPLIUK, Pâmela de Andrade. A inconstitucionalidade da proibição da educação sobre gênero. **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, ano 3, v. 3, n. 8, 2016.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 70-89, jan./mar. 2012. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista57/revista57\\_70.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf). Acesso em: 30 nov. 2021.
- PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Disponível em: [http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em: 20 out. 2020.
- REIS, Toni. Gênero e LGBTFOBIA na Educação. In: EDUCATIVA, Ação (org.). **A ideologia do movimento Escola Sem Partido: 20 autores desmontam o discurso**. São Paulo: Ação Educativa, 2016.
- SARLET, Ingo. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

UN WOMEN. **Facts and figures: ending violence against women**. Disponível em: <http://www.unwomen.org/en/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures>. Acesso em: 27 ago. 2017.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil**. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf). Acesso em: 20 out. 2020.

# CAPÍTULO 25

## A SUSTENTABILIDADE PREVIDENCIÁRIA E A DIFERENÇA DE IDADE ENTRE HOMENS E MULHERES PARA FINS DE APOSENTADORIA

Zélia Luiza Pierdoná

Carla Ferreira Lopes da Silva Queiroz

### INTRODUÇÃO

O custo elevado de manutenção do sistema previdenciário brasileiro produz desequilíbrio orçamentário e financeiro, comprometendo, assim, a sustentabilidade dos direitos previdenciários<sup>1</sup> para gerações futuras e a efetividade de outros direitos sociais.

A compreensão do conceito de sustentabilidade previdenciária permite identificar fatores e variáveis que interferem na sua dinâmica e quais alterações jurídicas são necessárias para promover a adequação do direito às possibilidades reais.

O presente trabalho tem por objetivo analisar o conceito de sustentabilidade e sua aplicação aos direitos previdenciários e, com base nos dados sobre os gastos com a previdência social no Brasil, demonstrar que a diferença de idade entre homens e mulheres, para fins de aposentadoria, é medida que agrava a sustentabilidade da previdência social e que não promove a igualdade, busca, apenas, compensar as desigualdades.

### 1 O CONCEITO DE SUSTENTABILIDADE

A noção de sustentabilidade não é recente, Platão tratou deste tema implicitamente, na obra **A República**, no século IV a.C. Em sua concepção de sociedade ideal, ele defende que os governantes devem agir com sabedoria, coragem, temperança e justiça. A utopia platônica se dirige aos indivíduos, na esfera privada, e à sociedade, na esfera pública, de tal forma que as mencionadas virtudes se comunicam, por meio da racionalidade, com vistas ao gozo da vida em equilíbrio e da promoção do bem comum.

Atualmente a discussão sobre sustentabilidade apareceu, de forma explícita, no debate sobre a preservação de recursos naturais e biosistemas, a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano,

<sup>1</sup> O Tribunal de Contas da União – TCU apresentou recomendações sobre o risco de insustentabilidade dos gastos previdenciários nos seguintes acórdãos: 2059/2012-TCU-Plenário, 3414/2014-TCU-Plenário e 1295/2017-TCU-Plenário. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/todas-bases/2059%252F2012?ts=1638364307315&pb=acordao-completo> / <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/todas-bases/3414%252F2014?ts=1638364347896&pb=acordao-completo>. Acesso em: 01 dez. 2021.

promovida pela Organização das Nações Unidas – ONU, em Estocolmo, no ano de 1972<sup>2</sup>. Na sequência, a Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução nº 38/161<sup>3</sup>, aprovou a criação da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, sob coordenação de Gro Harlem Brundtland, que desenvolveu o Relatório Brundtland ou Nosso Futuro Comum<sup>4</sup>.

Devido ao contexto em que o conceito de sustentabilidade se destacou, ele ficou fortemente vinculado às questões ambientais. Entretanto, outras áreas do conhecimento se utilizam também das premissas estabelecidas no supracitado relatório, pois o conceito se tornou de interesse do setor público, da iniciativa privada e dos cidadãos. As ciências naturais e os ecologistas se referem a ele como a capacidade do ecossistema de se manter, já as ciências humanas o relacionam à manutenção da própria humanidade ou do desenvolvimento econômico<sup>5</sup>.

Três aspectos do conceito de sustentabilidade se destacam: o ecológico, o econômico e o social. Estes três pilares se tornaram mais conhecidos como 3Es: economia, ecologia e equidade; ou 3Ps: prosperidade, planeta e pessoas. Além da classificação em tríade, outros aspectos podem ser observados, a saber: ecológico, cultural, espacial e político. A divisão de aspectos ou dimensões da sustentabilidade auxilia a identificar as áreas em que o conceito é estudado e como ele é apropriado para outras ciências.

Todavia, persiste o desafio de entender com maior profundidade o aspecto social do conceito de sustentabilidade. Magnus Boström<sup>6</sup> aponta que o pilar social da sustentabilidade apresenta mais obstáculos para analisar, compreender, definir e incorporar aos projetos de desenvolvimento sustentável do que os pilares econômicos e ambientais, porque os métodos analíticos nas ciências sociais não conseguem descrever uma realidade complexa de maneira objetiva e a coleta de dados em grande escala é imprecisa para capturar os detalhes de situações heterogêneas.

No ordenamento jurídico brasileiro, o conceito sistêmico de sustentabilidade, ou seja, aquele que engloba várias dimensões, é percebido ao longo do texto constitucional, pela *mens legis* que une aspectos econômicos, relacionados ao desenvolvimento; o social, por meio da promoção do bem-estar de todos, e o ambiental, de forma explícita, no artigo 225.

A exemplo disso, cita-se o artigo 3º, no qual figura a promoção do desenvolvimento nacional e do bem de todos, entre os objetivos fundamentais do Estado brasileiro; em seguida, o artigo 23 define as matérias de competências comuns dos entes federados e estabelece que “leis complementares fixarão normas para a cooperação

2 Report of the United Nations Conference on the Human Environment. Disponível em: [https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_RES\\_66\\_288.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_66_288.pdf). Acesso em: 01 dez. 2021.

3 Resolução nº 38/161. Disponível em: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/RES/38/161>. Acesso em: 15 out. 2020.

4 O conceito de desenvolvimento sustentável do Relatório Brundtland integra desenvolvimento econômico, preservação ambiental e consequente, combate à situação de miséria. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2021.

5 EIZAGUIRRE, Almudena; GARCÍA-FEIJÓ, María; LAKA, Jon Paul. Defining sustainability core competencies in business and management studies based on multinational stakeholders' perceptions. *Sustainability*, v. 11, n. 8, 2019. DOI: <https://doi.org/10.3390/su11082303>. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2071-1050/11/8/2303/htm>. Acesso em: 01 dez. 2021.

6 BOSTRÖM, Magnus. A missing pillar? Challenges in theorizing and practicing social sustainability: Introduction to the special issue. *Sustainability: Science, Practice & Policy*, v. 8, n. 1, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1080/15487733.2012.11908080>. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/15487733.2012.11908080>. Acesso em: 01 dez. 2021.

entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”; o artigo 174 atribui ao Estado o papel fiscalizador e fomentador do desenvolvimento nacional equilibrado, ao tratar da ordem econômica e financeira; o artigo 182 norteia a política urbana municipal pautada no pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da garantia do bem-estar de seus habitantes; o artigo 192 prevê o sistema financeiro nacional estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade; o artigo 219 orienta a viabilização das políticas públicas de ciência, tecnologia e inovação, sendo o Estado e o mercado interno corresponsáveis pelo desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país.

Há outros exemplos que relacionam a responsabilidade estatal, de forma explícita, com as dimensões da sustentabilidade: é o caso do artigo 225, que aborda a dimensão ambiental do direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e dever do Poder Público e da coletividade de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações; e, também, do artigo 151, no qual aparecem tanto a dimensão social quanto a econômica, com a possibilidade atribuída à União, excepcionalmente, de conceder incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico, entre as diferentes regiões do País.

Especificamente em relação ao objeto do presente estudo, os artigos 40 e 201 estabelecem expressamente a necessidade de observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial para o Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos – RPPS e para o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, respectivamente, o que demonstra o dever de sustentabilidade da proteção previdenciária.

A visão sistêmica do conceito de sustentabilidade é defendida como princípio constitucional por Saulo de Oliveira Pinto Coelho e André Fabiano Guimarães de Araújo<sup>7</sup>, porque o direito tem a função de orientar a sociedade em direção ao equilíbrio, à harmonização das relações sociais e à continuidade e progresso da sociedade em termos humanitários.

Os autores reforçam que os vários aspectos da sustentabilidade não são excludentes, mas interdependentes, como se observa, por exemplo, na elaboração de políticas públicas de inclusão social que permeiam aspectos econômico, político e social da sustentabilidade, interfere no fomento estatal à atividade econômica e nas opções orçamentárias. A equalização de todas as variáveis é necessária para minimizar as tensões sociais, pois “sem inclusão social, que não se resume apenas à distribuição de renda, uma sociedade politicamente organizada não será sustentável”<sup>8</sup>.

7 COELHO, S. O. P.; ARAÚJO, A. F. G. A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, 2011. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18499>. Acesso em 16 out. 2020.

8 *Idem*.



Para Juarez Freitas, a multidimensionalidade é característica intrínseca do conceito de sustentabilidade. Segundo ele, “a sustentabilidade resulta da visão integrada, includente e solidária”<sup>9</sup>, sendo que as escolhas jurídico-políticas devem refletir no bem-estar social e na solidariedade intergeracional.

Assevera o referido autor que a análise sistêmica do conceito de sustentabilidade e sua aplicação encontram uma nova forma de interpretação jurídica, que é a habilidade do pensamento prospectivo<sup>10</sup>. O tempo de decisões políticas visando alcançar efeitos a curto prazo não coaduna mais com a realidade, pois o alcance se estende também aos direitos intergeracionais. O autor assim define sustentabilidade:

valor supremo que se desdobra no princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, o direito fundamental ao futuro.<sup>11</sup>

Assim, para compreender o conceito de sustentabilidade, é necessário levar em conta os variados aspectos ou dimensões e seus diferentes efeitos temporais. Catarina Botelho<sup>12</sup> registra essas diferenças, exemplificando a capacidade de participação política, em três gerações:

(i) geração *participativa*, que é a geração que possui capacidade eleitoral ativa, ou seja, a geração que vota e que tem uma palavra a dizer sobre o destino político do seu Estado; (ii) geração *quase-participativa*, sendo esta geração aquela que já nasceu e que, em breve, adquirirá o direito a votar; (iii) geração *não participativa*, que integra então as gerações vindouras, não nascidas.<sup>13</sup>

Embora a manifestação de vontade seja expressada por apenas uma geração, as opções políticas repercutirão em outras. A autora alerta que “um dos calcanhares de Aquiles do sistema democrático é a rejeição de uma *lógica diacrónica*, revelando uma excessiva preocupação com o tempo presente e negligenciando aquilo que está para vir”<sup>14</sup>. A pressão para agradar o eleitorado leva os agentes políticos a apresentarem projetos dirigidos apenas à geração de capacidade eleitoral ativa, sem comprometimento com a sustentabilidade do direito para as gerações futuras.

Se a necessidade de estabelecer critérios de interpretação do conceito de sustentabilidade ambiental é evidente, para limitar a rápida degradação do planeta, não é diferente quanto à sustentabilidade dos gastos públi-

9 FREITAS, J. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

10 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 23, n. 3, 2018. DOI: <https://doi.org/10.14210/nej.v23n3.p940-963>. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13749/pdf>. Acesso em 17 out. 2020.

11 *Idem*.

12 BOTELHO, Catarina Santos. A tutela constitucional das gerações futuras-Profilaxia jurídica ou saudades do futuro? (The Constitutional Protection of Future Generations-Legal Prophylaxis or Nostalgia for the Future?). In: SILVA, Jorge Pereira da; RIBEIRO, Gonçalo Almeida. **Justiça entre as gerações-perspetivas interdisciplinares**. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2913549](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2913549). Acesso em: 17 out. 2020.

13 BOTELHO, Catarina Santos. A tutela constitucional das gerações futuras-Profilaxia jurídica ou saudades do futuro? (The Constitutional Protection of Future Generations-Legal Prophylaxis or Nostalgia for the Future?). In: SILVA, Jorge Pereira da; RIBEIRO, Gonçalo Almeida. **Justiça entre as gerações-perspetivas interdisciplinares**. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2913549](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2913549). Acesso em: 17 out. 2020.

14 BOTELHO, Catarina Santos. A tutela constitucional das gerações futuras-Profilaxia jurídica ou saudades do futuro? (The Constitutional Protection of Future Generations-Legal Prophylaxis or Nostalgia for the Future?). In: SILVA, Jorge Pereira da; RIBEIRO, Gonçalo Almeida. **Justiça entre as gerações-perspetivas interdisciplinares**. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2913549](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2913549). Acesso em: 17 out. 2020.

cos. Denota-se a complexidade do conceito de sustentabilidade quando se depara com questões como: devem as gerações atuais sacrificar o seu bem-estar em benefício das gerações futuras? Quais limites devem ser impostos à geração atual para que se preservem direitos à geração futura? A ameaça de colapso da prestação de serviços públicos por falta de recursos justifica o retrocesso de direitos?

As respostas a estas e outras indagações permitem construir o conceito de sustentabilidade, que certamente se amoldará às peculiaridades de cada sociedade e aos seus variados aspectos materiais e temporais, bem como sua aplicação na seara previdenciária, o que será abordado na sequência.

## 2 A SUSTENTABILIDADE PREVIDENCIÁRIA E SUAS DIMENSÕES

A insustentabilidade da previdência social é uma discussão recorrente. No ano de 2019, o debate em torno do financiamento do sistema previdenciário brasileiro ganhou destaque, devido à movimentação governamental e parlamentar para aprovar a terceira grande reforma previdenciária pós-88, que resultou na EC nº 103/2019.

A justificativa de promover a reforma do atual sistema de previdência social era a garantia de sustentabilidade para as atuais e futuras gerações, proporcionando maior equidade, convergência de regras e diminuição do elevado comprometimento de recursos públicos com o gasto previdenciário, que atualmente prejudica o desenvolvimento de outras políticas públicas pertinentes, tanto dentro do sistema de seguridade social, como também atinge outros direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição<sup>15</sup>.

O sistema de seguridade social previsto na Constituição assegura os direitos sociais fundamentais à saúde, à previdência e à assistência social, mediante orçamento próprio, com diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, de previdência e de assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social, ao teor do inciso VI do artigo 194 da Constituição, com redação atribuída pela EC nº 103/2019.

O modelo abrangente escolhido pelos Constituintes originários já sofreu alterações constitucionais e legais, com base na mesma justificativa. Roberto de Rezende Rocha e Marcelo Abi-Ramia Caetano consideram que o Brasil passou por três reformas previdenciárias paramétricas, entre 1998 e 2005, quais sejam: EC nº 20/1998, EC nº 41/2003 e EC nº 47/2005. Todas elas ajustaram regras de direitos expectados, como cálculo dos benefícios, limites etários e tempo de contribuição. Também, instituíram contribuições previdenciárias para beneficiários que não participavam do custeio, entre outras mudanças. Entretanto, não houve alteração no regime financeiro de repartição para capitalização. Por essa razão, não são consideradas reformas estruturais e sim paramétricas<sup>16</sup>.

15 A íntegra da PEC nº 06/2019 está disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2192459>. Acesso em: 01 dez. 2021.

16 ROCHA, Roberto de Rezende; CAETANO, Marcelo Abi-Ramia. **O sistema previdenciário brasileiro**: uma avaliação de desempenho comparada. Texto para Discussão (TD), n. 1331, mar. 2008. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1490/1/TD\\_1331.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1490/1/TD_1331.pdf). Acesso em: 01 dez. 2021.

Com a EC nº 103/2019 não foi diferente. Os ajustes implementados contribuirão para a redução do aumento das despesas, embora sejam insuficientes para garantir a sustentabilidade da proteção previdenciária. Há outros fatores que interferem no equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social, e exigem atenção, a saber: as transformações demográficas com longevidade crescente e redução de natalidade que modificam o bônus demográfico e a implementação das novas tecnologias que diminuem postos de trabalho, especialmente com vínculo empregatício, o que representa redução das receitas de contribuições previdenciárias (contribuições sobre a remuneração do trabalho)<sup>17</sup>.

A interação destes fatores com o sistema previdenciário provoca a deterioração da relação entre contribuintes e beneficiários. Isso significa dizer que as fontes de custeio diretas que são arrecadadas, exclusivamente, para manutenção dos benefícios se tornam insuficientes e o crescimento das despesas previdenciárias consome outros recursos não apenas do orçamento da seguridade social, como também, nos últimos anos, do orçamento fiscal, os quais são destinados a outras políticas públicas.

Sandro Glasenapp Moraes ressalta que o ponto central da sustentabilidade previdenciária é “como conciliar as demandas sociais com a escassez de recursos para atendê-las”. O autor ressalta que deve haver a preocupação com o atendimento de todos os requisitos “também no futuro”<sup>18</sup>.

A sustentabilidade previdenciária abarca as dimensões econômica, social, ética, jurídico-política, que se entrelaçam. Isso porque o direito à previdência exige regramento dinâmico, pois sofre variações constantes relacionadas às receitas e aos benefícios previdenciários, em virtude de fatores demográficos, como: mortalidade, fecundidade, migrações; e também econômico-sociais, relativos ao desemprego, trabalho informal, rendimentos médios, inflação, entre outros. O descompasso entre a legislação vigente e a realidade coloca em risco a efetividade do próprio direito previdenciário, bem como de outros direitos sociais.

### 3 O PANORAMA BRASILEIRO DO CUSTO DO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL EM RELAÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais são garantidos pelo Estado por meio de uma dinâmica que exige a participação de toda a sociedade. Norberto Bobbio esclarece a importância do Estado, como garantidor de direitos. Para o exercício de direitos de cidadania, é necessário o vínculo entre cidadão e Estado, que exige dos próprios cidadãos a manutenção da estrutura estatal, com variadas formas de tributação, formando um ciclo simbiótico: o Estado coleta recursos privados e os torna públicos com gastos, nos limites da lei. Os direitos protegidos são autênticos direitos positivos, no âmbito do Estado que os reconhece<sup>19</sup>.

17 PIERDONÁ, Zélia Luiza; DERZI, Heloisa Hernandez. A EC nº 103/2019 e a sustentabilidade da previdência social brasileira. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, v. 5, n. 2, 2019. DOI: <https://doi.org/10.26843/mestradoDireito.v5i2.189>. Disponível em: <http://publicacoes.udf.edu.br/index.php/relacoes-sociais-trabalhista/article/view/189/103>. Acesso em: 01 dez. 2021.

18 MORAES, Sandro Glasenapp. *Sustentabilidade previdenciária*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2013. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/2495?mode=full>. Acesso em: 28 nov. 2020.

19 BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

O Estado brasileiro reconhece, em rol positivado no artigo 6º da Constituição, os direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Entre eles, integram o sistema de seguridade social brasileiro os direitos relativos à saúde, à assistência e à previdência social.

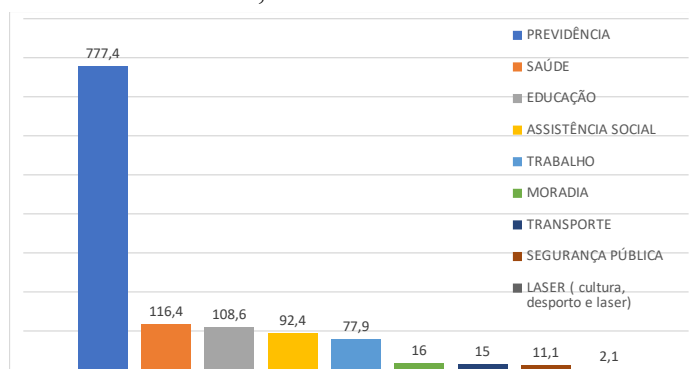
O direito à saúde garante acesso universal aos serviços do Sistema Único de Saúde – SUS; a assistência social protege os necessitados, independente de contribuição; e a previdência, mediante contribuição, é destinada aos trabalhadores e seus dependentes, sejam eles da esfera pública ou privada, tendo como objetivo substituir rendimentos do trabalho, quando diante de incapacidade laboral, real ou presumida.

A efetividade dos referidos direitos exige recursos públicos volumosos e gestão eficiente, em um contexto populacional de aproximadamente duzentos e doze milhões de habitantes, com população ocupada, no 1º trimestre de 2020, estimada em 92,2 milhões de pessoas, composta por 66,9% de empregados (incluindo empregados domésticos), 4,8% de empregadores, 26,2% de pessoas que trabalharam por conta própria<sup>20</sup>.

A concretização dos direitos sociais previstos no sistema de seguridade social brasileiro evidencia a sujeição da reserva do financeiramente possível, cujos recursos estão previstos e geridos em orçamento separado do orçamento fiscal. Por expressa previsão do texto constitucional (§5º do artigo 195), há a necessidade de prévia determinação do custeio para a criação, majoração ou extensão dos benefícios ou serviços da seguridade social. Portanto, a efetividade dos direitos integrantes da seguridade social exige a averiguação de dados econômicos e sociais como pressupostos materiais influenciadores das decisões políticas de alocação de recursos públicos.

Nesse contexto, a comparação de despesas orçamentárias entre os direitos sociais evidencia a disparidade entre os custos, que coloca em risco o direito à previdência para as futuras gerações e atinge, também, as dimensões da sustentabilidade. O quadro atual demanda uma análise para a reordenação de prioridades de políticas públicas.

Gráfico 01 – Comparativo de previsão orçamentária de despesas com as áreas relacionadas aos direitos sociais, em 2020, em bilhões de reais



Fonte: Orçamento Cidadão 2020<sup>21</sup>

20 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua**: 1º trimestre 2020. jan./mar. 2020. Publicado em 15/05/2020 às 9 horas. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact\\_2020\\_1tri.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2020_1tri.pdf). Acesso em: 01 dez. 2021.

21 Dados relativos ao Orçamento proposto para o ano de 2020. Brasil. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Fazenda. Secretaria de Orçamento Federal. Orçamento Cidadão: Projeto de Lei Orçamentária Anual – PLOA 2020. Brasília, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/PLN/2019/Anexo/MSG395-19-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PLN/2019/Anexo/MSG395-19-)

Verifica-se, pelos dados acima, que a dimensão econômica da sustentabilidade previdenciária se evidencia, em relação às outras dimensões, mas ela não se resume a isso. Para o enfrentamento do problema deve ser considerado que “as mudanças substanciais de vulto supõem, sempre, a vertical ressignificação das relações jurídico-políticas”<sup>22</sup>.

Nesse contexto, como advertem Zélia Luiza Pierdoná e Bruno Bianco Leal<sup>23</sup>, “embora a EC nº 103/2019 produzirá efeitos para amenizar o problema de sustentabilidade da previdência social, os ajustes efetuados talvez não sejam suficientes, a médio e a longo prazo”. Segundo os referidos autores, isso decorrente, principalmente, em razão “das transformações demográficas verificadas nos últimos anos, as quais demonstram aumento de expectativa de sobrevida e redução drástica da natalidade”.

Diante disso, deve-se averiguar se as escolhas feitas pelo Constituinte e mantidas nas reformas já promovidas não devem ser ressignificadas. Dentre as escolhas que precisam ser reanalisadas, encontra-se a diferença de idade entre homens e mulheres, para fins de aposentadoria. A referida diferença deve ser analisada, não apenas no aspecto da sustentabilidade da proteção previdenciária, mas também se é instrumento adequado para a promoção da igualdade.

#### **4 A DIFERENÇA DE IDADE ENTRE HOMENS E MULHERES PARA FINS DE APOSENTADORIA: MEDIDA QUE AGRAVA A SUSTENTABILIDADE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E QUE NÃO PROMOVE A IGUALDADE**

A Constituição estabelece que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (artigo 5º, I). Dessa forma são toleradas apenas as diferenças que a própria Constituição estabeleceu.

Dentre as diferenças previstas na Constituição, na redação originária, está aquela relativa ao tempo de serviço e à idade mínima entre homens e mulheres para fins de aposentadoria (de cinco anos), respectivamente da aposentadoria por tempo e aposentadoria por idade. Nas duas primeiras grandes reformas da previdência, veiculadas pelas ECs nº 20/98 e nº 41/2003, foram mantidas as mencionadas diferenças de tempo e de idade mínima.

A última reforma (EC nº 103/2019) extinguiu a aposentadoria por tempo de contribuição<sup>24</sup> e, como regra, reduziu a diferença em relação à idade mínima, que passou a ser de três anos: 62 anos para a mulher e 65 para o homem.

[Orcamento%20Cidadao-2020.pdf](#). Acesso em: 01 dez. 2021.

22 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

23 PIERDONÁ, Zélia Luiza; LEAL, Bruno Bianco. A proteção previdenciária e as reformas implementadas pelas emendas constitucionais 20/1998, 41/2003 e 103/2019. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 46, n. 210, p. 59-78, 2020.

24 Embora a aposentadoria por tempo de contribuição tenha sido extinta pela EC nº 103/2019, ela foi mantida como disposição transitória em relação à aposentadoria dirigida às pessoas com deficiência. Isso porque a referida emenda constitucional recepcionou a Lei Complementar 142/2013, a qual foi editada quando ainda havia a previsão constitucional da aposentadoria por tempo de contribuição.

Menciona-se como regra porque não houve alteração em relação à idade para a aposentadoria dos trabalhadores rurais. Com isso, foram mantidos 55 anos para as mulheres e 60 anos para os homens. Também foi mantida a diferença de 5 anos, enquanto a lei não regulamentar a aposentadoria da pessoa com deficiência, haja vista que, como disposição transitória, foi recepcionada a [LC nº 142/2013](#).

Ainda, nas disposições transitórias, foi estabelecida uma diferença entre homens e mulheres: os homens precisarão de, no mínimo, 20 anos de contribuição para a obtenção da aposentadoria, e as mulheres, 15 anos de contribuição. A referida diferença só é aplicada aos segurados do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, já que, para o Regime dos Servidores da União, o tempo mínimo de contribuição é o mesmo (20 anos).

Assim, embora diminuída a diferença, foi mantida a diferenciação entre homens e mulheres, independentemente de qualquer outro fator que efetivamente represente uma desigualdade, como, por exemplo, ter filhos ou não. Ou seja, o critério de diferenciação é “ser mulher”. O mesmo argumento é aplicado à redução de tempo mínimo de contribuição para a aposentadoria no RGPS.

Entretanto, conforme sustenta Zélia Luiza Pierdoná, a diferença, ainda que prevista na Constituição, não encontra “justificativa em relação à finalidade da previdência social”<sup>25</sup>. Isso porque, como já referido, o objetivo da proteção previdenciária é de substituir os rendimentos do trabalho, quando diante de incapacidade laboral, real ou presumida. Não há antecipação de incapacidade da mulher em relação ao homem que justifique a antecipação da aposentadoria. Assim, não existe correlação lógica<sup>26</sup> entre o fato de ser mulher e de poder se aposentar antes.

Para a autora, “as diferenças fáticas existentes entre homens e mulheres, tanto no âmbito doméstico (dupla jornada), quanto no profissional (acesso, condições laborais, remuneração etc.), não justificam a manutenção das diferenças”<sup>27</sup> para fins de aposentadoria.

Em relação à dupla jornada, Fábio Zambitte Ibrahim assevera que ela “é irrelevante para um benefício que tem, como risco coberto, a idade avançada, considerada incapacitante para o trabalho”. Ele afirma que “se a mulher, ainda que venha a se submeter a maior carga de trabalho, não apresentar desgaste maior do que o do homem ao longo da vida, mantendo-se as expectativas de vida, não se justifica a benesse do sistema protetivo”<sup>28</sup>.

Além disso, a mulher vive mais que o homem. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE<sup>29</sup>, a estimativa de vida ao nascer, para 2019, é de 80,1 para as mulheres e de 73,1 para os homens: uma diferença de 7 anos. Já a expectativa de vida aos 60 anos de idade é de 20,7 para os homens e de 24,4 para as

25 PIERDONÁ, Zélia Luiza. A ausência de justificativa para a manutenção das diferenças entre homens e mulheres para fins de aposentadoria na previdência social brasileira. In: MONSALVE CUÉLLAR, Martha Elisa (org.). *Género y no discriminación Análisis transversal e interdisciplinar*. Madrid – España: Alderabán, 2019. p. 520.

26 MELLO, C. A. B. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. 5 tir., São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

27 MELLO, C. A. B. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. 5 tir., São Paulo, Malheiros Editores, 1998. p. 520.

28 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 22. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 606.

29 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2019*: breve análise da evolução da mortalidade no Brasil. p. 8. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com\\_media/ibge/arquivos/65c3023462edaabf0d7318c1a0f80ca4.pdf](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_media/ibge/arquivos/65c3023462edaabf0d7318c1a0f80ca4.pdf). Acesso em: 15 dez. 2020. p. 8.

mulheres. Aos 65 anos, a expectativa é de 17,2 para os homens e 20,4 para as mulheres. Com isso, o tempo médio de vida que um homem vive ao completar 65 anos é de 82,2 anos, enquanto para a mulher é de 85,4.

Assim, somando a diferença de três anos de sobrevivência, mais a diferença de três ou cinco anos (para os trabalhadores rurais e para as pessoas com deficiência), as mulheres receberão benefício por mais tempo (6 ou 8 anos). Isso compromete a sustentabilidade da previdência e reduz os recursos para a adoção de políticas públicas adequadas para o enfrentamento das desigualdades fáticas existentes entre homens e mulheres. As mencionadas diferenças devem ser enfrentadas com políticas públicas que promovam a igualdade e não que compensem as desigualdades.

Conforme sustenta Zélia Luiza Pierdoná:

As diferenças fáticas existentes entre homens e mulheres precisam ser tratadas com políticas públicas adequadas. A dificuldade de acesso ao trabalho poderá ser enfrentada com acesso à educação, creches para os filhos etc., assim como por meio de campanhas publicitárias que tenham como objetivo mudar a cultura relacionada aos papéis tradicionalmente definidos como das mulheres. Certamente serão políticas que, além de promover a igualdade, contribuirão para a sustentabilidade da previdência social brasileira, já que serão muito menos onerosas que a antecipação das aposentadorias para as mulheres. Com a economia de recursos, será possível maiores investimentos em políticas educacionais, que refletirão na igualdade de oportunidades de acesso ao trabalho e à remuneração igualitária. E, como o benefício previdenciário reflete a remuneração auferida durante a vida laboral, se a mulher tiver o mesmo acesso e a mesma remuneração que o homem, também terá benefícios com os mesmos valores.<sup>30</sup>

Segundo Carla Ferreira Lopes da Silva Queiroz<sup>31</sup>, a possibilidade de minimizar as diferenças entre a mulher e o homem, no mercado de trabalho, e, conseqüentemente, a equiparação salarial, depende, também, da concretização de políticas públicas educacionais, com o fito de dar cumprimento à doutrina jurídica da proteção integral adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro, ampliando a oferta de creches e escolas. O gasto público, neste caso, beneficia toda a família e repercutirá nas gerações futuras.

Por fim, conforme alertou Marly Antonieta Cardone, a manutenção das diferenças, para fins de aposentadoria, podem justificar a manutenção das desigualdades fáticas:

[...] estas outorgas de benefícios mais favoráveis à mulher poderão conter avanços que os movimentos sociais estão tentando em termos de divisão de tarefas na família, de modo a dar encargos iguais à mãe e ao pai, às filhas e aos filhos. Na medida em que as mulheres tem mais regalias jurídicas, por que se buscar a igualdade no cotidiano? Elas já estão compensadas dos desequilíbrios culturais através da norma jurídica.<sup>32</sup>

30 PIERDONÁ, Zélia Luiza. A ausência de justificativa para a manutenção das diferenças entre homens e mulheres para fins de aposentadoria na previdência social brasileira. In: MONSALVE CUÉLLAR, Martha Elisa (org.). *Género y no discriminación Análisis transversal e interdisciplinar*. Madrid – España: Alderabán, 2019. p. 525.

31 QUEIROZ, C. F. L. S. A longevidade da população brasileira e a garantia constitucional da previdência social: as mulheres vistas neste contexto. In: GORJÓN BARRANCO, María Concepción; GUZMÁN ORDAZ, Raquel; NIETO LIBRERO, Ana Belén. (org.). *Políticas públicas em defesa de la inclusión, la diversidad y el género*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2020, p. 291-306. Disponível em: <https://eusal.es/index.php/eusal/catalog/view/978-84-1311-242-8/4700/2094-1>. Acesso em: 15 dez. 2020.

32 CARDONE, Marly Antonieta. *Previdência, Assistência e Saúde na CF/1988*. São Paulo: Ltr, 1989. p. 76.

Assim, a eliminação das diferenças de idade entre homens e mulheres para fins de aposentadoria pode, além de contribuir para a sustentabilidade da previdência, representar uma medida de incentivo à igualdade fática, quer em relação às tarefas domésticas, quer em relação às relações laborais.

A ausência de correlação lógica entre a diferença de idade e a finalidade da proteção previdenciária já seria razão suficiente para suprimir as diferenças, mas talvez o que mais justifique a necessidade da eliminação das diferenças seja a ausência de qualquer possibilidade de promoção da igualdade entre homens e mulheres.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A diferença de idade entre homens e mulheres, para fins de aposentadoria, não atende ao objetivo da previdência social, que é o de proteger os trabalhadores e seus dependentes quando diante de incapacidade laboral, substituindo os rendimentos do trabalho. Isso porque a incapacidade da mulher não antecede a do homem e, inclusive, a mulher vive, em média, ao completar 65 anos, mais de três anos do que o homem. Dessa forma, não há correlação lógica que legitime a referida diferença.

A diferença de idade para a aposentadoria entre homens e mulheres não apenas impacta a sustentabilidade do sistema previdenciário, como também não promove a igualdade entre eles, já que apenas compensa as desigualdades fáticas existentes, as quais precisam ser enfrentadas com políticas públicas que promovam a igualdade.

Assim, considerando que o objetivo da presente obra é demonstrar como as normas constitucionais se aplicam ao universo feminino, e em que medida elas auxiliam na busca da igualdade de direitos entre homens e mulheres; considerando, ainda, que as diferenças de idade, para fins de aposentadoria, não promovem a igualdade e agravam a situação de insustentabilidade da previdência social, os preceitos constitucionais que estabelecem as mencionadas diferenças devem ser abolidos e, ao mesmo tempo, devem ser adotadas políticas públicas adequadas que realmente promovam a igualdade.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOSTRÖM, Magnus. A missing pillar? Challenges in theorizing and practicing social sustainability: Introduction to the special issue. *Sustainability: Science, Practice & Policy*, v. 8, n. 1, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1080/15487733.2012.11908080>. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/15487733.2012.11908080>. Acesso em: 01 dez. 2021.

BOTELHO, Catarina Santos. A tutela constitucional das gerações futuras-Profilaxia jurídica ou saudades do futuro? (The Constitutional Protection of Future Generations-Legal Prophylaxis or Nostalgia for the Future?). In: SILVA, Jorge Pereira da; RIBEIRO, Gonçalo Almeida. *Justiça entre as gerações-perspetivas interdisciplinares*. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2913549](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2913549). Acesso em: 17 out. 2020.

CARDONE, Marly Antonieta. *Previdência, Assistência e Saúde na CF/1988*. São Paulo: Ltr, 1989.

COELHO, S. O. P.; ARAÚJO, A. F. G. A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. *Revista da Faculdade de Direito da*



Universidade Federal de Uberlândia, 2011. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18499>. Acesso em 16 out. 2020.

EIZAGUIRRE, Almudena; GARCÍA-FEIJÓ, María; LAKA, Jon Paul. Defining sustainability core competencies in business and management studies based on multinational stakeholders' perceptions. *Sustainability*, v. 11, n. 8, 2019. DOI: <https://doi.org/10.3390/su11082303>. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2071-1050/11/8/2303/htm>. Acesso em: 01 dez. 2021.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, n. 3, 2018. DOI: <https://doi.org/10.14210/nej.v23n3.p940-963>. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13749/pdf>. Acesso em 17 out. 2020.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 22. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 606.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua: 1º trimestre 2020**. jan./mar. 2020. Publicado em 15/05/2020 às 9 horas. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact\\_2020\\_1tri.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2020_1tri.pdf). Acesso em: 01 dez. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2019**: breve análise da evolução da mortalidade no Brasil. p. 8. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com\\_mediaibge/arquivos/65c3023462edaabf0d7318c1a0f80ca4.pdf](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/65c3023462edaabf0d7318c1a0f80ca4.pdf). Acesso em: 15 dez. 2020.

MELLO, C. A. B. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. 5 tir., São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

MORAES, Sandro Glasenapp. **Sustentabilidade previdenciária**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2013. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/2495?mode=full>. Acesso em: 28 nov. 2020.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. A ausência de justificativa para a manutenção das diferenças entre homens e mulheres para fins de aposentadoria na previdência social brasileira. In: MONSALVE CUÉLLAR, Martha Elisa (org.). **Género y no discriminación Analisis transversal e interdisciplinar**. Madrid – España: Alderabán, 2019. p. 515-528.

PIERDONÁ, Zélia Luiza; DERZI, Heloisa Hernandez. A EC nº 103/2019 e a sustentabilidade da previdência social brasileira. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, v. 5, n. 2, 2019. DOI: <https://doi.org/10.26843/mestradodireito.v5i2.189>. Disponível em: <http://publicacoes.udf.edu.br/index.php/relacoes-sociais-trabalhista/article/view/189/103>. Acesso em: 01 dez. 2021.

PIERDONÁ, Zélia Luiza; LEAL, Bruno Bianco. A proteção previdenciária e as reformas implementadas pelas emendas constitucionais 20/1998, 41/2003 e 103/2019. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 46, n. 210, p. 59-78, 2020.

QUEIROZ, C. F. L. S. A longevidade da população brasileira e a garantia constitucional da previdência social: as mulheres vistas neste contexto. In: GORJÓN BARRANCO, María Concepción; GUZMÁN ORDAZ, Raquel; NIETO LIBRERO, Ana Belén. (org.). **Políticas públicas em defensa de la inclusión, la diversidad y el género**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2020, p. 291-306. Disponível em: <https://eusal.es/index.php/eusal/catalog/view/978-84-1311-242-8/4700/2094-1>. Acesso em: 15 dez. 2020.

ROCHA, Roberto de Rezende; CAETANO, Marcelo Abi-Ramia. **O sistema previdenciário brasileiro: uma avaliação de desempenho comparada**. Texto para Discussão (TD), n. 1331, mar. 2008. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1490/1/TD\\_1331.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1490/1/TD_1331.pdf). Acesso em: 01 dez. 2021.

# CAPÍTULO 26

## A SAÚDE E SUA REGULAÇÃO NO BRASIL

Camila Barreto Pinto Silva

### 1 INTRODUÇÃO

Passados mais de vinte anos da promulgação da [Lei n. 9.656/98](#), e vinte anos da criação da ANS, o setor de saúde suplementar no Brasil fez grandes avanços, embora ainda tenha muito a ser tratado. Essa área, que é de suma importância para a sociedade brasileira, hoje concentra cerca de 47.058.401<sup>1</sup> usuários, ou seja, algo em torno de 22% da população do nosso país. Embora pareça pouco, esse setor é fundamental para a saúde da população brasileira.

O presente capítulo tem como tópico a saúde e sua regulação no Brasil, todavia antes de adentrarmos ao tema principal faremos uma pequena introdução de como funciona o sistema privado de saúde, quais são os tipos de operadoras existentes, quais os tipos de planos oferecidos aos consumidores, tudo de acordo com a legislação do referido setor, no Brasil. Então, será tratada a intervenção do Estado na saúde, a criação da Agência Nacional de Saúde e a regulação do setor da saúde no Brasil.

### 2 A SAÚDE NO BRASIL

A [Constituição Federal de 1988](#), em seu Título VIII, “*Da Ordem Social*”, claramente assegura o direito à saúde a todos os cidadãos brasileiros, e seu art. 196 dispõe, *in verbis*:

Art. 196. A saúde é um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.<sup>2</sup>

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, sendo que sua execução deverá ser feita diretamente, por terceiros, por pessoa física ou jurídica de direito privado.<sup>3</sup>

1 Dados atualizados até outubro de 2020. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em: 21 dez. 2020.

2 BRASIL. [Constituição Federal Brasileira, de 5 de outubro de 1988](#). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 21 dez. 2020.

3 BRASIL. [Constituição Federal Brasileira, de 5 de outubro de 1988](#). Art. 197. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 21 dez. 2020.

As instituições privadas participarão de forma complementar do Sistema Único de Saúde, mediante contratos de Direito Público ou convênio, devendo seguir as diretrizes deste, estando ainda sujeitas à sua fiscalização e controle.<sup>4</sup>

Nesse sentido é o entendimento de Grau ao distinguir os *serviços públicos privativos dos serviços públicos não privativos*. O autor fundamenta sua posição com a seguinte colocação:

Cumpra distinguir, desde logo, os serviços públicos privativos dos serviços públicos não privativos. Entre os primeiros, aqueles cuja prestação é privativa do Estado (União, Estado-membro ou Município), ainda que admitida a possibilidade de entidades do setor privado desenvolvê-los, apenas e tão-somente, contudo, em regime de concessão ou permissão (art. 175 da Constituição de 1988). Entre os restantes – serviços públicos não privativos – [...] manifestar-se-iam nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde.

[...]

Assim, o que torna os chamados serviços públicos não privativos distintos dos privativos é a circunstância de os primeiros poderem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, ao passo que os últimos apenas poderão ser prestados pelo setor privado sob um desses regimes.

Há, portanto, serviço público mesmo nas hipóteses de prestação de serviços de educação e saúde pelo setor privado. Por isso mesmo é que os arts. 209 e 199 declaram expressamente serem livres à iniciativa privada a assistência à saúde e o ensino – não se tratassem, saúde e ensino, de serviço público razão não haveria para as afirmações dos preceitos constitucionais.<sup>5</sup>

No mesmo diapasão, entende Cuéllar ser

[...] importante salientar que o desempenho de atividade econômica em sentido estrito está reservado à iniciativa privada, sendo possível ao Estado participar excepcional, subsidiária, em consonância com o disposto nos artigos 170 e 173 da Constituição Federal. Tais artigos da Carta Magna impõem que a participação do Estado tenha como premissa exigências de “segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo”, sempre subordinando a participação estatal ao “regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”, excetuadas as hipóteses de monopólio outorgado à União, a exemplo do que dispõe o artigo 177 da Carta Federal. Neste setor vigoram os princípios da liberdade de iniciativa e da liberdade de concorrência, entendidos, respectivamente, como a faculdade de acesso ao mercado, ao exercício das atividades econômicas, sem necessidade de autorização prévia do poder público, ressalvadas as exceções legais, e a possibilidade de conquistar a clientela, da forma que for mais conveniente, desde que respeitados os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.<sup>6</sup>

Continuando, importa fazer referência aos ensinamentos proferidos por Grau, que coloca:

a liberdade de iniciativa permite aos particulares a livre criação e desenvolvimento de uma atividade econômica e determina que o Estado se abstenha de intervir nesta seara. Conforme destacado, a exploração estatal direta de atividade econômica deve ser subsidiária à atuação privada, baseando-se em necessidade imperiosa de segurança nacional ou em relevante interesse coletivo, conforme definição legal. A

4 BRASIL. Constituição Federal Brasileira, de 5 de outubro de 1988. Art. 199. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 21 dez. 2020.

5 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*: interpretação e crítica. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 153-154. grifo nosso.

6 CUELLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 51.

liberdade de concorrência pressupõe a liberdade de iniciativa econômica e corresponde à faculdade que possui o agente econômico de conquistar a clientela da maneira que lhe aprouver, desde que não o faça por meio de práticas que configurem concorrência desleal ou mediante utilização de formas de atuação que deteriam a concorrência.<sup>7</sup>

Verificamos, assim, que a assistência à saúde pode ser prestada de duas maneiras:

(i) *pelo sistema único de saúde*, serviço esse prestado pelo Estado e direito garantido pela Constituição Federal<sup>8</sup>; e (ii) *complementarmente pela iniciativa privada*, incluindo-se aqui as empresas de medicina de grupo, o seguro-saúde, as cooperativas médicas e a autogestão, entre outras<sup>9</sup>.

A legislação pertinente à regulamentação da prestação de assistência à saúde pela iniciativa privada e pelo Poder Público é aqui apresentada, sendo certo que haverá futuras alterações até que haja a sedimentação da [Lei nº 9.656/98](#), pois o assunto tratado por ela continua gerando muitos questionamentos e dúvidas mesmo transcorridos mais de vinte e dois anos de sua existência.

## 2.1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Criado pela [Constituição de 1988](#), o Sistema Único de Saúde foi regulamentado em 1990. O SUS é um sistema federativo, cuja organização é realizada de forma descentralizada, contando com a participação dos três níveis governamentais (União, Estado e Municípios) e do setor privado contratado e conveniado.

Leciona Costa (1997, p. 135) que:

O sistema único de saúde é constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos, instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público, pelas instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

O SUS deve oferecer gratuitamente todos os serviços a todos os cidadãos, segundo os princípios da universalidade do acesso, integralidade e igualdade de assistência, participação da comunidade, descentralização política-administrativa, regionalismo, hierarquização e capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de atenção.

7 GRAU, Eros Roberto. Princípios da livre concorrência – função regulamentar e função normativa. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 4, p. 104-129, 1993. p. 124.

8 Partindo da Constituição Federal, a política nacional de saúde é detalhada pelas leis: (i) *n. 8.080/90*, que dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, participando a iniciativa privada de forma complementar; e (ii) *n. 8.142/90*, que dispõe sobre a participação da comunidade na Gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

9 A participação da iniciativa privada, de forma complementar, para a prestação de serviços de assistência médica é regulamentada pelas seguintes normas: (i) *Lei nº 9.656/98*, que dispõe sobre a regulamentação dos planos privados de assistência à saúde; (ii) *Medida Provisória nº 2.177-44*, que modificou a *Lei nº 9.656/98*; (iii) *Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001*, que dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde; outras tantas Resoluções, Resoluções Normativas, Instruções Normativas das diversas diretorias da ANS, Portarias; (x) – *Lei nº 8.078/90* – Código de Defesa do Consumidor – aplicado na relação entre a operadora de planos de assistência à saúde e consumidor, entre outras tantas normas.

O princípio fundamental do SUS, de acordo com a [Constituição de 1988](#) que o criou, é o de assegurar o internamento hospitalar universal.

As principais fontes e valores de financiamento dos recursos para a saúde hoje são regulados pela [Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012](#), e [Emenda Constitucional n. 95](#), conhecida também como emenda do teto de gastos, que determina que o Estado, por um período de 20 anos, só pode ajustar os gastos relativos ao valor da inflação.

A [Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012](#), elaborada com o intuito de regulamentar a [Emenda Constitucional n. 29](#), dispõe sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo.

A regulamentação do setor privado de saúde vem sendo realizada, em virtude da Intervenção do Estado na Saúde, primeiramente com o advento da [Lei nº. 9.656/98](#), e em seguida, por intermédio da Agência Nacional de Saúde Suplementar, desde sua criação em janeiro de 2001.

## 2.2 O SISTEMA PRIVADO DE SAÚDE NO BRASIL

A [Constituição Federal Brasileira de 1988](#) assegurou no Título VIII, “*Da Ordem Social*”, o direito à saúde. Embora o direito à saúde seja um dever do Estado, este permite à iniciativa privada, de forma complementar, prestar serviços de assistência à saúde.

A importância dada ao conceito de saúde é tanta que desde os pensadores da Grécia aos dias atuais isso ocorre, como bem colocou Rocha:<sup>10</sup>

A discussão sobre um conceito para saúde atravessou séculos. Dos pensadores da Grécia Antiga aos dias atuais, a imprecisão do termo “saúde” revela pensamentos distintos sobre o tema: de um lado o entendimento de que a saúde relacionava-se com o meio ambiente e as condições de vida dos homens; do outro lado, o conceito de saúde como ausência de doenças. Somente com a reorganização política em meados do século XX e com a criação da Organização Mundial de Saúde (OMS) (1946) a saúde foi reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, credo, crença política, condição social ou econômica, e conceituada como completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doença ou outros agravos.

Os serviços privados de assistência à saúde no Brasil surgiram no fim da década de (19)60, tendo sua sedimentação ao final da década de (19)70.

10 ROCHA, Julio César de Sá. **Direito da saúde**: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr, 1999. p. 43.

Nesta época, os consumidores tinham suas demandas, provenientes das relações contratuais, solucionadas com fundamento na legislação civil e nas conciliações, sendo que tais contratos se apresentavam sob a forma de contratos de adesão.

O Código de Defesa do Consumidor – [Lei nº 8.078/90](#), no início da década de (19)90, passou a proteger e defender os interesses do consumidor, especialmente com relação à forma e à apresentação dos contratos, rescisões unilaterais, abrangência e estipulações de cláusulas e reajustes.

A regulamentação do setor de planos de assistência à saúde passou a ser exigida pela sociedade, em virtude dos abusos praticados pelos prestadores de serviços de assistência à saúde, que ocasionavam prejuízo à saúde e à qualidade de vida. Primeiramente, os Conselhos Federal e Regionais de Medicina, por meio das Resoluções nº 1.401/93 do CFM, 19/97 do CRM/RJ e 59/94 do CRM/SP e, posteriormente, o Governo do Estado de São Paulo, por meio da [Lei Estadual nº 9.495/97, de 4.03.97](#), e do [Decreto nº 41.703, de 11.04.97](#), tentaram disciplinar o setor, determinando a cobertura de todas as enfermidades relacionadas no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde pelo setor privado aos consumidores.

Referidos diplomas tiveram seus efeitos suspensos por decisão judicial, uma vez que tratavam de normas de juridicidade discutível, pois o art. 22, inciso I, da Constituição Federal Brasileira, disciplina que compete somente à União legislar sobre matéria contratual.

Assim, após muita discussão no Congresso Nacional, o Presidente da República sancionou a [Lei nº 9.656/98, em 3 de junho de 1998](#), que disciplina sobre os “Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde”.

Entre as modificações está a especialização das sociedades seguradoras em planos de assistência à saúde trazida pela [Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001](#), desde que as seguradoras se enquadrem no disposto no art. 1º, inciso I e § 1º da [Lei nº 9.656/98, in verbis](#):

*Art. 1º. Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: I – Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;*

*(...)*

*§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como: a) custeio de despesas; b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada; c) reembolso de despesas; d) mecanismos de regulação; e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador*

*escolhido pelo consumidor; e f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.*<sup>11</sup> (grifo nosso).

A nova lei promulgada visou dotar o setor de assistência à saúde de uma regulamentação geral para as empresas de medicina de grupo, as empresas de autogestão, as cooperativas e as seguradoras, tratando-as de forma isonômica, pois antes da regulamentação somente estavam sujeitas à fiscalização da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) as seguradoras, inexistindo, para as demais, um órgão fiscalizador.

Em detrimento da nova regulamentação, o Sistema Privado de Saúde passou a ser classificado nos seguintes segmentos:

- (i) **Seguradoras** – que além do seguro saúde propriamente dito, sujeito a regulamentação específica, operam com todas as características de planos privados de assistência à saúde na forma da legislação;
- (ii) **Medicina de Grupo** – que opera com os chamados convênios médico-hospitalares e que podem ser identificados três tipos: as operadoras que não possuem rede própria; as que possuem rede própria; e as associadas a hospitais filantrópicos;
- (iii) **Autogestão** – consiste em um sistema fechado com público específico, vinculado a empresas – públicas e privadas – ou a sindicatos e associações, igualmente subdivididas entre aquelas que operam a assistência por intermédio de departamentos próprios dessas empresas e aquelas que a operam por meio de entidades vinculadas;
- (iv) **Cooperativas** – que, além dos serviços dos próprios cooperados, operam também os chamados convênios médico-hospitalares, com rede própria crescente; e
- (v) **Administradoras de benefícios** – é a pessoa jurídica que propõe a contratação de plano coletivo na condição de estipulante ou que presta serviços para pessoas jurídicas contratantes de planos privados de assistência à saúde coletivos, desenvolvendo ao menos uma das seguintes atividades: I – promover a reunião de pessoas jurídicas contratantes na forma do [artigo 23 da RN nº 195](#), de 14 de julho de 2009; II – contratar plano privado de assistência à saúde coletivo, na condição de estipulante, a ser disponibilizado para as pessoas jurídicas legitimadas para contratar; III – oferecimento de planos para associados das pessoas jurídicas contratantes; IV – apoio técnico na discussão de aspectos operacionais, tais como: a) negociação de reajuste; b) aplicação de mecanismos de regulação pela operadora de plano de saúde; e c) alteração de rede assistencial.

A [Lei nº 9.656/98](#) estabeleceu tratamento isonômico às seguradoras, empresas de medicina de grupo e cooperativas, exceção feita à autogestão somente quanto à apresentação de demonstrativos de habilidade econômico-financeira e especificação de área geográfica de atuação para obtenção da autorização de funcionamento.

<sup>11</sup> BRASIL. Constituição Federal Brasileira, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 21 dez. 2020.

O consumidor poderá possuir um plano amplo, universal, que tenha cobertura total, com exceção dos incisos do art. 10, da [Lei nº 9.656/98](#)<sup>12</sup>, que é o *plano de referência*.

O plano de referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos, os atendimentos de urgência e emergência e a realização de exames previstos nos planos ambulatorial e hospitalar com obstetrícia, cobrindo todas as doenças relacionadas na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde (inclusive transtornos psiquiátricos).

### 3 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA SAÚDE

O art. 170 da [Constituição Federal](#) disciplina que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observado, entre outros princípios constitucionais, o da livre iniciativa. Entretanto, a própria Constituição estatui o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, conferindo-lhe como instrumento de ação a fiscalização, que pressupõe também o poder de regulamentação (SHIH, 1999, p. 18). A [Lei nº 9.656/98](#) é expressão viva desse poder.

Referida lei, que veio para regulamentar as empresas que operam ou venham a operar os planos de assistência à saúde, foi promulgada em um momento em que o Governo realizava política de retração do Estado na economia, tendo que conviver com a falência da previdência social e sendo alvo de exigências sociais muito superiores às suas possibilidades atuariais.

A [Lei nº 9.656/98](#) passou a exigir das operadoras de assistência à saúde autorização governamental para sua constituição e seu funcionamento, formação de reservas técnicas e submissão ao regime especial de fiscalização – direção técnica, direção fiscal, liquidação extrajudicial e procedimentos de recuperação financeira –, estando excluído o regime de falência de acordo com o artigo 23 da [Lei n. 9.656/98](#).

#### 3.1 REGULAMENTAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Vale ressaltar que para uma análise da regulamentação dos planos privados de assistência à saúde, bem como para os impactos gerados pela regulamentação do setor de saúde suplementar, devem ser consideradas as implementações oriundas com o advento da [Lei nº 9.656/98](#), da [Medida Provisória nº 2.177-44](#) e da [Lei nº 9.961/00](#).

Por mais de trinta anos o setor de saúde suplementar não se submeteu a nenhuma regulamentação. Assim, o modelo de regulamentação adotado pelo Brasil – diversamente do adotado na maioria dos países em que a regulação é feita a partir da atividade econômica em si, atuando sobre as empresas do setor, garantindo suas

<sup>12</sup> Fazem parte do rol das exceções: tratamento clínico ou cirúrgico experimental; procedimentos clínicos ou cirúrgicos estéticos; tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; fornecimento de medicamentos importados; fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; tratamentos ilícitos ou antiéticos, entre outros.



condições de solvência e a competitividade de mercado – foi o de regular também o produto oferecido, com a proibição da seleção de risco e do rompimento unilateral dos contratos.

Podemos classificar o processo de regulamentação do setor de saúde em três fases. A primeira foi resultante da publicação da [Lei nº 9.656/98](#), em 3 de junho de 1998, e da [Medida Provisória nº 1.665, de 4 de junho de 1998](#), e posteriormente com a complementação das Resoluções do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), possuindo todas elas caráter regulamentar.

Com referência ao modelo de regulamentação, normatização e fiscalização, o que advém dessa primeira fase é a criação de duas instâncias: uma com foco nas operadoras e na área econômico-financeira do setor, e outra com foco no produto e assistência à saúde oferecidos.

Coube ao Ministério da Fazenda, por intermédio do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), a responsabilidade pelos aspectos econômico-financeiros de normas para autorização de funcionamento das operadoras, registros, política de reajustes e os respectivos atos de fiscalização.

Ao Ministério da Saúde, por intermédio do CONSU e da SAS/DESAS, coube assumir a responsabilidade pela qualidade de assistência à saúde, rol de procedimentos, exigências para registro de produtos e do próprio registro, bem como os atos de fiscalização.

A Câmara de Saúde Suplementar, ligada ao CONSU, ficou com sua competência restrita ao nível assistencial da regulação.

O segundo momento do processo de regulamentação do setor da saúde ocorreu em setembro de 1999. Primeiramente com a introdução do conceito de Plano Privado de Assistência à Saúde, visando enfrentar a questão de inconstitucionalidade da inclusão das seguradoras no universo da regulação.

Optou-se por definir a abrangência pelo tipo de produto e não pela característica das empresas ou entidades prestadoras do serviço.

A [Lei nº 9.656/98](#) foi alterada para a retirada de qualquer menção a seguradora ou seguros. Contudo, por operarem produtos semelhantes às demais operadoras, apesar de seguirem normas próprias, inclusive diferentes do que prevê o [Decreto-Lei nº 73/66](#), as seguradoras foram forçadas a constituir outra empresa não seguradora, a fim de poderem atuar como operadoras de planos de saúde. A [Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001](#), permitiu às sociedades seguradoras especializadas nesse produto<sup>13</sup>; a atuação em quaisquer outros ramos ou modalidades de seguros é vedada, e as seguradoras ficam submetidas à regulação do CONSU<sup>14</sup> e da ANS.

---

13

14 Recentemente foi aprovado Regimento Interno pelo Decreto n. 10.236, de 11 de fevereiro de 2020, e suas atribuições estabelecidas no artigo 35-A da Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998.

Assim, essa alteração implicou em profundas modificações realizadas na legislação, acarretando a reorganização das seguradoras como Operadoras de Planos de Assistência à Saúde para que pudessem continuar atuando no setor.

Conjuntamente, foi definido que o Ministério da Saúde seria o único responsável pela regulamentação no setor, tanto a econômico-financeira quanto a da assistência à saúde, por intermédio do CONSU e da Secretaria de Assistência à Saúde (SAS/DESAS). O CONSU absorveu as atribuições do CNSP ao passo que a SAS/DESAS, as atribuições da SUSEP.

A Câmara de Saúde Suplementar com o caráter permanente e consultivo foi mantida, acumulando, contudo, a competência de discutir e opinar sobre todo o sistema e não apenas no seu aspecto de assistência à saúde.

O terceiro momento deu-se com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Do ponto de vista formal, trata-se da criação de um novo órgão no Ministério da Saúde, que assumiu as atribuições que cabiam à SAS/DESAS quanto ao setor de saúde suplementar e que passou a vincular-se à Câmara de Saúde Suplementar.

Com o advento da Agência Nacional de Saúde, foi criado um instrumento potencialmente mais eficaz e efetivo: a figura da agência reguladora.

### 3.2 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

A criação das agências reguladoras no Brasil transcorre da adoção de um novo modelo de prestação dos serviços públicos, em que o Poder Público continua a ser o responsável pela sua prestação, mas a efetiva execução é realizada pelo particular.

Carlos Ari Sunfeld, ao posicionar-se do porquê do surgimento das agências reguladoras, anota que:

[...] elas nasceram porque a sociedade exigiu que o Estado regulasse certas realidades, fazendo este “gerenciamento” que referi. Não limitar-se à distante edição de normas abstratas capazes de cuidar da sociedade durante 80 anos sem transformação mais profunda (como o Código Civil), mas comprometer-se com normas que organizem a relação das indústrias com os moradores, que componham isto tudo com os interesses da cidade; quer dizer: normas que embora sendo gerais, são muito mais específicas e instáveis do que foram no passado. Regular é, ao mesmo tempo, ser capaz de dirimir os conflitos coletivos ou individualizados. É por isso que surgem as agências reguladoras, porque o Estado tem de regular.<sup>15</sup>

O legislador brasileiro, ao adotar o modelo de agência reguladora, inspirou-se nas agências independentes dos Estados Unidos da América, que regulam setorialmente as atividades, por meio de colegiados.

Ensina Carlos Ari Sunfeld que:

[...] a regulação é – isso, sim – característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado

15 SUNDFELD, Ari Carlos. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Ari Carlos (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 30.

utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica.<sup>16</sup>

Desta maneira, a regulação por meio de agência procura despolitizar a atividade regulatória, atribuindo aos órgãos independentes a decisão final a respeito dos temas específicos, sem que haja possibilidade de recurso aos Ministérios competentes, ressalvado o controle pelo Poder Judiciário.

Segundo entendimento de Moreira,<sup>17</sup> o regime jurídico das agências reguladoras tem as seguintes características básicas: (i) ausência de vínculo hierárquico formal com a Administração central, com previsão de mandato fixo dos dirigentes e estabilidade; (ii) independência de atuação, com exclusão do controle tutelar; (iii) poder de editar normas regulamentares; e (iv) poder de decidir controvérsias definitivamente, ressalvado o controle jurisdicional conforme.

O legislador nacional delegou às agências reguladoras poder normativo, referente às atividades reguladas, delegação essa que traz mais dificuldades no Brasil, no qual o exercício de um poder regulador por entes autônomos está restrito ao papel de mero instrumento de aplicação de lei.

Carlos Ari Sundfeld entende ser justificada a atribuição de poder normativo para as agências. Para o autor, quando reconhece ser constitucionalmente viável que as agências detenham tal poder, de modo algum sugere que elas produzam “regulamentos autônomos” ou coisa parecida, vez que todas as suas competências devem ter base legal.<sup>18</sup>

Em sentido contrário, o entendimento de Di Pietro,<sup>19</sup> para quem a função normativa dos órgãos e entes da Administração Pública estaria restrita, apenas e tão somente, aos aspectos puramente técnicos, sendo que tudo o mais que desbordasse seria, para utilizar a linguagem consagrada pelo Direito constitucional, reserva da Lei. Avançando em suas colocações, sustenta que inúmeros outros órgãos e entes no Direito brasileiro exercem função normativa fora dos parâmetros antes citados, porém assinalando que tal prática não encontra base constitucional no Brasil de hoje.

E ainda, Figueiredo<sup>20</sup> também nega a possibilidade de se interpretar com largo alcance o exercício de funções normativas por parte das agências reguladoras. Para a autora, o exercício de funções normativas pelas agências, de acordo com o texto constitucional vigente, resumir-se-ia a regular as relações entre os prestadores e os usuários dos serviços públicos regulados, sendo todo o resto reserva exclusiva da Lei. Leciona também, em consonância com o texto constitucional vigente, sobre o caráter de indelegabilidade do poder regulamentar do Presidente da República, fora dos permissivos constitucionais.

16 SUNDFELD, Ari Carlos. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Ari Carlos (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 23.

17 MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 2, n. 4, p. 61-88, 2000. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v0i4.762>. Disponível em: <http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/762>. Acesso em: 02 dez. 2021.

18 SUNDFELD, Ari Carlos. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Ari Carlos (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 27.

19 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1999. p. 143.

20 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 138-139.

Vale apontar que as agências reguladoras já estão e continuarão inovando, sob o manto da técnica, o ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que não se verifique, na Constituição vigente, permissivo para tanto. A tendência é a de que este exercício aumente consideravelmente.

Como se sabe, as agências reguladoras brasileiras são autarquias especiais que recebem do legislador a autonomia administrativa, sendo dirigidas por colegiados, cujos integrantes não podem ser demitidos livremente pelo Presidente da República, o que garante a independência da atuação.

Assim, visando regular um setor que até 1998 não possuía qualquer regulamentação, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar por meio da [Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000](#), originariamente criada pela [Medida Provisória nº 1.928, de 25 de novembro de 1999](#).

A Agência Nacional de Saúde foi a quinta agência reguladora criada pelo Governo e a segunda na área social, mais especificamente na área da saúde. Quando de sua criação já haviam sido instaladas três outras agências no setor de infraestrutura: a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica; a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, instituída pela [Lei nº 9.472, de 16/07/97](#), e seu regulamento expedido pelo [Decreto nº 2.338, de 7/10/97](#); e a ANP – Agência Nacional de Petróleo ([Lei nº 9.476, de 06/08/97](#), e [Decreto nº 2.455, de 14/01/98](#)). No setor da saúde, a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária ([Lei nº 9.782, de 26/01/99](#), e [Decreto nº 3.029, de 16/04/99](#)).

Trata-se de um órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantem a assistência suplementar à saúde, possuindo inclusive competências de cunho econômico.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é uma autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, caracterizada pela autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autônoma nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

A ANS tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Entre as atribuições exclusivas da ANS, temos o monitoramento da evolução dos preços de planos de assistência à saúde, dos prestadores de serviços e insumos; a autorização de processos de cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle acionário e a articulação com os órgãos de defesa do consumidor.

O art. 4º da [Lei nº 9.961/00](#) disciplina as principais atribuições da Agência, destacando-se entre elas sua competência para: (i) propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar – CONSU para a regulação do setor de saúde suplementar; (ii) estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde; (iii) estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; (iv) autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assis-

tência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; (v) fiscalizar o cumprimento das disposições da [Lei nº 9.656, de 1998](#), e de sua regulamentação; (vi) aplicar as penalidades pelo descumprimento da [Lei nº 9.656, de 1998](#), e de sua regulamentação; (vii) adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde; (viii) instituir o regime de direção fiscal ou técnica nas operadoras; (ix) proceder à liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer à falência ou insolvência civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde; (x) determinar ou promover a alienação da carteira de planos privados de assistência à saúde das operadoras; (xi) definir as atribuições e competências do diretor técnico, diretor fiscal, do liquidante e do responsável pela alienação de carteira; (xii) fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º da [Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998](#), incluindo: (i) direção fiscal ou técnica; (ii) liquidação extrajudicial; (iii) procedimentos de recuperação financeira das operadoras, entre outros.

O legislador brasileiro optou pelo modelo da gestão colegiada, outro traço das agências reguladoras norte-americanas, desde a criação de sua primeira agência, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANAEEL) – [Lei nº 9.427, de 27.12.1996](#).

Seguindo esse modelo criou diversas outras agências, e a Lei n. 13.848, de 25 de junho de 2019, em seu artigo 2º, elencou-as, a saber: I – a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); II – a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); III – a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); IV – a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); V – a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); VI – a Agência Nacional de Águas (ANA); VII – a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); VIII – a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); IX – a Agência Nacional do Cinema (Ancine); X – a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); e XI – a Agência Nacional de Mineração (ANM).

Ao optar por uma gestão colegiada, o legislador desviou-se do modelo tradicional de decisão unipessoal que atribuía competências aos cargos individualmente considerados.

Ao contrário do que ocorre em muitos órgãos da Administração, nos quais existe uma Diretoria composta por quatro ou cinco pessoas, às quais são atribuídas competências individuais, no colegiado, as prerrogativas e obrigações são atribuídas a uma pluralidade de pessoas.

Como bem disposto no artigo 3º da [Lei n. 13.848/2019](#), *in verbis*:

Art. 3º. A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.<sup>21</sup>

21 BRASIL. [Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019](#). Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm). Acesso em: 21 dez. 2020.

Entende Pondé (1972, p. 25) que o colegiado é

*uma coletividade organizada, contínua, individualizada, mantida por um vínculo associativo, cujas decisões resultam de um processo de elaboração de que participam as declarações pessoais de seus componentes, expressas em um momento dado e sob uma forma determinada.*

Assim, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, na forma do art. 5º da [Lei nº 9.961/00](#), será dirigida por uma Diretoria Colegiada, integrada por cinco diretores com mandatos não coincidentes, sendo cada um deles responsável por uma área de atuação definida pelo Regimento Interno da Agência.

Há sobrecarga de funções por um dos Diretores que acumula a função de Diretor-Presidente, com atribuições de direção geral, além de presidir o Colegiado, a Câmara de Saúde Suplementar e atuar como Secretário Executivo do CONSU.

As cinco Diretorias que integram a Agência Nacional de Saúde Suplementar são a Diretoria de Desenvolvimento Setorial, Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras, Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos, Diretoria de Fiscalização e Diretoria de Gestão.

A direção colegiada possui características de pluripessoalidades na medida que resulta da decisão conjunta de seus membros, ficando mais difícil uma decisão unânime que venha a lesar a administração pública.

Aguillar<sup>22</sup> adverte que “*O colegialismo, porém, que se instaurou no Brasil, teve como consequência a criação de um verdadeiro governo paralelo, privado, contrariando a lei e à margem de todo controle*”.

Tal ensinamento não parece ser o mais acertado, uma vez que certamente o pretendido pelo legislador foi desviar-se do modelo tradicional de decisão unipessoal que atribuía competências aos cargos individualmente considerados.

Considerando a importância da atividade regulatória para a vida social, parece que a direção colegiada é preferível à condução individual de assuntos que prejudiquem fortemente a sociedade e os mandatos dos dirigentes são não coincidentes, garantindo mais independência entre os membros do colegiado.

Continuando, outro ponto relevante que merece destaque é a independência das agências. Como visto, as agências reguladoras são dirigidas por um colegiado, cujos integrantes detêm estabilidade na vigência do mandato.

Muito embora sejam relevantes as tarefas a serem desempenhadas pelas agências, o legislador não se preocupou com qualquer representatividade política ou social dos seus dirigentes, bastando que sejam técnicos com especialidade no campo de atuação.

A independência das agências, relativamente à Administração Central, parece produzir um corte na relação de legitimidade democrática da Administração Pública.

22 AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limond, 1999. p. 173. (grifo nosso).

Cabe ressaltar que a distinção entre política e administração está ligada à própria concepção clássica de separação dos poderes, que adota a fórmula de confiar o poder político a representantes eleitos, enquanto delega o desempenho de atividades puramente executórias a pessoas não eleitas.<sup>23</sup>

Cuéllar (2001) analisou referida questão, ao tratar do poder normativo das agências reguladoras. Entende a autora que a legitimação das agências reguladoras não se daria pela origem, mas sim pela sua atuação, e conclui:

[...] embora a legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras não decorra da investidura popular, já que não são órgãos democraticamente formados, ela pode ser justificada não somente em razão da importância das atribuições exercidas pelas agências mas também em virtude da maneira como são desenvolvidas suas tarefas (de forma técnica, especializada e imparcial), permitindo-se, inclusive, que os particulares participem diretamente da elaboração de diplomas normativos.<sup>24</sup>

No mesmo sentido, a lição de MOREIRA (1978, p. 132), para quem a “legitimidade da administração independente decorre da autolegitimação pessoal dos seus membros, pela sua reputação e prestígio, pelo seu desempenho independente na condução do cargo, podendo-se falar por isso numa espécie de ‘legitimidade técnica’”.

Como salientamos anteriormente, parece que a proposta de adoção de órgãos reguladores independentes em relação à Administração Central não busca atender aos anseios de mais participação do cidadão. Busca-se tornar a atuação das agências reguladoras o mais imune possível à ação política, qual seja, à ação dos representantes eleitos diretamente. Demonstrando-se isso, temos como requisitos para a nomeação e a composição dos colegiados diretivos das agências federais perfis eminentemente técnicos.

Neste sentido, anota Floriano Azevedo Marques Neto:

Deve o órgão regulador deter suficiente independência (apoiada pelos instrumentos legais adequados) para se opor ao interesse de um governante que, numa jogada eleitoral, intente reduzir à metade as tarifas praticadas para um determinado serviço essencial. A independência, aqui, deve servir para que o órgão regulador seja um instrumento de política governamental, e não um instrumento de política de um governo.<sup>25</sup>

Continua concluindo:

[...] a independência das agências as torna menos atreladas ao curso do devir político, em especial das variáveis eleitorais, muito mais dependentes da permanente comunicação, balizada por objetivos previamente definidos, com o setor específico objeto da sua atividade regulatória. Ela se concretiza mediante alguns instrumentos essenciais: (i) a estabilidade dos dirigentes; (ii) a autonomia de gestão do órgão; (iii) o estabelecimento de fontes próprias de recursos para o órgão, se possível geradas do próprio exercício da atividade regulatória; (iv) a não-vinculação hierárquica a qualquer instância de governo; (v) a inexistência de instância revisora hierárquica dos seus atos, ressalvada a revisão judicial.<sup>26</sup>

23 MEDAUER, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 134.

24 CUELLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 135-136.

25 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulamentação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Ari Carlos (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 87-88.

26 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulamentação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Ari Carlos (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 87-88.

Podemos dizer que na regulamentação do setor de saúde, em particular o exercido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, mesmo tendo transcorrido mais de vinte anos do advento da [Lei nº 9.656/98](#), ainda há muito a ser realizado.

Com uma regulamentação complexa e que gera muitas controvérsias, traz insatisfação aos usuários e mesmo às operadoras de planos privados de assistência à saúde.

Finalizando, cabe trazer à colação a colocação de Carlos Ari Sunfeld que, ao fazer um exame do desempenho das principais agências pelo ângulo do desafio jurídico, conclui que o resultado não é totalmente animador, sendo certo que apontar os defeitos provenientes da regulamentação não significa menosprezar os sucessos quanto a outros aspectos. Afirma ainda que o Direito não é tudo, mas, em termos de regulação e especialmente de seu futuro, ele é vital.<sup>27</sup>

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente capítulo, demonstramos que a [Constituição Federal de 1988](#) trouxe no seu bojo a saúde como direito fundamental e, portanto, direito a ser assegurado a todos os brasileiros e todos aqueles que estejam em território brasileiro, sem distinção de nacionalidade.

E disciplinou que a saúde seria prestada pelo poder público, e suplementarmente pela iniciativa privada, por meio das operadoras de planos de saúde.

Com a regulamentação dos planos privados de assistência à saúde, advinda com a promulgação da [Lei nº 9.656/98](#), a relação estabelecida entre a operadora (plano privado de assistência à saúde) e o usuário, que antes era solucionada com base nas normas do [Código de Defesa do Consumidor](#), passou a ser disciplinada mais claramente pela [Lei n. 9.659/98](#).

Ficou demonstrada a importância da regulamentação da saúde e das agências reguladoras, em particular da ANS, a quem cabe promover a defesa do interesse público na assistência à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

#### REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limond, 1999.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal Brasileira, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 21 dez. 2020.

27 SUNDFELD, Ari Carlos. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Ari Carlos (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 37.



BRASIL. **Decreto n. 10.236, de 11 fevereiro de 2020.** Aprova o Regimento Interno do Conselho de Saúde Suplementar. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10236.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10236.htm). Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar n. 141, 14 de janeiro de 2013.** Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm). Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.185, de fevereiro de 2001.** Dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10185.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10185.htm). Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm). Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.** Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm). Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000.** Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm). Acesso em: 21 dez. 2020.

CUELLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo.** São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública.** 3 ed., São Paulo: Atlas, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Princípios da livre concorrência – função regulamentar e função normativa. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, n. 4, p. 104-129, 1993.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulamentação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Ari Carlos (coord.). **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000. p. 72-98.

MEDAUER, Odete. **O direito administrativo em evolução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil.** Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1985.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 2, n. 4, p. 61-88, 2000. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v0i4.762>. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/762>. Acesso em: 02 dez. 2021.

PONDÉ, Lafayette. Peculiaridades do órgão colegial. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 5, n. 20, p.25-31, abr./jun. 1972.

ROCHA, Julio César de Sá. **Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos.** São Paulo: LTr, 1999.

SHIH, Frank Larrúbia. Planos e seguros privados de assistência à saúde: inconstitucionalidades da Lei nº 9.656/98. **Revista de Informações Legislativas.** Brasília. Ano 36, p. 17-21, n. 142, abr./jun. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/470/r142-03.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 02 dez. 2021.

SUNDFELD, Ari Carlos. Serviços públicos e regulação estatal. *In*: SUNDFELD, Ari Carlos (coord.). **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17-38.

# CAPÍTULO 27

## O SIGNIFICADO JURÍDICO DE “SAÚDE COMO DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO”

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Maria Hermínia Penteado Pacheco e Silva Moccia

### 1 INTRODUÇÃO

A [Constituição Federal de 1988](#), em seu Título II, trata “dos direitos e garantias fundamentais”, e foi a primeira Carta brasileira a elencar a saúde como direito fundamental.

Além de estabelecer no artigo 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição ([redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2020](#)), a Lei Magna ainda apresenta uma ordem social com um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade.

O direito à saúde está previsto no artigo 196 da Lei Maior como “(1) direito de todos e (2) dever do Estado, (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e (5) ao acesso universal e igualitário (6) às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A matéria abordada neste capítulo se restringirá a trazer subsídios que visam dar densidade ao significado do direito de todos à saúde e aos deveres impostos ao Estado na implementação deste direito.

### 2 CONCEITO DE SAÚDE

A discussão sobre o conceito de saúde atravessou séculos, comportando, ao longo da história, posicionamentos diversos.

Dos pensadores da Grécia Antiga aos dias atuais, a imprecisão do conceito de saúde revela, de um lado, o entendimento de que ela se relacionava com o meio ambiente e com as condições de vida dos homens; de outro, o conceito de saúde era tido como a ausência de doenças (ROCHA, 1999, p. 43).

Sueli Gandolfi Dallari (1995, p. 18) também se reporta a essas duas visões ao observar que, enquanto no auge da democracia grega, Hipócrates mencionava a influência da cidade e do tipo de vida de seus habitantes sobre a saúde e que o médico não incorreria em erro se, ao tratar as doenças de determinadas localidades, le-

vasse em conta as influências externas, uma outra corrente evoluiu para conceituar a saúde como sendo a ausência de doenças.

A saúde somente foi reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo o ser humano com a criação da Organização Mundial de Saúde (OMS), que, no preâmbulo de sua Constituição (1946),<sup>1</sup> a conceituou como “completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou outros agravos”.

Tal conceito foi erigido em resposta à complexidade dos novos tempos pós-guerra, que acabou por reconhecer o equilíbrio entre o homem e as interferências ambientais, conferindo à saúde um conceito amplo por ter em mira a preservação da dignidade humana. Dá-se, assim, um alargamento do conceito de saúde, eis que anteriormente ela era considerada apenas sob os aspectos “curativo” e “preventivo”, passando, então, a levar em conta uma qualidade promocional, ligada à qualidade de vida.

Observa Schwartz (2004, p. 49) que o conceito formulado pela OMS, lançado em 1946, é demais avançado para a época, assim advertindo a sua falta de operacionalidade, “pois o que pode ser saúde para uma pessoa pode não ser para outra. E quem pode definir o que seja um perfeito bem-estar. Esse perfeito bem-estar é, em verdade, um objetivo a ser alcançado, que se alarga ou diminui de acordo com a evolução da sociedade e da tecnologia”.

A saúde está conectada diretamente ao direito à vida, seja como pressuposto necessário à sua existência ou como elemento ligado à sua qualidade.

Logo, a valorização do direito à saúde se deve ao fato de esse ser essencialmente um direito fundamental do ser humano, considerando-se que a saúde é “um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim, a saúde se conecta ao direito à vida” (SCHWARTZ, 2004, p. 52).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro de 1948 pela Organização das Nações Unidas, consagrou tanto os direitos civis e políticos (artigos 3º a 21) como os direitos sociais, econômicos e culturais (artigos 22 a 28), incluindo o direito à saúde, em seu art. 25.

Os importantes avanços contemplados pela Declaração Universal foram reiterados na Conferência Mundial de Viena de 1993,<sup>2</sup> que afirmou, em seu 5º parágrafo, que “todos os direitos humanos são universais e inter-relacionados, devendo a comunidade internacional tratá-los globalmente, de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”. A Conferência reconhece que particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, atribuindo

1 A Organização Mundial da Saúde foi criada ao final da Segunda Guerra, com sede em Genebra, sendo parte da Organização das Nações Unidas, cuja função primordial é criar um direito sanitário internacional. Sua Constituição foi adotada pela Conferência Internacional de Saúde em Nova Iorque, no dia 22 de julho de 1946, entrando em vigor em 7 de abril de 1948.

2 Tal Declaração foi adotada consensualmente, em plenário, pela Conferência Mundial dos Direitos humanos, em 25 de junho de 1993.

aos Estados o dever de promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

A nova concepção de saúde permite que se considere saúde e doença como estados de um mesmo processo, composto por fatores biológicos, econômicos, culturais e sociais. Verifica-se ainda um processo causal que se identifica com o modo de organização da sociedade, sendo reflexo de como se desenvolve a vida em sociedade.

A saúde na acepção aludida é um conceito dinâmico, que reflete as relações sociais. Em se tratando da sociedade brasileira, retrata as inúmeras desigualdades sociais e desníveis culturais, o que mostra ser utópico o conceito preconizado pela Organização Mundial da Saúde, que a identifica com um estado de completo “bem-estar”. Daí haver tal conceito recebido várias críticas, sobretudo pela insuficiência das verbas públicas para a efetivação de um completo bem-estar físico, mental e social a todos os indivíduos, razão pela qual se entendeu que a aplicação do conceito de saúde expedido pela OMS reconhece limites culturais, sociais e econômicos.

### 3 DIREITO DE TODOS À SAÚDE E SUA PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A incorporação dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro foi bastante lenta. Sueli Gandolfi Dallari (1995, p. 23) assevera que a [Constituição de 1988](#) foi a primeira a se referir explicitamente à saúde como integrante do interesse público.

Com efeito, a Lei Maior, seguindo os passos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é um verdadeiro marco jurídico da institucionalização da democracia e dos direitos humanos no Brasil, consagrando, ainda, as garantias e os direitos fundamentais, ao proclamar os valores da dignidade humana como imperativo de justiça social.

José Afonso da Silva (2014, p. 310) manifesta seu espanto ao observar que a saúde, um bem extremamente relevante à vida humana, só recentemente foi elevada à condição de direito fundamental do homem. Ressalta que o tema não era de todo estranho ao Direito Constitucional anterior, pois conferia à União competência para legislar sobre defesa e proteção da saúde, todavia, isso tinha o sentido de organização administrativa de combate a endemias e epidemias, salientando ser agora “diferente, trata-se de um direito do homem”.

A Constituição de 1988 já em seu preâmbulo institui um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Em seu primeiro dispositivo, o Texto Constitucional prescreve ser a República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo um Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos são os seguintes: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político.

Dentre outros direitos sociais o art. 6º consagra o da saúde, que vem também tratada no Título VIII – Da ordem social –, que “tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193).

A saúde está compreendida dentre os direitos sociais relativos à seguridade, consoante artigo 194 da Constituição. *In verbis*: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e a sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”, consistindo em política pública de proteção integrada da cidadania.

José Afonso da Silva (2014, p. 843) ressalta que tais direitos sociais são regidos pelos princípios “da universalidade de cobertura (universalidade subjetiva) e do atendimento (universalidade objetiva), da igualdade ou equivalência dos benefícios, da unidade de organização, do caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (art. 194, parágrafo único, VII) e da solidariedade financeira, porque será financiada por toda a sociedade de forma direta ou indireta, assim como de recursos provenientes dos orçamentos públicos e das seguintes contribuições sociais: a) do empregador, empresa ou entidade equiparada [...]; b) do trabalhador e dos demais segurados da previdência social [...]; c) sobre receitas de concursos de prognósticos; d) dos importadores de bens e serviços do exterior ou equiparado [...]”.

A Seguridade Social é a forma prevista para que o Estado assegure aos indivíduos uma tutela de base, que cubra suas necessidades essenciais.

O modelo consagrado pela Constituição brasileira substituiu o Estado-Previdência, que cedeu lugar ao Estado de Seguridade Social, no qual a proteção é universalizada, não se limitando apenas aos trabalhadores que contribuíam financeiramente para o antigo sistema.

Miguel Horvath Júnior (2005, p. 87) esclarece o que se deve entender pelo Estado-Seguridade: “A seguridade social é um sistema em que o Estado garante a ‘libertação da necessidade’. Sob a ótica do critério finalístico através da Seguridade Social o Estado fica obrigado a garantir que nenhum de seus cidadãos fique sem ter satisfeitas suas necessidades sociais mínimas. Não se trata apenas da necessidade de o Estado fornecer prestações econômicas aos cidadãos, mas, também, do fornecimento de meios para que o indivíduo consiga suplantar as adversidades, quer seja prestando assistência social ou por meio da prestação de assistência sanitária. Tudo isso independente da contribuição do beneficiário. Todas as receitas do sistema sairão do orçamento geral do Estado, ou seja, são direitos garantidos pelo simples exercício da cidadania”.

A Lei Maior optou por estabelecer o modelo básico de organização e procedimento para realização do direito básico à saúde. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de forma descentralizada, com direção em cada esfera de governo,

voltado ao atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços essenciais, assegurando-se a participação da comunidade (art. 198).

Ao Sistema Único de Saúde – SUS, entre outras atribuições, compete (art. 200):

- I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III – ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V – incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)
- VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Dessa forma, além de determinar a instituição de um sistema único e integrado de saúde, o Constituinte definiu, de forma ampla, as suas atribuições. No plano infraconstitucional, o modelo está disciplinado pela [Lei Federal nº 8.080/90](#), que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, que será abordada no tópico seguinte. Posteriormente, foi editada a [Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990](#), que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e o sistema de transferência de recursos financeiros.

Da redação do artigo 196 da CF/88 defluiu “tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção à saúde. Dizer que a norma do art. 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição” (MENDES; BRANCO, 2016, p. 685).

A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, relator do AgR-RE 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Salientou o Ministro que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que “a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador Constituinte qualificasse como prestações de relevância públicas as ações e serviços de saúde (art. 197)”, legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóte-

ses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço (AgR/RE 271.286-8, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12-9-2000).<sup>3</sup>

Trata-se de decisão emblemática do Supremo Tribunal Federal que consagrou a eficácia e efetividade desse direito fundamental, abordando diversos aspectos que envolvem a sua concretização.

Não obstante, como enfatizam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2016, p. 685), “esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde”.

#### 4 O DEVER DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE

O art. 196 do Texto Constitucional evidencia que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e traça os parâmetros para o dever do Estado em promovê-lo: (a) “mediante políticas sociais e econômicas” (b) “que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”, (c) “regido pelo princípio do acesso universal e igualitário” (d) “às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Esse comando constitucional tem seu teor reproduzido no art. 2º da [Lei 8.080/90](#), designada Lei Orgânica da Saúde: “saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. E “o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (§ 1º).

Ao destacar que as políticas públicas devem ser direcionadas à redução dos riscos de doenças e outros agravos, o art. 196 evidencia a dimensão preventiva de tais políticas. Registra-se igual enfoque na Lei Federal n. 8.080/90, que objetiva reduzir o risco de doenças, bem como facilitar o acesso aos serviços de recuperação e hígidez física e mental, atuando de forma preventiva e curativa. Assim, busca-se não só garantir ações de recuperação àqueles que já tiveram sua integridade física afetada, como também atuar preventivamente, evitando que a hígidez do indivíduo venha a sofrer abalos, visando a eliminar o risco que a vida em sociedade geralmente potencializa.

As políticas públicas de saúde orientam-se desde 1988 pelos princípios de universalidade e equidade no acesso às ações e serviços e pelas diretrizes de descentralização da gestão, de integralidade do atendimento e de participação da comunidade, na organização de um sistema único de saúde no território nacional. Na trilha

<sup>3</sup> No mesmo sentido STF ARE 685230 AgR, T2, rel. Min. Celso de Mello, j. 05/03/2013, DJe 25/03/2013

dessa diretriz constitucional, a [Lei 8.080/90](#) estabelece que a assistência à saúde deve ser prestada de forma universal e igualitária, em todos os níveis de assistência, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie (art. 7º, I e IV).

**Entende-se por universalidade o direito atribuído a todos os cidadãos ao acesso aos serviços** de saúde, não sendo necessário custeá-los para poder usufruir tal direito, que deverá ser provido pelo Estado em sua integralidade.

A integralidade é a extensão deste direito, eis que todas as pessoas deverão ser atendidas de forma integral, incluindo o ciclo vital do ser humano, do nascimento até a morte, focando na prevenção e reabilitação da saúde. É preciso empreender ações preventivas evitando que o ser humano venha a adquirir a doença.

Já a **equidade significa que** toda pessoa é igual perante o SUS. Porém, esse princípio não implica que sejam providos os mesmos serviços de saúde para todos, pois o atendimento deve ser realizado de acordo com a necessidade de cada um, sofrendo o influxo das particularidades, perfil epidemiológico, agravantes de saúde de cada região. Os municípios, estados e Governo Federal devem trabalhar de acordo com as necessidades de cada região, para que os serviços de saúde sejam desenvolvidos.

O artigo 198, II, da Constituição Federal traça uma orientação geral no que se deve entender por integralidade nos serviços de saúde, impondo ao Estado o dever de prestar um atendimento integral com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais. Para atender a esta necessidade da população, o Estado deve estabelecer um conjunto de ações que vão desde a prevenção à assistência curativa, nos diversos níveis de complexidade. Estas ações, todavia, encontram um limite legal que é a previsão orçamentária, impondo um sério planejamento, para priorizar as ações que melhor beneficiem a maioria da coletividade.

Como consequência da aplicação do princípio da universalidade, o sistema de saúde deve atender à população nacional e aos estrangeiros em trânsito ou residentes no país, acabando por proteger todas as pessoas, independentemente de terem contribuído para seu custeio. No dizer de Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 96), não se pode restringir os beneficiados ao direito à saúde. Basta atentar para a fórmula utilizada pela Constituição no artigo 196 (“a saúde é direito de todos”) para se evidenciar que a norma nele contida excepciona a regra geral estabelecida no *caput* do artigo 5º do Texto Constitucional, dispondo que os direitos e as garantias fundamentais nela consagrados são assegurados aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, excluindo, em tese, os estrangeiros não residentes. A prevalecer uma interpretação restritiva, um turista acometido por qualquer enfermidade, em gozo de férias no Brasil, poderia ser barrado na entrada de qualquer hospital (mesmo da rede pública), sob a alegação de não lhe ser assegurado o direito à saúde, não podendo até mesmo se socorrer do Judiciário para reclamar o atendimento de forma compulsória. Justificando o acesso aos não residentes, Ingo Sarlet afirma que, “no caso específico da saúde, como, de resto, ocorre com uma série de outros direitos fundamentais, parece elementar que por sua ligação com o próprio direito à vida e com o direito à integrida-



de física e corporal, que, por sua natureza, são direitos de todos (e de qualquer um), nos encontramos também diante de um direito de toda e qualquer pessoa humana, brasileira ou não”.

As ações e as políticas de saúde devem ser regidas pelo princípio da equidade, o que é reconhecido por Miguel Horvath Júnior (2005, p. 91): “Para a OMS, equidade em saúde implica receber atenção segundo suas necessidades. O princípio de equidade reconhece que os indivíduos são diferentes entre si e merecem tratamento diferenciado na medida de sua necessidade. Conquanto a Constituição expressamente não assegure a equidade no acesso à saúde, garante o acesso universal e igualitário. E a igualdade assegurada possibilita a chamada “discriminação positiva”, ou seja, garantir a quem tiver mais necessidades maior acesso às prestações, de tal forma a amparar e garantir as prestações também a quem estiver em menor estado de necessidade”.

A aplicação do princípio da equidade diante de tantas desigualdades sociais suscita questões de grande complexidade, principalmente ao se tratar da saúde, bem jurídico ligado à vida, que, em princípio, não deveria comportar qualquer sacrifício.<sup>4</sup>

Os dispositivos constitucionais referidos, integrados por vasta legislação infraconstitucional, evidenciam que o dever do Estado na garantia do direito à saúde ocorre por meio da implementação de políticas públicas, que, segundo Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 265), “são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinantes”. As políticas públicas podem ser definidas como conjuntos de disposições, medidas e procedimentos que revelam a orientação política do Estado e regulam as atividades governamentais relacionadas às tarefas de interesse público que ele deve perseguir. Abrangem todas as ações de governo, as atividades diretas de produção de serviços pelo próprio Estado, bem como as atividades de regulação de outros agentes econômicos.

Não se pode admitir que o Poder Público se limite a incorporar formalmente as normas previstas no artigo 196 da Constituição Federal, sem lhe dar a efetividade necessária. Não basta a existência de legislação específica estabelecendo os deveres do Estado na promoção da saúde. Fundamental é implementar e manter as políticas públicas de saúde já existentes, compondo os orçamentos dos entes federativos. Ou seja, “o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados” (MENDES; BRANCO, 2016, p. 686).

Cumpra-se indagar qual o papel e limite de atuação do Poder Judiciário ao conduzir as demandas que lhe são apresentadas no que concerne ao direito de saúde.

<sup>4</sup> Cite-se Ronald Dworkin que, pressupondo ser de conhecimento de todos os elevados gastos despendidos pelos Estados Unidos com a saúde, ressalta a dificuldade em se propor uma fórmula de racionamento da assistência médica, obedecendo ao princípio de equidade: “o impulso igualitário do princípio afirma que a assistência médica deve ser distribuída segundo a necessidade. Mas o que significa isso? Como avaliar a necessidade? Será que alguém ‘necessita’ de uma operação que talvez lhe salve a vida, mas haja poucas probabilidades de isso acontecer? A necessidade de um tratamento que salve a vida de uma pessoa deve sofrer interferência da qualidade que sua vida teria se o tratamento tivesse êxito? A idade do paciente importa? Será que uma pessoa de 70 anos precisa ou merece menos o tratamento do que uma pessoa mais jovem? Por quê? Como devemos equilibrar a necessidade que muitas pessoas têm de alívio para o sofrimento ou incapacidade, com a necessidade de tratamentos que salvariam a vida de um número menor de pessoas? Em certa ocasião as instruções de um comitê do Oregon queriam definir prioridades médicas que preferissem obturações dentais a apendicectomia, porque é possível obturar muitos dentes pelo preço de uma operação. Por que isso era um erro tão flagrante?” (DWORKIN, 2005. p. 435-436).

## 5 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS DE SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL

O Poder Judiciário muito tem contribuído para conferir efetividade aos chamados direitos sociais, aí se incluindo o direito à saúde. Como, entretanto, a efetividade de ditos direitos, no mais das vezes, se traduz por meio de prestações materiais, atuações positivas, a intervenção do Judiciário na implementação dessas políticas, na hipótese de omissão do Executivo, tem sido tema de um acirrado debate, eis que se teme que dita atuação venha infringir o princípio da separação dos poderes. Há um limite dentro do qual a atuação do Poder Judiciário é legítima, todavia, esse divisor de águas muitas vezes é tênue, devendo ser analisado no caso concreto.

No cumprimento deste dever aflora-se uma tensão permanente na órbita dos direitos sociais fundamentais, entre dois polos diametralmente opostos: “o primeiro deles é o atendimento às pretensões individuais legitimamente ostentadas pelos cidadãos, no sentido de obter um atendimento eficaz em face de eventuais doenças e outros agravos; o segundo consiste em determinar que esse atendimento às pretensões individuais não ponha em risco o próprio sistema administrativo que tem por incumbência, sim, a promoção da saúde pública, mas guarda como seu principal escopo o atendimento integral da população, cuja prioridade, nos termos do art. 198, inc. III da Constituição Federal, é o desenvolvimento de atividades preventivas” (CIARLINI, 2010, p. 87) e voltadas para o bem-estar da coletividade.

Assim, o grande desafio em matéria do direito à saúde está no confronto entre políticas públicas e interesses (e direitos) individuais, pois, pelo princípio da equidade, as políticas públicas devem se voltar para todos, em igualdade de condições, mas a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e a invocação da máxima efetividade das normas constitucionais têm levado ao Poder Judiciário inúmeros pedidos de medicamentos, tratamentos, cirurgias de elevadíssimo custo, e até mesmo viagens ao exterior, que prestigiam o direito de uma pessoa determinada em detrimento de direito de toda coletividade (DALLARI, 2018, p. 230). Tal situação, com o correspondente impacto orçamentário, acaba por causar, paradoxalmente, efeito sistêmico diametralmente oposto à afirmação da pretendida garantia constitucional, na medida em que o Poder Judiciário passa a assumir um inegável protagonismo na deliberação e decisão acerca dos critérios decisórios aplicáveis para tanto, sem se atentar para as dificuldades resultantes do reconhecimento pleno das demandas individuais, que buscam junto ao Judiciário a realização do suposto dever do Estado.

O tema foi sendo amadurecido e tem evoluído em sua apreciação pelo STF, inclusive através da realização de audiências públicas com o objetivo de coletar informações técnicas e argumentos jurídicos como subsídio à

fixação de critérios de decisão. Mais recentemente, merecem destaque as decisões proferidas em maio de 2019, quando o Supremo Tribunal Federal julgou os temas 500<sup>5</sup> e 793,<sup>6</sup> fixando as seguintes teses, respectivamente:

Tema 500: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na [Lei nº 13.411/2016](#)), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”.

Tema 793: “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”.

Diante desse cenário, a decisão da Suprema Corte estabeleceu ser possível o fornecimento e o custeio pelo poder público, por meio de demanda judicial, de medicamento não registrado na Anvisa, desde que: (i) exista pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexis-

5 STF, RE 657718 AgR, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Roberto Barroso, j. 22/05/2019, DJe 25/10/2019. Ementa: Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. 2. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável. 3. No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016). Ainda nesse caso, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos. São eles: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior (e.g., EUA, União Europeia e Japão); e (iii) a inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA. Ademais, tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. 4. Provimento parcial do recurso extraordinário, apenas para a afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”.

6 STF, RE 855178 ED, Pleno, rel. Min. Luiz Fux, redator do acórdão Min. Edson Fachin, j. 23/05/2019, DJe 16/04/20. Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos.

tência de substituto terapêutico com registro no Brasil. Além disso, rompeu-se, nesse caso, com a solidariedade entre os entes, repassando à União o ônus de suportar o custeio desse medicamento sem registro na Anvisa.

Ou seja, no lugar da estruturação de políticas públicas que possam atuar sistemicamente no sentido da redução das doenças e outros agravos, políticas essas direcionadas ao acesso universal e igualitário às referidas ações e serviços, as quais têm seguramente o escopo de promover, proteger e recuperar a saúde da população, o Poder Judiciário, no trato do tema ora em destaque, sob a provocação das partes necessitadas, acabou por instituir um programa de atendimento a essas demandas sem obediência ao preceito que disciplina a imprescindibilidade de fomento das já aludidas políticas públicas e sem a possibilidade de levar adiante o projeto de atendimento universal e igualitário propugnado na Constituição Federal.

Mais recentemente, o Plenário do STF julgou, em 11/03/2020, o mérito da questão constitucional suscitada no RE nº 566471, do respectivo Tema 06, em que se discute “à luz dos artigos 2º; 5º; 6º; 196; e 198, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, a obrigatoriedade, ou não, de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo”.

O Plenário decidiu que o “Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente quando não estiverem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS)”, salvo em situações excepcionais que ainda serão definidas na formulação da tese de repercussão geral.

A maioria dos ministros – oito votos no total – desproveu o recurso tendo como condutor o voto do relator, Min. Marco Aurélio, proferido em setembro de 2016. A vertente vencedora entendeu que, nos casos de remédios de alto custo não disponíveis no sistema, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los, desde que comprovadas a extrema necessidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para sua aquisição. O entendimento também considera que o Estado não pode ser obrigado a fornecer fármacos não registrados na agência reguladora.

O Min. Alexandre de Moraes pronunciou-se no sentido de que o excesso de judicialização da saúde tem prejudicado políticas públicas, pois decisões judiciais favoráveis a poucas pessoas, por mais importantes que sejam seus problemas, comprometem o orçamento total destinado a milhões de pessoas que dependem do Sistema Único de Saúde (SUS).

As ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia e os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Luiz Fux, acompanhando o entendimento do relator pelo desprovimento do recurso, salientaram em seu voto que, em caráter excepcional, é possível a concessão de medicamentos não registrados na lista da Anvisa. Nesse sentido, fizeram a ponderação entre diversos argumentos, como as garantias constitucionais (entre elas a concretização dos direitos fundamentais, o direito à vida e à dignidade da pessoa humana), o limite do financeira-

mente possível aos entes federados, tendo em vista restrições orçamentárias, o desrespeito às filas já existentes e o prejuízo a outros interesses idênticos.

A decisão de fixação posterior da tese se deu em razão de que “todos os ministros apontaram condicionantes em seus votos”, que serão analisadas na produção da tese de repercussão geral.<sup>7</sup>

## 6 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VETOR DAS POLÍTICAS DE SAÚDE

O valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III da Constituição de 1988), configura-se como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico.

A conceituação do que efetivamente venha a ser esta dignidade é difícil, até mesmo para se delimitar o seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental. Não há conceito da dignidade da pessoa humana na CF/88, mas apenas alguns referenciais constitucionais.

Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 60), analiticamente, define a dignidade da pessoa humana como: “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

Existe uma conexão entre a ideia de dignidade da pessoa humana e a garantia material do mínimo existencial. Frise-se, porém, que a fluidez, imprecisão e subjetividade de tais conceitos não implicam que lhes faleça densidade significativa.

Alguns autores têm contribuído na análise do mínimo existencial, apontando diretrizes para sua formulação.

Para Ricardo Lobo Torres (1989, p. 29), o mínimo existencial “carece de conteúdo específico”, abrangendo “qualquer direito, ainda que originalmente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável”.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 260), o seu conteúdo “encontra-se condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa”.

<sup>7</sup> O caso concreto diz respeito à recusa do Estado do Rio Grande do Norte de fornecer citrato de sildenafila para o tratamento de cardiomiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar de uma senhora idosa e carente, com fundamento no alto custo do medicamento e na ausência de previsão de fornecimento no programa estatal de dispensação de medicamentos. A paciente acionou a Justiça para pleitear que o estado fosse obrigado a fornecer o remédio. O juízo de primeiro grau determinou a obrigação do fornecimento, decisão que foi confirmada pelo Tribunal de Justiça estadual.

Por sua vez, Ana Paula de Barcellos (2011, p. 288) propõe uma construção dogmática do mínimo existencial, a qual se traduz na identificação dos dispositivos constitucionais que afetam diretamente o núcleo material da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, como decorrência de um exame sistemático da Constituição, identifica quatro elementos, três de natureza material e um de caráter instrumental, a compor o mínimo existencial: “a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça”. Admite que tais elementos “correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário”.

Aponta distinções entre saúde e saúde básica; o que importa reconhecer que, conquanto saúde seja direito relevante, existe uma limitação para fins de qualificação do mínimo existencial.

Com relação à saúde básica, por exemplo, o Judiciário poderá e deverá determinar o fornecimento das prestações de saúde que compõem o mínimo, mas não deverá fazê-lo em relação a outras, que estejam fora desse conjunto. Salvo, é claro, quando as opções políticas dos poderes constituídos – afora e além do mínimo – tenham sido juridicizadas e tomem a forma de uma lei (BARCELLOS, 2011, p. 304-305).

Ana Paula de Barcellos reconhece a dificuldade dos juízes ao decidir quanto à saúde de um paciente real, descrito na ação judicial, e o distante e pouco palpável orçamento público, o que conduz, muitas vezes, ao deferimento de medicamentos experimentais e tratamentos caríssimos. Sugere, assim, dois parâmetros com objetivo de diferenciar as prestações de saúde: (i) “a preferência seja da prestação de saúde capaz de, pelo menor custo, atender de forma mais eficaz o maior número possível de indivíduos”; e (ii) “inclusão prioritária no mínimo existencial daquelas prestações de saúde de que todos os indivíduos necessitaram”, como atendimento a partos, atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas, acompanhamento de doenças típicas da terceira idade (hipertensão, diabetes etc.). A lógica proposta é “assegurar que todos tenham direito subjetivo a esse conjunto comum e básico de prestações de saúde”.

Destaca, por fim, que tais ideias harmonizam-se às disposições constitucionais, as quais mencionam, por exemplo, o atendimento materno-infantil (art. 227, § 1º, I, CF); ações de medicina preventiva (art. 198, II, CF); ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II, CF)” (BARCELLOS, 2011, p. 311-312).

O mínimo existencial também é respaldado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948: “art. 25. Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários”.

Indaga-se, então: entre várias necessidades básicas, se não há dinheiro para todas elas, qual deve ser escolhida? O Poder Judiciário pode se imiscuir nessa escolha? Ao determinar a prestação de determinado serviço público, não estaria o Poder Judiciário invadindo o âmbito de escolhas políticas da competência dos Poderes Legislativo e Executivo?

A esse respeito, pontua Ricardo Lobo Torres (1999, p. 279-285): “Encontram-se sob a reserva do possível e constituem meras diretivas para o Estado, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade nem com o mínimo existencial [...]. Dependem de escolhas orçamentárias, sempre dramáticas num ambiente de escassez de recursos financeiros, que conduzem inexoravelmente à exclusão de alguns – a depender das opções por investimentos em hospitais, sanatórios ou postos médicos”.

Questões relativas à concretização dos direitos sociais, à reserva do possível e ao mínimo existencial têm sido levadas reiteradamente ao Judiciário, tornando-se difícil dar efetividade à dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CF) e aos direitos fundamentais.

## **7 OS LIMITES ORÇAMENTÁRIOS NA PRESTAÇÃO DO DEVER DO ESTADO EM PROMOVER A SAÚDE. A RESERVA DO POSSÍVEL**

A garantia da saúde mediante políticas sociais e econômicas ressalva “a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas”, na medida em que se faz necessário viabilizar a distribuição de “recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos”, tendo em vista a constante evolução da medicina que “impõe um viés programático ao direito à saúde” (MENDES; BRANCO, 2016, p. 685-686).

Assente a necessidade de promoção dos direitos assegurados constitucionalmente através de políticas públicas, sobreleva a pertinência da preocupação com o custo dos direitos, que não se restringe aos direitos sociais, estes sujeitos a maior número de variáveis, do que decorre mais complexidade em seu atendimento.

Divergência é travada entre os partidários da máxima eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos sociais, buscando delas extrair direitos subjetivos com exigibilidade imediata, e os que defendem a existência de limites a serem considerados, principalmente os de cunho orçamentário, alicerçados no argumento da escassez dos recursos estatais frente às ilimitadas demandas dos cidadãos (GASPARINI, 2010, p. 64, 92). Tais discussões derivam, em especial, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de harmonização do que se convencionou chamar de “mínimo existencial” e da “reserva do possível”.

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Figueiredo (2010, p. 30) sustentam que a nominada reserva do possível apresenta uma tríplice dimensão: a disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade, e nesta exigibilidade e razoabilidade da prestação.

Assim, os autores inserem, ao lado dos aspectos fático e jurídico da reserva do possível, o da razoabilidade, defendendo a ideia de reserva do possível como garantia e não como empecilho dos direitos sociais, ressaltando a necessidade de vinculação da análise da reserva do possível aos princípios constitucionais. Ponderam

que “a reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 30)

No Brasil, perdendo parte de seu sentido original – o relativo à razoabilidade da pretensão –, sobreleva o uso da expressão no sentido predominante de reserva do financeiramente possível.

Não há, porém, que se confundir falta de recursos para atender determinada política pública com a má gestão dos recursos públicos existentes ou opção política diversa da Constituição. Segundo Paula Murda (2015, p. 130-131), o que há são limitações orçamentárias e insuficiência de verbas que requerem escolhas no momento da destinação dos recursos públicos, as quais são levadas a termo sem observância dos preceitos constitucionais.

Refira-se a propósito que, se, por um lado, compete aos Poderes Legislativo e Executivo a elaboração e implementação de políticas públicas, por outro, há que se considerar a possibilidade de controle das mesmas pelo Judiciário, controle esse que deverá ocorrer, em bases excepcionais, “se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático” (ADPF 45, rel. Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004, DJU 04/05/2004).

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal vem sendo frequentemente instado a se manifestar frente a recusas do poder público de prestação de serviços sociais alicerçadas no argumento da reserva do possível. Em geral, o Tribunal tem se posicionado contra essa justificativa, entendendo que a mesma não dá respaldo ao descumprimento pela Administração de suas obrigações na esfera dos direitos sociais, notadamente no que se refere à não implementação dos direitos que integram o mínimo existencial.

Recentemente a Suprema Corte reconheceu a inaplicabilidade da reserva do possível “sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial”, bem como “o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo poder público”, posicionando-se pela “impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público” (ARE 745745 AgR / MG, T.2, rel. Min. Celso de Mello, j. 02/12/2014, DJe 18/12/2014. No mesmo sentido: ARE 727864 AgR / PR, T.2, rel. Min. Celso de Mello, j. 14/11/2014, DJe 12/11/2014).

No HC 172136, a Segunda Turma entendeu que “a cláusula da reserva do possível é ordinariamente invocável naquelas hipóteses em que se impõe ao Poder Público o exercício de verdadeiras “escolhas trágicas”, em contexto revelador de situação de antagonismo entre direitos básicos e insuficiências estatais financeiras. A decisão governamental, presente essa relação dilemática, há de conferir precedência à intangibilidade do ‘mí-



nimo existencial’, em ordem a atribuir real efetividade aos direitos positivados na própria Lei Fundamental da República e aos valores consagrados nas diversas convenções internacionais de direitos humanos. A cláusula da reserva do possível, por isso mesmo, é inoponível à concretização do ‘mínimo existencial’, em face da preponderância dos valores e direitos que nele encontram seu fundamento legitimador.<sup>8</sup>

Embora no Brasil a doutrina e a jurisprudência salientem o cunho financeiro da reserva do possível, esta deve ser percebida em sentido amplo, pois “abrange mais do que a ausência de recursos materiais propriamente ditos indispensáveis à realização dos direitos na sua dimensão positiva” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 29), devendo também ser considerada a razoabilidade da pretensão. Destaca Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (210, p. 29) que, “mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.

Predomina entre os doutrinadores (NUNES JUNIOR, 2009, p. 173-176; BARCELLOS, 2011, p. 287-288; SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 36) o entendimento quanto à impossibilidade de se sobrepor a reserva do possível à garantia do mínimo existencial.<sup>9</sup> É sabido que a escassez de recursos ocasiona a restrição de direitos sociais, contudo não pode impedir o atendimento às necessidades mínimas do indivíduo, dentre as quais se destaca as da saúde. A alternativa proposta importa na adoção de medidas destinadas à remoção do óbice financeiro mediante “o cogente direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 37).

Para Ana Paula de Barcellos (2011, p. 287-288), “o mínimo existencial associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível”. Esse entendimento tem recebido acolhida dos Tribunais nacionais. A propósito, o STF, no julgamento da ADPF 45, assim se posicionou sobre a convivência da “reserva do possível” com o “mínimo existencial”: “A meta central das Constituições modernas, e a da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível” (ADPF 45, rel. Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004, DJU 04/05/2004).<sup>10</sup>

8 STF, HC 172136, T2, rel. Min. Celso de Mello, j. 10/10/2020, DJe 01/12/2020.

9 Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 204-205) aponta os diversos sentidos da ideia de mínimo existencial, que “pode significar: (1) aquilo que é garantido pelos direitos sociais – ou seja, direitos sociais garantem apenas um mínimo existencial; (2) aquilo que, no âmbito dos direitos sociais, é justiciável – ou seja, ainda que os direitos sociais possam garantir mais, a tutela jurisdicional só pode controlar a realização do mínimo existencial, sendo o resto mera questão de política legislativa; e (3) o mesmo que conteúdo essencial – isto é, um conceito que não tem relação necessária com a justiciabilidade e, ao mesmo tempo, não se confunde com a totalidade do direito social”.

10 Na mesma linha STF ARE 1156104 / MG, rel. Min. Carmén Lúcia, j. 19/09/2018

Pode-se, portanto, afirmar que, tanto na ideia de mínimo existencial, quanto na de reserva do possível, deve haver uma preocupação com o atendimento das necessidades essenciais e, para que as mesmas possam ser concretizadas, faz-se necessária “uma racionalidade na distribuição de recursos, viabilizada mediante a aplicação da reserva do possível”, que em última análise irá atuar como uma garantia do mínimo existencial (GASPARINI, 210, p. 105).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca pelo significado de saúde e a extensão em que se deve dar o dever do Estado em concretizá-la não é uma tarefa fácil. Trata-se de um conceito em constante evolução que deve ser formulado com observância dos parâmetros constitucionais que impõem a implementação deste direito.

A Constituição Federal adotou conceito de saúde que engloba não somente a ausência de doença, como também o bem-estar geral da coletividade, cuja proteção deriva das políticas públicas que visam o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

A Lei Maior declarou a saúde um direito fundamental a realizar-se pelo Estado por intermédio da adoção de políticas públicas. O Estado brasileiro tem, pois, o dever constitucional de formular e implementar políticas públicas voltadas para os cuidados com a saúde, tendo o Poder Judiciário, nesse contexto, importante parcela de responsabilidade social para dar concretude a esse direito e à sua proteção.

Trata-se de um direito ligado umbilicalmente a outros direitos, integrando o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana.

As polêmicas a respeito do contexto efetivo de proteção da norma constitucional do direito à saúde derivam, em especial, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de harmonização do que se convencionou chamar de “mínimo existencial” e da “reserva do possível”.

A reserva do possível não deve ser resumida a uma pura e vaga negativa para atendimento de pleitos relacionados à saúde, embasada na limitação de recursos materiais.

Embora represente um limite à concessão do direito à saúde, a reserva do possível acaba por exercer também um papel de garantia.

A análise conjunta de mínimo existencial e reserva do possível conduz ao resultado de que deve haver uma preocupação com o atendimento das necessidades essenciais e, para que estas necessidades prioritárias sejam atendidas, é preciso uma racionalidade na distribuição de recursos, viável mediante a aplicação da reserva do possível (GASPARINI, 2010, p. 157).

Daí a importância de serem estabelecidos limites e parâmetros para a intervenção judicial que envolve o direito fundamental à saúde. É certo, porém, que a efetividade do direito à saúde exigirá ainda um grande esforço, a depender de um processo de amadurecimento da sociedade e das instituições.

## REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano. Controle jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública. *In*: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Julio Cesar dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- CIARLINI, Alvaro Luis de Araújo. Direito à Saúde e Respeito à Constituição. *In*: SANTOS, Nelson Rodrigues dos; AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (org.). **Gestão pública e relação público privado na saúde**. Rio de Janeiro: Cebes, 2010.
- DALLARI, Adilson de Abreu. Direito à saúde e outros direitos sociais. *In*: CONTI, José Maurício (coord.). **Poder Judiciário: políticas públicas**. São Paulo: Almedina, 2018. v. 2.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GASPARINI, Luciana Rita Laurenza Saldanha. **A gestão de políticas públicas e a efetividade dos direitos sociais**. 2010. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.
- HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 5. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MURDA, Paula Fernanda Vasconcelos Navarro. **Políticas públicas: o controle judicial e o papel das funções essenciais à justiça**. Curitiba: Prismas, 2015.
- ROCHA, Júlio César de Sá. **Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: LTR, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Interesse Público**, São Paulo, n. 12, p. 91-107, out./dez. 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição do retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 4, jul./dez. 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

# CAPÍTULO 28

## IMPORTÂNCIA DO TRABALHO PARA A REINVENÇÃO DA EMANCIPAÇÃO FEMININA NO BRASIL: ANÁLISE CONSTITUCIONAL

Maurinice Evaristo Wenceslau

Bruna Conceição Ximenes de Araújo

### 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Sobrepujadas em seus lares e no contexto social pelo acúmulo de tarefas, por sua constituição física mais frágil e a ideia de que nasceram para serem mães e esposas, as mulheres emanciparam-se, mas ainda não são livres. Assim, esta situação evidencia que, não obstante tenham conquistado direitos, estes não são suficientes para impedir/amenizar as discriminações, preconceitos e desigualdades sociais reproduzidos pela interpretação do sistema gênero-sexo.

Nesse sentido é preciso que sua emancipação seja reinventada como forma de garantir a efetividade aos direitos fundamentais já conquistados, bem como para contribuir para a implementação de políticas públicas que objetivem a promoção de outros numa linha de igualdade sob o aspecto material.

Considerando tais assertivas, o presente estudo tem por objetivo analisar a importância do trabalho para a reinvenção da emancipação feminina no Brasil. Para o alcance dos objetivos propostos, utilizou-se de técnicas da metodologia exploratória e descritiva, com análise da literatura e artigos científicos, da área e afins, da legislação e documental.

Assim, serão analisados dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)<sup>1</sup>, acerca do trabalho formal e doméstico da mulher, das desigualdades sociais sofridas e as diferenças salariais. Ainda, a projeção da Organização Mundial do Trabalho (OIT), consoante compromisso realizado pelos países que compõem o G20, para a redução das desigualdades de gênero, até o ano de 2025, os índices de violência sofrida por mulheres que trabalham e as que não exercem funções fora do lar no ano de 2019, consoante dados divulgados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)<sup>2</sup>, e pesquisa realizada em empresa privada no Município de Santa Rosa – Rio Grande do Sul, que questionou dez participantes sobre a relevância do trabalho

1 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Estatística de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil*. 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 20. nov. 2020.

2 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Índice de violência doméstica é maior para mulheres economicamente ativas*. 19 ago. 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=34977](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34977). Acesso em: 09 nov. 2020.

para o empoderamento feminino, em tese de Mestrado denominada “O papel Laboral da mulher na sociedade Brasileira contemporânea: uma análise sobre sua evolução, a partir de um estudo de caso em uma empresa do Município de Santa Rosa – RS”, do ano de 2018.

Outrossim, foi utilizada a crítica à teoria feminista da filósofa pós-estruturalista Judith Butler<sup>3</sup> quanto ao sujeito do feminismo e da proposta de desconstrução da heterossexualidade compulsória para se pensar em uma reinvenção da masculinidade e da feminilidade.

Dividido em dois capítulos, no primeiro deles será tratada a reinvenção da emancipação feminina, uma releitura das liberdades, com destaque ao conceito de emancipação, o contexto histórico-social e a sua reinvenção, sobretudo, após a edição da Constituição vigente.<sup>4</sup>

No segundo, tratar-se-á da importância do trabalho para o processo de reinvenção da emancipação da mulher no Brasil, destacando o contexto histórico-social do trabalho feminino antes de 1988 e o trabalho feminino na vigência da Constituição.<sup>5</sup>

Os dados relatam que, não obstante a Constituição<sup>6</sup> tenha assegurado o direito à igualdade entre homens e mulheres e disposto em inúmeras normas de seus artigos a preocupação com a família e as minorias, incluídas as mulheres nessa última, notadamente elas são ainda vítimas de discriminações, preconceitos e desigualdades sociais que afetam sua cidadania e dignidade, e o trabalho pode contribuir para a reinvenção de sua emancipação face ao empoderamento feminino e sua autonomia.

## 2 REINVENÇÃO DA EMANCIPAÇÃO FEMININA: UMA RELEITURA DAS LIBERDADES FEMININAS

Considerando que o objetivo precípua deste capítulo seja tratar da importância do trabalho para a reinvenção da emancipação feminina no Brasil, é oportuno que inicialmente sejam abordados o conceito de emancipação feminina, o contexto histórico-social e a sua reinvenção.

### 1.1 CONCEITO DE EMANCIPAÇÃO FEMININA

Ligada a ideia de liberdade e respeito à condição de pessoa humana detentora de direitos e obrigações, convém em primeiro momento discorrer acerca do conceito de emancipação feminina.

3 BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

4 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 nov. 2020.

5 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 nov. 2020.

6 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 nov. 2020.

Segundo Viana, a expressão “emancipação feminina” corresponderia à libertação, ao ato de tornar-se livre, e designaria uma problemática quanto ao significado da palavra “liberdade”, no sentido do que falta ou ainda se mantém ausente para as mulheres.<sup>7</sup>

Para Azerêdo, as terminologias objetivariam promover o reconhecimento à igualdade da inteligência das mulheres e de sua liberdade na busca de caminhos para a sua libertação.<sup>8</sup>

Entretanto, na concepção de Marcuse *apud* Matos<sup>9</sup> ela não deveria ser concebida apenas no sentido de igualdade de direitos, mas de afirmação de novos valores, exigências e satisfações que o homem na situação atual de trabalho não pode considerar.

Frise-se que não obstante as palavras pareçam se voltar às liberdades femininas, sua abrangência é muito maior que isso e afirma o processo que se iniciou no passado com lutas pela conquista ao direito de voto, e que ainda hoje se requer políticas públicas, sobretudo, se considerarmos as violências domésticas e familiares, os assédios, dentre outros problemas enfrentados pela mulher na contemporaneidade.

Numa acepção sociológica do instituto, Silva salienta ser a emancipação a capacidade de desvelar, perceber contradições dialéticas do contexto social, interações e restituições como sujeito, mediante o exercício do pensar sua condição humana.<sup>10</sup>

Assim, o conceito de emancipação feminina perpassa a ideia de conquista de direitos ao corresponder ao ato de “tornar-se livre não estanque”, que se encontra em constante transformação e aperfeiçoamento frente às necessidades e conquistas da mulher e do mundo.

### 1.1.1 O CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL DA EMANCIPAÇÃO DA MULHER BRASILEIRA

Ponderado o conceito de emancipação feminina como o ato que perpassa a ideia de liberdades das mulheres e interligado à emancipação humana, a seguir, aborda-se o contexto histórico-social da emancipação da mulher brasileira.

Em âmbito global, a emancipação feminina foi influenciada pelo capitalismo e o final da 2ª Guerra Mundial, ganhando destaque em documentos internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, e durante o processo de internacionalização dos direitos, que objetivou dentre outros aspectos a proteção dos grupos minoritários. Nesse contexto, tivemos Convenções como a de Direitos Políticos das Mulheres (1952), de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a mulher (1956), bem como as

7 VIANA, Nildo Silva. Emancipação feminina e Emancipação humana. *Revista Espaço acadêmico*, v. 9, n. 107, abr. 2010. Disponível em: <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/9767>. Acesso em: 19 nov. 2020. p. 40.

8 AZERÊDO, Sandra Maria da Mata. Emancipação. In: AZERÊDO, Sandra Maria da Mata. *Dicionário feminino da infâmia: acolhimento e diagnóstico em mulheres em situação de violência*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015. p. 119.

9 MATOS, Olgaria. Masculino e Feminino. *Revista USP*, n. 2, jun./ago.1989. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i2p133-138>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25468/27213>. Acesso em: 17 nov. 2020. p. 134.

10 SILVA, Luiz Etevaldo. O sentido e significado sociológico de emancipação. *Revista e -Currículum*, São Paulo. v. 11, n. 3, p. 751-765, set./dez. 2013. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/curriculum/article/view/8924>. Acesso em: 20 nov. 2020. p. 753.

Conferências, em 1985 e 1995, respectivamente, de Nairóbi e Beijing, para a discussão de temas ligados aos direitos das mulheres na contemporaneidade.<sup>11</sup>

No Brasil, durante o século XIX, prevaleceu a ideia de que a mulher era um sujeito voltado às funções precípuas de mãe e esposa, sendo-lhe vetado o acesso à educação, sobretudo a cursos superiores. Neste cenário, inúmeras vozes femininas já denunciavam os abusos sofridos por elas, a exemplo de Nísia Floresta, precursora do abolicionismo, da igualdade de gênero e da instituição da república.<sup>12</sup>

Com o estabelecimento da forma republicana e das inspirações dela oriundas, as vozes femininas ganharam destaque com o surgimento da primeira imprensa feminina ao reivindicarem direitos das mulheres, sobretudo relativos ao direito ao voto, garantia essa que só seria conquistada em 1932, no governo de Getúlio Vargas, embora com algumas restrições.<sup>13</sup>

Nessa época, ampliou-se o movimento social, democrático e popular de defesa dos direitos fundamentais da mulher, com origens que remontam à Revolução Francesa e às lutas contestatórias de 1960, na Europa e América Latina.<sup>14</sup> Silva e Camurça<sup>15</sup> ressaltam que o exercício de cidadania pela mulher só ganha destaque por ações sociais desenvolvidas pelas próprias mulheres, pois as impulsionam a reivindicar medidas mais protetivas no âmbito da educação e do direito ao voto por contribuírem com o desenvolvimento da sociedade.

Assim, dividido em etapas, o movimento do feminismo brasileiro tem marco afirmado em cenário de diminuição produtiva da família e de necessidade de participação da mulher no mercado de trabalho. Entretanto, no primeiro momento, reivindicado por movimentos anarquistas e socialistas, as mulheres tiveram suas pretensões impedidas pelo texto constitucional da época,<sup>16</sup> que dentre outros aspectos excluiria o direito ao voto e a liberdade de estar no mercado de trabalho.<sup>17</sup> Já na segunda onda, com o *slogan* “[...] nosso corpo nos pertence e o privado também é político [...]”, o movimento consegue fortalecer discussões acerca de direitos reprodutivos, combate à violência contra a mulher e sexualidade, inclusive influenciando novos grupos de apoio à mulher e modificações no sistema policial, com a criação de delegacias das mulheres, em 1985, albergues e trabalhos sociais, nos anos de 1990.<sup>18</sup>

11 BARCELONI, Gisele da Silva; CAMARGO, Suelen Cristina Bueno de; CALOBRIZI, Maria Dvanil D’Avila. O processo de emancipação das mulheres vítimas de violência doméstica atendidas pelo CIAVI. In: BARCELONI, Gisele da Silva; CAMARGO, Suelen Cristina Bueno de; CALOBRIZI, Maria Dvanil D’Avila. **Construindo o Serviço social**. v. 18, n.33. p. 1-52, 2014. p. 5-6.

12 RODRIGUES, Marta de Souza; SILVA, Artur Alves da. A emancipação da mulher na imprensa feminina nos primeiros anos da República no Brasil. **Humanidades em diálogo**, v. 6, p. 209-224, out. 2014. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.1982-7547.hd.2014.106270>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/humanidades/article/view/106270/104932>. Acesso em: 02 dez. 2021. p. 211-212.

13 RODRIGUES, Marta de Souza; SILVA, Artur Alves da. A emancipação da mulher na imprensa feminina nos primeiros anos da República no Brasil. **Humanidades em diálogo**, v. 6, p. 209-224, out. 2014. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.1982-7547.hd.2014.106270>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/humanidades/article/view/106270/104932>. Acesso em: 02 dez. 2021. p. 221.

14 SILVA, Carmen; CAMURÇA, Silvia. **Feminismo e movimento das mulheres**. Recife: Reage SOS corpo– instituto feminista para a democracia, 2010. p. 19.

15 SILVA, Carmen; CAMURÇA, Silvia. **Feminismo e movimento das mulheres**. Recife: Reage SOS corpo– instituto feminista para a democracia, 2010.

16 BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 10 dez. 2020.

17 GREGORI, Juciane. Feminismos e resistência: trajetória histórica da luta política para conquista de direitos. **Caderno Espaço Feminino**, Uberlândia, v. 30, n. 2, jul./dez. 2017. p. 47-68. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/neguem/article/view/38949>. Acesso em: 18 nov. 2020. p. 55-56.

18 GROSSI, Miriam Pillar. Novas/velhas violências contra a mulher no Brasil. **Revista Estudos Feministas**, Edição Especial, p. 473-483, 2º sem. 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16179>. Acesso em: 17 nov. 2020. p. 476.

Entretanto, o fortalecimento real da cidadania feminina ocorre apenas com a Constituição vigente<sup>19</sup> que constou expressamente modificações nos direitos fundamentais da mulher, no campo da democracia e das políticas públicas pelo atendimento de 80% das propostas feministas e da promoção da igualdade entre homens e mulheres.<sup>20</sup>

Com a previsão dos direitos e garantias no campo da família, da saúde, do trabalho, da previdência social e da segurança, a Constituição vigente<sup>21</sup> propicia a estruturação do terceiro momento do feminismo, com a previsão da proteção à integridade física e moral; do reconhecimento de diversos e diferentes modelos de família, acabando com o pátrio poder exclusivo dos homens e suas repercussões no trato e educação dos filhos; da ideia de livre planejamento familiar. Soma-se a esses direitos a obrigação estatal de proporcionar recursos educacionais e científicos para o seu exercício, vedando quaisquer formas coercitivas; do ensino igualitário; da igualdade salarial; do salário maternidade; da licença maternidade; da proibição de dispensa na gravidez; dos incentivos no trabalho da mulher; do tempo diferenciado para fins de aposentadoria; do direito à assistência social; bem como dos mandados de criminalizações de assédio, estupros e violências contra a mulher – tudo isso fortalece ainda mais as garantias da mulher.<sup>22</sup>

Denote-se que o contexto histórico-social da emancipação da mulher brasileira encontra-se ligado ao movimento feminista e suas ondas, tendo como ponto de partida a requisição da mulher ao mercado de trabalho, embora o processo de cidadania tenha colhido melhores frutos a partir da Constituição,<sup>23</sup> face à afirmação da igualdade entre homens e mulheres.

Outrossim, cabe destacar que a leitura dos direitos da mulher proporcionada pela Constituição<sup>24</sup> possibilitou a implementação de novas discussões e o estabelecimento de novos direitos e garantias por sua natureza aberta e principiológica. Com repercussões na família, nos direitos sexuais e reprodutivos, no gênero e em tantos outros segmentos, pautas sobre trabalho, violências e opções sexuais começam a ser discutidas perante o Estado e a sociedade, enfatizando uma quarta onda do movimento feminista.

Dessa forma, o contexto histórico-social da emancipação feminina no Brasil ressalta gradativas conquistas de direitos e um marco jurídico-legal fundado na Constituição.<sup>25</sup>

19 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 nov. 2020.

20 CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. *Estudos Avançados*, v. 17, n. 49, p. 117-133, 2003. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9948>. Acesso em: 15 nov. 2020. p. 117.

21 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 nov. 2020.

22 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 nov. 2020.

23 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 nov. 2020.

24 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 nov. 2020.

25 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 nov. 2020.



## 1.1 REINVENÇÃO DA EMANCIPAÇÃO FEMININA: UMA RELEITURA DAS LIBERDADES FEMININAS

Analisado o contexto histórico-social da emancipação feminina no Brasil, a seguir, se trata da reinvenção da emancipação feminina, uma releitura da emancipação sob aspectos da interpretação do sistema gênero-sexo, das desigualdades sociais e do reconhecimento tardio dos direitos das mulheres.

As teorias feministas buscam desconstruir ideias de gênero e propõem reconstrução em perspectiva normativa, para fim de emancipação dos grupos marginalizados e excluídos. O compromisso do feminismo é analisar e denunciar os efeitos que as instituições, políticas e ideias projetam sobre o bem-estar, as oportunidades e, com o conjunto de reflexões e ações, corrigir as situações de opressão, subordinação e desigualdades sofridas pela mulher.<sup>26</sup>

E, não obstante as reivindicações ao longo dos anos tenham resultado em ganhos nos campos da educação, do trabalho assalariado, do poder marital, da violência doméstica, entre outros, para fins de garantir a autonomia da mulher e proibir a discriminação de gênero, por não ser uniforme e homogênea, a teoria política feminista tem desenvolvido correntes para tratar do feminismo negro, do feminismo *queer*, do feminismo descolonial.<sup>27</sup>

Nesse diapasão, ao criticar o sujeito do feminismo propondo uma concepção original de gênero e a desconstrução da heterossexualidade compulsória, a filósofa pós-estruturalista Butler sugere uma reinvenção da masculinidade e da feminilidade. Fundada na psicanálise, ela afirma que há um equívoco na teoria feminista ao constituir o sujeito feminino como um indivíduo único, visto que supor que todas as mulheres sofrem as mesmas dominações ou possam ser agrupadas no mesmo grupo da feminilidade exercitaria um pensamento descontextualizado de outras relações de poder, tais como classe, etnia, contexto histórico, cultural, dentre outros.<sup>28</sup>

Observe-se que a proposta de Butler é desconstruir um conceito de sujeito feminino que não leve em conta os poderes a que estamos submetidos, poderes esses que repercutem de forma diferente para cada indivíduo na sociedade. É nesse sentido que, propondo uma releitura do feminino, a autora contribui para a reinvenção da emancipação da mulher.

Tratando de aspectos menos teóricos, Laureano ressalta que não obstante a ideologia hegemônica tenha forjado o reconhecimento social do trabalho feminino atrelado a ideias de direito a uma vida autônoma e à independência econômica, mesmo tendo conquistado a emancipação frente ao machismo as mulheres estão sobrecarregadas com o ônus da própria emancipação: dupla ou tripla jornada de trabalho, doenças antes apenas masculinas, rompimento de relações afetivas e o fardo do provimento da prole. Segundo Laureano, a mulher

26 BERNER, Vanessa Oliveira Batista. Teorias feministas: o direito como ferramenta de transformação social. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDRADE, Denise Almeida de; MACHADO, Monica Sapucaia (org.). **Mulher, sociedade e vulnerabilidade**. Erechim-RS: Deviant, 2017. p. 36-37.

27 BERNER, Vanessa Oliveira Batista. Teorias feministas: o direito como ferramenta de transformação social. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDRADE, Denise Almeida de; MACHADO, Monica Sapucaia (org.). **Mulher, sociedade e vulnerabilidade**. Erechim-RS: Deviant, 2017. p. 37.

28 BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 21.

não teria se emancipado em razão dessa hegemonia capitalista que emerge fatores como a competição, consumismo e a destruição do meio ambiente num contexto de sistema-mundo.<sup>29</sup>

Perissé e Loschi destacam que a dupla jornada de trabalho das mulheres é um impeditivo ao aumento da participação feminina no mercado de trabalho.<sup>30</sup> Segundo as autoras, os papéis sociais vistos como femininos e masculinos ainda influenciam nas escolhas profissionais e nas desigualdades e, sobretudo, se considerarmos que no contexto político as mulheres ainda são minorias na tomada de decisões. *A contrario sensu*, as mulheres que não arcam com maior parte do trabalho doméstico e cuidados com pessoas e trato dos lares não precisariam faltar ao trabalho, ou deixar de assumir responsabilidades em seu interior.<sup>31</sup>

E apesar dos dados divulgados em 2015 demonstrarem um aumento percentual de trabalho doméstico entre os homens, ainda assim no ano de 2016 as mulheres se dedicavam aos trabalhos domésticos em percentual de 73% a mais de horas. Outro fator preponderante dessa desigualdade seria a carga horária exercida, visto que as mulheres acabam trabalhando formalmente menos tempo e o percentual de renda é afetado, recebendo cerca de 3/4 do que os homens recebem.<sup>32</sup>

Outrossim, ainda que em 2015 a proporção de mulheres com curso superior fosse maior que a dos homens, sendo de 37,9% entre jovens mulheres com faixa etária entre 25 a 44 anos,<sup>33</sup> fica nítido que independente do estudo as mulheres ainda não teriam alcançado resultados compatíveis com sua qualificação no mercado de trabalho, sendo em 2016, sem diferencial de horas trabalhadas, um percentual de 63,4 % de diferença salarial entre homens e mulheres.<sup>34</sup>

Observe que, não obstante as mulheres tenham conquistado inúmeros direitos, ainda que tardiamente, e que o feminismo elucide ganhos e perdas ao longo da história, sua emancipação ainda se encontra prejudicada face às desigualdades sociais, preconceitos e discriminações sofridas, em razão da leitura do sistema gênero-sexo. Do mesmo modo, pela visão desatrelada dos poderes que envolvem as relações humanas e que dificultam o acesso a serviços básicos de saúde, de justiça e de proteção dos direitos à parcela mais carente e dependente das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado.

Assim, a reinvenção da emancipação feminina se perfaz diante das mazelas que ainda afligem a mulher, segregando-as por elementos de raça, cor, idade, ainda que normas legais e o contexto social reconheçam sua igualdade formal e material perante os homens.

29 LAUREANO, Delze dos Santos. **Mulheres no início do século XXI**. 2010. Disponível em: <https://domtotal.com/periscopio/584/2010/03/mulheres-do-inicio-do-seculo-xxi/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

30 PERISSÉ, Camille; LOSCHI, Marília. Trabalho de Mulher. **Retratos Revista do IBGE**, jul./ago. 2019. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com\\_media/ibge/arquivos/b06abac34a360666981b4b86621776f2.pdf](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_media/ibge/arquivos/b06abac34a360666981b4b86621776f2.pdf). Acesso em: 09 nov. 2020. p. 21

31 PERISSÉ, Camille; LOSCHI, Marília. Trabalho de Mulher. **Retratos Revista do IBGE**, jul./ago. 2019. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com\\_media/ibge/arquivos/b06abac34a360666981b4b86621776f2.pdf](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_media/ibge/arquivos/b06abac34a360666981b4b86621776f2.pdf). Acesso em: 09 nov. 2020. p. 22-24.

32 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatística de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil**. 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 20. nov. 2020. p. 03.

33 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatística de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil**. 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 20. nov. 2020. p. 06.

34 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatística de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil**. 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 20. nov. 2020. p. 07.

### 3 TRABALHO E A REINVENÇÃO DA EMANCIPAÇÃO FEMININA NO BRASIL PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

Analisado o conceito de emancipação feminina, seu contexto histórico e a reinvenção sob aspectos da interpretação do sistema gênero-sexo, das desigualdades sociais e do reconhecimento tardio de direitos, a seguir, se tratar-se-á da importância do trabalho para o processo de reinvenção da emancipação da mulher no Brasil.

#### 1.1 CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL DO TRABALHO FEMININO ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Inicialmente convém destacar o contexto histórico do trabalho feminino antes da Constituição,<sup>35</sup> destacando as políticas protecionistas e os principais argumentos referendados pelo movimento das mulheres.

A entrada da mulher no mercado de trabalho surge entre o fim do século XIX e o começo do século XX, destacando-se os menores salários e o acúmulo das funções com as domésticas. Neste contexto, as primeiras manifestações reivindicatórias de direitos aparecem nos EUA e na Inglaterra, objetivando o fim da escravidão a que eram submetidas durante a Revolução Industrial, com ênfase em pedidos por melhores salários e condições de trabalho, acesso à educação e o direito ao voto.<sup>36</sup>

No Brasil, como um direito destinado à pacificação do conflito entre os meios de produção, trabalhadores e empregadores, até 1988, a proteção do trabalho feminino tinha cunho nitidamente discriminatório, ao proibir a realização de horas extras, de trabalho noturno e outros, sem autorização de seus responsáveis, a par de justificativas relacionadas à maternidade, garantia da moralidade familiar e do comprometimento dos salários dos homens, sobretudo, diante das disposições do Código Civil de 1916.<sup>37</sup>

Sob uma acepção histórica-econômica, a legislação trabalhista brasileira foi intimamente influenciada pela Revolução Industrial, que, objetivando a proteção do trabalho masculino, permitia a exploração de crianças e mulheres, especialmente, em razão dos salários mais baixos, das desigualdades sociais existentes e da autoridade marital ainda vigente, que permitia que o marido rescindisse o contrato de trabalho da esposa em razão da moralidade.<sup>38</sup>

Neste diapasão, Siqueira e Sampaio ressaltam que o marco inicial para romper com a supremacia masculina ocorreu apenas em 1962, com a elaboração do Estatuto da Mulher Casada, permitindo às mulheres casadas o exercício do trabalho e de sua liberdade de escolha; e no ano de 1974, com a inclusão do salário-maternida-

35 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 nov. 2020.

36 SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SAMPAIO, Ana Júlia Fernandes. Os direitos da mulher no mercado de trabalho: da discriminação de gênero à luta pela igualdade. 2017. *Revista direito em debate*, v. 26, n. 48, p. 287-325, 2017. DOI: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2017.48.287-325>. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/7233>. Acesso em: 12 nov. 2020. p. 296.

37 LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito do Trabalho da mulher: da proteção à promoção. *Cad. Pagu*, n. 26, jan./jun. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-83332006000100016>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cpa/n26/30398.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020. p. 410.

38 LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito do Trabalho da mulher: da proteção à promoção. *Cad. Pagu*, n. 26, jan./jun. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-83332006000100016>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cpa/n26/30398.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020. p. 411-412.

de como uma das prestações a serem pagas pela Previdência Social, bem como pela lei nº 6.202, que estabeleceu o regime de exercícios domiciliares às estudantes gestantes.<sup>39</sup>

Sob uma perspectiva biológica, a lei voltava-se à preservação da função de mãe e da condição física mais frágil da mulher, principalmente com a proibição de trabalhos em locais subterrâneos, minerações e que utilizassem pesos superiores a 20 quilos.<sup>40</sup>

Há quem destaque ainda uma justificativa utilitarista da legislação, considerando a natureza das mulheres, sobretudo, porque em regra elas são mais dóceis e menos reivindicativas, sendo comum trabalhos nas áreas de cuidados com idosos, de enfermagem, magistério, comércio, dentre outros.<sup>41</sup>

Frisa-se que a inserção da mulher no mercado de trabalho brasileiro antes de 1988 é marcada por processo de exploração e protecionismo dos princípios da família tradicional que, objetivando a proteção dos postos masculinos de trabalho, desenha um arcabouço jurídico mais supressor do que garantidor da cidadania feminina.

Assim, o contexto histórico-social do trabalho feminino antes da Constituição<sup>42</sup> remete às mazelas ocorridas na Revolução Industrial e designa um ideal de proteção do trabalho feminino questionável.

### 1.1.2 TRABALHO FEMININO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: NATUREZA PROMOCIONAL E PROTECIONISTA

Considerada a legislação de proteção do trabalho feminino antes de 1988, a seguir, se trata do trabalho feminino na Constituição de 1988, com ênfase em suas vertentes promocionais e protecionistas.

Como marco na concepção de igualdade entre homens e mulheres, a Constituição de 1988 foi/é também marco jurídico na concepção dos direitos trabalhistas da mulher ao promover política promocional de direitos, embora mantendo alguns aspectos protecionistas.

Nesse contexto, iniciou-se adaptação dos princípios previstos na legislação trabalhista proibindo discriminações em razão do sexo, abandonando a proteção da mulher como sujeito frágil e instituindo normas afetadas à maternidade e à previdência social. Em outras palavras, a proteção dos direitos das mulheres é elevada diante da natureza fundamental do direito à igualdade e de constar o trabalho no rol dos direitos sociais.

Nesse sentido, na norma constitucional, do artigo 7º, inciso XX, o Constituinte garantiu a proteção do mercado de trabalho da mulher por meio de incentivos, com vistas a minimizar as discriminações e preconcei-

39 SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SAMPAIO, Ana Júlia Fernandes. Os direitos da mulher no mercado de trabalho: da discriminação de gênero à luta pela igualdade. 2017. *Revista direito em debate*, v. 26, n. 48, p. 287-325, 2017. DOI: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2017.48.287-325>. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/7233>. Acesso em: 12 nov. 2020. p. 310.

40 LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito do Trabalho da mulher: da proteção à promoção. *Cad. Pagu*, n. 26, jan./jun. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-83332006000100016>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cpa/n26/30398.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020. 418-419.

41 LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito do Trabalho da mulher: da proteção à promoção. *Cad. Pagu*, n. 26, jan./jun. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-83332006000100016>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cpa/n26/30398.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020. p. 423.

42 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 nov. 2020.

tos. No mesmo dispositivo, inciso XXX, vedou a diferença salarial entre homens e mulheres no exercício de funções iguais e de critérios de admissão fundados em razão do sexo, cor ou estado civil.<sup>43</sup>

Siqueira e Sampaio observam que a atual situação da mulher e a proteção de seus direitos no âmbito laboral estão ligados ao postulado da dignidade da pessoa humana. Isso porque durante muito tempo o salário feminino era visto como complementação da renda familiar, o que em tese justificaria a menor remuneração, e que hoje representa um contrassenso aos valores defendidos pela DUDH (1948)<sup>44</sup>, além de ferir os postulados da igualdade e da dignidade humana, sobretudo, diante das garantias de respeito, não discriminação e isonomia salarial.<sup>45</sup>

Tratando da Consolidação da Legislação Trabalhista (CLT, 1943) em leitura constitucionalizada de direitos, Otsuka e Follman<sup>46</sup> destacam a preocupação do legislador infraconstitucional com a valorização do trabalho feminino e sua não discriminação, ao estabelecer institutos voltados a facilitar a introdução e permanência das mulheres no mercado de trabalho, bem como o seu desenvolvimento e habilidades. Nesse sentido, são referenciados os exemplos das garantias asseguradas à gestante, ao proibir a dispensa sem justa causa e instituir a licença-maternidade remunerada por 120 dias.

Embora resquícios do patriarcado e a discriminação ainda se façam presentes, principalmente preconceitos para conseguir e manter-se numa profissão, as diferenças salariais e a divisão sexual do trabalho, o direito à proteção do trabalho feminino vem evoluindo pela inserção no mercado de trabalho. E, apesar de alguns defenderem a ideia de que a positivação das leis trabalhistas tenha resultado em discriminações da mulher e ultrajes ao direito de igualdade, essa não deve ser visualizada apenas no aspecto formal, mas semelhantemente no material, para a promoção de respeito às condições especiais das minorias, aqui incluídas as mulheres.<sup>47</sup>

Frisa-se que a Constituição<sup>48</sup> faz a interpretação das mulheres como sujeitos de direitos e garantias em igualdade aos homens, abandonando um caráter de pseudoproteção, para seguir uma linha de promoção de direitos que leve em conta os problemas relacionados à maternidade, às necessidades de aposentadoria em tempo menor, dentre outros aspectos. Do mesmo modo, procura direcionar o legislador infraconstitucional no trato de tais questões.

43 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 nov. 2020.

44 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS – DUDH de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10. dez. 2020.

45 SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SAMPAIO, Ana Júlia Fernandes. Os direitos da mulher no mercado de trabalho: da discriminação de gênero à luta pela igualdade. 2017. *Revista direito em debate*, v. 26, n. 48, p. 287-325, 2017. DOI: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2017.48.287-325>. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/7233>. Acesso em: 12 nov. 2020. p. 308.

46 FOLLMANN, Ana Cristina; OTSUKA, Lucas B. Linzmayer. Mesmo com avanços, mulheres ainda enfrentam desigualdade no mercado de trabalho. *Migalhas*, 21 mar. 2017. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/255889/mesmo-com-avancos--mulheres-ainda-enfrentam-desigualdade-no-mercado-de-trabalho>. Acesso em: 09 nov.2020.

47 SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SAMPAIO, Ana Júlia Fernandes. Os direitos da mulher no mercado de trabalho: da discriminação de gênero à luta pela igualdade. 2017. *Revista direito em debate*, v. 26, n. 48, p. 287-325, 2017. DOI: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2017.48.287-325>. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/7233>. Acesso em: 12 nov. 2020. p. 310.

48 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 nov. 2020.

Assim, o trabalho feminino na Constituição reflete mudança de paradigma do Estado e do corpo social ao prever o desenvolvimento de ações e políticas em prol da promoção e defesa dos direitos das mulheres.

## 2.2 TRABALHO PARA A REINVENÇÃO DA EMANCIPAÇÃO FEMININA

Salientada a feição promocional dos direitos trabalhistas femininos na Constituição, por derradeiro, importa abordar a importância do trabalho para a reinvenção da emancipação feminina no Brasil.

Como direito social, reconhecido no artigo 6º da Constituição, o trabalho é responsável pela promoção da emancipação pessoal e social da mulher, ao proporcionar a inclusão e efetivação de sua dignidade, enquanto pessoa humana.<sup>49</sup>

Historicamente a inserção da mulher no mercado de trabalho foi importante para as configurações sociais, as modificações ocorridas na estrutura da família e a consolidação dos direitos e garantias femininas.<sup>50</sup> Nesse sentido, segundo Pigatto e Pigatto,<sup>51</sup> as mulheres teriam se emancipado frente à necessidade de adquirirem autonomia para contribuir no desenvolvimento de outros indivíduos, quer seja transformando ou aprimorando os seres humanos no planeta.

Em pesquisa de campo desenvolvida em empresa privada no Rio Grande do Sul, Sinigaglia<sup>52</sup> questionou participantes a respeito da relevância do trabalho para o empoderamento feminino. Por unanimidade, as dez participantes declararam que o trabalho é essencial, destacando que por meio dele podem alcançar a independência financeira e proporcionar mais conforto à sua família.<sup>53</sup>

Para o Instituto Ethos (2017), para além da promoção do bem-estar da mulher, a força de trabalho feminino contribuiria significativamente para a conquista de benefícios econômicos ao Estado, o que se acredita que poderia repercutir nas políticas por ele desenvolvidas.

Consoante dados da OIT,<sup>54</sup> a diminuição das diferenças de gênero pela força de trabalho poderia aumentar o produto interno bruto (PIB) do Brasil em 3,3%, o equivalente a 382 bilhões de reais, e acrescentar 131

49 SINIGAGLIA, Bruna. **O papel laboral da mulher na sociedade brasileira contemporânea: uma análise sobre sua evolução, a partir de um estudo de caso em uma empresa do município de Santa Rosa-RS.** 159 f. 2018. Dissertação (Mestrado em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social) – Universidade de Cruz Alta. Orientadora: Carla Rosane da Silva Tavares Alves. 2018. Disponível em: <https://home.unicruz.edu.br/wp-content/uploads/2019/06/Disserta%C3%A7%C3%A3o-Bruna-Sinigaglia.pdf>. Acesso em: 20. nov. 2020. p. 122-123.

50 LEAL, Joana. **Inserção da mulher no mercado foi passo importante para novas configurações sociais.** Ano 49, ed. 20, 25 fev. 2016. Disponível em: <http://www.usp.br/auntigo/exibir?id=7501&ed=1302&f=23>. Acesso em: 19 nov. 2020.

51 PIGATTO, Liz Helena; PIGATTO, Lisete Maria Massulini. **A emancipação feminina: uma releitura.** revisado jul. 2010. Disponível em: [http://metodistacentenario.com.br/catedra/publicacoes/a\\_emancipacao\\_feminina\\_-\\_catedra.pdf](http://metodistacentenario.com.br/catedra/publicacoes/a_emancipacao_feminina_-_catedra.pdf). Acesso em: 18 nov. 2020. p. 15.

52 SINIGAGLIA, Bruna. **O papel laboral da mulher na sociedade brasileira contemporânea: uma análise sobre sua evolução, a partir de um estudo de caso em uma empresa do município de Santa Rosa-RS.** 159 f. 2018. Dissertação (Mestrado em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social) – Universidade de Cruz Alta. Orientadora: Carla Rosane da Silva Tavares Alves. 2018. Disponível em: <https://home.unicruz.edu.br/wp-content/uploads/2019/06/Disserta%C3%A7%C3%A3o-Bruna-Sinigaglia.pdf>. Acesso em: 20. nov. 2020.

53 SINIGAGLIA, Bruna. **O papel laboral da mulher na sociedade brasileira contemporânea: uma análise sobre sua evolução, a partir de um estudo de caso em uma empresa do município de Santa Rosa-RS.** 159 f. 2018. Dissertação (Mestrado em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social) – Universidade de Cruz Alta. Orientadora: Carla Rosane da Silva Tavares Alves. 2018. Disponível em: <https://home.unicruz.edu.br/wp-content/uploads/2019/06/Disserta%C3%A7%C3%A3o-Bruna-Sinigaglia.pdf>. Acesso em: 20. nov. 2020. p. 124.

54 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO TRABALHO (OIT). **Reduzir as desigualdades de gênero beneficiaria as mulheres, a sociedade e a economia.** 14 jun. 2017. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_558360/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_558360/lang--pt/index.htm). Acesso em: 13 nov. 2020.

bilhões em receitas ao Estado até o ano de 2025, se fosse a desigualdade reduzida em 25%, conforme compromisso firmado entre os Países do G20. No mesmo documento a instituição ressalta ainda que a participação da mulher no mercado de trabalho requer abordagem multidimensional, ou seja, de políticas que observem o equilíbrio entre a vida privada e o trabalho, bem como que eliminem a discriminação de gênero e criem empregos de qualidade.<sup>55</sup>

Observa-se que, não obstante se saiba que o mercado de trabalho brasileiro ainda reflita desigualdades que afligem o direito das mulheres, o trabalho é relevante para a potencialização de seus direitos e garantias, quer por meio de políticas públicas promocionais e protetivas, quer pela discussão dos temas pelo corpo social e entes governamentais.

Não apenas como contributivo de ordem financeira que possibilite o exercício do poder de compra e venda, redesenhando a emancipação da mulher, a inserção no mercado de trabalho e acesso ao capital é essencial para a promoção do acesso à educação, acesso à justiça, aos meios tecnológicos e de informação, aos cuidados pessoais e de trato com os filhos, hoje sustentados em grande maioria por esse “novo chefe de família”.

Essa inserção contribui também com a garantia das liberdades corporais da mulher, não apenas quando busca a implementação de direitos já conquistados, mas igualmente quando propõe novas formas de auxiliar a mulher no exercício das tarefas de trabalhadora, mãe, esposa, irmã, filha, etc. A título de exemplos, pode-se citar a flexibilizações de trabalho, regimes de *home office*, tais como tem-se vislumbrado durante o período de pandemia pela Covid-19, licenças maternidade/paternidade mescladas com vistas a promover a adaptação dos pais conjuntamente às tarefas com o bebê e o trabalho, dentre outras.

No aspecto de relacionamentos e sentimentos, é igualmente relevante para o rompimento de relações abusivas, para novas perspectivas sobre objetos de estudo e atividades, bem como a respeito da colocação da mulher no mercado de trabalho e consumo.

Tratando da relação entre o trabalho feminino e as violências domésticas contra a mulher, estudo realizado pelo IPEA (2019) constatou que o índice de violência contra a mulher economicamente ativa é de 52,2%, sendo o dobro daquelas que não compõem o mercado de trabalho (24,9%). Segundo o IPEA (2019), entre os casais que não coabitam, a possível explicação para essa diferença se insere no aumento do poder de barganha das mulheres. E entre aqueles que coabitam, a presença feminina no mercado de trabalho poderia contrariar os valores patriarcais e com isso resultar em agressões (IPEA, 2019).<sup>56</sup>

A pesquisa do IPEA (2019) destaca ainda que o empoderamento econômico da mulher, a par do exercício do trabalho e da diminuição das diferenças salariais, não se mostra suficiente para superar a desigualdade de gênero geradora de violência no Brasil. Segundo o instituto, outras políticas públicas se fazem necessárias,

55 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO TRABALHO (OIT). **Reduzir as desigualdades de gênero beneficiaria as mulheres, a sociedade e a economia**. 14 jun. 2017. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_558360/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_558360/lang--pt/index.htm). Acesso em: 13 nov. 2020.

56 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Índice de violência doméstica é maior para mulheres economicamente ativas**. 19 ago. 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=34977](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34977). Acesso em: 09 nov. 2020.

tais como o investimento em produção e consolidação de bases de dados qualificados sobre a questão, o aperfeiçoamento da *Lei Maria da Penha*<sup>57</sup> e intervenções no campo educacional para maior conscientização e respeito às diferenças de gênero.<sup>58</sup>

Assim, o trabalho para a reinvenção da emancipação feminina é relevante para o exercício do empoderamento feminino, entendido não apenas no sentido de auxiliar na redução das desigualdades sociais e como contributivo para o seu bem-estar, mas igualmente para fins de expansão da economia global, que repercute nas políticas públicas estatais e internacionais de proteção a mulher.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS: PARA ALÉM DO TRABALHO DA MULHER

O presente capítulo buscou fornecer substratos que permitam analisar a importância do trabalho para a reinvenção da emancipação feminina no Brasil, face à análise crítica da teoria feminista por Butler e aos dados divulgados pelo IBGE (2019) sobre as desigualdades sociais.<sup>59</sup>

A par de discussões acerca da interpretação do sistema gênero-sexo, das desigualdades sociais, preconceitos e discriminações sofridas pela mulher, a emancipação feminina pressupõe processo de reinvenção como forma de emancipar-se da emancipação.

Considerando que, apesar de a igualdade entre homens e mulheres ter sido afirmada pela Constituição,<sup>60</sup> e referendada pelas legislações infraconstitucionais, as mulheres ainda têm violados seus direitos, por leitura do sistema gênero-sexo esparsa de elementos de poder, que repercutem na forma como a maternidade é enxergada, no trato da prole, de tratamento social e de bem-estar pessoal, uma releitura de sua emancipação pelo trabalho oportuniza o exercício do empoderamento feminino e sua autonomia enquanto ser humano dotado de dignidade.

E para além da relevância do trabalho feminino no processo de reinvenção da emancipação da mulher, devem-se implementar políticas públicas que incentivem o respeito à mulher e suas diferenças, bem como a diversidade, e que se produzam estudos sobre o gênero/sexo numa linha de defesa da emancipação humana das amarras construídas ao longo dos séculos.

### REFERÊNCIAS

AZERÊDO, Sandra Maria da Mata. Emancipação. In: AZERÊDO, Sandra Maria da Mata. **Dicionário feminino da infâmia: acolhimento e diagnóstico em mulheres em situação de violência**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015.

57 BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm). Acesso em: 10 dez. 2020.

58 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Índice de violência doméstica é maior para mulheres economicamente ativas*. 19 ago. 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=34977](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34977). Acesso em: 09 nov. 2020.

59 BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

60 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 nov. 2020.



BARCELONI, Gisele da Silva; CAMARGO, Suelen Cristina Bueno de; CALOBRIZI, Maria Dvanil D'Avila. O processo de emancipação das mulheres vítimas de violência doméstica atendidas pelo CIAVI. *In*: BARCELONI, Gisele da Silva; CAMARGO, Suelen Cristina Bueno de; CALOBRIZI, Maria Dvanil D'Avila. **Construindo o Serviço social**. v. 18, n.33. p. 1-52, 2014.

BERNER, Vanessa Oliveira Batista. Teorias feministas: o direito como ferramenta de transformação social. *In*: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDRADE, Denise Almeida de; MACHADO, Monica Sapucaia (org.). **Mulher, sociedade e vulnerabilidade**. Erechim-RS: Deviant, 2017. p. 29-46.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 10 dez. 2020.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. **Estudos Avançados**, v. 17, n. 49, p. 117-133, 2003. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9948>. Acesso em: 15 nov. 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS – DUDH de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10. dez. 2020.

FOLLMANN, Ana Cristina; OTSUKA, Lucas B. Linzmayer. Mesmo com avanços, mulheres ainda enfrentam desigualdade no mercado de trabalho. **Migalhas**, 21 mar. 2017. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/255889/mesmo-com-avancos--mulheres-ainda-enfrentam-desigualdade-no-mercado-de-trabalho>. Acesso em: 09 nov.2020.

GREGORI, Juciane. Feminismos e resistência: trajetória histórica da luta política para conquista de direitos. **Caderno Espaço Feminino**, Uberlândia, v. 30, n. 2, jul./dez. 2017. p. 47-68. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/neguem/article/view/38949>. Acesso em: 18 nov. 2020.

GROSSI, Miriam Pillar. Novas/velhas violências contra a mulher no Brasil. **Revista Estudos Feministas**, Edição Especial, p. 473-483, 2º sem. 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16179>. Acesso em: 17 nov. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatística de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil**. 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 20. nov. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Índice de violência doméstica é maior para mulheres economicamente ativas**. 19 ago. 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=34977](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34977). Acesso em: 09 nov. 2020.

LAUREANO, Delze dos Santos. **Mulheres no início do século XXI**. 2010. Disponível em: <https://domtotal.com/periscopio/584/2010/03/mulheres-do-inicio-do-seculo-xxi/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

LEAL, Joana. **Inserção da mulher no mercado foi passo importante para novas configurações sociais**. Ano 49, ed. 20, 25 fev. 2016. Disponível em: <http://www.usp.br/aunantigo/exibir?id=7501&ed=1302&f=23>. Acesso em: 19 nov. 2020.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito do Trabalho da mulher: da proteção á promoção. **Cad. Pagu**, n. 26, jan./jun. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-83332006000100016>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cpa/n26/30398.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020.

MATOS, Olgaria. Masculino e Feminino. **Revista USP**, n. 2, jun./ago.1989. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i2p133-138>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25468/27213>. Acesso em: 17 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO TRABALHO (OIT). **Reduzir as desigualdades de gênero beneficiaria as mulheres, a sociedade e a economia**. 14 jun. 2017. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_558360/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_558360/lang--pt/index.htm). Acesso em: 13 nov. 2020.

PERISSÉ, Camille; LOSCHI, Marília. Trabalho de Mulher. **Retratos Revista do IBGE**, jul./ago. 2019. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com\\_mediaibge/arquivos/b06abac34a360666981b4b86621776f2.pdf](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/b06abac34a360666981b4b86621776f2.pdf). Acesso em: 09 nov. 2020.

PIGATTO, Liz Helena; PIGATTO, Lisete Maria Massulini. **A emancipação feminina: uma releitura**. revisado jul. 2010. Disponível em: [http://metodistacentenario.com.br/catedra/publicacoes/a\\_emancipacao\\_feminina\\_-\\_catedra.pdf](http://metodistacentenario.com.br/catedra/publicacoes/a_emancipacao_feminina_-_catedra.pdf). Acesso em: 18 nov. 2020.

RODRIGUES, Marta de Souza; SILVA, Artur Alves da. A emancipação da mulher na imprensa feminina nos primeiros anos da República no Brasil. **Humanidades em diálogo**, v. 6, p. 209-224, out. 2014. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.1982-7547.hd.2014.106270>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/humanidades/article/view/106270/104932>. Acesso em: 02 dez. 2021.

SILVA, Carmen; CAMURÇA, Sílvia. **Feminismo e movimento das mulheres**. Recife: Reage SOS corpo– instituto feminista para a democracia, 2010.

SILVA, Luiz Etevaldo. O sentido e significado sociológico de emancipação. **Revista e -Curriculum**, São Paulo. v. 11, n. 3, p. 751-765, set./dez. 2013. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/curriculum/article/view/8924>. Acesso em: 20 nov. 2020.

SINIGAGLIA, Bruna. **O papel laboral da mulher na sociedade brasileira contemporânea: uma análise sobre sua evolução, a partir de um estudo de caso em uma empresa do município de Santa Rosa-RS**. 159 f. 2018. Dissertação (Mestrado em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social) – Universidade de Cruz Alta. Orientadora: Carla Rosane da Silva Tavares Alves. 2018. Disponível em: <https://home.unicruz.edu.br/wp-content/uploads/2019/06/Disserta%C3%A7%C3%A3o-Bruna-Sinigaglia.pdf>. Acesso em: 20. nov. 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SAMPAIO, Ana Júlia Fernandes. Os direitos da mulher no mercado de trabalho: da discriminação de gênero à luta pela igualdade. 2017. **Revista direito em debate**, v. 26, n. 48, p. 287-325, 2017. DOI: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2017.48.287-325>. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/7233>. Acesso em: 12 nov. 2020.

VIANA, Nildo Silva. Emancipação feminina e Emancipação humana. **Revista Espaço acadêmico**, v. 9, n. 107, abr. 2010. Disponível em: <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/9767>. Acesso em: 19 nov. 2020.

# CAPÍTULO 29

## O DIREITO DAS MULHERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AO TRABALHO E EMPREGO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Patrícia Pacheco Rodrigues

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques

Samira Rodrigues Pereira Alves

### INTRODUÇÃO

Este capítulo objetiva focar o direito das mulheres na Constituição de 1988, dando ênfase ao direito ao trabalho e emprego sob a perspectiva do princípio da igualdade.

Serão realizadas algumas considerações sobre as relações de gênero, que, apesar de caminharem no sentido de desconstruir alguns paradigmas sobre a dominação masculina, ainda se baseiam em construções sociais, políticas e jurídicas que atribuem às mulheres papéis relativos à maternidade e ao casamento, reduzindo seu espaço de participação na esfera pública e de poder.

Em outro momento, será desenvolvida uma análise sobre a igualdade entre homens e mulheres a partir da Constituição Federal de 1988, que simboliza o grande marco de transição democrática e ruptura do sistema patriarcal, elevando a categoria da igualdade ao nível de princípio jurídico fundamental e construindo um novo sistema de valores, fundamentado no respeito e proteção de direitos dos diferentes gêneros, destituindo a figura masculina como chefe da família.

Finaliza-se o artigo apresentando algumas leis infraconstitucionais que refletem tutela do direito das mulheres fundada nas discriminações feitas pela própria Carta Magna, que permite justificar o tratamento desigual que beneficie a mulher quando a finalidade for para assegurar a igualdade de condições, em razão de alguma peculiaridade, como a gravidez que atinge à mulher mais intensamente do que ao homem.

### 1 A MULHER E A DESIGUALDADE

Na Revolução Industrial, no século XVIII, as lutas operárias eram direcionadas à busca de igualdade de oportunidades, e passou-se a exigir do Estado liberal que fosse intervencionista e assistencialista, para concretização de direitos econômicos e sociais, a saída de uma igualdade formal para uma igualdade material, já

que “as diferenças são biológicas ou culturais, e não implicam a superioridade de alguns em relação aos outros. As desigualdades, ao contrário, são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade”.<sup>1</sup>

Da aceitação social da divisão sexual do trabalho, em que primeiro consistia em reservar aos homens o trabalho produtivo e às mulheres o trabalho doméstico, resultou a reserva de mercado de certas atividades laborais como masculina e feminina, e dessa reserva advêm as diferentes condições de acesso e de permanência no emprego e de oportunidades. “Proteger não apenas a mulher, mas também o homem, ou seja, protegê-los enquanto seres humanos que merecem tratamento condigno, é um fim social que deve ser objetivado pela lei.”<sup>2</sup>

O patriarcado fundado em uma sociedade paternalista prejudicou a inserção da mulher no mercado de trabalho, e isso vem se refletindo até os dias atuais; a mulher em busca de emprego se submeteu a condições tão precárias de trabalho, e ainda persiste essa desigualdade de gênero. No sistema jurídico brasileiro, o [Código Civil de 1916](#) privava a mulher de certas funções, com alteração deste cenário somente em 1962, com o advento do Estatuto da Mulher Casada ([Lei nº 4.121 de 1962](#)). Tais privações tinham nítido caráter discriminatório, de proteger a sua moral e relegá-la ao recanto do lar, limitada à obrigação de cuidados e criação dos filhos, além da segunda jornada nos afazeres domésticos.<sup>3</sup> Seria o problema da discriminação exclusivo das mulheres? Afinal são elas que enfrentam a discriminação, e não os homens. Contudo, ao negar à mulher seu direito à igualdade, não sofrem apenas elas, mas toda a sociedade, já que sociedades menos igualitárias produzem menos avanços sociais, menos crescimento econômico, relegando o país à recessão, que culmina em desemprego e no agravamento dos males sociais.<sup>4</sup> A discriminação do trabalho da mulher é aquela fundada no sexo, prevista no artigo 1º da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, *in verbis*:

Para fins da presente convenção, o termo “discriminação” compreende: toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

Nesse sentido também é o artigo 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 (promulgada no Brasil pelo Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984, revogado pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002):

Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do

1 NOVAIS, Denise Pasello Valente. **Discriminação da mulher e direito do trabalho**: da proteção a promoção da igualdade. São Paulo, Editora LTR, 2005. p. 28.

2 CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do trabalho da mulher**: a questão da igualdade jurídica frente a desigualdade fática. São Paulo: LTR, 2007.

3 MARTINS, Sérgio Pinto. **Práticas discriminatórias contra a mulher e outros estudos**. São Paulo, Editora LTR, 1996. p. 573-590.

4 CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do trabalho da mulher**: a questão da igualdade jurídica frente a desigualdade fática. São Paulo: LTR, 2007. p. 16 e 66.

homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994 (Convenção Belém do Pará promulgada no Decreto nº 1.973, de 1996) entende que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica, incluindo, entre outras formas, expressamente, o assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local. A Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, enfatiza a importância de se trabalhar no sentido de eliminar todas as formas de violência contra as mulheres na vida pública e privada, prevendo expressamente a necessidade de se eliminar todas as formas de assédio sexual, que consiste em um atentado à dignidade da mulher, sobrepondo a sexualidade na capacidade de manutenção e ascensão nas relações de trabalho.

## 2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito à igualdade remonta a uma luta histórica das mulheres pelo tratamento igualitário. A luta por emancipação política e igualdade ganhou destaque na Revolução Francesa, por meio da ativista Olympe de Gouges, que, em 1791, redigiu a “Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã” para fazer um contraponto à “Declaração de Direitos do Homem e do cidadão”, elaborada em 1791. Tal declaração foi motivada pela reivindicação de igualdade entre ambos os sexos,<sup>5</sup> no entanto o seu papel de precursora lhe rendeu a pena capital pela guilhotina.

Desde as Cartas de Direitos da segunda metade do século XVIII, o princípio jurídico da igualdade é reconhecido e protegido, como na Declaração de Direitos do Estado norte-americano da Virgínia de 1776 e na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, encontrando ressonância também na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948.

Historicamente a busca pelo tratamento igualitário entre homens e mulheres tem desdobramentos em diferentes países, com discussões sobre direito ao voto, garantia de remuneração igual em trabalho exercido por ambos os sexos, direitos sexuais e reprodutivos, participação nos espaços de poder, entre outros. A equiparação por direitos e obrigações encontram-se em diversas ordens constitucionais, uma vez que o princípio da igualdade é o centro do Estado social e de todos os direitos; presente nas Constituições,<sup>6</sup> é por onde a realidade social positiva e valorativa ingressa na normatividade do Estado, constituindo o signo fundamental da democracia.<sup>7</sup>

A Constituição Federal de 1988, considerada o marco na proteção de direitos e das garantias fundamentais, principalmente no que se refere à igualdade entre homens e mulheres, também tem em seu conteúdo di-

5 MENDONÇA, Marcela Prado; PRIMO, Marcelo de Sant’Anna Alves. A palavra de uma cidadã na tormenta revolucionária: o pensamento político de Olympe de Gouges. *Princípios: Revista de Filosofia*, Natal, v. 27, n. 52, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21680/1983-2109.2020v27n52ID19019>. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/19019/12474>. Acesso em: 23 out. 2020.

6 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros 2008. p. 376.

7 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 211.

reitos fundamentais estabelecidos a partir da intensa mobilização realizada por e para mulheres, de diferentes segmentos, que lutaram para que suas propostas se estabelecessem na Constituição.<sup>8</sup>

A participação das mulheres na [Assembleia Constituinte de 1988](#) foi um marco para a história do direito constitucional brasileiro, a própria campanha pela Constituinte era uma resposta à baixa representatividade feminina na política institucional.<sup>9</sup>

A Constituição Federal inicia o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza* (art. 5º, *caput*), reforçando a igualdade no mesmo art. 5º, I, declarando que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*”.

O princípio da igualdade, consagrado no dispositivo apresentado, afirma a igualdade perante a lei, sendo um clássico próprio de um Estado de Direito. Seu preceito fundamental é o parâmetro para aplicação da lei infraconstitucional, não podendo haver nenhuma distinção de qualquer natureza, ou seja, não se pode fazer distinção quando da aplicação da lei ordinária. É a igualdade formal que consiste no tratamento equânime conferido pela lei aos indivíduos.<sup>10</sup>

Ao falar de igualdade garantida a homens e mulheres, titulares de igualdade de gênero, há uma peculiaridade. No geral, as concretizações se baseiam na proibição da discriminação baseadas em cor, sexo, raça e origem, no entanto, os direitos entre os gêneros se trata também de uma discriminação positiva, onde se proíbe privilégios.

As distinções por critérios de sexo e gênero são proibidas, uma vez que diferenças fisiológicas não podem ser usadas. A distinção não pode ser usada para legitimar tratamento desigual, mas há algumas distinções que se permitem e que não se chocam com o artigo 5º.

O princípio não pode ser entendido em sentido individualista, pois deve levar em conta as diferenças entre grupos. O tratamento igual não se dirige às pessoas integralmente iguais entre si, pois mesmo os iguais podem diferir sobre aspectos ignorados pelo legislador. Isso se torna um fundamento que permite à legislação tutelar pessoas em posição inferior ou em desvantagem.<sup>11</sup>

Nas palavras de Alexy, se existir razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então o tratamento desigual é obrigatório. A assimetria entre norma de tratamento igual e desigual que compreende a igualdade como um princípio, que *prima facie* exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual, quando justificado por princípios contrapostos.<sup>12</sup>

8 SCHUMAER, Shuma; CEVA, Antonia. **Mulheres no poder**: trajetória na política a partir da luta das sufragistas do Brasil. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015. p. 156.

9 SILVA, Christine Oliveira Peter; GOMIDE, Carolina Freitas. **Constitucionalistas Constituintes: uma agenda para o Brasil**. In: SILVA, Christine Oliveira Peter; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi. (org.). **Constitucionalismo feminista**: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 26, v. 1.

10 MARTINS, Leonardo. O princípio da igualdade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo. Wolfgang; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lênio Luis; LEONCY, Leo Ferreira. **Comentários à constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

11 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 215.

12 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 410.

Este princípio é reafirmado por meio de muitas normas, algumas determinadoras de igualdade, outras buscando equidade entre os desiguais mediante concessão de direitos sociais fundamentais.<sup>13</sup>

O princípio da igualdade é a matriz das medidas legais antidiscriminatórias, e não basta apenas pregar a igualdade, mas positivá-la no corpo normativo, é o que se verifica com as normas constitucionais que vedam a discriminação de sexo (arts. 3º, IV, e 7º, XXX). Essas regras são originadas de décadas de lutas femininas contra a discriminação e se revestem sob dois aspectos: da isonomia formal, que expressa a igualdade perante a lei, e o aspecto material, que é verificado nas regras de não discriminação.

Não é apenas igualdade perante a lei, mas a igualdade em direitos e obrigações, sinalizando que onde houver tratamento desigual entre os sexos em situações pertinentes a ambos, constituirá uma infringência constitucional.<sup>14</sup>

Embora haja proibição à discriminação em função do sexo, a partir desta diferenciação o próprio legislador estabeleceu discriminação entre homens e mulheres ao estabelecer três hipóteses em que deve haver tratamento privilegiado à mulher em função de sua condição: a licença maternidade (art. 7º, XVIII), fundamentada no aspecto biológico; proteção do mercado de trabalho, mediante incentivos próprios (art. 7º, XX); e prazo de aposentadoria por tempo de serviço (art. 40, IVI, *a e b*, e art. 201, § 7º, I e II).<sup>15</sup>

As três hipóteses são fundamentadas em situações já reconhecidas de desigualdade entre os gêneros. A primeira, baseada em características biológicas, pois o exercício da maternidade traz uma exigência maior à mulher; a segunda está concentrada no reconhecimento da desigualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho; e a terceira, baseada em contexto histórico social que atribui as tarefas domésticas à mulher.

No que se refere à questão da igualdade sem distinção de trabalho, é garantido a qualquer pessoa em condição o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, reconhecidos no art. 5º, XIII. O acesso a cargos e funções deve ser igual para homens e mulheres que tenham igualdade de condição.

Nesse sentido, constata-se que a experiência constitucional brasileira está em consonância no que se refere à igualdade de gênero, e o enfrentamento da discriminação contra a mulher está caminhando, inclusive, com as diretrizes das normas de proteção internacional, mesmo que ainda formalmente.

A igualdade entre homens e mulheres no Brasil foi uma inovação que a Constituição Federal de 1988 trouxe à legislação brasileira, adquirindo *status* de direito fundamental, sendo disciplinada não apenas aos direitos individuais e coletivos, mas também no capítulo dos direitos sociais, com atenção ao direito dos trabalhadores.

13 MACIEL, Eliane Cruxên Barros de Almeida. **A igualdade entre os sexos na Constituição de 1988**. Brasília: Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 1997. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/159>. Acesso em: 23 out. 2020.

14 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 216.

15 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 609.

### 3 A PROTEÇÃO À MULHER NO TRABALHO

A discriminação no trabalho da mulher, em geral, no Brasil, se dá com a definição de exigências e qualificações para o posto de trabalho, assim como em procedimentos e critérios de seleção. Apesar de expressa previsão constitucional como objetivo fundamental a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, há regras de igualdade material previstas no art. 7º, XXX, XXXI, que permitem a proteção da mulher com incentivos específicos para promover a igualdade de oportunidades por medidas compensatórias e que vedam a diferença salarial, de exercício de funções e critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor estado civil.

A partir das novas normas da [Constituição Federal de 1988](#), as leis infraconstitucionais passaram por uma adaptação aos novos princípios referentes à proibição de discriminação em relação ao gênero.

O direito do trabalho sofreu muitas alterações, como o abandono do princípio de “proteção da mulher” mediante a revogação de algumas normas; redimensionou as normas de proteção à maternidade e outras normas, tornando-se um direito promocional a partir das premissas que inspiraram a legislação, deixando de considerar a mulher como um ser inferior.

Na [Consolidação das Leis do Trabalho \(CLT\) de 1943](#), em seu artigo 446, presumia-se autorizado o trabalho da mulher casada, revogado tal dispositivo somente em 1989. Atualmente as restrições na legislação trabalhista brasileira têm como fundamento a proteção da mulher em sua fragilidade física, peculiaridades e na busca da igualdade dos gêneros nas condições de trabalho. A igualdade é a base de construção do Direito; ainda que haja diferença na concepção do que seja direito, só há justiça quando há equilíbrio, quando há igualdade, que não é aritmética, mas consistente em “tratar igualmente os iguais, porém desigualmente aqueles que não são iguais, respeitando assim suas diferenças”.<sup>16</sup>

Questões semelhantes são trazidas nos artigos 390-B, 390-C e 390-E, também da CLT, em que os dois primeiros determinam que os cursos de formação ou aperfeiçoamento de mão de obra devem ser ofertados aos empregados de ambos os sexos. O artigo 390-E sugere às pessoas jurídicas execução de projetos de incentivo ao trabalho da mulher.<sup>17</sup>

A proibição da exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, previstas na [Lei nº 9.029 de 1995](#), tem incidência penal de detenção de um a dois anos e multa. Além disso, prevê a possibilidade de reparação por dano moral, podendo os trabalhadores optarem entre readmissão com ressarcimento integral do período de afastamento ou a percepção em dobro da remuneração do período de afastamento.

16 CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do trabalho da mulher**: a questão da igualdade jurídica frente a desigualdade fática. São Paulo: LTR, 2007. p. 16.

17 NOVAIS, Denise Pasello Valente. **Discriminação da mulher** e direito do trabalho: da proteção a promoção da igualdade. São Paulo: LTR, 2005. p. 92.



Antes da contratação, a discriminação se dá como forma de inviabilizar a aquisição do emprego, nesse momento também se registram situações de assédio sexual. A exigência de requisitos subjetivos e do padrão branco hegemônico causa estigmatização aos demais critérios de estética, apesar de em geral haver neutralidade na divulgação das ofertas de emprego.

Durante a vigência do contrato de trabalho prevalece a discriminação de gênero, como, por exemplo, a adoção de critérios remuneratórios diferenciados e a dificuldade de ascensão profissional pelas mulheres. Já após a extinção do pacto laboral temos a falta de pagamento de verbas rescisórias em decorrência de alguma característica pessoal do trabalhador, assim como a divulgação de informações desabonadoras.

As formas de Discriminação Negativa laboral podem ser: direta ou manifesta (com a exclusão de certos trabalhadores em razão de características como opinião pública, estado civil, cor, sexo e nacionalidade); indireta (camuflada, implícita, que cria desigualdade entre pessoas que têm as mesmas características); vertical (dificultando o acesso a postos mais elevados ou com a desvalorização salarial); horizontal (segregação ou dominação de postos de trabalhos por grupos tradicionais); e autodiscriminação (aquela que é individual sobre uma profissão, cargo ou função, gerando falta de interesse em seu exercício por segmentação social).<sup>18</sup>

Diante destas formas, se impõe a chamada Discriminação Positiva (Ações Afirmativas), que são medidas de enfrentamento à desigualdade para implementar a igualdade material perante a lei, com a promoção de igualdade de oportunidades por políticas públicas. A atenção na efetivação destas medidas é essencial para que esse caráter de favorecimento não gere nos preteridos o sentimento de rejeição e injustiça, mas sim promoção de empatia e alteridade, atuando também na correção de distorções sociais, “em favor de grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade, com vistas a eliminar os desequilíbrios existentes entre estas categorias sociais”.<sup>19</sup>

Para haver assédio no âmbito trabalhista, é necessário esse assédio estar direta ou indiretamente relacionado a um vínculo de emprego formal ou informal, o que possibilita à vítima requerer rescisão indireta do contrato de trabalho. Sobre o assediante, pouco importa se sua posição hierárquica é contemplada ou não na hierarquia formal da empresa, basta apenas que haja efetiva ascendência sobre a vítima do assédio. Haverá responsabilidade civil solidária do empregador, por seus empregados, serviçais ou prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele, pouco importando que se demonstre que não concorreram para o prejuízo por culpa ou negligência, isto porque sua responsabilidade é objetiva (artigo 932, inciso III, [Código Civil Brasileiro](#)).<sup>20</sup>

Nesse aspecto, a denominada reforma trabalhista brasileira ([Lei n. 13.467/2017 de 2017](#)) veio a tariffar o dano extrapatrimonial, no afã de proporcionar ao julgador parâmetros para medir a dor e o sofrimento huma-

18 NOVAIS, Denise Pasello Valente. **Discriminação da mulher** e direito do trabalho: da proteção a promoção da igualdade. São Paulo: LTR, 2005. p. 98.

19 NOVAIS, Denise Pasello Valente. **Discriminação da mulher** e direito do trabalho: da proteção a promoção da igualdade. São Paulo: LTR, 2005. p.37-41.

20 DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p.723.

no decorrentes do assédio. “A Lei estabelece critérios objetivos para cercear condutas subjetivas variadas que causam diferentes danos, a intensidade pode variar pela conduta praticada, período de exposição ao assédio e a resistência de cada ser humano.”<sup>21</sup>

O Supremo Tribunal Federal (STF) já se posicionou em outros casos, quanto à impossibilidade de tarifação do dano extrapatrimonial, o que vem levando a entendimentos doutrinários da inconstitucionalidade de tal previsão legal. “Admitir que na seara trabalhista ocorra a tarifação do dano moral é contrariar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e retroceder na proteção dos direitos do trabalhador [...]”<sup>22</sup>

O assédio na esfera extrapenal, portanto, resulta em rescisão indireta do contrato de trabalho, além da justa indenização por danos materiais e morais a serem pleiteados pela vítima. O empregador tem responsabilidade pela conduta de seus prepostos e empregados, devendo garantir um ambiente de trabalho salubre e harmônico. Já que muitos dos vitimados não se manifestam na maioria das vezes, porque não conhecem as limitações moralmente admissíveis, somente percebem o assédio quando vítimas de depressão e outras doenças somáticas; logo, a falta de divulgação e repressão são de responsabilidade da iniciativa privada e do poder público.

Apesar de todo esse aparato jurídico voltado à proteção dos direitos da mulher, na prática, ainda não se conseguiu o pleno respeito de tais direitos, já que as questões de gênero ainda são mais fortes do que as leis para elevar a mulher à sua real posição de igualdade. Necessária a instituição de formas para aprimorar o convívio entre os gêneros, de incumbência não apenas do Estado, mas também da sociedade, na busca de instituir novos instrumentos para transformar a atual realidade. Mais do que a garantia de acesso à justiça pela mulher, já que não basta a edição de leis, deve-se implementar efetivamente os direitos.<sup>23</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço no plano internacional por meio de documentos como a Convenção sobre Eliminação e Discriminação contra a mulher, Declaração e o Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena e pela Convenção impulsionaram transformação no direito interno e conseqüentemente um avanço no processo de igualdade entre homens e mulheres, porém há ainda um longo trabalho para dar garantia formal e substancial de equidade.

A Constituição Federal selou um novo pacto ao incluir a igualdade de gênero, representando um avanço significativo para consolidar os direitos e garantias fundamentais buscando compatibilizar e adequar as leis infraconstitucionais.

21 SILVA, Leda Maria Messias da; CATTELAN, Jeferson Luiz. **O assédio moral e a inconstitucionalidade da parametrização do “quantum” indenizatório na Lei n. 13.467/2017.** 58º Jornal Congresso Brasileiro Trabalho. [S. l.]: Ltr, 2018. p. 32

22 SILVA, Leda Maria Messias da; CATTELAN, Jeferson Luiz. **O assédio moral e a inconstitucionalidade da parametrização do “quantum” indenizatório na Lei n. 13.467/2017.** 58º Jornal Congresso Brasileiro Trabalho. [S. l.]: Ltr, 2018. p. 33.

23 RODRIGUES, Patrícia Pacheco. Métodos alternativos de resolução de conflitos no âmbito da violência contra a mulher para concretização do direito fundamental de acesso à justiça. **Arquivos da Polícia Civil – Revista Tecno-científica**, v. 54. São Paulo: ACADEPOL, 2017, p. 46-63.

O princípio da igualdade é a matriz de desenvolvimento de medidas antidiscriminatórias e foi positivado nas normas constitucionais, previstas no art. 7º, XXX, XXXI, que vedam a discriminação de sexo, e nas leis infraconstitucionais que refletem tutela do direito das mulheres, justificando o tratamento desigual que beneficie a mulher quando a finalidade for assegurar a igualdade de condições, em razão de alguma peculiaridade, como a gravidez, que atinge a mulher mais intensamente do que o homem.

As vedações à discriminação de sexo provocaram alterações importantes no direito do trabalho, que abandonou o princípio de “proteção da mulher” mediante a revogação de algumas normas; redimensionou as normas de proteção à maternidade e outras normas, tornando-se um direito promocional a partir das premissas que inspiraram a legislação, deixando de considerar a mulher como um ser inferior.

A partir da Constituição Federal de 1988, as leis infraconstitucionais passaram por uma adaptação, proibindo a discriminação em relação ao gênero, permitindo a proteção da mulher com incentivos para promover a igualdade de oportunidade por medidas compensatórias, vedando a diferença salarial, a discriminação no exercício de funções e critérios de admissão por motivo de sexo, cor, idade e estado civil.

A construção dos direitos das mulheres e a busca pela igualdade têm um longo processo histórico, no entanto nas últimas décadas é significativa a concentração das reivindicações e algumas conquistas, porém, há ainda o desafio de introjetar na sociedade os valores igualitários consagrados na Constituição Federal e nos tratados internacionais dos direitos humanos das mulheres, para romper com o paradigma da inferioridade feminina e estabelecer a emancipação que assegure o pleno exercício da cidadania.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros 2008.
- CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do trabalho da mulher: a questão da igualdade jurídica frente a desigualdade fática**. São Paulo: LTR, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GOMES, Orlando. **Curso de direito do Trabalho**. 6º ed. Rio de Janeiro, Forense, 1976
- MACIEL, Eliane Cruxên Barros de Almeida. **A igualdade entre os sexos na Constituição de 1988**. Brasília: Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 1997. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/159>. Acesso em: 23 out. 2020.
- MARTINS, Leonardo. O princípio da igualdade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo. Wolfgang; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lênio Luis; LEONCY, Leo Ferreira. **Comentários à constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Práticas discriminatórias contra a mulher e outros estudos**. São Paulo, Editora LTR, 1996.
- MENDONÇA, Marcela Prado; PRIMO, Marcelo de Sant’Anna Alves. A palavra de uma cidadã na tormenta revolucionária: o pensamento político de Olympe de Gouges. **Princípios: Revista de Filosofia**, Natal, v. 27, n. 52, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21680/1983-2109.2020v27n52ID19019>. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/19019/12474>. Acesso em: 23 out. 2020.
- NOVAIS, Denise Pasello Valente. **Discriminação da mulher e direito do trabalho: da proteção a promoção da igualdade**. São Paulo: LTR, 2005.
- NOVAIS, Denise Pasello Valente. **Discriminação da mulher e direito do trabalho: da proteção a promoção da igualdade**. São Paulo, Editora LTR, 2005.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Acabar com a violência e o assédio contra mulheres e homens no mundo do trabalho**. Relatório V. Conferência Internacional do Trabalho 107.<sup>a</sup> sessão, 2018.

RODRIGUES, Patrícia Pacheco. Métodos alternativos de resolução de conflitos no âmbito da violência contra a mulher para concretização do direito fundamental de acesso à justiça. **Arquivos da Polícia Civil – Revista Tecno-científica**, v. 54. São Paulo: ACADEPOL, 2017, p. 46-63.

SCHUMAER, Shuma; CEVA, Antonia. **Mulheres no poder**: trajetória na política a partir da luta das sufragistas do Brasil. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015.

SILVA, Christine Oliveira Peter; GOMIDE, Carolina Freitas. **Constitucionalistas Constituintes: uma agenda para o Brasil**, in SILVA, Christine Oliveira Peter; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi. (orgs.). **Constitucionalismo feminista: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020

SILVA, Christine Oliveira Peter; GOMIDE, Carolina Freitas. Constitucionalistas Constituintes: uma agenda para o Brasil. In: SILVA, Christine Oliveira Peter; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi. (org.). **Constitucionalismo feminista: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 26, v. 1.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SILVA, Leda Maria Messias da; CATTELAN, Jeferson Luiz. **O assédio moral e a inconstitucionalidade da parametrização do “quantum” indenizatório na Lei n. 13.467/2017**. 58º Jornal Congresso Brasileiro Trabalho. [S. l.]: Ltr, 2018.

TAVARES, ANDRÉ RAMOS. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

# CAPÍTULO 30

## LEGISLAÇÃO TRABALHISTA TEM DE GARANTIR SUSTENTABILIDADE AO CAPITAL E TRABALHO

Gilda Figueiredo Ferraz de Andrade

### INTRODUÇÃO

Por que é necessário modernizar a legislação trabalhista? Pelo simples motivo de que as relações trabalhistas mudaram radicalmente em todo o mundo e o Brasil tinha dois caminhos a seguir: continuar com o mesmo diploma legal (CLT), do início da industrialização, ou modernizar-se para não ser impactado com a perda da competitividade dos níveis de produção e dos postos de trabalho.

O primeiro passo nesse sentido foi dado na década 1980 – quando o modelo fordista de organização empresarial começava a sofrer forte erosão, dando lugar a um novo paradigma de organização empresarial e relações do trabalho. Nessa mesma década também estava sendo gestada e concebida uma grande mudança – a [Constituição da República Federativa do Brasil \(1988\)](#), que aproximou a doutrina da prática jurisdicional aos direitos trabalhistas e sociais, iniciando a modernização das relações trabalhistas no país.

Assim, a Constituição Federal abriu um universo de novos direitos aos trabalhadores e depois da Carga Magna vieram as reformas trabalhistas, que alteraram a CF e contribuíram para acertar o passo da legislação trabalhista brasileira com o mercado econômico contemporâneo, reduzindo drasticamente o paternalismo e a litigiosidade e valorizando as negociações entre empresas e trabalhadores, que passam a ter mais peso do que a letra fria da lei. O presente capítulo trata desses dispositivos legais e de como ajudaram na modernização das relações trabalhistas no Brasil.

### VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO

É consensual que a Carta Magna de 1988 conseguiu reunir o mais expressivo legado de direitos trabalhistas dentre todas as constituições brasileiras, valorizando o trabalho humano e o pleno emprego. O processo de constitucionalizar direitos e garantias dos trabalhadores brasileiros não foi tarefa fácil, mas teve o grande trunfo de conseguir avançar no processo sem que isso implicasse em abalos na sociedade brasileira, na economia ou no mercado de trabalho. O trabalho deve ser entendido como uma atividade realizada por um trabalhador (mão de obra) diante de necessidade econômica para um tomador do serviço, responsável pela produção.

A relação de emprego surge do contrato de trabalho, que expressa a vontade do empregado e do empregador e embute as obrigações legais.

O Brasil aboliu a escravidão em 1888, que era a base do trabalho no país, mas demorou para criar leis do trabalho. O advogado Evaristo de Moraes, no início do século XX, chamava a atenção para a necessidade de criar-se no Brasil condições do trabalho assalariado, em sua obra **Apontamento de direito operário**. O regramento das relações trabalhista se inicia, contudo, com o Decreto 979, de 1903, que concedia aos trabalhadores e empresas o direito de se organizarem em sindicatos e outras leis esparsas.<sup>1</sup>

A efetiva regulação das relações trabalhistas no país surge com a criação da Consolidação das Leis Trabalhistas (**Decreto-Lei 5.452 de 1 maio de 1943**), uma espécie de código trabalhista, imposto pelo governo de Getúlio Vargas, que já havia criado a Justiça do Trabalho em 1939 (**Decreto-Lei 1.237, de 1 de maio de 1939**). Foi um modelo trabalhista paternalista, para alguns, com influência do fascismo italiano, dificultando o diálogo entre capital e trabalho porque essas forças passaram a ter pêndulos diferentes, e isso perdurou por quase um século na vida e na economia do Brasil.

Abro aqui um parêntese para enfatizar que, a despeito de ser autoritária, a CLT conseguiu consolidar as leis esparsas sobre direitos trabalhistas na década de 1930, onde as relações entre capital e trabalho eram incipientes, até porque o Brasil não conseguiu fazer a transição da manufatura para o trabalho fabril, em que o capital passa a deter os meios e produção. Vale ressaltar, ainda, que a CLT surgiu no bojo da pressão internacional para que o Brasil adotasse leis de direitos mínimos ao trabalhador e de proteção social, um enquadramento necessário para o país que sonhava com a industrialização. A CLT traz uma regulamentação do trabalho e busca equilibrar os interesses do empresariado e do movimento sindical para que o trabalhador fosse beneficiado, sem comprometer o crescimento econômico brasileiro.

Depois da CLT, somente com a **Constituição Federal de 1988** o Brasil vislumbrou uma alteração profunda nas relações trabalhistas. A CF de 1988 inseriu como seus princípios fundamentais os valores sociais do trabalho. Nessa Carta Magna, os direitos sociais constituem a base do ordenamento brasileiro, no Título II, “Dos Direitos Sociais”, onde estão reunidas as normas que protegem os trabalhadores, sendo que esse marco vem sendo observado como parâmetro na elaboração da legislação infraconstitucional do país.<sup>2</sup>

No título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, da CF de 88, segundo o jurista José Afonso da Silva, a ordem econômica, quanto à sua aplicabilidade “... dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia [...]”.<sup>3</sup>

1 MORAES, Evaristo de. **Apontamento de direito operário**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1986, p. 11.

2 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf). Acesso em: 03 dez. 2021.

3 SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo, Malheiros, 2002. p. 160.

De acordo com o art. 7º, do Capítulo II, dos “Direitos Sociais”, são direitos dos trabalhadores a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, indenização compensatória, seguro desemprego, FGTS, salário mínimo, irredutibilidade de salário, 13º salário, participação nos lucros, repouso semanal remunerado, férias anuais remuneradas com um terço a mais do que o salário, licença-gestante, aviso prévio proporcional, redução de riscos inerentes ao trabalho, aposentadoria, proteção à automação, entre outros.

Dos inúmeros benefícios trabalhistas assegurados pela Constituição Federal de 1988, o tratamento isonômico entre trabalhadores urbanos, rurais e avulsos pode ser destacado como uma grande conquista, que ganhou com a Emenda Constitucional 72, de 2013, maior amplitude, ao incluir o direito aos trabalhadores domésticos, encerrando décadas de desigualdade e injustiça.

## TRABALHO COM INCLUSÃO

Muitos dos direitos trabalhistas de cunho programático (princípios) na [Constituição Federal de 1988](#) ganharam eficácia plena (regras) com a regulamentação. A CF de 1988 não apenas trouxe à tona a discussão sobre práticas discriminatórias contra a mulher no mercado de trabalho formal; mas é considerada um marco na busca da igualdade de gênero no país. Vale ressaltar que a Constituição Federal de 1932 ([Decreto 21.417](#)) já proibía a distinção dos sexos e estabelecia a igualdade salarial entre homens e mulheres, provavelmente uma regulação que teve a influência das sufragistas da época.

Toda discriminação contra a mulher trabalhadora deve ser entendida como violação aos princípios constitucionais da igualdade de direitos e observância à dignidade da pessoa humana, assegurada na Carta de 1988. As mulheres, a exemplo dos negros, indígenas, LGBTQIA+, PcDs., são consideradas minorias sub-representadas na sociedade brasileira.

A despeito das garantias constitucionais, as mulheres ainda ganham menos que os homens. De acordo com pesquisa divulgada em 2019, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ano base de 2018, as mulheres no Brasil apresentavam 45,3% da força de trabalho, com salário, em média, 22% menor que o do salário pago ao homem, com uma jornada de trabalho de 4,8 horas, sem levar em conta o tempo dedicado aos cuidados com familiares e com a casa. A mesma pesquisa apontou que o rendimento médio das mulheres, com idade entre 25 e 49 anos, era de R\$ 2.050, enquanto os homens do mesmo grupo etário ganhavam R\$ 2.579.<sup>4</sup>

A questão do nível de instrução também acentua as discrepâncias entre homens e mulheres no mercado de trabalho brasileiro, segundo esse mesmo estudo. O rendimento mais baixo era o da mulher do grupo sem instrução e fundamental incompleto (R\$ 880), enquanto os homens de nível superior completo eram os que

4 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **PNAD Contínua** – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 03 dez. 2020.

recebem mais (R\$ 5.928), sendo que as mulheres que concluíram o ensino superior recebiam 38% menos do que os homens no mesmo patamar de formação.

A Constituição de 1988 veio possibilitar um novo *status* às trabalhadoras gestantes, com a licença-maternidade estendida para 120 dias, de acordo com o art. 7, XVIII, e a licença-paternidade, de cinco dias (art. 7, XI). Inicialmente muitos viam nessa licença mais um impedimento à contratação de mulheres, porque teria de se ausentar por cinco meses (contando com as férias) e interrompendo as atividades profissionais por longo período.

Em suma, alguns autores apontam que o aumento do período de licença-maternidade não teve impacto significativo nos custos dos empregadores e vem constituindo um benefício importante na proteção da saúde da mulher trabalhadora e dos recém-nascidos. Atualmente, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em medida cautelar, estender a licença-maternidade, para que passe a ser contada a partir da alta hospitalar da criança recém-nascida ou da parturiente, o que ocorrer por último.<sup>5</sup>

Entendo que com base na Convenção 183, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), aprovada pela Conferência em 15 de junho de 2000, a discussão deve avançar com a adoção por vários países e empresas privadas da licença parental, que permite às mães e aos pais se ausentarem do trabalho em períodos alternados para cuidarem dos filhos recém-nascidos, dividindo igualmente esses cuidados com os filhos e proporcionando um equilíbrio na vida profissional das mulheres trabalhadoras.

## TRABALHO SEM MÃO DE OBRA INFANTIL

A [Constituição Federal de 1988](#), no art. 7, inciso XXXIII, proíbe o trabalho infantil, estabelecendo em 16 anos a idade para início da atividade laboral, mas permitindo, aos 14 anos, exercê-la na condição de aprendiz. Também é vedado ao menor realizar trabalho noturno, em condições de insalubridade e periculosidade, de forma que não possa prejudicar seu desenvolvimento físico ou psíquico.

Para a OIT, trabalho infantil (*child laborer*) é definido como aquele exercido por crianças com menos de 12 anos, realizando qualquer tipo de trabalho, e aquele exercido por crianças de 12 a 14 anos, em atividades que não são de risco, por 14 horas ou de uma hora ou mais na semana, no caso de atividade de risco. Atualmente, a mídia tem revelado o uso do trabalho infantil em confecções informais em vários países asiáticos para sustentar a indústria da moda global. São condições precaríssimas, com falta de iluminação, ar, banheiros, liberdade e horas extenuantes de trabalho para uma criança ou adolescente. O repúdio internacional às marcas que utilizam mão de obra infantil vem ajudando a reduzir a incidência, mas não acabou com o problema.

O trabalho infantil sempre foi um fato constatado na primeira Revolução Industrial, que tomava amplamente mão de obra infantil, entre 10 e 14 anos. No Brasil, também era comum durante a escravidão filhos de

5 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). [Ministra estende licença-maternidade para mãe de bebê internado desde nascimento prematuro](#). 21 jan. 2021. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=459010&ori=1>. Acesso em: 03 dez. 2021.



escravos realizarem uma série de tarefas e, mesmo depois, era intensiva a mão de obra infantil nas propriedades agrícolas. No setor têxtil de São Paulo, no final do século XIX, a mão de obra de crianças e jovens atingia 40% dos empregados, segundo estudo da OIT de 2001.

A erradicação do trabalho infantil não vem sendo medida fácil, embora nos pareça atualmente lógica e ética, até porque o nosso país tem um longo histórico de exploração dessa mão de obra, muitas vezes entidade como “pedagógica”. Em 2005, no Brasil, a PNAD registrava a existência de quase 3 milhões de crianças e jovens em atividades laborais, muitas insalubres e degradantes, como carvoaria ou comércio ambulante nas áreas urbanas. Isso, sem somar ao trabalho infantil o executado por meninas e meninos dentro do domicílio dos pais ou lavouras da família. No caso do Brasil, o [Estatuto da Criança e do Adolescente](#) veio reforçar essa política pública e ajudou a fazer um trabalho de deslegitimação e desnaturalização do trabalho infantil.

Os principais danos da inserção precoce no mercado de trabalho recaem sobre a educação e a saúde dessas crianças, esta última porque enfrentam condições geralmente adversas nas atividades laborais que executam. O trabalho para crianças e adolescentes tem efeito negativo sobre a aprendizagem, permanência e bom desempenho escolar, levando a criança e o jovem a um ciclo repetitivo de pobreza, já experimentado pelos pais.

## REFORMAS E O FUTURO

As reformas trabalhistas de 2017 e 2019, que entraram em vigor em 2018 e 2020, respectivamente, vieram alterar as regras impostas pela Constituição Federal de 1988 e pela CLT. Com tais mudanças, verificou-se maior equilíbrio entre direitos e deveres dos trabalhadores e empregadores. As reformas atingiram o artigo 7º da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e deveres dos trabalhadores urbanos e rurais.

Os empreendedores e empresários, sempre penalizados pelas leis trabalhistas e pela CF, têm motivos para comemorar, pois, em um país com a carga tributária altíssima e incontáveis obrigações, poder acordar direto com o trabalhador direitos e deveres certamente é mais proveitoso, trazendo maior liberdade e até mais produtividade porque um trabalhador desmotivado é prejuízo na certa, pois os trabalhadores poderiam adotar medidas para serem demitidos sem justa causa.

Chamada de nova CLT, na reforma trabalhista, [Lei 13.467/2017](#), vários pontos foram modificados, com mais de 100 alterações. Aprovada em julho de 2017, entrou em vigor em 11 de novembro do mesmo ano.<sup>6</sup>

Anteriormente, acordos feitos entre patrões e empregados poderiam ser anulados pela Justiça; essa história acabou. Acordos firmados entre trabalhadores e empresas não precisam mais seguir as regras da CLT e nem ser anuladas pelos TRTs (Tribunal Regional do Trabalho) ou TST (Tribunal Superior do Trabalho), pois a nova lei regulamentou esse tipo de acordo.

<sup>6</sup> BRASIL. [Lei 13.467, de 13 de julho de 2017](#). Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm). Acesso em: 02 jan. 2021.

Assim, podem ser negociados diretamente e sem a interferência da justiça, a jornada de trabalho, banco de horas e demissões, por exemplo. Súmulas e jurisprudências editadas pelo TST e pelos tribunais regionais não podem restringir direitos previstos nem criar obrigações que não estejam amparadas na lei. Dessa forma, a justiça tornou-se mais célere, contando também com a possibilidade de apenas uma audiência de conciliação.

## DE COMUM ACORDO

Anteriormente, todas as decisões envolvendo trabalhadores e empresas deveriam ser feitas com a participação dos sindicatos. Hoje, as tratativas podem ser feitas diretamente sem a interferência deles. Acabou-se o imposto sindical.

As provas devem ser periciadas e tanto trabalhador quanto patrão pagam por elas, quem perder fica com os encargos advocatícios. Antes da reforma, os trabalhadores estavam isentos do pagamento das perícias.

O dispositivo trata ainda da convenção e acordos coletivos quando analisados pela Justiça do Trabalho. Só é permitido àquele dispositivo analisar a conformidade dos elementos essenciais com intervenção mínima na vontade coletiva.

## GRUPOS DE EMPRESAS

A composição das empresas e a responsabilidade dos sócios receberam alterações. Na questão do controle administrativo, o artigo 2º da reforma afirma que mesmo com personalidade jurídica própria, quando uma ou mais empresas estiverem sob a direção de outra, mesmo com autonomia entre elas, as responsabilidades serão solidárias, ou seja, responderão por obrigações em casos decorrentes de relações de emprego.

O conceito de sociedade também mudou. A mera identidade de sócios não configura grupo econômico. Para que seja considerado grupo é necessário, pelo menos, a demonstração de interesse integrado e atuação conjunta, mas empresas integrantes.

Em caso de reclamação trabalhista, sócios que se retiraram da sociedade são responsáveis pelas obrigações do trabalhador reclamante até dois anos após a averbação da modificação do contrato societário.

## MUDANÇAS NA ROTINA

Entre tantas novidades, destacamos a permissão para o trabalho intermitente, ou seja, a partir de sua promulgação, está liberada a contratação de trabalhadores por um período pré-determinado, mas ainda com carteira assinada.

Criou-se ainda o regime de tempo parcial, que não pode exceder 30 horas semanais, sem horas suplementares, ou aqueles que não ultrapassem 26 horas com a possibilidade de até seis horas suplementares por semana.

A Constituição garantia, em seu artigo 7º, inciso XIII, que a duração do trabalho normalmente não excederia 8 horas diárias e 44 horas semanais. Também consta na CF jornada de 6 horas realizada em turnos ininterruptos. Sempre com a possibilidade de mudanças feitas por meio de acordo coletivo com a participação dos sindicatos.

Novidade advinda da reforma foi no tópico relativo às férias. Anteriormente, o trabalhador tinha direito a 30 dias corridos de descanso. Agora, esse tempo pode ser dividido em três períodos, sendo que um deles não pode ter menos de 5 dias e um outro não pode ser inferior a 14 dias. O pagamento deve ser feito com antecedência de dois dias antes do início das férias. Se não forem acertadas nesse tempo, o empregador deverá pagá-las em dobro. Conforme a CF, o empregador deveria pagar um terço a mais do que o salário normal do empregado quando estes saíssem de férias.

Outra importante questão abordada nessa reforma foi o tempo que o trabalhador pode ter para o almoço/descanso. Anteriormente os empregados regidos pela CLT tinha direito a, no máximo, duas horas. Depois de 2018, esse tempo deve ser negociado entre patrões e empregados e deve ter, no mínimo, 30 minutos. Empregador que não cumprir, será penalizado com multa.

Mas essa mudança não se aplica a trabalhadores que cumpram mais de 6 horas diárias de serviço. Porém, essa redução no tempo de almoço pode ser negociada se o empregado receber mais de 2 tetos da previdência e tenha nível superior de educação.

As demissões também sofreram alterações. Nada mais de 40% de multa sobre o saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Com isso, o contrato de trabalho pode ser desfeito de comum acordo e será pago metade da multa de 40% sobre o saldo do fundo. O trabalhador também poderá retirar 80% do saldo do FGTS, mas não terá direito ao seguro-desemprego.

Dispensas sem motivo tanto individuais quanto coletivas também não necessitam de autorização do sindicato da categoria para que sejam feitas.

Com essa nova lei, os empregadores tiveram redução nos custos, pois a partir de 2018 ficam obrigados a pagar metade do aviso prévio, o saldo do salário, as férias vencidas proporcionais ao tempo trabalhado acrescidas de 1/3 e 13º proporcional. Antes o empregador arcava com tudo isso integralmente.

Os pequenos e médios empresário foram agraciados com as novas negociações sobre as condições de trabalho. Antes da reforma, esses empreendedores não tinham liberdade para acordos individuais. Com a reforma, não é mais necessário seguir as regras da CLT.

Importante também foi a alteração no horário de trabalho. Agora, é permitido flexibilizar o tempo que o empregado fica na empresa. Ou seja, é possível haver turnos de 12X36, 12 horas de trabalho com 36 de descanso, para todas as categorias de emprego, desde que esteja previsto no acordo entre patrões e empregados. Na regra anterior, o tempo de prestação de serviço era de 8 horas.

A reforma alterou também a remuneração por produção. Nesse quesito, o pagamento do piso ou salário-mínimo não é mais obrigatório porque não há um limite de horas estabelecido.

Estão autorizados ainda a terceirização de mão de obra para todas as atividades, o que facilita o processo de contratação de empregados. Mas a empresa não pode demitir um trabalhador vinculado à CLT para recontratá-lo como terceirizado antes de uma quarentena de 18 meses, garantindo aos terceirizados as mesmas condições de trabalho dos efetivos. O trabalho remoto, *home office*, também está assegurado na nova legislação, desde que formalizado em contrato.

Antes da [Lei 13.467](#), o tempo que o empregado se deslocava para o serviço era contabilizado como jornada de trabalho. Agora, esse tempo não é considerado nessa jornada.

Outra mudança trata da contribuição sindical patronal, que passou a ser opcional; ou seja, o empregador decide se quer ou não contribuir com o sindicato. A mesma norma é aplicada aos empregados, só contribui quem quer.

Com a entrada em vigor da reforma de 2018, o valor requerido por empregados que sofreram assédio moral não é mais estipulado ao bel prazer de um juiz. Ofensas graves cometidas contra os trabalhadores devem ter no máximo valor 50 vezes do último salário do empregado.

A gravidez também deixou de ser considerada empecilho para o exercício de algumas atividades consideradas insalubres. As empresas deverão apresentar um atestado médico garantindo que não existem riscos nem para a mãe nem para o feto. Antes da reforma, era vetado o trabalho de gestantes em atividades insalubres, tanto pela CF quanto na CLT.

Antes de vigorar a nova lei, contratações irregulares estavam sujeitas a multas de um salário-mínimo vigente. Agora, a multa por contratação irregular é de R\$ 3 mil por funcionário para grandes empresas e R\$ 800 para as de pequeno porte. Se comprovada a má-fé do trabalhador, a empresa fica isenta de qualquer punição.

## PLATAFORMA

Em 2014, o governo lançou uma plataforma para unificar todas as informações e obrigações de uma empresa pelo [Decreto 8.373/14](#). Era o *eSocial*, que em seu art. 2º afirma que a plataforma é um “instrumento de unificação da prestação de informações referentes à escrituração das obrigações fiscais, previdenciárias e trabalhistas”.

Considerada complicada, a minirreforma de 2019 atualizou e simplificou a plataforma. Entre as mudanças, as férias podem ser fracionadas em até 3 vezes, mas na minirreforma outra cláusula foi inserida nessa questão. Para pessoas com menos de 18 e mais de 50 essa divisão de dias de férias é proibida.

Sobre as horas extras, sempre motivo de reclamações trabalhistas, a CLT dizia que nenhum trabalhador poderia prestar serviço mais de 8 horas diárias e 44 horas semanais. Com a reforma, o regime de banco de horas deve ser acordado entre as partes, feito individualmente e, se necessário, firmado junto ao sindicato da categoria.

É preciso ficar atento aos prazos estabelecidos em acordos para a compensação das horas extras, chamadas agora de banco de horas. Se não for compensada a tempo, a empresa deverá pagar pelas horas com adicional de 50%.

Com a pandemia do Covid-19 atingindo em cheio o país, o governo editou a MP 927, que alterou novamente a concessão de férias. Como é previsto na legislação, o empregado só tem direito a férias após trabalhar 12 meses. Com a edição dessa, desobrigou a empresa a pagar as férias devidas e permitiu que o trabalhador usufruísse desse descanso sem completar um ano de trabalho na empresa. Essa MP perdeu a validade e as regras não se aplicam mais.

Também foi editada a MP 936, depois convertida em [Lei 14.020/2020](#), que prevê redução na jornada de trabalho e a suspensão de contratos de trabalho, criando o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e Renda, com o propósito de combater os problemas criados pela pandemia.

## CONCLUSÃO

A [Constituição de 1988](#) e as reformas que se seguiram em 2017 e 2019 tiveram uma função importantíssima em atualizar as leis trabalhistas, propiciando um riquíssimo legado para as relações do capital e trabalho, que se modernizaram em sintonia com as novas formas de produção. Houve um incentivo à mediação entre empregadores e empregados, em detrimento da nossa cultura litigiosa, e o negociado superou o legislado.

Com o avanço da tecnologia, não era mais possível ao Brasil ficar vinculado a um arcabouço legal superado, era necessário atualizar, vencer o “gap” nacional de uma legislação trabalhista superada, engessada, depois da vigência por mais de sete décadas da CLT, que sempre demonstrou uma forte ênfase paternalista pelo trabalho em detrimento do capital.

Os princípios constitucionais, aprimorados pela [Lei 13.467/17](#), tornaram possível uma série de mudanças nas relações trabalhistas, possibilitando que cada empresa pudesse formalizar acordos que fossem de interesse mútuo, dela própria e de seus trabalhadores, buscando um entendimento benéfico para ambos, sem sustentar posições opostas como se numa relação trabalhistas os dois lados ocupassem, sempre, posições opostas e irreconciliáveis.

Pela própria cultura do brasileiro, a flexibilidade de jornada e horário sempre foram demandas do trabalhador, que vários atores da sociedade contrários à modernização da legislação vinham taxando, erroneamente, de precarização e redução de direitos trabalhistas. Pela imposição da pandemia de Covid-19, o teletrabalho,

por exemplo, desmistificou uma série de mitos e demonstrou que a flexibilização é uma realidade viável, também para o trabalhador brasileiro.

As garantias estabelecidas pelo artigo 7º ao trabalhador na Constituição Brasileira de 1988 continuam válidas e somente serão alteradas se houver necessidade de modernizar o nosso arcabouço legal para beneficiar o setor produtivo e os trabalhadores e colocar o Brasil no cenário da economia global.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf). Acesso em: 03 dez. 2021.
- BRASIL. **Lei 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm). Acesso em: 02 jan. 2021.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ministra estende licença-maternidade para mãe de bebê internado desde nascimento prematuro**. 21 jan. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=459010&ori=1>. Acesso em: 03 dez. 2021.
- GIAMBIAGI, Fábio; FRANCO, Samuel. Esgotamento do papel do salário-mínimo como mecanismo de combate à pobreza extrema. **Texto para Discussão**, IPEA, Rio de Janeiro, n. 1290, jul. 2007. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4849](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4849). Acesso em: 03 dez. 2021.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **PNAD Contínua – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**. 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 03 dez. 2020.
- MORAES, Evaristo de. **Apontamento de direito operário**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1986, p. 11.
- RIZZINI, Irma. Pequenos trabalhadores do Brasil. In: DEL PRIORI, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2007. p.376-406.
- ROSENFELD, Cinara L.; PAULI, Jandir. Para além da dicotomia entre trabalhonte e trabalho digno: reconhecimento e direitos humanos. **Cad. CRH**, Salvador, v. 25, n. 65, p. 319-329, ago. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-49792012000200009>. Disponível em <https://www.scielo.br/j/crh/a/XYTJZrcXrh65bZPTRwN39Kw/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo, Malheiros, 2002. p. 160.

# CAPÍTULO 31

## UM OLHAR FEMININO SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Flávia de Almeida Viveiros de Castro

*“Cem homens podem formar um acampamento, mas é preciso uma mulher para se fazer um lar.”*  
Provérbio Chinês

### INTRODUÇÃO

Nestas breves considerações sobre o direito fundamental à moradia sob a ótica feminina, quer se destacar a conscientização das mulheres na luta pela igualdade entre os gêneros<sup>1</sup> nos distintos cenários sociais e, em especial, com relação ao espaço em que habitam e trabalham, sejam remuneradas pelas tarefas que executam ou não.

Parte-se da concepção do direito à moradia – não qualquer uma, mas aquela que é decente, digna, habitável – vinculado à dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, um direito tão fundamental como qualquer outro que esteja relacionado no artigo 5º do texto constitucional.

Em seguida, passa-se à contextualização deste direito conferido especialmente às mulheres em documentos internacionais, destacando-se propostas que defendem o direito de moradia em nome da mulher como forma de lhe conceder autonomia.

Por fim, se chega à percepção da casa como ferramenta de empoderamento da mulher, permitindo que possa resistir a todas as formas de violência física e psíquica que rotineiramente a transformam em vítima.

Destaca-se, ainda, a relação entre moradia e função social, que a mulher saberá potencializar com especial sensibilidade e competência, pela multifuncionalidade conferida ao lar.

### I O DIREITO À MORADIA E SUA VINCULAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A moradia, que alguns chamam de casa e outros de lar, figura no ideário popular como sendo local de refúgio, de afetos e de memórias. Conforme esclarece Nilson da Rocha Cordeiro,<sup>2</sup> a casa possui aspecto basilar

1 Segundo a Diretoria de Pesquisa, Coordenação de População e Indicadores Sociais do IBGE, o caminho a ser percorrido em direção à igualdade de gênero, ou seja, em um cenário onde homens e mulheres gozem dos mesmos direitos e oportunidades em todas as dimensões, ainda é longo para as mulheres e ainda mais tortuoso se esta for preta ou parda e residir fora dos centros urbanos das Regiões Sul e Sudeste Disponível em: [https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/materias-especiais/20453-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?utm\\_source=ebook&utm\\_medium=pdf-enem&utm\\_campaign=IBGE+no+ENEM&utm\\_term=Mulheres](https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/materias-especiais/20453-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?utm_source=ebook&utm_medium=pdf-enem&utm_campaign=IBGE+no+ENEM&utm_term=Mulheres). Acesso em: 02 dez. 2019.

2 CORDEIRO, Nilson da Rocha. *A Casa em Verso e Prosa: Canções, Poesias e Subjetividade do Conceito de Casa*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Desenvolvimento Urbano. Universidade Federal de Pernambuco, Recife: julho de 2015.

para o desenvolvimento do indivíduo, da sociedade e da cidade. De acordo com este autor, “ao falarmos do pleno exercício da cidadania, garantias fundamentais, direito à cidade, estamos falando em essência e em última instância, do acesso à moradia digna e de qualidade, em seus aspectos concretos e também subjetivos”.<sup>3</sup>

Não por outro motivo, considerando a relevância de tal direito, o legislador Constituinte o inseriu no artigo 6º da Lei Maior, com caráter constitucional fundamental, de matriz social, ou seja, de natureza prestacional, comprometendo o Estado a implementá-lo através de políticas públicas, que possibilitem garantir ao cidadão um lugar seguro, onde lhe seja permitido encontrar abrigo, com infraestrutura básica indispensável para o exercício pleno da cidadania.

A moradia, neste contexto, surge adjetivada: moradia digna, o que significa que deva ser adequada à sua função individual-social: manter e proteger a pessoa e seu núcleo familiar, permitindo-lhe criar vivências, saberes, trabalhos e aprendizados.

A vinculação entre o direito à moradia e o valor dignidade é basilar no ordenamento jurídico pátrio. Como se sabe, a dignidade da pessoa humana se constitui em um supra direito constitucional, um standard da Lei Maior, presente na legislação internacional desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em seu preâmbulo dispõe: “**considerando** que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo...”.<sup>4</sup>

Fundamento, alicerce, base, a dignidade afeta a todos os demais direitos inscritos no texto da Lei Maior e não seria diferente com relação à moradia. Esta surge, dentro deste contexto, como um direito tão básico quanto aqueles que estão descritos no *caput* do artigo 5º da Constituição. É curial que assim seja, eis que não se garante a vida, a saúde e a segurança sem um espaço habitável para que estes direitos fundamentais individuais sejam potencializados.

Cabe ao Estado desenvolver políticas públicas que assegurem aos cidadãos um lugar onde possam estar protegidos, no qual mantenham sua privacidade, em que a intimidade seja resguardada, onde construam suas identidades e onde conservem o seu núcleo familiar. Esse direito não pode estar sujeito à reserva do possível,<sup>5</sup> visto que objetiva garantir o mínimo existencial ao cidadão, que sem sua implementação provavelmente sucumbiria.

3 CORDEIRO, Nilson da Rocha. **A casa em verso e prosa**: canções, poesias e subjetividade do conceito de casa. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Desenvolvimento Urbano. Universidade Federal de Pernambuco, Recife: julho de 2015. p. 13.

4 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: [https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf). Acesso em: 03 dez. 2021.

5 Na narrativa de OLIVEIRA Jadson e SOUZA Jordania, o tema da reserva do possível foi inaugurado pela Corte Alemã, que suscitou em sua decisão o argumento da reserva do possível para afirmar a necessidade de um juízo de ponderação naquilo que se pode exigir judicialmente do Estado, em outras palavras, provocou a reflexão acerca de até onde alcança a tutela estatal de direitos. Após isso, a mencionada teoria passou a ser adotada em diversos outros países, contudo, com o intuito de justificar a existência de limites à efetivação de direitos, mais precisamente, dos classificados como de segunda geração, denominados sociais In: Da inaplicabilidade da teoria da reserva do possível no contexto jurídico-social brasileiro. o estado social como garantidor do direito fundamental à saúde. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 12, n. 2, jul./dez. 2018. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Rev-Pensamento-Jur\\_v.12\\_n.2.08.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Pensamento-Jur_v.12_n.2.08.pdf). Acesso em: 03 dez. 2021.



Maria Amélia da Costa<sup>6</sup> remarca que o direito à moradia digna está presente em vários documentos internacionais, entre os quais destacam-se a Declaração sobre Progresso e Desenvolvimento Social,<sup>7</sup> a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento,<sup>8</sup> o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.<sup>9</sup> A Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, e a agenda que instituiu, Agenda 21,<sup>10</sup> a Declaração de Vancouver<sup>11</sup> e a Declaração de Istambul para Assentamentos Humanos, e as respectivas agendas, Habitat I e II.<sup>12</sup>

No entanto, sob o ponto de vista da questão de gênero, o direito à moradia ganha efetivo destaque a partir da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, ocorrida em 1995, em Pequim,<sup>13</sup> como se verá a seguir.

## II OS PARADIGMAS DE AÇÃO PROPOSTOS NA IV CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER

Na narrativa de Maria Luiza Ribeiro Viotti,<sup>14</sup> a IV Conferência Mundial sobre a Mulher desenvolveu três núcleos fundamentais de reflexão para a promoção da situação da mulher e seus direitos: o conceito de gênero, a noção de empoderamento e o enfoque da transversalidade.

Segundo a diplomata:

o conceito de gênero permitiu passar de uma análise da situação da mulher baseada no aspecto biológico para uma compreensão das relações entre homens e mulheres como produto de padrões determinados social e culturalmente, e portanto passíveis de modificação. As relações de gênero, com seu substrato de poder, passam a constituir o centro das preocupações e a chave para a superação dos padrões de desigualdade. O empoderamento da mulher – um dos objetivos centrais da Plataforma de Ação – consiste em realçar a importância de que a mulher adquira o controle sobre o seu desenvolvimento, devendo o governo e a sociedade criar as condições para tanto e apoiá-la nesse processo. A noção de transversalidade busca assegurar que a perspectiva de gênero passe efetivamente a integrar as políticas públicas em todas as esferas de atuação governamental.

Destaca ainda VIOTTI, que a Conferência enfatizou o tratamento da situação da mulher na perspectiva dos direitos, vinculando a sua busca por autonomia e respeito ao tema dos direitos humanos.

6 COSTA, Maria Amélia **Moradia digna na cidade**. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/maria\\_amelia\\_da\\_costa.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/maria_amelia_da_costa.pdf). Acesso em: 02 dez. 2019.

7 Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-progressodesensocial.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

8 Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/desenvolv.htm>. Acesso em: 02 dez. 2019.

9 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 02 dez. 2019.

10 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sc/municipios/itajai/gerco/volume-v>. Acesso em: 02 dez. 2019.

11 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4129750&ts=1594013016199&disposition=inline>. Acesso em: 02 dez. 2019.

12 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4129750&ts=1594013016199&disposition=inline>. Acesso em: 02 dez. 2019.

13 Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao\\_beijing.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf). Acesso em: 02 dez. 2019.

14 VIOTTI, Maria Luiza Ribeiro. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Internacional sobre a Mulher**. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao\\_beijing.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf). Acesso em: 04 dez. 2019.

No que interessa ao objeto deste escrito, destaca-se o apontado **contexto mundial** onde:

31. Muitas mulheres enfrentam barreiras especiais devido a diversos fatores, além do sexo. Amiúde, esses fatores isolam ou marginalizam as mulheres. Entre outras coisas, os seus direitos humanos lhes são negados e têm pouco ou nenhum acesso à educação e à formação profissional, ao emprego, à **moradia** (grifou-se) e à autossuficiência econômica, ou mesmo esses lhe são negados; além disso, são excluídas dos processos de tomada de decisão. Essas mulheres se veem privadas da oportunidade de contribuir para suas comunidades e de figurar entre os protagonistas principais.<sup>15</sup>

Para tal cenário a Conferência propôs objetivos estratégicos,<sup>16</sup> tais como:

i) formular e aplicar, quando procedente, políticas específicas econômicas, sociais, agrícolas e de outra índole, em apoio aos lares encabeçados por mulheres e m) facilitar às mulheres moradia a preços razoáveis e o acesso à terra, mediante, entre outras coisas, a eliminação de todos os obstáculos que impedem esse acesso, com especial ênfase na satisfação das necessidades das mulheres, especialmente daquelas que vivem na pobreza e as chefes de família.

Mais recentemente, a ONU (2015) adotou um plano de ação intitulado Agenda 2030 para um Desenvolvimento Sustentável, com 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os ODS, e 169 metas, objetivando vida digna para todos.

Entre os alvos a atingir, observa-se no item 5 a igualdade de gênero:

5.a Empreender reformas para dar às mulheres direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso a propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, serviços financeiros, herança e os recursos naturais, de acordo com as leis nacionais;<sup>17</sup>

Além do objetivo inscrito no item 5, há que se destacar o alvo 11, em especial o 11.1, que é, até 2030, garantir o acesso de todos à habitação segura, adequada e a preço acessível e aos serviços básicos, bem como urbanizar as favelas.

Tais metas levam em consideração a perspectiva feminina em relação ao direito de moradia, que está atrelada ao sentir e vivenciar a casa, à instância de poder dentro do núcleo familiar e, principalmente, à possibilidade de resistência a todo tipo de opressão que a moradia permite. É o que se desenvolverá a seguir.

### III DIREITO DE MORADIA, RESISTÊNCIA E EMPODERAMENTO FEMININO

Não resta dúvida de que a falta de moradia digna e da posse titulada são fatos que, no dizer de Arleide Meylan,<sup>18</sup> potencializam a vulnerabilidade feminina.

<sup>15</sup> Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao\\_beijing.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf). p.160. Acesso em: 04 dez. 2019.

<sup>16</sup> Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/atuacao-internacional/relatorios-internacionais-1/declaracao-e-plataforma-de-acao-de-pequim-sobre-a-mulher>. Acesso em: 04 dez. 2019.

<sup>17</sup> Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/5>. Acesso em: 03 dez. 2021.

<sup>18</sup> MEYLAN, Arleide *As dimensões do direito à moradia*: o protagonismo da mulher na política de habitação de interesse social. 2019. 246 f. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2019. p. 167-211. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/36764>. Acesso em: 03 dez. 2021.

É necessário, portanto, refletir o direito de moradia em todo seu potencial emancipador, dando-lhe a máxima concretude, tornando possível atuar pela igualdade de gênero nesta específica dimensão dos direitos humanos.

A despeito de o presente texto estar centrado no direito de moradia exercido por mulheres, não se pode omitir que a questão de gênero<sup>19</sup> deve ser analisada em sua transversalidade, para que se obtenha um resultado integrado em todas as abordagens públicas e privadas desta especial condição do sujeito.

O olhar plural do fenômeno feminino deixou marcas no Plano Nacional de Políticas para as Mulheres 2013-2015,<sup>20</sup> no qual figuram como princípios norteadores das ações públicas que envolvem a questão de gênero, entre outros, os seguintes vetores: (i) a autonomia das mulheres em todas as dimensões da vida; (ii) a busca da igualdade efetiva entre mulheres e homens, em todos os âmbitos; (iii) a participação ativa das mulheres em todas as fases das políticas públicas; e (iv) a transversalidade como princípio orientador de todas as ações do Estado no ambiente social.

A partir desta ótica transversal se chega à importante ligação entre a condição de opressão vivenciada pela mulher e seu crescente empobrecimento, cunhando-se, inclusive, a expressão “*feminização da pobreza*”,<sup>21</sup> em que se constata um aumento de lares pobres chefiados por mulheres, normalmente sem autonomia econômica.

O Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e Caribe<sup>22</sup> estabeleceu para o Brasil, em 2019, um índice de 112.6, ou seja, para cada 100 homens vivendo em lares pobres havia 112.6 mulheres em iguais condições.

Para não fugir do eixo deste texto, já que o tema transversalidade de gênero permite abordagem amplíssima e até mesmo ilimitada, é relevante destacar, com relação ao direito de moradia, que a possibilidade de titulação da casa à mulher permitirá que ela tenha maiores condições de resistência às situações de violência social que a possam atingir e que busque escapar deste ciclo de pobreza que mina sua dignidade, usando a casa como garantia para financiamentos e mesmo como sede de seu próprio empreendimento.

Além disso, como explicita Alexandre Zarias,<sup>23</sup> a perspectiva de gênero, quando se trata de direito de moradia, não se esgota na titulação. Torna-se necessário oferecer todos os equipamentos urbanos que permitam integrar a população feminina e sua prole ao tecido da cidade. Essa oferta, em geral, é fruto da ação de movimentos sociais femininos em busca do pleno exercício da cidadania, como se mencionará neste artigo.

19 A categoria gênero contribui para desnaturalizar e historizar as desigualdades entre homens e mulheres, sendo entendida de modo histórico e relacional e não como “oposições decorrentes de traços inerentes aos distintos seres”. Silvana Mara de Moraes dos Santos; Leidiane Oliveira In: Igualdade nas relações de gênero na sociedade do capital: limites, contradições, avanços. *Rev. katálysis*, v. 13, n. 1, jun. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-49802010000100002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rk/a/HqLvNHVzXPJkDYSCHsb94hp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 03 dez. 2021.

20 Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/plano-nacional-de-politicas-para-as-mulheres-2013-2015-spm-pr-2013/>. Acesso em: 03 dez. 2021.

21 De acordo com Costa *et al.*, a feminização da pobreza consiste no crescimento (absoluto ou relativo) da pobreza no universo feminino ao longo do tempo. No que interessa aos limites deste trabalho, toma-se por definição do termo aquela que refere a feminização da pobreza como a elevação da proporção de mulheres entre os pobres ou elevação da proporção de pessoas em famílias chefiadas por mulher entre os pobres. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1649/1/TD\\_1137.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1649/1/TD_1137.pdf). Acesso em: 05 jan. 2019.

22 Índice de feminidade da pobreza. Disponível em: <https://oig.cepal.org/pt/indicadores/indice-feminidade-da-pobreza>

23 ZARIAS, Alexandre; FERREIRA Suzy; QUEIROZ Felipe. **Mulheres e direito à moradia**: a função social da propriedade na perspectiva de gênero. Disponível em: <https://www.suelourbano.org/wp-content/uploads/2017/09/Espa%C3%A7o-Feminista-Mulheres-e-o-direito-%C3%A0-moradia-a-fun%C3%A7%C3%A3o-social-da-propriedade-na-perspectiva-de-g%C3%AAnero.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2019.

Gênero, portanto, quando vinculado ao direito de moradia, revela-se mobilizador da resistência feminina à opressão resultante de séculos de subordinação ao sistema patriarcal.<sup>24</sup> Tanto isto é verdade que na grande maioria dos movimentos de ocupação e defesa dos espaços urbanos há mulheres à frente, demonstrando que tais lideranças, no dizer de SILVA, GOMES e LOPES,<sup>25</sup> “*são uma prova da possibilidade destas (mulheres) se construirem como sujeitos políticos e, inclusive, como referências políticas, ainda que este papel tenha sido negado às mulheres por quase toda sua história*”.

Essa busca da mulher por um teto, um abrigo, um refúgio que seja seu é emancipatória e permite estabelecer relações sociais fundadas na igualdade substantiva de gênero.

Destaque-se ainda que novos arranjos familiares se formam nesse contexto. Muitas famílias são hoje chefiadas por mulheres, e a autonomia que conseguiram alcançar a partir da questão da moradia lhes permite ainda desenvolver um peculiar sentido de cidadania, do qual se falará mais adiante.

Por fim, a mulher que obtém um imóvel e o utiliza como sua moradia confere a este bem, em sua plenitude, função social, cumprindo a determinação constitucional inscrita no artigo 5º, XXIII, como se verá a seguir.

#### **IV DIREITO À MORADIA CONFERIDO À MULHER: MATERIALIZAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 5º, XXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

O tema do direito à moradia quando examinado com relação à mulher traz a reboque uma necessária referência à função social, que na hipótese tanto pode ser da propriedade, quanto da posse, já que a moradia, em si mesma, reflete tal função sob qualquer destes vieses.

A função social é valor fundamental, cláusula pétrea, não podendo ser alterada ou revogada. Deve ser simplesmente exercida e, tanto no campo, quanto na cidade, o exercício da função social da moradia é plenamente alcançado pelo papel desempenhado pela mulher dentro do lar.

Neste campo, a função individual, de satisfação da necessidade feminina de ter um teto, um abrigo, se confunde com a função social de gerar a vida e dela cuidar, tanto dos filhos, quanto dos pais e muitas vezes dos avós.

A Constituição garante a proteção da posse que se exterioriza no direito à moradia, o que não pressupõe necessariamente a aquisição do direito de propriedade, mas o exercício dos poderes de fato sobre a coisa, que assegure a realização do trabalho e da vida digna, como pressupostos do Estado Social e Democrático de Direito.

A casa permite à mulher se entender como sujeito socialmente ativo, desenvolvendo tarefas que são fundamentais para a reprodução da força de trabalho e para a manutenção da vida. É ali que ela cria os filhos,

24 De acordo com Silvana Mara de Moraes dos Santos; Leidiane Oliveira (op. cit., p. 6), o sistema patriarcal, aqui entendido como um sistema de dominação masculina, com constituição e fundamentação históricas, em que o homem organiza e dirige, majoritariamente, a vida social. SANTOS, Silvana Mara; OLIVEIRA, Leidiane. Igualdade nas relações de gênero na sociedade do capital: limites, contradições, avanços. *Rev. katálysis*, v. 13, n. 1, jun. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-49802010000100002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rk/a/HqLvNHVzXPJkDYSCHsb94hP/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 03 dez. 2021.

25 Phillippe Cupertino Salloum e Silva, Cárta Chagas Gomes e Ana Carolina Oliveira Lopes. O direito à moradia e o protagonismo das mulheres em ocupações urbanas. *Revista de Gênero e Direito*, v. 1, p. 180-198, 2014.

dá suporte aos pais, onde muitas vezes tem seu negócio. É o espaço no qual ela cultiva sua pequena horta, onde cria animais, onde partilha alimento, cuidado e afetos.

A moradia é o local em que a mulher constrói a noção de pertencimento, que lhe permite desenvolver a autocompreensão de sua existência, tal como esclarece Martin Heidegger, que entende o habitar como “*estar em*”, permanecer no mundo, em um lugar familiar.

A moradia é direito que, quando titularizado pela mulher, permite a proteção de sua integridade psíquico-física. E não só da mulher, ressalte-se, mas também da prole e dos idosos muitas vezes sob sua guarda e proteção.

Por fim, a moradia permite à mulher desenvolver uma noção própria de cidadania, por que é através da luta para conquistar seu espaço que ela paradoxalmente ultrapassa os limites do privado e ingressa no universo público das ações sociais por direitos, conforme esclarecem Macedo Filho, Regino e Fernandes.<sup>26</sup>

De acordo com Celi Pinto, citada por Macedo Filho:

Na medida em que as mulheres saem do privado para o público elas começam a ter acesso a novas informações e conhecimentos, passando a redefinir as relações estabelecidas na esfera privada (com seus companheiros, pais e familiares) e no âmbito público quando começam a ocupar múltiplas posições nas relações formais (vizinhos e amigos).

A luta pela moradia tem, portanto, uma dimensão emancipadora, permite que o engajamento feminino traga conhecimentos e experiências, abrindo oportunidades, maior autoestima, estimulando uma nova forma de estar no mundo para as mulheres.

## V PONTUANDO CONCLUSÕES

Para concluir estas breves considerações acerca do olhar feminino sobre o direito de moradia, ressaltam-se alguns aspectos fundamentais que ecoam desta abordagem:

- (i) A desigualdade de gênero é, inicialmente, uma desigualdade de poder. A ausência de uma estrutura física que abrigue a mulher e lhe confira segurança agrava esta situação;
- (ii) A moradia titulada pela mulher permite que esta resista a toda forma de opressão, já que, sendo sua, nela permanecerá com sua prole, ocorra o que ocorrer;
- (iii) O direito à moradia, embora esteja inscrito no artigo 6º *caput* da Constituição (e desta forma seja capitulado como um direito social, de natureza prestacional), é tão fundamental como qualquer outro que esteja no rol dos direitos individuais, uma vez que sem uma moradia digna não se atenderá à proteção da vida, da saúde e da dignidade;

26 MACEDO FILHO, Renato; REGINO Fabiane Alves; ARAGÃO, Uchoa Fernanda. **A casa como conquista da cidadania: a luta das mulheres por habitação.** Disponível em: [http://www.xxbed.ufc.br/arqs/gt7/gt7\\_01.pdf](http://www.xxbed.ufc.br/arqs/gt7/gt7_01.pdf). Acesso em: 05 dez. 2019.

- (iv) A luta pelo reconhecimento do direito à moradia travada por muitas mulheres acaba por lhes permitir maior participação na vida em sociedade<sup>3444</sup>, fazendo com que atuem de forma ativa na construção da própria cidadania;

## REFERÊNCIAS

- BASTOS, Leticia. **Do lar à luta** – o papel da mulher na luta pelo direito à moradia. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Presbiteriana Mackenzie – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, 2019.
- CHAIRMAIN, Levy; LATENDRESSE, Anne; CARLI-MARSAN, Marianne. Movimento Popular Urbano e Mulheres no Brasil: uma experiência da feminização das políticas públicas de habitação. **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, São Paulo, v. 18, n. 63, jul./dez. 2013. DOI: <https://doi.org/10.12660/cgpc.v18n63.8023>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/8023/13482>. Acesso em: 03 dez. 2021.
- CORDEIRO, Nilson da Rocha. **A casa em verso e prosa**: canções, poesias e subjetividade do conceito de casa. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Desenvolvimento Urbano. Universidade Federal de Pernambuco, Recife: julho de 2015.
- COSTA, Joana, PINHEIRO, Luana; MEDEIROS, Marcelo; QUEIROZ, Cristina. A face feminina da pobreza: sobre-representação e feminização da pobreza no Brasil. **Texto para Discussão**, 137. Brasília, DF: IPEA, nov. 2005. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1649/1/TD\\_1137.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1649/1/TD_1137.pdf). Acesso em: 05 jan. 2019.
- COSTA, Maria Amélia **Moradia digna na cidade**. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/maria\\_amelia\\_da\\_costa.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/maria_amelia_da_costa.pdf). Acesso em: 02 dez. 2019.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: [https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations\\_por.pdf](https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations_por.pdf). Acesso em: 03 dez. 2021.
- HEIDEGGER, Martin. **O ser e o tempo**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
- MACEDO FILHO, Renato; REGINO Fabiane Alves; ARAGÃO, Uchoa Fernanda. **A casa como conquista da cidadania**: a luta das mulheres por habitação. Disponível em: [http://www.xxced.ufc.br/arqs/gt7/gt7\\_01.pdf](http://www.xxced.ufc.br/arqs/gt7/gt7_01.pdf). Acesso em: 05 dez. 2019.
- MEYLAN, Arleide **As dimensões do direito à moradia**: o protagonismo da mulher na política de habitação de interesse social. 2019. 246 f. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2019. p. 167-211. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/36764>. Acesso em: 03 dez. 2021.
- OLIVEIRA, Jadson e SOUZA Jordania. Da inaplicabilidade da teoria da reserva do possível no contexto jurídico-social brasileiro. o estado social como garantidor do direito fundamental à saúde. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 12, n. 2, jul./dez. 2018. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Rev-Pensamento-Jur\\_v.12\\_n.2.08.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Pensamento-Jur_v.12_n.2.08.pdf). Acesso em: 03 dez. 2021.
- ROSA, Edenilse Pellegrini *Gênero e Habitação – participação e percepção feminina na construção de viveres*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis, UFSC, 2007;
- SANTOS, Silvana Mara; OLIVEIRA, Leidiane. Igualdade nas relações de gênero na sociedade do capital: limites, contradições, avanços. **Rev. katálysis**, v. 13, n. 1, jun. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-49802010000100002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rk/a/HqLvNHVzXPJkDYSchsb94hP/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 03 dez. 2021.
- SILVA, Ana Flávia **As mulheres na disputa pelo território**: sobre autonomia e direito à moradia. Participação no XVII ENANPUR, SP. 2017.
- SILVA, Phillipe Cupertino Salloum; GOMES, Cárita Chagas; LOPES, Ana Carolina Oliveira. O direito à moradia e o protagonismo das mulheres em ocupações urbanas. **Revista de Gênero e Direito**, v. 1, p. 180-198, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/18571>. Acesso em: 03 dez. 2021.
- VIANA, Masilene Rocha. O gênero da luta pelo direito à casa e à cidade. **Revista Averso, Averso**, Araçatuba, v. 3, n. 3. p. 77-97, 2005.
- VIOTTI, Maria Luiza Ribeiro. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Internacional sobre a Mulher**. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao\\_beijing.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf). Acesso em: 04 dez. 2019.
- ZARIAS, Alexandre; FERREIRA Suzy; QUEIROZ Felipe. **Mulheres e direito à moradia**: a função social da propriedade na perspectiva de gênero. Disponível em: <https://www.suelourbano.org/wp-content/uploads/2017/09/Espa%C3%A7o-Feminista-Mulheres-e-o-direito-%C3%A0-moradia-a-fun%C3%A7%C3%A3o-social-da-propriedade-na-perspectiva-de-g%C3%AAnero.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2019.

## OUTROS DOCUMENTOS CITADOS NO TEXTO

Anais da IV Conferência Mundial sobre a Mulher. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao\\_beijing.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf). Acesso em: 04 dez. 2019.

Declaração de Istambul. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4129750&ts=1594013016199&disposition=inline>. Acesso em: 02 dez. 2019.

Declaração de Vancouver. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4129750&ts=1594013016199&disposition=inline>. Acesso em: 02 dez. 2019.

Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, e a agenda que instituiu, Agenda 21. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sc/municipios/itajai/gerco/volume-v>. Acesso em: 02 dez. 2019.

Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/desenvolv.htm>. Acesso em: 02 dez. 2019.

Declaração sobre Progresso e Desenvolvimento Social. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-progressode-senvsocial.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: [https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf). Acesso em: 03 dez. 2021.

Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 02 dez. 2019.

# CAPÍTULO 32

## DIREITO À ANCESTRALIDADE: DO DIREITO CONSTITUCIONAL À VERDADE SOBRE A PRÓPRIA ORIGEM GENÉTICA EM CASOS DE CÂNCER DE MAMA

Adalgisa Pires Falcão

Maíra Feltrin Alves

O direito à ancestralidade pressupõe, em primeiro espectro, o direito personalíssimo, individual e indisponível de uma pessoa a conhecer as suas origens. Esta questão envolve aspectos diretos no que diz respeito à dignidade da pessoa humana, à sua intimidade e à sua privacidade, materializados na prerrogativa individual de se conhecer sua origem, tanto do ponto de vista de sua história, como, também, de seus aspectos biológicos, sob o prisma da genética inclusive.

O direito neste capítulo tratado é *per si* complexo e sua matéria pode ser invocada como objeto de diversas áreas do Direito e, portanto, pode ter tratamento multidisciplinar e transversal.

Nesse sentido, pode-se citar o viés da questão vinculada ao acesso a dados da ancestralidade, apontando para a descoberta e conhecimento de dados sensíveis dos indivíduos envolvidos e, por isso, envolve, também, nos dois polos – tanto do genitor, como do indivíduo gestado (e que requer o acesso aos dados) –, aspectos relativos à proteção constitucional da privacidade, da intimidade e da dignidade. Ademais, ainda sob esse prisma, mas, agora com enfoque no espectro infraconstitucional, da proteção de dados pela legislação especial de proteção de dados.

No entanto, o escopo deste estudo é trazer um dos aspectos específicos relativamente aos quais se possa desenvolver a questão: a prerrogativa da mulher com câncer de mama em conhecer a sua origem genética, como pilar de direito fundamental. Para tanto, necessário, primariamente, realizar uma digressão relativa ao direito à ancestralidade.

Nasce o direito à ancestralidade de uma relação de parentesco em linha reta e, mais especificamente, da filiação. O estado jurídico de filiação comporta uma natureza relacional de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, sendo uma delas constituída como filha e outra, o genitor, constituída como pai ou mãe. Estabelece, portanto, a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, que tem sujeitos próprios, e em pertinência aos quais se instaura e se determina uma complexidade de direitos subjetivos reciprocamente existentes.

O estado de filiação é de titularidade do filho (relativamente ao genitor: pai ou mãe) e compreende, em si, uma série de direitos próprios, de origem *ope legis* (art. 227 da Constituição Federal e arts. 1.593, 1.596 e



1.597 do Código Civil) ou *a fortiori*, decorrentes, v.g., da convivência familiar. Tal é o que acontece em circunstâncias de adoção com substituição dos pais biológicos ou da adoção com pluralidade de paternidade apontada em assento de registro civil do filho (já com decisões judiciais dos Tribunais Superiores a respeito). Pode ser, então, biológica ou não biológica.

Assim sendo, se uma pessoa conhece seu estado de filiação não biológica e desconhece sua origem biológica, nasce, então, mediante a si, a perspectiva do exercício do direito subjetivo ao direito da personalidade, concedendo a prerrogativa do filho em conhecer e se conectar com sua ancestralidade biológica.

Observe-se que não se trata de indicar o direito subjetivo à afetividade ou ao amor. Não se trata de discutir a posição jurídica de uma eventual prerrogativa do indivíduo de buscar afetividade como obrigação e como tutela jurisdicional. Trata-se, isto sim, de um direito objetivamente considerado, que concede a faculdade individual à busca da possibilidade de conectar-se à sua ancestralidade biológica diante de certa gama de possibilidades jurídicas objetivas.

Sob a égide da Bioética e do Biodireito, o conhecimento da origem pode implicar nas decisões que podem interferir em condições individuais e peculiares de desenvolvimento (ou não) de patologias ou mesmo de mapeamento genético para ciência do impacto e prevenção em sua e em futuras gerações, se for a circunstância do caso. E, quando se trata da possibilidade de identificação ou mapeamento genético, a fim de melhor tratar ou mesmo de evitar patologias como o câncer, a questão se aflora internacionalmente acerca da possibilidade, autorização ou mesmo acesso a tal conteúdo informativo genético. Isto porque trata-se de um indivíduo – o descendente em linha reta – buscar dados pessoais, sensíveis de seu(s) ascendente(s).

Ademais, o direito à ancestralidade traz uma outra faceta, igualmente de direitos personalíssimos, que se delineiam internacionalmente, constitucionalmente e infraconstitucionalmente em relação ao Direito Pátrio e que consiste em permitir ao indivíduo a informação, o acesso à sua história de vida e que, juridicamente, constitui-se no direito à verdade sobre a própria origem e no direito à ancestralidade, verdadeiros direitos humanos e fundamentais.

A Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas (1989), já denotava preocupação em proporcionar e garantir o direito de conhecimento de um indivíduo às suas origens, à medida que o art. 7º, 1, institui já à criança a prerrogativa de conhecer seus pais, suas origens. Ainda sob o prisma da proteção extraterritorial, a Convenção sobre Direitos da Criança das Nações Unidas, em seu art. 30º, 1, determina que: “*as autoridades competentes de um Estado devem assegurar a proteção das informações que detenham sobre a origem da criança, em particular informações relativas à identidade dos seus pais, assim como a história clínica da criança e da sua família*”.

Neste ponto é preciso indicar uma interpretação extensiva: muito embora a norma em comento refira-se aos Direitos das Crianças, em exegese indica a tutela para que a criança, sujeito de direitos, como representação de um indivíduo, possa ter acesso à sua origem, à sua história.

Considerando tratar-se do direito personalíssimo da identidade do indivíduo e também direito personalíssimo psíquico, calcados na dignidade da pessoa humana, o direito ao conhecimento das origens é verdadeira prerrogativa com amparo jurídico à identidade pessoal, como proteção e tutela do Estado, buscada por aqueles que querem ter acesso à sua completa história de existência, à sua ancestralidade, sem que se deixe de incidir e fazer aplicar a proteção de dados pessoais.

Nessa seara da ponderação de direitos, a regra de direitos humanos extrapatrimonial indica a possibilidade de acesso da pessoa à verdade sobre sua própria origem, permitindo conhecer dados de seus genitores, desde que o Estado em que se utilize tal paradigma permita, com sua legislação interna, o acesso a tais informações. Tais dados alçam a condição de dados sensíveis e sua proteção, bem como a da privacidade, consoante norma constitucional e também legislação específica, quais sejam a [Lei nº 12.965/2014](#) e a [Lei nº 13.079/2018](#).

Delineando-se neste aspecto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se pronunciou em diversas decisões, tendo, a maioria, a indicação de entendimentos que estabelecem paradigma importante acerca do tema, com base em decisões direcionadoras desde 2007.

Veja-se os trechos de um importante julgado sobre a questão em comento:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. PECULIARIDADES. [...]– **O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal.– Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercar o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica.– A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registraes, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto.– Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar adotivo e usufruído de uma relação socioafetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico.**

[...]"

(REsp 833712/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 347 – sem destaques no original).

Não apenas o STJ tem entendimento sobre o tema, como também já se pronunciou o E. Supremo Tribunal Federal sobre a questão, asseverando o direito do filho de poder reconhecer sua origem, ao ser instado acerca da relativização da coisa julgada:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM **RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE**. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão de a parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. **Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável**. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (RE 363889, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011 – sem destaques no original).

Portanto, com base em direitos personalíssimos, fundamentais, o Estado brasileiro permite a preservação do direito à identidade e à dignidade, no que concerne à verdade sobre a origem genética e, igualmente, sobre sua raiz biológica. Para o caso da pessoa com câncer de mama já deflagrado ou mesmo para a pessoa que deseje saber sua potencial condição orgânica ao desenvolvimento da patologia em comento, o mapeamento genético depende diretamente do conhecimento de sua origem genética, o que pode ser diretamente resolvido com a concordância de seus ascendentes. No entanto, não se conhecendo os ascendentes, ou mesmo, se passarem durante a vida do indivíduo a serem por ele conhecidos – como nos casos de adoção regular e lícita –, não houver a autorização de obtenção dos dados genéticos do(s) genitor(es), a questão passa a demonstrar a sua complexidade, mormente diante de uma possível antinomia jurídica de direitos: o do indivíduo em conhecer amplamente (incluindo-se a genética ancestral) sua origem e ancestralidade x a prerrogativa individual de preservação de dados pessoais e sensíveis. E o quanto um ou outro direito poderia se sobrepor, sobretudo quando o que se busca é o conhecimento científico com o fim de preservação da saúde e da vida do ascendente que, no caso da hipótese deste artigo, procura preservar-se ou melhor escolher o tratamento para o câncer de mama.

Sob o aspecto do direito ao conhecimento amplo da ancestralidade, é regra normativa instituída pela [Lei nº 12.010/2009](#), que alterou o art. 48 do [Estatuto da Criança e do Adolescente](#), o direito do adotado em conhecer sua origem biológica.

Esta prerrogativa merece uma análise mais ampliada. Assim: é certo que a adoção – regulamentar ou de fato – cria o vínculo familiar afetivo, aquele que faz com que o indivíduo, de forma afetiva, reconheça qual é sua família, seus parentes, seus pais: o próprio estado de filiação. Diferente direito, no entanto, é aquele que traduz a prerrogativa personalíssima, fundamental e psíquica, que um indivíduo tem em obter as suas informações históricas, a sua origem genética. E esta prerrogativa, de *per si*, não importa em alteração da relação do estado de filiação instituído pela adoção, através do vínculo socioafetivo, o que significa dizer que a adoção é irreversível e que o conhecimento de filiação biológica não enseja imediatamente, como presunção, a assunção de demais vínculos jurídicos com o genitor.

Trata-se, apenas, do direito de conhecer, de ancestralidade genética ou ascendência biológica. No entanto, se se passa a estabelecer o vínculo e o estado de filiação com o genitor a que se busca conhecer, com o direito à ancestralidade se instauram, com o reconhecimento formal e solene da parentalidade e da filiação, todas as consequências jurídicas e inerentes a esta relação jurídica no campo do Direito das Famílias e das Sucessões, como o direito a alimentos e a vocação hereditária na qualidade de herdeiro necessário, *v.g.*

A busca pelo conhecimento de sua raiz familiar e conseqüentemente genética também incita a proteção de dados pessoais, sensíveis e da privacidade, bem por isto, as normas constitucionais aplicam-se, bem como o [Marco Civil da Internet](#) e a [Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais](#).

Sob o viés processual, a proteção de dados pessoais e da intimidade aparece sob o manto da condução do processo, desde seu início, pelo segredo de Justiça. Todas as possibilidades de direito à ancestralidade a ser invocado podem constituir-se de maneira direta, a depender da intenção do Autor, o objeto mediato da ação judicial. Por objeto imediato, a tutela jurisdicional pretendida pode buscar tanto uma obrigação de fazer (obtenção de registros de nascimento ou dos dados do processo de adoção, *p.ex.*), como também de tutela declaratória (de filiação).

Muitas são as vertentes que o direito à ancestralidade atinge e seu estudo revela-se relevante sobretudo quando se vislumbra o direito à privacidade e intimidade dos indivíduos envolvidos, o que enseja a reflexão, inclusive, se o Réu (genitor) teria o direito de preservar seus dados pessoais *versus* o direito subjetivo – ao menos em tese – de conhecimento pelo Autor (filho ou suposto filho).

Sob o enfoque das regras de adoção, a norma é clara acerca do direito do adotado de conhecer sua raiz biológica. Mas questiona-se e pondera-se se este conhecimento do filho sobre seus pais biológicos autorizaria igualmente o acesso a seus dados genéticos por uma ordem judicial ou se tal poderia ser preservado e negado, mediante a involuntariedade do genitor em prover tal informação, posto que dado sensível pessoal, lici-

tamente protegido. E, sobretudo, sendo a motivação a prevenção ou a melhor terapêutica à patologia como o câncer de mama, às ponderações em comento adiciona-se a afirmativa de que o conhecimento da origem genética ou o mapeamento genético são instrumentos à preservação, no mínimo, da saúde do ascendente e, quiçá, à manutenção de sua vida.

Identifica-se, assim, que o direito à ancestralidade é instituto jurídico que atinge diversas áreas do Direito. Trata-se de tema transversal, que há muito vem sendo reconhecido, como apresentado pela amostragem de decisões judiciais demonstradas neste texto, sob o viés do direito ao reconhecimento à parentalidade e à identificação da origem biológica.

A revelação da raiz biológica de um indivíduo pode conduzi-lo ao exercício de demais direitos subjetivos que envolvam o reconhecimento da paternidade e suas consequências legais; o mapeamento genético e as eventuais medidas preventivas que possa adotar para anomalias ou patologias provenientes de origem genética e que envolvem elevada e complexa discussão na seara do Biodireito.

Pode-se refletir, então, que o direito à ancestralidade constitui-se um direito subjetivo originário a outros direitos subjetivos, a depender, exclusivamente, do que objetiva o Autor da ação judicial como objeto ao buscar por sua origem familiar e ou genética.

No entanto, qualquer que seja o viés de direito material buscado com o direito à ancestralidade pelo indivíduo, como consectário lógico, diante da evolução legislativa, invocada das novas relações sociais, sobretudo da Sociedade da Informação, tem-se preocupação mais presente com a preservação da privacidade e dos dados sensíveis dos envolvidos: Autor (filho) e Réu (genitor).

E, bem por isto, as fontes normativas atuais acerca da proteção de dados são direta e objetivamente incidentes a este direito subjetivo e ao seu pleito em sede jurisdicional, podendo-se asseverar, desta maneira, que a concessão da preservação do direito à privacidade de dados sensíveis enseja a reflexão, discussão e possivelmente enfrentamento jurisdicional da preservação do direito sob os dois polos a depender do objeto invocado. O direito do adotado de saber sobre sua origem biológica já é consagrado. Mas pondera-se se consagra de maneira tão pacífica o direito do mesmo filho em obter informações genéticas de seus genitores, ainda que adotado. E, ademais, se não poderia ser uma solução equitativa o acesso à origem genética especificamente à patologia que se pretende tratar, como o câncer de mama, como forma de preservar tanto o direito do ascendente em preservar seus dados sensíveis, quanto o direito do descendente em ter acesso à sua origem, como manda a lei, de maneira muito direta, para a preservação de sua saúde e de sua vida, sem invadir, além deste objetivo, os dados sensíveis de seu genitor.

Questão complexa e polêmica, debruçando-se, sobretudo, a Bioética e o Biodireito no estudo do tema neste particular.

Observando todas essas ponderações e na tentativa de entender em perspectiva como o Direito poderá ser invocado e como se comportará nesta seara, tem-se por certo que o direito à ancestralidade sofrerá também influência direta de regras e normativos pertinentes à proteção de dados em qualquer das vertentes em que venha a ser requerido, e que tais questões serão objeto, ainda, de pesquisa, desenvolvimento argumentativo e novéis decisões judiciais.

## REFERÊNCIAS

- ARIÉS, Philippe. **História social da criança e da família**. Traduzido por Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1978. 141 p.
- AULER, Juliana de Alencar. **Adoção e direito à verdade sobre a própria origem**. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/8467/1/Ado%C3%A7%C3%A3o%20e%20direito%20%C3%A0%20verdade%20sobre%20a%20pr%C3%B3pria%20origem.pdf>. Acesso em: 26 out. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 26 out. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 26 out. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm). Acesso em: 26 out. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 26 out. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 26 out. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1784726/SP**. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data do julgamento: 07/05/2019. Data da publicação: 15/05/2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1352529/SP**, Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Órgão Julgador: QUARTA TURMA. Data de julgamento: 24/02/2015. Data de publicação: 13/04/2015. Acesso em: 26 out. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 833712/RS**. Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data do julgamento: 17/05/2007. Data de publicação: 04/06/2007. Acesso em: 26 out. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 363889**. Relator: MINISTRO DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno. Repercussão geral. Data de julgamento: 02/06/2011. Data de Publicação: 16/12/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2072456>. Acesso em: 03 dez. 2021.
- BRAUNER, Maria Cláudia; ALDROVANDI, Andrea. Adoção no brasil: aspectos evolutivos do instituto no direito de família. **JURIS**, Rio Grande, v. 15, p. 7-35, 2010. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/3214>. Acesso em: 26 out. 2020.
- CARVALHO, Bruna Pereira Fernandes de. O conhecimento da origem genética como Direito da Personalidade. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Pernambuco, n. 11, 2018. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/187>. Acesso em: 26 out. 2020.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. CIDH, 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm). Acesso em: 26 out. 2020.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 13. ed. Salvador: Jus Podium, 2020.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LÔBO, Pablo Luiz Neto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 23 mar. 2004. Disponível em <https://ibdfam.org.br/artigos/126/Direito+ao+estado+de+filia%C3%A7%C3%A3o+e+direito+%C3%A0+origem+gen%C3%A9tica:+uma+distin%C3%A7%C3%A3o+necess%C3%A1ria>. Acesso em: 26 out. 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 9. ed. São Paulo: Forense, 2019.

MARTÍNEZ, Catalina Merino. **El derecho a conocer el propio origen biológico**: el la procreación asistida heteróloga. Bogotá: Leyer, 2005

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>. Acesso em: 03 dez. 2021.

SANTOS, Rafael Seixas; VARELLA, Marcelo Dias. Uma análise conceitual da dignidade como fundamento dos direitos humanos e sua invocação em decisões do STF e da CIDH. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 14, n. 19, p. 171-194, jul./dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v14i19.p171-194.2016>. Disponível em: <http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/996/391>. Acesso em: 26 out. 2020.

SILVA, Luzia Gomes da. A evolução dos direitos humanos. **Egov**, 10 abr. 2013. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/evolu%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 26 out. 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil família**: v. 5. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

# CAPÍTULO 33

## GÊNERO, EDUCAÇÃO E DEMOCRACIA

Rafaela Caldeira Gonçalves

O atual contexto histórico político brasileiro, de inclinação fortemente conservadora, de forma direta tem contribuído para a reprodução de discursos de ódios cada vez mais inflamados e mortes em escalas cada vez maiores contra a população LGBTQIAP+<sup>1, 2</sup>, de sorte que não se conseguiu ainda romper com a condição do Brasil, como a de país que mais mata trans e homossexuais no mundo, conforme já evidenciava o Relatório de Direitos Humanos<sup>3</sup>, publicado em 2018, ao expor a triste estatística de que uma pessoa morre a cada dezesseis horas no Brasil, tendo como razão a homo ou transfobia.<sup>4, 5</sup>

Este mesmo contexto ainda tem contribuído para a crescente resistência sobre a possibilidade de discussão no espaço escolar de questões relativas à sexualidade, ao gênero, e à diversidade sexual, não obstante este seja o *locus* por excelência de promoção de respeito às diversidades de todas as naturezas, observado que uma de suas finalidades precípua é o acolhimento do indivíduo em sua jornada de aprendizagem com suas particularidades e, também, em sua total complexidade que o contraponha ao outro, na construção do coletivo.<sup>6</sup>

Entretanto, o que se tem verificado, em direção diametralmente oposta, é uma avalanche de legislações municipais<sup>7</sup> com previsões de políticas de ensino que vedam a possibilidade de discussão sobre os temas supramencionados, em frontal violação dos princípios previstos na [Lei n. 9.394/96](#) – Lei de Diretrizes e Bases

1 Uma das primeiras ações do atual governo federal foi a expedição da Medida Provisória n. 870/19, que retira a população LGBT da lista de Políticas e Diretrizes destinadas à promoção de Direitos Humanos. Disponível em: [DIÁRIO DE PERNAMBUCO. MP assinada por Bolsonaro retira população LGBT das diretrizes dos Direitos Humanos | Política: Diário de Pernambuco](#). Acesso em: 22 jan. 2021.

2 LGBTQIAP+ é uma sigla que abrange pessoas que são Lésbicas, Gays, Bi, Trans, Queer/Questionando, Intersexo, Assexuais/Arromânticas/Agênero, Pan/Poli, e mais. In: ORIENTANDO. **Um espaço de aprendizagem**. Disponível em: <https://orientando.org/o-que-significa-lgbtqiap/>. Acesso em: 24 jan. 2021.

3 Importante mencionar ainda que o Relatório do Ministério de Direitos Humanos faz questão de mencionar também a disparidade desta violência e seu conflito específico e diferenciado em grupos ou setores da população que foram historicamente discriminados, como, por exemplo, negros e mulheres, ou seja, que ela atinge ainda de forma mais atroz negros e mulheres, afirmando que isto assim ocorre por conta da forte discriminação e intolerância sobre orientações sexuais, identidades de gênero, expressões de gênero diversas e pessoas cujos corpos desafiam o padrão corporal aceito socialmente. Portanto, mais uma vez explícito o intrincamento entre a violência como forma de discriminação e a necessidade de melhor compreensão sobre as questões de gênero, sendo a educação ferramenta essencial para a desconstrução desta forma ilegítima de subjugar e dominar por falta de compreensão ou tolerância quanto às diferentes formas de se relacionar no meio coletivo e social entre os gêneros. In: BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Violência LGTBfóbicas no Brasil: dados da violência**, fls. 74.

4 O Brasil é o país da América Latina onde mais morrem homossexuais e transexuais no mundo. In: PREITE SOBRINHO, Wanderley. Brasil registra uma morte por homofobia a cada 16 horas, aponta relatório. **Uol Cotidiano**, 20 fev. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/02/20/brasil-matou-8-mil-lgbt-desde-1963-governo-dificulta-divulgacao-de-dados.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021.

5 Sobre a persistência de tal quadro de violência e precariedade de proteção da população LGBTQIAP+ no Brasil, anote-se que, conforme Relatório Anual da ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil), no ano de 2020 foram assassinadas 175 pessoas transexuais – o que seria equivalente a uma morte a cada dois dias – mantendo o país na posição de localidade que mais mata transexuais no mundo, observado pela mesma associação o alto percentual de subnotificação quanto a tal espécie de violência. In: Associação aponta que 175 pessoas transexuais foram mortas no Brasil em 2020 e denuncia subnotificação. **G1**, 29 jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/01/29/associacao-aponta-que-175-pessoas-transexuais-foram-mortas-no-brasil-em-2020-e-denuncia-subnotificacao.ghtml>. Acesso em: 03 dez. 2021.

6 SILVA, Lilian de Sousa Silva; LASTÓRIA, Luiz A. Calmon Nabuco. Educação e diversidade sexual. **RIDH – Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, v. 7 n. 1. p. 279-293, jan./jun. 2019. p. 280-282. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/671>. Acesso em: 03 dez. 2021.

7 Mencionem-se algumas ações de controle concentrado de constitucionalidade que tramitam ou tramitaram pelo e. STF que questionam projetos de lei ou leis que vedam a discussão de gênero e orientação sexual nas escolas: ADPF 457, ADPF 460, ADPF 461, ADPF 462, ADPF 465, ADPF 466, ADPF 467, ADPF 526, ADPF 600, ADI 5537, ADI 5538, ADI 5668, ADI 5580 e ADI 6038.



de Educação Nacional, fruto do permissivo constitucional constante no artigo 22 da Carta Magna,<sup>8</sup> que estabelece ser competência da União legislar sobre normas gerais em matéria de educação, para tanto tendo instituído os princípios da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber, o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, o respeito à liberdade e apreço à tolerância, a gestão democrática do ensino público e a vinculação entre a educação escolar e as práticas sociais, com o objetivo de orientar o ensino, assim como os deveres dos entes públicos e dos professores.<sup>9</sup>

Para além de usurpar os limites da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e a própria competência constitucional da União, a gravidade na promulgação de normas com tal conteúdo é a infringência frontal ao princípio democrático consagrado não só no preâmbulo do texto constitucional, mas também em seu artigo 1º.<sup>10</sup> Isto porque a promoção do debate no ambiente de aprendizado sobre as diferenças humanas em seus mais variados espectros é ferramenta essencial para a construção de uma sociedade com a real aptidão de convivência pacífica e que se pretenda qualificar como democrática.<sup>11</sup>

Em outras palavras, é inconcebível a concretização e a vivência do direito à educação sem respeito à liberdade. Qualquer tipo de limitação ao exercício deste direito – que tenha essência discriminatória e, portanto, ilegítima – terá implicação direta na construção e na condição da cidadania de cada um e de todos os brasileiros. Tal conclusão é a que se extrai da própria leitura dos artigos 205<sup>12</sup> e 206<sup>13</sup>, da Carta Magna, como bem explicitou o e. Ministrou Luiz Fux, no julgamento da ADPF 460-PR, uma vez que o acesso à educação é forma de concretização do próprio ideal democrático:

“Em um processo político democrático, a igualdade de chances não apenas deriva do postulado da isonomia, como também constitui elementar exigência dos preceitos constitucionais que instituem o regime representativo e pluripartidário. Ao promover a participação política crítica e criativa, a escola contribui para a concretização de normas essenciais decorrentes do princípio democrático.”<sup>14</sup>

8 Art. 22. “Compete privativamente à União legislar sobre: XXIV – diretrizes e bases da educação nacional; (...)” Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://Constituição(planalto.gov.br)). Acesso em: 25 jan. 2021.

9 Art. 2º. “A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; IV – respeito à liberdade e apreço à tolerância; (...)” Disponível em: [CAPA2003.cdr \(senado.leg.br\)](http://CAPA2003.cdr(senado.leg.br)). Acesso em 25 de janeiro de 2021.

10 “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019) V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

11 SILVA, Lilian de Sousa Silva; LASTÓRIA, Luiz A. Calmon Nabuco. Educação e diversidade sexual. **RIDH – Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, v. 7 n. 1. p. 279-293, jan./jun. 2019. p. 281. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/671>. Acesso em: 03 dez. 2021.

12 “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

13 “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V – valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII – garantia de padrão de qualidade. VIII – piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) IX – garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 108, de 2020) Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).”

14 In STF, ADPF 460-PR, Ministro Relator Luiz Fux, plenário virtual – minuta de voto 19.06.20, p. 3.

A promoção da igualdade de gênero dentro das escolas por meio da discussão e do debate das questões de gênero, identidade de gênero, orientação sexual e sexualidade, portanto, tem reflexo direto não somente na promoção da dignidade dos alunos em processo de aprendizagem, no sentido de terem suas particularidades contempladas, mas no próprio princípio democrático de formação da sociedade.

Sobre o conceito de gênero, Silvia Pimentel, na Enciclopédia Jurídica da PUCSP, afirma ser este dinâmico e estar sempre em constante desconstrução, construção e reconstrução. Segundo esta autora, este traço teria se tornado ainda mais evidente, em especial a partir da 3ª onda do feminismo, iniciada a partir dos anos 90 do século XX, que, de maneira inovadora, trouxe a necessidade de reconhecimento de novas identidades e comportamentos de gênero, agregando fluidez a esta concepção e fazendo espaço para a consolidação de novos conceitos, categorias e até mesmo novas nomenclaturas, de sorte que a consequência foi a importante transferência da identidade de gênero também para a esfera pública.<sup>15</sup>

Na mesma linha do afirmado por Silvia Pimentel, o Comitê CEDAW<sup>16</sup> se manifestou também dizendo que, mais que no âmbito sociológico-jurídico, nas esferas puramente sociológicas e psicológicas, reconhece-se ainda com maior intensidade a fluidez que existe na construção da identidade e da autodefinição. Desde esta perspectiva, foi afirmado por este órgão que a orientação sexual<sup>17</sup>, a identidade de gênero e a expressão de gênero não são características estáticas da pessoa, senão ao contrário, são dinâmicas e dependem da construção que cada pessoa faça de si mesma, assim como da percepção social que se tenha a respeito destas.

Da perspectiva jurídica e do Direito Internacional, estes conceitos são considerados como inatos e inerentes à pessoa, tidos como imutáveis, da qual uma pessoa não pode se separar, sob o risco de sacrificar sua própria identidade. E prosseguem as ponderações do Comitê CEDAW, com a interessante colocação a respeito da complexidade da questão de gênero:

“Essa aparente contradição refere-se juridicamente a duas aristas das categorias orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero. Por uma parte, no âmbito de suas decisões íntimas e pessoais, como parte essencial de seu projeto de vida, as pessoas podem estar em um processo de desenvolvimento constante e flutuante, construindo-se a si mesmas, em relação a uma determinada orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero. Não obstante estas categorias e esta possível flutuabilidade e mobilidade de uma ou todas estas categorias inerentes à pessoa, não supõe que possam ser modificadas por terceiras pessoas ou pelo Estado, sob pena de configurarem uma violação de suas dignidades.”<sup>18</sup>

15 PIMENTEL, Silvia. **Gênero e Direito**. Enciclopédia Jurídica da USP. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/122/edicao-1/genero-e-direito>. Acesso em: 26 maio 2017.

16 O Comitê CEDAW corresponde ao Comitê das Nações Unidas que monitora o cumprimento da Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a Mulher.

17 Anote-se que nos Princípios de Yogyakarta orientação sexual foi definida como a capacidade de sentir uma profunda atração emocional, afetiva e sexual por pessoas de um gênero diferente ao seu, ou de seu mesmo PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos em relación a la orientación sexual y identidad de género**. Nota al pie 2. 2007, p. 06. Disponível em: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>. Acesso em: 28 maio 2017.

18 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Remisión del estudio Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género**: algunos términos y estándares relevantes, p. 1-3. Disponível em: <http://scm.oas.org/pdfs/2012/cp28504s.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2021.

Neste contexto, portanto, gênero em nenhuma medida se confunde com sexo, que, por seu turno, corresponde ao conjunto de características biologicamente determinadas e relativamente invariáveis dos homens e das mulheres.<sup>19</sup>

A compreensão quanto a tais conceitos e a complexidade que os permeia é primordial porque a construção da identidade a partir do nascimento do indivíduo demonstra que, na sociedade, a definição desta tem direta relação com o gênero e a sexualidade, pois é a partir das relações de gênero marcadas pela sexualidade que a identidade vai se constituindo e se transformando, e é exatamente por este processo que o próprio gênero e a sexualidade são articulados pelos sujeitos propondo as mesmas ou outras formas de vivê-los, pelo que tal processo constitui o que se entende por diversidade sexual.<sup>20</sup>

Especificamente sobre a construção da identidade e da sexualidade, a Organização Mundial da Saúde já consignou que esta é parte integrante da personalidade de cada indivíduo, visto que constitui uma dimensão da liberdade humana e está relacionada com a busca do prazer físico e emocional:

“A sexualidade é um aspecto central do ser humano durante toda sua vida e compreende o sexo, o gênero, as identidades e papéis, a orientação sexual, o erotismo, o prazer, a intimidade e a reprodução. A sexualidade se experimenta e se expressa por meio de pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, comportamentos, práticas, papéis e relações. Enquanto que a sexualidade pode incluir todas estas dimensões, não todas se expressam ou se experimentam. A sexualidade está influenciada pela interação dos fatores biológicos, psicológicos, sociais, econômicos, políticos, étnicos, legais, históricos, religiosos e espirituais.”<sup>21</sup>

Especificamente sobre identidade de gênero, importante mencionar as palavras de Susana A. Araújo e Jose Maria de Barros Júnior:

Nossa identidade de gênero não é construída somente a partir do corpo biológico, de macho ou fêmea, mas também da intersecção entre os aspectos biológicos, psicológicos, culturais e sociais que nos constituem. O caso das pessoas transgêneros deixa basta claro como essa construção é complexa.<sup>22</sup>

Ainda sobre a identidade de gênero, de acordo com os princípios de Yogyakarta, tal conceito corresponde à vivência interna e individual de gênero tal como cada pessoa a sente profundamente, a qual poderia corresponder ou não com o sexo designado no momento do nascimento, incluindo a vivência pessoal de corpo (que

19 PÉREZ FERNÁNDEZ, Miguel [et al.]. *Actitudes y cambio ante la violencia*: la sociedad patriarcal. Salamanca: Universidad de Salamanca. 2014. p. 61.

20 SILVA, Lilian de Sousa Silva; LASTÓRIA, Luiz A. Calmon Nabuco. Educação e diversidade sexual. *RIDH – Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, v. 7 n. 1. p. 279-293, jan./jun. 2019. p. 284. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/671>. Acesso em: 03 dez. 2021.

21 OMS. *Estándares de educación sexual en Europa*. Disponível em: [https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos\\_ficha.aspx?id=4019](https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=4019). Acesso em: 03 dez. 2021. Versão original: “La sexualidad es un aspecto central del ser humano durante toda su vida y comprende sexo, genero, identidades y roles, orientación sexual, erotismo, placer, intimidad y reproducción. La sexualidad se experimenta y se expresa a través de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, comportamientos, prácticas, roles y relaciones. Mientras que la sexualidad puede incluir todas estas dimensiones, no todas se expresan o experimentan. La sexualidad está influenciada por la interacción de los factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, políticos, étnicos, legales, históricos, religiosos y espirituales.”

22 ARAÚJO, Susana A.; BARROS JÚNIOR, José Maria de. Gênero, identidade e diversidade sexual: levantamento bibliográfico de discussões dessa temática no âmbito escolar. *Revista Educação e (Trans)Formação*, v. 1, n. 2, 2016. Disponível em: <http://www.journals.ufrpe.br/index.php/educacaoetransformacao/article/view/994>. Acesso em: 03 dez. 2021. p. 69. E prosseguem explicando ainda que: “o transgênero não se confunde com a homossexualidade. Enquanto este último conceito tem relação com a orientação sexual, o primeiro se refere à questão de gênero, visto que se refere àquele que não se identifica com o órgão genital de nascença; ou seja, uma pessoa que nasceu com pênis, mas não se identifica com o gênero masculino, ou nasceu com a vagina, mas não se identifica com o gênero feminino.” Ibid, p. 69.

poderia envolver a modificação da aparência ou da função corporal através de meios médicos, cirúrgicos e de outra índole, sempre que esta seja livremente escolhida) e outras expressões de gênero, incluindo a vestimenta, o modo de falar e os modos.<sup>23</sup>

A respeito deste tema, importante transcrever o pensamento de Lilian de Sousa Silva e Luiz A. C. Nabuco Lastória, que afirmam:

Nesse sentido, discutir orientação sexual nas escolas ganha uma importância adicional. Isto na medida em que não se trata apenas da opção sexual do sujeito e sim de um emaranhado de questões biológicas, históricas, sociais e políticas que povoam a curiosidade e o desejo das novas gerações. **Em outras palavras: trata-se de debater sobre a diversidade sexual presente no mundo humano, como uma forma de refletir e sensibilizar a respeito do espectro das diferenças presentes nesse mundo.** (grifo nosso)<sup>24</sup>

Ademais, como também ressaltado pelo e. Ministro Luiz Fux no mesmo julgamento já supramencionado, é somente pretensa a arguida neutralidade ideológica e política, sustentada por tais propostas legislativas de políticas públicas nas escolas. Isto porque a elaboração de normas municipais com vedação de abordagens de temas como gênero e orientação sexual no âmbito educacional já contém em si mesma uma opção valorativa, sobre quais seriam as necessidades e os objetivos que deveriam ser prioridades na vida em comunidade, pelo que, ao final, o que se verifica é que a neutralidade se presta exatamente ao que ela pretende combater.<sup>25</sup> E nesta mesma linha, prossegue ainda o d. Ministro:

“Sob a dimensão negativa das obrigações estatais, a escola se presta a *locus* da pluralidade, mas sob a **dimensão positiva** das liberdades individuais, cabe ao poder público ensinar tais valores e combater perspectivas sectárias e discriminatórias. **É que a pretensa neutralidade da escola perpetua o status quo discriminatório que oprime as minorias. Nenhum livro ou discurso dos pais vai ensinar à criança o respeito à diferença melhor do que o convívio social com o diferente.** (grifo nosso)<sup>26</sup>

Ignorar esta realidade ou, pior ainda, se negar a debatê-la é obstar o indivíduo de respeitar sua própria dignidade humana, visto que, segundo Hannah Arendt, tal valor implica necessariamente o reconhecimento de que cada indivíduo é codificador de um mundo comum,<sup>27</sup> de sorte que as consequências desta cegueira voluntária em termos de custos sociais vão muito além da evasão escolar por aqueles que sofrem preconceito, *bullying* e até mesmo agressão física para significar comprometimento da integridade física e mental destes indivíduos, que não raras vezes decidem por tentar o suicídio, reforçando a tese da mesma filósofa em seu livro *A Condição Humana*, no sentido de que o impacto da realidade do mundo sobre a existência humana também

23 PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos em relación a la orientación sexual y identidad de género.** Nota al pie 2. 2007, p. 06. Disponível em: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>. Acesso em: 28 maio 2017..

24 SILVA, Lilian de Sousa Silva; LASTÓRIA, Luiz A. Calmon Nabuco. Educação e diversidade sexual. **RIDH – Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, v. 7 n. 1. p. 279-293, jan./jun. 2019. p. 285. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/671>. Acesso em: 03 dez. 2021.

25 In STF, **ADPF 460-PR**, Ministro Relator Luiz Fux, plenário virtual – minuta de voto 19.06.20, p. 5.

26 In STF, **ADPF 460-PR**, Ministro Relator Luiz Fux, plenário virtual – minuta de voto 19.06.20, p. 12.

27 ARENDT, HANNAH. **A Condição humana**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 14.

é recebido e sentido, como força condicionante da própria existência do indivíduo.<sup>28</sup> Não por outra razão, em pesquisa divulgada pelo UOL, no ano de 2018, dados estatísticos demonstraram que 82% das mulheres trans e travestis abandonam o ensino médio entre 14 e 18 anos.<sup>29</sup>

Imprescindível combater tal panorama, visto que, para além de a escola ter como responsabilidade formar cidadãos conscientes, críticos e responsáveis por sua sexualidade, é sua obrigação também, como instituição democrática que deve buscar ser, criar condições e estratégias para que esses alunos tenham liberdade de expressão e se sintam seguros no ambiente escolar, sem medo de agressões, tanto físicas como morais. Isto porque, em seu papel complementar à atuação da família, influi para além da transmissão de conhecimentos, visto que é espaço de socialização, onde se educa e orienta os indivíduos, sendo, por conseguinte, lugar no qual muitas vezes ocorrem as primeiras experiências grupais e onde se ganha a compreensão do mundo social no qual estão inseridos. Deste modo, a escola tem a responsabilidade de desenvolver ações educativas que levem à formação ética para a construção de valores que respeitem a diversidade e os direitos humanos em geral.<sup>30</sup>

Nesta direção, precisamente Carlos Roberto Jamil Cury define a educação escolar como indiscutível dimensão fundante da cidadania e, por assim dizer, princípio indispensável para a construção de políticas que visem à participação de todos nos espaços sociais e políticos, para além da inserção do indivíduo no mundo profissional. Logo, mais que preciso dizer que corresponde ao modo que a Constituição tem de acionar a própria sociedade civil, para que se reconheça como espaço consciente de poder e de controle democrático do próprio Estado.<sup>31</sup>

Imperativo ressaltar também que a educação, baseada na pluralidade de ideias, como ferramenta indispensável para o desenvolvimento pessoal do indivíduo, assim como para sua participação social no coletivo, em contribuição à consolidação e ao fortalecimento dos Estados Democráticos, é obrigação reconhecida e assumida pelo Estado Brasileiro também no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tal como por exemplo no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 13<sup>32</sup>, como signatário que é deste tratado.

Não suficiente, o país também assumiu a obrigação de combater violações dos direitos humanos com base na orientação sexual e na identidade de gênero, ao ratificar a Declaração da ONU sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero (A/63/635, de 22/12/08)<sup>33</sup>; dever este que se soma às obrigações

28 ARENDT, HANNAH. *A Condição humana*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p.12.

29 BORGES, Bianca *et al.* Os muros da escola: Os desafios de jovens transgêneros para sobreviverem aos pátios e salas de aula no Brasil. *Tab Uol*, 30 jul. 2018. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/educacao/trans-escola/>. Acesso em: 03 dez. 2021.

30 SILVA, Lilian de Sousa Silva; LASTÓRIA, Luiz A. Calmon Nabuco. Educação e diversidade sexual. *RIDH – Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, v. 7 n. 1. p. 279-293, jan./jun. 2019. p. 286. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/671>. Acesso em: 03 dez. 2021.

31 CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. *Cad. Pesqui.*, n. 116, jul. 2002. p. 246-9. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15742002000200010>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/x6g8nsWJ4MSk6K58885J3jd/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 03 dez. 2021.

32 Artigo 13, §1º. [...] Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações ... (grifos nossos).

33 Nesta declaração internacional os países signatários expressamente urgiram aos Estados a que tomassem todas as medidas necessárias, em particular as legislativas ou administrativas, para assegurar que a orientação sexual ou identidade de gênero não possam ser, sob nenhuma circunstância, a base de sanções penais, em particular execuções,

convencionais relacionadas aos documentos internacionais pertinentes à temática educacional, tais como a Convenção da Conferência Geral da UNESCO relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino (aprovada pelo Legislativo Brasileiro – [Decreto n. 63.223/68](#)) que define as hipóteses de discriminação nesta seara (artigo 1º), assim como quais são as condutas com as quais os Estados se comprometem a combater tal espécie de discriminação (artigo 3º), para em seu artigo 5º, assim dispor:

Artigo V. Os Estados-partes, na presente convenção, convêm que: a) a educação deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e ao fortalecimento do respeito aos direitos humanos e das liberdades fundamentais e que deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações. (...) <sup>34</sup>

Anote-se ainda a Recomendação Geral n. 36 do Comitê CEDAW, documento ao qual o Brasil também está vinculado, vez que signatário da respectiva convenção, que sugere aos Estados que promulguem e apliquem leis, políticas e procedimentos apropriados para proibir e combater a violência contra meninas e mulheres nas instituições educativas e seus entornos, além de propor que sejam desenhados e aplicados currículos obrigatórios com informações integrais sobre saúde e direitos sexuais e reprodutivos, de sorte que se trata de mais uma importante normativa internacional na luta contra o patriarcado e por igualdade entre os gêneros. <sup>35</sup>

Não se olvide, ainda, da própria Agenda dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), adotada pelos Estados-membros da ONU em 2015, dentre eles o Brasil, que reconhece que a igualdade de gênero está inextricavelmente ligada ao direito à educação e estabelece o compromisso de garantir que esta seja inclusiva e de qualidade para todas e todos, além de eliminar todas as formas de discriminação contra mulheres e meninas até 2030. <sup>36</sup>

Apesar de as normas de direito internacional relacionadas à educação não correlacionarem, textualmente, esta com a proteção e promoção de direitos dos LGBTQIAP+, o Governo Brasileiro elegeu a educação como importante ferramenta de superação do preconceito e da violência contra aquela minoria. Isto assim se evidencia por meio de diversas providências, então, tomadas pelo Estado Brasileiro ao longo dos anos. Em primeiro lugar, mencione-se, em 2002, o [Programa Nacional de Direitos Humanos de 2002](#) (PNDH – II), no qual se ressaltou entre as metas do Governo um capítulo específico para a população LGBT, com diversas medidas voltadas à capacitação de profissionais de educação, segurança pública e sistema de justiça para promover a

prisões ou detenção. In: PEREIRA, Graziela Raupp; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Direito fundamental à educação, diversidade e homofobia. **Educar em Revista**, Curitiba, Brasil, n. 39, p. 51-71, jan./abr. 2011. p. 55. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/er/a/CQBVDVRPkvjNj4rhR4rxR6hz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 03 dez. 2021.

34 UNESCO. [Convenção relativa à luta contra às discriminações na esfera do ensino](#). 2003. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1960%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20relativa%20%C3%A0%20luta%20contra%20a%20discrimina%C3%A7%C3%A3o%20na%20educa%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2021.

35 In: RAMOS, André de Carvalho. [Recomendações Gerais adotadas pelo Comitê de Eliminação da Discriminação contra Mulheres](#). 2020. p. 330-61. Disponível em: [https://www.defensoria.sp.def.br/desp/repositorio/41/Tradu%C3%A7%C3%A3o%20das%20Recomenda%C3%A7%C3%B5es%20Gerais%20da%20ONU%20\(1\).pdf](https://www.defensoria.sp.def.br/desp/repositorio/41/Tradu%C3%A7%C3%A3o%20das%20Recomenda%C3%A7%C3%B5es%20Gerais%20da%20ONU%20(1).pdf). Acesso em: 03 dez. 2021.

36 MUNHOZ, Fabiola. [Direito à educação com igualdade de gênero](#). 30 jun. 2018. Disponível em: <https://direitoshumanosmt.blogspot.com/2019/01/direito-educacao-com-igualdade-de-genero.html>. Acesso em: 30 03 dez. 2021. p. 3.

compreensão e a consciência ética sobre as diferenças individuais e a eliminação dos estereótipos depreciativos com relação a tal categoria de população vulnerável. O *Plano Plurianual 2004-2007*, por seu turno, deu seguimento ao Programa Nacional, ao prever como ação a Elaboração do Plano de Combate à Discriminação contra Homossexuais, razão pela qual se lançou o Programa “Brasil sem Homofobia”, cujo objetivo era criar um fórum de debates para formulação de políticas públicas.<sup>37</sup>

Especificamente neste tocante, mister mencionar também que, mesmo antes de tais medidas, já em 1997 a questão da orientação sexual tinha sido incluída nos Parâmetros Curriculares Nacionais<sup>38</sup>, para se determinar que as temáticas referentes à sexualidade constassem de todo o campo educativo, de acordo com uma proposta de trabalho que evidenciasse uma metodologia transversal de abordagem das questões de sexualidade, orientação sexual e gênero; o que significa dizer que tais temas eram de ser contemplados pelas diversas áreas de conhecimento que compõem o rol de disciplinas oficiais<sup>39</sup>, exatamente no sentido de como já havia preconizado a própria Organização Mundial de Saúde.

Nesta linha, afirmam Lilian Sousa e Calmon Lastroia que:

Nos termos propostos pelos PCN, o objeto do trabalho de educação sexual seria o de contribuir para que os alunos pudessem desenvolver e exercer sua sexualidade com prazer e responsabilidade. [...] esse tema vincula-se ao exercício da cidadania à defesa dos direitos humanos, à medida em que, de um lado propõe-se a trabalhar o respeito por si mesmo, pelo outro e, por outro lado, busca garantir direitos fundamentais a todos, como saúde, conhecimento e informação, elementos essenciais para a formação de cidadãos responsáveis e conscientes.<sup>40</sup>

De todo este cenário normativo nacional e internacional, na linha do que sustenta Graziela Raupp e Gustavo Melo Branco Bahia:

A não discriminação não é somente um dever ‘geral’ do Estado (e daqueles que, em seu nome atuam), mas, no campo da educação, é um dos particulares deveres da escola – já que, como citado, ‘a discriminação no [...] ensino constitui violação dos direitos’ humanos –, é dizer, a educação deve se pautar pela promoção das liberdades e direitos assegurados naquelas Declarações, além da Constituição e leis nacionais. Os sistemas de ensino não têm a escolha entre promover ou não os Direitos Humanos e, particularmente aqui, a tolerância.<sup>41</sup>

Porém, a previsão e implementação de políticas públicas não são suficientes para impactar o cotidiano de salas de aula, e agora pergunta-se como efetivamente construir as relações professor(a)-aluno(a) no tocante à

37 In: PEREIRA, Graziela Raupp; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Direito fundamental à educação, diversidade e homofobia. *Educar em Revista*, Curitiba, Brasil, n. 39, p. 51-71, jan./abr. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/er/a/CQBDVRPkvjNj4rhR4rxR6hz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 03 dez. 2021. p. 59-60.

38 De acordo com os Parâmetros Curriculares Nacionais, o trabalho de orientação sexual deveria ser organizado em três eixos norteadores: corpo matriz da sexualidade, relação de gênero e prevenção das doenças sexualmente transmissíveis/Aids. Deste modo, o tema da diversidade sexual deveria ser trabalhado dentro do eixo relação de gênero. In: BRASIL. Secretaria de Educação Fundamental. *Parâmetros curriculares nacionais: introdução aos parâmetros curriculares nacionais*. Brasília: MEC/SEF, 1997. p. 126.

39 SILVA, Lilian de Sousa Silva; LASTÓRIA, Luiz A. Calmon Nabuco. Educação e diversidade sexual. *RIDH – Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, v. 7 n. 1. p. 279-293, jan./jun. 2019. p. 287. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/671>. Acesso em: 03 dez. 2021.

40 SILVA, Lilian de Sousa Silva; LASTÓRIA, Luiz A. Calmon Nabuco. Educação e diversidade sexual. *RIDH – Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, v. 7 n. 1. p. 279-293, jan./jun. 2019. p. 289. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/671>. Acesso em: 03 dez. 2021.

41 In: PEREIRA, Graziela Raupp; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Direito fundamental à educação, diversidade e homofobia. *Educar em Revista*, Curitiba, Brasil, n. 39, p. 51-71, jan./abr. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/er/a/CQBDVRPkvjNj4rhR4rxR6hz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 03 dez. 2021. p. 60.

abordagem destes temas, em especial quando, a partir da segunda década do século XXI, inicia-se um período de retrocessos neste campo, com a retirada dos termos gênero e orientação sexual da Base Nacional Comum Curricular (BNCC) em 2017, na direção oposta do que dispõem as convenções que tratam sobre educação e gênero.<sup>42</sup>

Demais disso, ainda que políticas de retrocesso não houvessem se iniciado a tomar forma, fato é que a sociedade está e sempre esteve estruturada sobre uma heteronormatividade compulsória, de sorte que a construção do dispositivo sexualidade sempre foi marcada pela norma heterossexual. Por conseguinte, é preciso se ter em mente que qualquer trabalho que assume como princípio a diversidade sexual marca a entrada em um campo epistemológico desconhecido, na medida em que a epistemologia reconhecível é a do sistema heteronormativo de correspondência sexo-gênero.<sup>43</sup> Neste sentido, importante transcrever as palavras de Maria Rita Cesar, que propõe produzir a capacidade de desestabilizar o conhecimento em nome da liberdade no meio educacional:

o trabalho com a diversidade sexual nas escolas pressupõe um conhecimento das disposições de professores e professoras que, por sua vez, deverão adentrar uma nova lógica do (des)conhecer, de sorte que tal trabalho não poderá jamais ser pautado pela pergunta formulada ao especialista sobre a normalidade das práticas e discursos sexuais. Perguntar pela normalidade é pertencer ao mundo definido e mapeado pelos processos disciplinadores e normalizadores. [...]. **Nesta perspectiva, sexualidade, educação sexual e diversidade sexual se referem a práticas de liberdade, na medida em que os limites do nosso pensamento deverão ser transcendidos em nome de outras possibilidades tanto de conhecer como de amar.** (grifo nosso)<sup>44</sup>

Nem mesmo se sustente que a pluralidade de ideias esbarraria na liberdade dos pais de fazerem os filhos receberem a educação religiosa e moral que bem entendam, também consagrada pela Convenção Americana de Direitos Humanos, mais especificamente em seu artigo 12.<sup>45</sup> Isto porque, quando se trata do melhor interesse da criança e da construção de uma sociedade livre, justa e plural, com mais razão a autonomia da vontade dos genitores não poder obstar a proposta progressista que traz o texto constitucional, no que concerne ao modo como os profissionais da educação deverão exercer seu mister, para concretizar os já mencionados princípios educacionais de liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte, o saber e o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, previstos no artigo 206 e incisos, da Carta Magna.<sup>46</sup>

Não estar em conformidade com a heteronormatividade é estar sujeito a sofrer diversas violações de direitos. Isto porque, frise-se, a sociedade brasileira segue ancorada por princípios de heteronormatividade, cis-

42 SILVA, Lilian de Sousa Silva; LASTÓRIA, Luiz A. Calmon Nabuco. Educação e diversidade sexual. *RIDH – Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, v. 7 n. 1. p. 279-293, jan./jun. 2019. p. 289. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/671>. Acesso em: 03 dez. 2021.

43 CESAR, Maria Rita de Assis. Gênero, sexualidade e educação: notas para uma Epistemologia. *Educ. rev.*, n. 35, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-40602009000300004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/er/a/KJYWKvFypgHjzbMtm4MvwDv/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 03 dez. 2021. p. 48.

44 CESAR, Maria Rita de Assis. Gênero, sexualidade e educação: notas para uma Epistemologia. *Educ. rev.*, n. 35, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-40602009000300004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/er/a/KJYWKvFypgHjzbMtm4MvwDv/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 03 dez. 2021. p. 49.

45 Art. 12. Liberdade de consciência e de religião (...) 4. Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. *In*: CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 03 dez. 2021.

46 Esse, aliás, foi o entendimento da e. Suprema Corte Brasileira no julgamento da ADPF N. 460 de relatoria do Ministro Luiz Fux, já referida neste texto.



normatividade, e os binários de sexo e gênero. A este cenário, some-se o fracasso do Estado em adotar medidas efetivas para investigar e punir efetivamente os crimes de natureza LGBTfóbica, cujo resultado social não poderia ser outro que a discriminação e intolerância para com a população LGBTQIAP+.<sup>47</sup>

A educação, portanto, pode e deve trazer uma reflexão sobre os gêneros, a partir de uma perspectiva libertária, como propunha Joan Scott, no sentido de se tratar deste tema como uma categoria de investigação, conferindo ao sujeito a possibilidade de recusar lugares definidos para as dicotomias entre o masculino e o feminino, para poder reconstruir os significados dos corpos, dos desejos e dos prazeres.<sup>48</sup>

Em outras palavras, o que se quer dizer é que a escola precisa estar à altura dos desafios postos pelas transformações sociais das quais é palco o século XXI, para ser ambiente igualador e compensador das minorias vulneráveis no campo da diversidade sexual e de gênero, no sentido de que a postura a ser adotada no espaço de ensino e a partir do debate proposto pelo processo de aprendizagem avance para além da mera tolerância e efetivamente alcance o reconhecimento positivo da identidade de cada indivíduo que o integre, em especial daqueles cuja personalidade e individualidade estão em formação. Isto porque, enquanto um só aluno ou aluna for obrigado ou obrigada a modificar seu jeito de ser ou de se expressar para poder estudar, será em razão de faltar a compreensão ao educador ou educadora de que a identidade sexual é parte da personalidade daquele ou daquela e que, assim agir, é abusar do seu poder de formador ou formadora, para violar a própria dignidade humana do discente, concebida na sua dimensão da diferença.<sup>49</sup> Com isso, indiscutivelmente, não se faz mais possível consentir.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Susana A.; BARROS JÚNIOR, José Maria de. Gênero, identidade e diversidade sexual: levantamento bibliográfico de discussões dessa temática no âmbito escolar. **Revista Educação e (Trans)Formação**, v. 1, n. 2, 2016. Disponível em: <http://www.journals.ufrpe.br/index.php/educacaoetransformacao/article/view/994>. Acesso em: 03 dez. 2021.

ARENDDT, HANNAH. **A Condição humana**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BORGES, Bianca *et al.* Os muros da escola: Os desafios de jovens transgêneros para sobreviverem aos pátios e salas de aula no Brasil. **Tab Uol**, 30 jul. 2018. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/edicao/trans-escola/>. Acesso em: 03 dez. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 jan. 2021.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Violência LGBTfóbicas no Brasil: dados da violência**. fls. 74. 2018. Disponível em: [https://pnceu.usp.br/wp-content/uploads/2021/04/MDH\\_violencia\\_2018.pdf](https://pnceu.usp.br/wp-content/uploads/2021/04/MDH_violencia_2018.pdf). Acesso em: 03 dez. 2021.

BRASIL. Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros curriculares nacionais: introdução aos parâmetros curriculares nacionais**. Brasília: MEC/SEF, 1997.

47 *In*: BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. **Violência LGBTfóbicas no Brasil: dados da violência**. fls. 74. 2018. Disponível em: [https://pnceu.usp.br/wp-content/uploads/2021/04/MDH\\_violencia\\_2018.pdf](https://pnceu.usp.br/wp-content/uploads/2021/04/MDH_violencia_2018.pdf). Acesso em: 03 dez. 2021.

48 SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, jul./dez. 1995. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/view/71721>. Acesso em: 03 dez. 2021.

49 *In*: PEREIRA, Graziela Raupp; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Direito fundamental à educação, diversidade e homofobia. **Educar em Revista**, Curitiba, Brasil, n. 39, p. 51-71, jan./abr. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/er/a/CQBDVRPkvjNj4rhR4rxR6hz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 03 dez. 2021. p. 60.

- BRASIL. Senado. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. 2005. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70320/65.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 460-PR**, Voto: Min. Luiz Fux, Data Sessão Plenário virtual 19.06.20. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5204904>. Acesso em: 03 dez. 2021.
- CESAR, Maria Rita de Assis. Gênero, sexualidade e educação: notas para uma Epistemologia. **Educ. rev.**, n. 35, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-40602009000300004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/er/a/KJYWKvFypgHjzbMtm4MvwDv/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 03 dez. 2021.
- CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 03 dez. 2021.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Cad. Pesqui.**, n. 116, jul. 2002. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15742002000200010>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/x6g8nsWJ4MSk6K58885J3jd/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 03 dez. 2021.
- DIÁRIO DE PERNAMBUCO. **MP assinada por Bolsonaro retira população LGBT das diretrizes dos Direitos Humanos**. 02 jan. 2019. Disponível em: <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/politica/2019/01/mp-assinada-por-bolsonaro-retira-populacao-lgbt-das-diretrizes-dos-dir.html>. Acesso em: 22 jan. 2021.
- MUNHOZ, Fabíola. **Direito à educação com igualdade de gênero**. 30 jun. 2018. Disponível em: <https://direitoshumanosmt.blogspot.com/2019/01/direito-educacao-com-igualdade-de-genero.html>. Acesso em: 30 03 dez. 2021.
- OLIVEIRA, Luciana de. Associação aponta que 175 pessoas transexuais foram mortas no Brasil em 2020 e denuncia subnotificação. **G1**, 29 jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/01/29/associacao-aponta-que-175-pessoas-transexuais-foram-mortas-no-brasil-em-2020-e-denuncia-subnotificacao.ghtml>. Acesso em: 03 dez. 2021.
- OMS. **Estándares de educación sexual en Europa**. Disponível em: [https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos\\_ficha.aspx?id=4019](https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=4019). Acesso em: 03 dez. 2021.
- ONU. **Declaração sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero**. 2013. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes\\_Portuguese.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_Portuguese.pdf). Acesso em: 03 dez. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Remisión del estudio Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género**: algunos términos y estándares relevantes, p. 1-3. Disponível em: <http://scm.oas.org/pdfs/2012/cp28504s.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2021.
- ORIENTANDO. **Um espaço de aprendizagem**. Disponível em: <https://orientando.org/o-que-significa-lgbtqiap/>. Acesso em: 24 de janeiro de 2021.
- PEREIRA, Graziela Raupp; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Direito fundamental à educação, diversidade e homofobia. **Educar em Revista**, Curitiba, Brasil, n. 39, p. 51-71, jan./abr. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/er/a/CQBDVRPkjvNj4rhR4rxR6hz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 03 dez. 2021.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, Miguel [et al.]. **Actitudes y cambio ante la violencia**: la sociedad patriarcal. Salamanca: Universidad de Salamanca. 2014.
- PIMENTEL, Silvia. **Gênero e Direito**. Enciclopédia Jurídica da USP. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/122/educacao-1/genero-e-direito>. Acesso em: 26 maio 2017.
- PREITE SOBRINHO, Wanderley. *Brasil registra uma morte por homofobia a cada 16 horas, aponta relatório*. **Uol Cotidiano**, 20 fev. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/02/20/brasil-matou-8-mil-lgbt-desde-1963-governo-dificulta-divulgacao-de-dados.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021.
- PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA. **Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos em relación a la orientación sexual y identidad de género**. Nota al pie 2. 2007, p. 06. Disponível em: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opedocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>. Acesso em: 28 maio 2017.
- RAMOS, André de Carvalho. **Recomendações Gerais adotadas pelo Comitê de Eliminação da Discriminação contra Mulheres**. 2020. Disponível em: [https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/41/Tradu%C3%A7%C3%A3o%20das%20Recomenda%C3%A7%C3%B5es%20Gerais%20da%20ONU%20\(1\).pdf](https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/41/Tradu%C3%A7%C3%A3o%20das%20Recomenda%C3%A7%C3%B5es%20Gerais%20da%20ONU%20(1).pdf). Acesso em: 03 dez. 2021.
- SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, jul./dez. 1995. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/view/71721>. Acesso em: 03 dez. 2021.
- SILVA, Lilian de Sousa Silva; LASTÓRIA, Luiz A. *Calmon Nabuco*. Educação e diversidade sexual. **RIDH – Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, v. 7 n. 1. p. 279-293, jan./jun. 2019. p. 280-282. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/671>. Acesso em: 03 dez. 2021.

UNESCO. **Convenção relativa à luta contra às discriminações na esfera do ensino.** 2003. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1960%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20relativa%20%C3%A0%20luta%20contra%20a%20discrimina%C3%A7%C3%A3o%20na%20educa%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2021.

# SEÇÃO IX

## AS MULHERES NAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA E NO PODER JUDICIÁRIO

## SUMÁRIO SEÇÃO IX

**INTRODUÇÃO**

AS MULHERES NAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA E NO PODER JUDICIÁRIO..... 1887

*RENATA MOTA MACIEL**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES**PATRICIA PACHECO RODRIGUES**SAMIRA RODRIGUES P. ALVES***CAPÍTULO 1**

A IGUALDADE DE GÊNEROS PRECONIZADA NA CONSTITUIÇÃO E A BARREIRA INVISÍVEL PARA ASCENSÃO DAS MULHERES ADVOGADAS ..... 1889

*MARISA CHAVES GAUDIO***CAPÍTULO 2**

ASSÉDIO E VIOLÊNCIA NO AMBIENTE DE TRABALHO: POR UMA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E PRERROGATIVAS DA MULHER ADVOGADA SOB A LUZ DO ARTIGO 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..... 1897

*ANA KAROLINA SOUSA DE CARVALHO NUNES***CAPÍTULO 3**

AS CONQUISTAS DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO E A ADVOCACIA FEMININA NA CONTEMPORANEIDADE..... 1902

*CHRISTIANE HESSLER FURCK***CAPÍTULO 4**

MACHISMO ESTRUTURAL E O DIREITO À LIBERDADE DE TRABALHO E PROFISSÃO NA CARREIRA DA MULHER ADVOGADA: DESAFIOS E PERSPECTIVAS..... 1915

*CHRISTIANE DO VALE LEITÃO**RAQUEL ANDRADE***CAPÍTULO 5**

A IGUALDADE CONSTITUCIONAL E A REPRESENTATIVIDADE FEMININA NA ADVOCACIA.....1923

*CAROLINE MARIA VIEIRA LACERDA***CAPÍTULO 6**

O DEVER DE JULGAR COM PERSPECTIVA DE GÊNERO, A DIGNIDADE HUMANA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL .....1933

*MARIA DOMITILA PRADO MANSUR***CAPÍTULO 7**

ESTUDO SOBRE GÊNERO E RAÇA: MOBILIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO ..... 1945

*RENATA MIRANDA LIMA**LUCIANA DE TOLEDO TEMER LULIA***CAPÍTULO 8**

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E A REPRESENTATIVIDADE FEMININA NOS PODERES ESTATAIS .....1963

*TÂNIA REGINA SILVA RECKZIEGEL**GABRIELA BRANDÃO SÉ*

**CAPÍTULO 9**

REPRESENTAÇÃO FEMININA NO PODER JUDICIÁRIO E NA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: TEMPO, DINÂMICAS, CONSTITUIÇÃO E TRANSFORMAÇÃO ..... 1975

*MANUELLITA HERMES*

*TAHIANA VIEIRA*

**CAPÍTULO 10**

QUANDO O ESTADO DE COISAS É INCONSTITUCIONAL: SOBRE O LUGAR DO PODER JUDICIÁRIO NO PROBLEMA CARCERÁRIO ..... 1991

*MAÍRA MACHADO*

**CAPÍTULO 11**

A POLÍCIA JUDICIÁRIA NO ESTADO DE DIREITO E SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: POR UM CONTROLE DEMOCRÁTICO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA..... 2015

*RAQUEL KOBASHI GALLINATI LOMBARDI*

**CAPÍTULO 12**

ENTREVISTA: REPRESENTATIVIDADE DA MULHER NA POLÍCIA MILITAR – ENTREVISTADA: ANA PAULA DE OLIVEIRA NASCIMENTO JANKAUSKAS ..... 2023

*MICHELE MATIAS MALHEIRO ASSAD*

# INTRODUÇÃO

## AS MULHERES NAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA E NO PODER JUDICIÁRIO

**Renata Mota Maciel**

**Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques**

**Patrícia Pacheco Rodrigues**

**Samira Rodrigues P. Alves**

O desejo de mudança foi a força motriz para que as mulheres buscassem diminuir a desigualdade. Nas últimas décadas o avanço de mecanismos de proteção e políticas públicas de promoção à igualdade de gênero foram significativos, porém, a cada direito conquistado, surgem novas necessidades.

O ideal ainda está na desconstrução do senso comum na compreensão dos conceitos e, no questionar a heteronormatividade e a cisgeneridade na violação de direitos. A ineficiência na efetivação de direitos ainda se reflete na aceitação conformada de se manter hierarquias ilesas. A diversidade tem direito ao reconhecimento de sua identidade, e não apenas à tolerância da diferença. É necessário transformar o diferente em uma realidade próxima, quebrar as regras nas estruturas de poder. Reconhecendo a legitimidade da diferença, sua visibilidade é que faz a mudança.

A exemplo das mudanças de paradigma do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao incentivar a consolidação da Justiça Restaurativa como estratégia para a prática do ato infracional, dentre as muitas alternativas ao paradigma punitivo. Após integrar a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE ([Lei 12.594/2012](#), art. 35, III) como diretriz estratégica, resultou na edição da [Resolução 225/2016](#) do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

O sistema de Justiça e a rede de atendimento à mulher em situação de violência ainda precisa ser aperfeiçoado para melhor acolher as demandas de gênero e respondê-las de modo eficaz, dando concretude aos comandos das leis já existentes. O que se verifica é uma falta de efetividade das leis e da articulação de estratégias políticas para sua implementação.

O Direito, assim como outras ciências humanas, foi construído a partir de uma epistemologia eurocêntrica, dessa forma gerou uma dissociação entre a teoria e a prática pois um conhecimento pensado a partir de outro contexto, orientado por critérios particulares que não seja daquele povo não possibilita a apropriação e o reconhecimento do saber que é o meio capaz de transformação da realidade.

É fato que o Direito além de ter referências teóricas hegemônicas, é usado como instrumento de poder e de coerção. No entanto, acredita-se na transcendência dessa lógica a partir da valorização do saber construído a partir da realidade social tendo condições de ser um meio potencialmente atento a categoria das minorias focado na promoção da transformação social por meio da defesa dos direitos fundamentais dos grupos historicamente marginalizados.



# CAPÍTULO 1

## A IGUALDADE DE GÊNEROS PRECONIZADA NA CONSTITUIÇÃO E A BARREIRA INVISÍVEL PARA ASCENSÃO DAS MULHERES ADVOGADAS<sup>1</sup>

Marisa Chaves Gaudio

### BREVE HISTÓRICO DA LUTA POR IGUALDADE NO MERCADO DE TRABALHO

A desigualdade entre os gêneros perpassa por um paradigma que sempre legitimou declaradamente a organização familiar como sendo meramente patriarcal, com preferência e visibilidade ao homem tomando frente aos negócios da família, restando à mulher o papel de cuidados com a casa e entes familiares, como crianças e idosos.

A luta pelos direitos das mulheres é de longa data e atingiu grande vitória quando da promulgação da [Constituição Federal de 1988](#), tratando da igualdade de gêneros e representando, assim, um marco na proteção dos direitos das mulheres.

Apesar dessa evolução, ainda há muita resistência da sociedade. A tão sonhada igualdade ainda não se tornou efetiva.

Segundo a ONU Mulheres – entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres –, os direitos econômicos e sociais das mulheres representam o conjunto de direitos em que menos se avançou no mundo nas últimas décadas<sup>2</sup>.

Retornando ao tempo do surgimento do ramo do Direito do Trabalho, verifica-se a principal razão de sua existência, a desigualdade entre as pessoas envolvidas nas relações trabalhistas. E o objetivo que fora o de igualar legalmente as partes que se encontravam em situação desigual.

Em que pese a legítima preocupação com a desigualdade entre empregador e empregado, outros seguimentos necessitavam e ainda necessitam de proteção, sendo este o caso das desigualdades dentro das famílias e os diversos tipos de violências de gênero. A história nos revela que o mercado de trabalho se consolidou com expressivos fatores de desigualdades entre homens e mulheres e também pela cor da pele, que é componente central na estruturação das desigualdades no Brasil. É certo que muitos tipos de desigualdades sociais existem não só no Brasil, mas mundialmente, no entanto, faremos aqui o recorte da desigualdade de gênero.

<sup>1</sup> Publicado como artigo em Revista OAB Rio de Janeiro, com o título **Crescimento Vertical na Carreira – A Barreira Invisível Enfrentada Pelas Advogadas**.

<sup>2</sup> ONU MULHERES BRASIL. **Empoderamento econômico**. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/areas-tematicas/empoderamento-economico/>. Acesso em: 12 nov. 2021.

Não é desconhecido que historicamente as mulheres sempre foram discriminadas, por serem (?) o sexo “frágil” e em relação ao mercado de trabalho não poderia então ser diferente. Além da constante pressão social pela mulher “bela, recatada e do lar”, demonstrando que a proteção constitucional era ilusória e a proteção do trabalho da mulher, demonstrou-se como uma legislação meramente simbólica.

Nos últimos cinquenta anos, por diversas razões em nível mundial, mas por um conjunto de fatores econômicos e culturais apontados pelos estudiosos, como o avanço da industrialização, a continuidade do processo de urbanização e a queda das taxas de fecundidade, houve crescimento do número de mulheres no mercado de trabalho.

Mesmo enfrentando barreiras do preconceito e machismo enraizado nas sociedades, as mulheres vêm ocupando gradativamente mais espaços sociais, políticos, econômicos, bem como em algumas atividades laborativas que não eram bem vistas e passaram a ser valorizadas. Ainda assim, mesmo ingressando mais nesses espaços, pouco poder é destinado às mulheres. É como se o “sexo frágil” tivesse que ser protegido e por isso não pudesse comandar.

Não é difícil constatar que o tratamento dado ao trabalho das mulheres ainda se difere do que é dado ao trabalho dos homens, sendo inexorável que se pense em políticas públicas e ações que possam minimizar tal problema. Ainda que o sistema jurídico-trabalhista traga proteção ao trabalho da mulher, ainda não se tornou efetiva a proteção, haja vista que esses mesmos dispositivos legais acabam, por vezes, afastando as mulheres do mercado de trabalho e mais ainda, da ascensão profissional, como se revela na questão da maternidade.

## **O MONOPÓLIO E DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO NA ADVOCACIA**

Na segunda metade do Séc. XX, as mulheres passaram a ingressar mais em carreiras tradicionalmente masculinas.

Paralelamente a esse fenômeno e pela globalização da economia, a advocacia passou por transformações no modelo de sociedade de advogados, havendo multiplicação dessas sociedades.

Os chefes de Estado sempre foram os homens do Direito, portanto, a carreira jurídica, mais que as demais, sempre foi eivada de machismo, misoginia, exclusão e barreiras. Antigamente, se tinha uma barreira para que as mulheres não ingressassem no mundo do “Direito”, posto que a ciência jurídica sempre foi sinônimo de poder.

Nos últimos anos as carreiras jurídicas, em especial, a advocacia, tem se convertido numa profissão cada vez mais feminina. As mulheres já contabilizam 50% da advocacia brasileira. No Rio de Janeiro, segundo dados do Conselho Federal da OAB, as mulheres ultrapassam já a metade da advocacia.<sup>3</sup>

No Brasil surgiram três tipos mais comuns de escritórios/atuação:

- ✓ um ou poucos advogados – modesto;

<sup>3</sup> <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. (Dados colhidos em 15/07/2020 – advogadas 74.511 e advogados 70.360)

- ✓ Escritórios boutique – um advogado mais conhecido e outros especializados em áreas;
- ✓ Médios ou grandes (e muito grandes) – sociedade de advogados com atendimento a empresas (inclusive estrangeiras) de atuação nacional.

O ingresso de mulheres nas carreiras jurídicas veio acompanhado de um processo de fechamento, baseado em estrutura hierárquica de poder e manutenção de monopólio masculino.

Verifica-se que as mulheres, na busca pelo respeito e aceitação (inconsciente), utilizaram-se de roupas “masculinas” e comportamentos masculinos.

Os níveis da carreira em escritórios de médio e grande porte, em geral baseiam-se na estrutura: júnior, pleno e sênior. E, ao final, chega-se ou espera-se chegar, à parte da sociedade.

Nesse contexto, pesquisas mostram as *mulheres em percentual pequeno, revelando a chamada segregação vertical* ou “teto de vidro” (fenômeno mundial).

As mulheres que ultrapassam esses limites invisíveis, mas reais, infelizmente, são consideradas excepcionais, reforçando a regra de inferioridade de mulheres “comuns”.

Muitas são as causas de evasão de mulheres da advocacia, dentre elas as mais comuns: *maternidade e descrença*. Para os sócios de grandes escritórios, em geral, a percepção é de incompatibilidade entre funções de mãe/dona de casa com as rotinas pesadas do trabalho.

Encontramos, nesses locais, pessoas *a priori* bem intencionadas, mas que espelham o machismo enraizado, com frases tipo: “*estamos pensando nela e em seus filhos*”, quando optam por designar um homem para esta ou aquela reunião/compromisso, ao invés de uma mulher.

Constata-se que 6 em cada 10 profissionais dos 62.309 registrados na OAB em âmbito nacional, com até 25 anos são mulheres. Entre 26 a 49 anos, 54% dos 466.452 advogados são do sexo feminino. Nas faculdades de Direito, a proporção se mantém: 471.499 dos 852.703 estudantes matriculados nos inúmeros cursos do país, o equivalente a 55% do total, são mulheres<sup>4</sup>.

Segundo dados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), que é respondida por todas as pessoas jurídicas com CNPJ ativo na Receita Federal, 55% dos profissionais que possuem vínculo de emprego, em escritórios e/ou em empresas, são mulheres.

Apesar dos expressivos números de contratação de mulheres nos quadros dos escritórios, o cenário se inverte quando se analisa o topo da cadeia.

Um levantamento feito pela advogada Isabelle Glezer, da consultoria Impulso Beta, com alguns dos maiores escritórios do país, mostrou que na base 8 dos 9 escritórios analisados possuíam mais mulheres do que ho-

4 COURA, Kalleo. Não é mimimi. A (quase) feminilização da advocacia. *Jota*, 08 mar. 2017. Especial, Advocacia. Disponível em: <https://www.jota.info/advocacia/nao-e-mimimi-08032017>. Acesso em: 12 nov. 2021.

mens, enquanto as sócias, em média, representavam apenas 30%. “Há uma espécie de teto de vidro na carreira, que cria uma barreira estrutural para a ascensão das mulheres”, analisa Isabelle<sup>5</sup>.

A luta é de todos, mas as mulheres não podem se deixar sujeitar pelas imposições do patriarcado, a voz das mulheres precisa ecoar para que nunca mais as calem e para que não se sintam intimidadas ou inferiorizadas. Tempos sombrios não podem voltar, e a luta diária é para que nunca mais aconteça.

## MASCULINIZAÇÃO DA PROFISSÃO

Quando se fala em trabalho da mulher, em qualquer segmento, é importante destacar que não é dado ao trabalho da mulher o mesmo tratamento que se dá ao do homem, havendo, por conseguinte, a necessidade de mecanismos compensadores de desigualdades.

Infelizmente, o sexismo “invisível” está presente em muitos ambientes profissionais. A discriminação de gênero está nas entrelinhas.

A mulher encontra desafios em todos os campos da sua vida. Diriam alguns que o homem também tem muitos desafios. Claro que tem. Mas o que se pontua aqui é o desafio maior, aquele que vai além do esperado, não em razão de dificuldades financeiras que atingem a sociedade de forma geral, mas aqueles problemas que persistem por conta, simplesmente, do gênero feminino. Tais dificuldades passam despercebidas aos olhos do masculino que acorda todos os dias, lê o jornal, se assombra com algumas notícias, devolve a xícara para a mesa para que sua esposa pegue e lave, e após sai para mais um dia de trabalho, certo de que seu “staff” tem que dar conta da louça, de arrumar a cama, de levar os filhos para a escola e sair para o trabalho, ou não.

Os desafios feminismos já começam aí. Ou melhor, começaram há tempos, quando o mesmo comportamento era utilizado pelo pai, pelo avô, e por toda sociedade patriarcal. Elas saem de casa dispostas a lutar pelo seu aprimoramento profissional e chega ao escritório onde trabalha (fazendo aqui esse recorte de tipo de função, trabalho). Lá, seus colegas homens estão no café debatendo o futebol ou aquela saidinha do fim de semana. Ela chega. Acaba a conversa. Por quê? Talvez porque tenha uma conhecida que namora um deles, ou porque futebol não seja coisa de mulher comentar, ou mesmo porque com a mulher ali já não é mais a mesma coisa.

As mulheres têm que convencer os colegas de trabalho que não há problema em falar desses assuntos na frente delas. Claro, desde que a fala não seja machista e preconceituosa. É, pode ser que não dê mesmo para ela ouvir certos assuntos. Ao menos calada.

Dali então ela segue para responder e-mails a clientes e percebe o tom prepotente em algum deles enquanto sabe que um homem não seria tratado assim. Por quê? Lembramos recente caso (em março de 2017) de colega de trabalho que se fez passar pela colega mulher:

5 COURA, Kalleo. Não é mimimi. A (quase) feminilização da advocacia. *Jota*, 08 mar. 2017. Especial, Advocacia. Disponível em: <https://www.jota.info/advocacia/nao-e-mimimi-08032017>. Acesso em: 12 nov. 2021.

*“Então um dia eu estava mandando e-mail para um cliente e ele está apenas sendo IMPOSSÍVEL. Rude, desdenhoso, ignorando minhas perguntas”, tuitou. Até que ele percebeu que estava assinando como Nicole. Ele então passou a mandar e-mails para o mesmo cliente sob a assinatura dele mesmo, e tudo mudou. “Recepção positiva, me agradecendo pelas sugestões, responde prontamente, dizendo ‘ótimas questões!’. Tornou-se um cliente modelo”, disse ele no Twitter. Após ver a mudança repentina, Schneider e Nicole tiveram uma ideia: iriam mandar e-mails com as assinaturas trocadas por duas semanas. “Eu estava no inferno. Tudo o que eu pedia ou sugeria era questionado. Clientes com os quais eu antes poderia lidar até dormindo mostraram-se arrogantes. Um perguntou se eu era solteiro”, relatou”.<sup>6</sup>*

A verdade é que muitas mulheres acabam concluindo que precisam se masculinizar para “chegar lá”. E as mulheres que optam pela maternidade não se encaixam nesse perfil masculino. A mulher que opta por não ser mãe é vista em geral como aquela que pode chegar à sociedade do escritório, pois ela terá mais tempo para se dedicar, enquanto as mulheres mães, vão ter que parar ou se contentar em serem seniores ou plenas.

Infelizmente esse pensamento está não só entre os homens como também entre as mulheres. Muitas mulheres empresárias – e aqui falando fora da advocacia também – têm receio de contratar mulheres e se alguma delas engravida, pensa que perderá força de trabalho e ainda terá que arcar com os custos da licença maternidade. Sim, isso é um fato. O problema é como se lida com o fato. Enquanto o mercado de trabalho tratar com discriminação a mulher, a possibilidade da gravidez sempre a afastará.

Os homens ainda não dividem tarefas, ainda não são, em sua maioria, parceiros das mulheres. E se os homens precisam ter a sensibilidade e o entendimento sobre a questão, as mulheres precisam entender umas às outras e se apoiar. Isso é sororidade.

## PERSPECTIVAS PARA O ALCANCE DA IGUALDADE DE GÊNERO NA ADVOCACIA

A primeira questão que precisa ser observada é evidenciarmos que a igualdade não foi alcançada e não negar que exista discriminação por sexo.

No contexto de trabalho feminino, o apoio familiar é essencial. Existem países, como a Suécia, por exemplo, em que o pai também tem direito à licença quando do nascimento do filho. Seria o caso de estudarmos a ideia de licença parental nos mesmos moldes da licença maternidade, como opção para o casal conjugal ou somente parental, mas de toda forma, buscarmos uma alteração legislativa, de vez que não só diminuiria a pressão no trabalho para a mulher, como contemplaria também o homem com o direito de estar mais tempo com seus filhos, o que certamente vai ser importante para a criança.

Espaços adequados nos escritórios para as advogadas deixarem seus filhos enquanto trabalham, mostra-se como excelente ferramenta não só para que a mulher sintam-se segura e trabalhe despreocupada, como au-

6 ESTADÃO CONTEÚDO. Editor troca de e-mail com colega mulher e sofre com machismo. *Exame*, 13 mar. 2017. Disponível em: <https://exame.com/carreira/editor-troca-de-e-mail-com-colega-mulher-e-relata-a-experiencia/>. Acesso em: 12 nov. 2021.

mente sua produtividade, inclusive por conta da satisfação pessoal que tal medida acarreta. Muitos países com grandes empresas, como Google e Facebook, já adotaram essas medidas para não só incentivar e melhorar a produção na/da empresa, mas, também, para se aproximarem da realidade de cada funcionário, em especial, àquelas que estejam precisando de atenção especial.

Internamente, nas sociedades de advocacia, importa modificar critérios para se aferir comprometimento. Flexibilidade de horário, *home office*, anteriormente a esse tempo de pandemia da Covid-19, já eram ideias interessantes a serem exploradas, hoje nos parecem mais consolidadas. Regras de *compliance* – responsabilidade social –, também chegam em boa hora para repensarmos conceitos e atuação e essencialmente substituir a cultura de presença pela cultura de responsabilização. Para a aferição de desempenho, não necessariamente é preciso medir as horas trabalhadas internamente, mas essencialmente a dedicação e compromisso.

E além de tudo já apontado, investir em informação e educação da sociedade. É preciso analisar com seriedade a questão, promovendo uma mudança de cultura, aliada à vontade política.

## CONCLUSÃO

Incutiu-se o machismo na sociedade e a manipulação começa desde a infância, sob a falaciosa ideia da mulher como sexo “frágil”, cultuando a supremacia masculina. Em que pesem as diferenças biológicas, não há que se falar em fragilidade “por natureza” e ademais, social, política e juridicamente, não pode existir diferença.

Nos currículos escolares não encontramos o estudo da sexualidade e das questões de gênero e assim se naturaliza a discriminação e a violência contra a mulher.

A grande luta das mulheres por igualdade, passa pela necessidade de visibilidade e respeito à dignidade. A igualdade constitui um direito fundamental e integra o conteúdo essencial da ideia de democracia. Da dignidade humana resulta que todas as pessoas são fins em si mesmas<sup>7</sup>, possuem o mesmo valor e merecem, por essa razão, igual respeito e consideração<sup>8</sup>. A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, mas impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença. E não é por acaso que advogadas há tempos lutam por paridade dentro da sua entidade de classe – sistema OAB.

Aqui cabe uma citação à célebre obra de Simone de Beauvoir, que revolucionou a literatura feminista em meados do século XX. Começamos com a célebre frase que marcou o feminismo de nossos tempos e que abre o segundo volume da obra:

***NINGUÉM NASCE MULHER, TORNA-SE MULHER.*** Nenhum destino biológico, psíquico, econômico, define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que

<sup>7</sup> Uma das formulações do imperativo categórico kantiano tem a seguinte dicção: toda pessoa, todo ser racional existe como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário pela vontade alheia V. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 71 e 68.

<sup>8</sup> Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997, p. 181. A primeira edição é de 1977.

*elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino. Só a mediação de outrem pode constituir um indivíduo como um outro. Enquanto existe para si, a criança não pode apreender-se como sexualmente diferenciada. Entre rapazes e raparigas, o corpo é, em primeiro lugar, a irradiação de uma subjetividade, o instrumento que efetua a compreensão do mundo: é através dos olhos, das mãos, e não das partes sexuais, que apreendem o universo. [...]*

Dar visibilidade às mulheres em suas trajetórias é muito importante. Mostrar aquelas que ocupam cargos de poder é importante para motivar outras a percorrer tal caminho e para motivar a superação de preconceitos históricos que perduraram por séculos nas sociedades, preconceitos ainda expressos.

E, para que se atinja a igualdade efetiva entre os gêneros, as mulheres precisam ser empoderadas no trabalho. Através do trabalho é que elas se emanciparão, não só econômica, mas psicologicamente. A busca vai, muito além, do *status quo* profissional, mas da valoração da própria felicidade da mulher.

O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. – Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana.<sup>9</sup>

Conforme nos ensina Szaniawski<sup>10</sup>: “O direito à vida, o direito à integridade psicofísica e o direito à saúde constituem o trinômio que informa o livre desenvolvimento da personalidade e a salvaguarda da dignidade do ser humano, traduzindo-se no exercício da cidadania”.

As **mulheres** conquistaram espaço no mercado trabalho já há algum tempo. Elas são hoje, por exemplo, 50% da advocacia nacional. Mas algumas situações do dia a dia revelam que, embora enfraquecido e mais velado, o machismo ainda sobrevive nos detalhes.

É preciso ocupar espaços de poder, mas que é do “sexo frágil”, não pode comandar. Essa é a forma de nos colocar no espaço que nos foi destinado historicamente desde o patriarcado e é nítido que precisamos romper esse pensamento para avançar.

Importa pontuar que essa luta não significa tirar o espaço dos homens, mas construir um espaço conjunto, para que tenha o direito de viver plenamente.

O direito à vida é mais que somente possuir vida biológica, é poder viver em plenitude, viver com autonomia, liberdade, dignidade humana e amor, amor a si, amor ao próximo, sem julgamento e sem submeter-se à moralidade da sociedade patriarcal, ou à omissão estatal nas políticas públicas das mulheres. O direito à vida

<sup>9</sup> Ministro Celso de Mello – RE 477.554 AgR/MG

<sup>10</sup> SESSAREGO, Carlos Fernandez. El cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 56, Revista dos Tribunais, 1991. p.176.

é superar-se a cada dia, é evoluir historicamente sem empacar-se sob os olhos maldosos daqueles preconceituosos, machistas e misóginos.

A ocupação de espaços de poder é, sim, possível. A mulher pode e deve ser protagonista da sua própria história. Nunca subestime o poder de uma mulher. Porque o sexo “frágil”, é o que menstrua, engravida, pari, amamenta, trabalha, cuida e vence tantos desafios diariamente.

## REFERÊNCIAS

- COURA, Kalleo. Não é mimimi. A (quase) feminilização da advocacia. **Jota**, 08 mar. 2017. Especial, Advocacia. Disponível em: <https://www.jota.info/advocacia/nao-e-mimimi-08032017>. Acesso em: 12 nov. 2021.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. 1997.
- ESTADÃO CONTEÚDO. Editor troca de e-mail com colega mulher e sofre com machismo. **Exame**, 13 mar. 2017. Disponível em: <https://exame.com/carreira/editor-troca-de-e-mail-com-colega-mulher-e-relata-a-experiencia/>. Acesso em: 12 nov. 2021.
- GAUDIO, Marisa Chaves. Crescimento vertical na carreira – a barreira invisível enfrentada pelas advogadas. **Revista OABRJ**. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/?artigo=crescimento-vertical-na-carreira-a-barreira-invisivel-enfrentada-pelas-advogadas&HTML>. Acesso em: 15 nov. 2021.
- ONU MULHERES BRASIL. **Empoderamento econômico**. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/areas-tematicas/empoderamento-economico/>. Acesso em: 12 nov. 2021.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Institucional. Quadro da advocacia**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em: 12 nov. 2021.
- SESSAREGO, Carlos Fernandez. El cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, v. 56, Revista dos Tribunais, 1991.



## CAPÍTULO 2

# ASSÉDIO E VIOLÊNCIA NO AMBIENTE DE TRABALHO: POR UMA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E PRERROGATIVAS DA MULHER ADVOGADA SOB A LUZ DO ARTIGO 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Ana Karolina Sousa de Carvalho Nunes

“Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, é o que determina o artigo 5º da [Constituição Federal](#), promulgada no dia 5 de outubro de 1988; há 30 anos Nossa Carta Magna estabelece igualdade jurídica entre homens e mulheres no País.

Algo de suma importância é que a sociedade dê atenção às necessidades específicas dos diferentes grupos de mulheres, no caso em tela, o direito das mulheres em carreira jurídica que atuam na seara criminal.

É do conhecimento de todos que, historicamente, o ambiente jurídico tem sido predominantemente masculino. Desde a criação do Instituto dos Advogados do Brasil, em 1843, que deu origem a Ordem dos Advogados do Brasil, passaram-se mais de 60 (sessenta) anos para se ter a primeira advogada inscrita, Dra. Myrthes Gomes de Campos, em 1906, que foi o marco inicial na quebra de paradigmas de que advogar era atividade exclusiva ao mundo masculino.

Inegável que ainda hoje o preconceito contra a inserção da mulher no mercado de trabalho existe, muito mais com estar exercendo cargos e atividades de poder, como a advocacia. Em contrapartida a esse pensamento conservador, a Ordem dos Advogados do Brasil vem se posicionando no sentido de combater práticas que segreguem e retirem direitos de livre exercício da advocacia pelas mulheres.

O Provimento nº. 164, de 29 de setembro de 2015, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que criou o Plano Nacional de Valorização da Mulher Advogada, e a alteração do Regulamento Geral, de setembro de 2018, que condiciona a admissão, para eleições aos cargos diretivos da Ordem, apenas de chapas compostas por pelo menos 30% e no máximo 70% de candidatos de cada sexo, demonstram um reconhecimento institucional dessa realidade.

Ainda, pelo o acréscimo do artigo 7-A, no nosso Estatuto, conquista que foi muito festejada pela classe, pois através da Lei 13.363/2016 conquistamos direitos e garantias para as advogadas gestantes, lactantes, adotantes ou que desse à luz, inclusive abarcando os direitos dos advogados que se tornem pais. No caso das ges-

tantes: a) entrada em tribunais sem ser submetida a detectores de metais e aparelhos de raios-X; b) reserva de vaga em garagens dos fóruns dos tribunais.

Considerando ainda que, em setembro de 2018, o Conselho Federal aprovou em seu Regulamento Geral que, em eleições aos cargos diretivos da Ordem, fossem admitidos o registro apenas de chapas compostas por pelo menos 30% e no máximo 70% de candidatos de cada sexo, trazendo a mulher para dentro das tomadas de decisão da sua instituição.

Com a divisão de vários grupos de trabalho, notadamente as Comissões de Prerrogativas e as Procuradorias para potencializar a defesa da advocacia, as vinte e sete delegações das Seccionais, fizemos a seguinte reflexão:

*Considerando que dos 1.141.300 (um milhão cento e quarenta e um mil e trezentos) profissionais inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, 560.701 (quinhentas e sessenta mil, setecentas e uma) são advogadas, praticamente cinquenta por cento.*

No contexto da desigualdade de gênero no qual estamos inseridos na sociedade brasileira, é necessário que o Conselho Federal da OAB não apenas promova ações para a metade dos inscritos do gênero feminino, mas também que busque implementar, nessas ações, políticas que promovam a redução dessa desigualdade.

*A igualdade que se pretende ver efetivada entre homens e mulheres não é formal, mas material. É preciso garantir que as diferenças não legitimem desigualdade, mas ensejem políticas para garantir a igualdade efetiva no gozo dos direitos e no exercício da advocacia” (trecho da carta Brasília – VII Encontro Nacional das Prerrogativas).*

Nessa toada, cabe fazer a observação de que o assédio é uma forma de violência cometida nos mais variados ambientes: quer seja em casa, no trabalho, nos grupos de estudos, em faculdades, o qual consiste na exposição da vítima a situações vexatórias, constrangedoras e humilhantes, afetando a integridade física e psicológica das vítimas. Tal conduta pode se dar por meio de insultos, acusações, isolamento, fofocas, exclusão social, dentre outras.

Embora pareça absurdo, em pleno século XXI, várias profissionais das mais diversas categorias, incluindo advogadas, estagiárias e estudantes de direito já foram ou são vítimas de assédio. E esses casos são comentados pelos corredores de Fóruns, Tribunais, presídios, delegacias e demais dependências e repartições públicas e privadas, bem como relatos de colegas em reuniões de comissões.

Muitas mulheres sofrem assédio físico e moral no exercício laboral diário, e com as advogadas não é diferente. Grande parte das vítimas de condutas inadequadas tem vergonha de comentar o ocorrido ou até mesmo sentem-se culpadas pelo assédio experimentado. As situações mais comuns de assédio ocorrem em conversas com os vários representantes de todos os poderes, acompanhamento de cliente em delegacias, ingresso no sistema prisional, verificação de processo em secretarias e repartições, corredores de fóruns e tribunais, agências do INSS, Bancos e em qualquer lugar onde a mulher exerça sua profissão, tais situações podem se resumir em piadinhas, gestos ou palavras que menosprezem sua imagem como mulher, não sendo observado o valor e de seu trabalho.

Essas profissionais que buscam o reconhecimento pelo seu trabalho, atuam em prol dos direitos de seus clientes, e não o fazem por ou através de seus atributos físicos ou pelo simples fato de ser mulher.

Segundo uma pesquisa realizada pela Organização Internacional de Combate à Pobreza ActionAid e divulgada em janeiro de 2019, mais da metade, ou 53%, das brasileiras entre 14 e 21 anos convivem diariamente com o medo de ser assediadas. Com este resultado, o Brasil se revela o país onde as meninas se sentem mais ameaçadas cotidianamente, na comparação com outros três pesquisados: Quênia (24%), Índia (16%) e Reino Unido (14%). O medo diário do assédio afeta 41% das adolescentes entre 14 e 16 anos, aumentando para 56% na faixa etária entre 17 e 19 anos, e chegando a 61% entre as brasileiras entre 20 e 21 anos, o que sugere que a consciência sobre os riscos aos quais as mulheres ficam expostas aumenta com o passar do tempo.

A pesquisa, encomendada pela ActionAid e realizada com 2.560 jovens (homens e mulheres) entre 14 e 21 anos nos quatro países, teve o objetivo de descobrir quando e onde a exposição ao ódio contra as mulheres, o que traduz o termo misoginia, começa, e como as experiências generalizadas de assédio sexual ocorrem durante a adolescência.

No Brasil, o estudo foi realizado em dezembro de 2018 e ouviu 500 jovens – 250 mulheres e 250 homens. A amostra incluiu participantes de todos os níveis de escolaridade e de todas as regiões do país.

Entre o grupo de mulheres brasileiras, 78% haviam sido assediadas nos últimos seis meses. Quando perguntadas quais tipos de agressões sofreram, elas relataram assédio verbal (41%), assovios (39%), comentários negativos sobre sua aparência em público (22%), comentários negativos sobre sua aparência nas redes sociais (15%), pedidos de envio de mensagens de texto com teor sexual (15%), piadas com teor sexual que as envolviam feitas em público (12%), piadas com teor sexual que as envolviam feitas nas redes sociais (8%), beijos forçados (8%), apalpadinhas (5%), fotos tiradas por baixo da saia (4%) e fotos íntimas vazadas nas redes sociais (2%). 72% disseram se sentir confortáveis com a ideia de contar a alguém o que havia acontecido – 77% das meninas entre 14 e 16 anos afirmaram que o tinham feito. Esta mesma pesquisa já havia sido feita em meados de 2016, foi verificado à época que aproximadamente 87% das vítimas de assédio não denunciavam que sofreram ou sofrem qualquer das formas de assédio descritas na pesquisa.

A coordenadora da campanha Cidades Seguras para as Mulheres no Brasil, Glauce Arzua, em suas declarações, chamou atenção para os impactos do problema sobre as vidas das mulheres pobres.

*A violência e o assédio nos espaços públicos impedem as mulheres de quebrarem os ciclos de pobreza em que vivem, limitando seu acesso ao estudo e ao trabalho. Essa situação fica clara pelo alto índice de assédio entre as estudantes, 100%. A ActionAid defende um planejamento urbano que leve a perspectiva das mulheres em consideração, e a melhoria dos serviços públicos, para que todas as mulheres tenham seu direito de ir e vir com segurança garantido e possam alcançar seu pleno potencial.*

O silêncio das vítimas decorre do medo de retaliação ou represálias e faz o silêncio imperar, pois precisam atuar constantemente nos locais onde os abusos ocorrem e o maior medo é que alguma retaliação possa causar prejuízo futuro aos seus Constituintes, aos seus trabalhos e no seu convívio social.

Algumas profissionais são tomadas pelo sentimento de culpa, buscando em sua mente se praticaram algum ato que justifique alguma postura desrespeitosa, quando na verdade não possuem culpa alguma por qualquer falta de respeito, ética e decoro de quem quer que seja. Tais agentes ignoram estar diante de uma profissional que deve ser respeitada durante o exercício de sua profissão.

É ponto pacífico o fato e o entendimento de que as prerrogativas profissionais dos Advogados são um dos pilares da existência, harmonia e bom desenvolvimento das instituições, no Estado Democrático de Direito, todavia, faz-se mister ir além, na especificidade das atividades desenvolvidas pelas mulheres, na defesa das causas que lhes são entregues por seus clientes, seja em Juízo, ou fora dele.

Desta feita, guiados pelo princípio existente no Art. 133 da [Constituição Federal](#), e pelo Artigo 6º, da Lei 8.906/94, a Lei 13.363/2016, inseriu no Estatuto da Advocacia e da OAB, o Artigo 7-A, trazendo de forma específica as garantias de exercício profissional da Mulher Advogada, achando-se, ela, no estado gravídico, lactante ou adotante, especialmente que não sejam impostas qualquer limitação na prática profissional, permitindo-lhe os meios necessários à plenitude de suas atividades.

As prerrogativas dos advogados estão previstas pela [Lei nº 8.906/94](#) em seus artigos 6º, 7º e especialmente 7-A. A Lei garante a esse profissional o direito de exercer a defesa plena de seus clientes, com independência e autonomia, sem temor do magistrado, do representante do Ministério Público ou de qualquer autoridade que possa tentar constrangê-la ou diminuir o seu papel enquanto defensora e aplicadora do direito.

A preservação do exercício da advocacia com dignidade e respeito é uma prerrogativa das mulheres advogadas, e também deve ser direcionado às estagiárias e estudantes de direito.

Outras iniciativas no sentido de coibir a prática de assédio foram implementadas em 2016 pela OAB/MA, através do projeto formulado pela então Conselheira Federal, a advogada Dra. Rosanna Galvão Cabral. Porém, a iniciativa da Seccional limitou-se à criação apenas do canal de ouvidoria daquela Seccional para que as advogadas relatem os abusos sofridos durante o exercício de sua profissão, sem nenhuma medida educativa ou eficaz para minimizar ou coibir casos de assédio moral.

O projeto de minha autoria chamado de “DISQUE-DENÚNCIA OAB” (49.0000.2019.007564-7) tem como objetivo reprimir violências e superar desafios enfrentados rotineiramente pelas mulheres especialmente no ambiente prisional, como desrespeito e descaso de suas peculiaridades decorrentes de sua condição fisiológica, cultural e social, especialmente a Mulher Advogada.

Na ocasião, foi proposta a criação de uma equipe multidisciplinar, em cada Seccional, formada por dois integrantes da Comissão de Prerrogativas, dois integrantes da Comissão da Jovem Advocacia, e dois integran-

tes da Comissão da Mulher e da Advogada, por meio de eleição direta, destinada à prestação ininterrupta de atendimento de Advogadas que queriam comunicar situações de violência, discriminação e assédio, pessoalmente ou por telefone, *WhatsApp*, *e-mail*, aplicativo de celular e página da Seccional na internet.

Para a promoção do reconhecimento das peculiaridades existentes no universo feminino, compreendendo a condição de ser mulher, é preciso fortalecer e valorizar cada vez mais a atuação da mulher no mercado de trabalho, principalmente quando no início de carreira, onde a insegurança e a falta de malícia para poder conduzir determinadas situações do cotidiano, a fazem recuar e desistir.

Como muito bem se posicionava a Dra. Myrthes Gomes de Campos, primeira mulher a exercer a advocacia no Brasil, no início do século XX:

*Cada vez que penetrarmos no templo da Justiça, exercendo a profissão de advogada, que é hoje acessível à mulher, em quase todas as partes do mundo civilizado, [...] devemos ter, pelo menos, a consciência da nossa responsabilidade, devemos aplicar todos os meios, para salvar a causa que nos tiver sido confiada. [...] Tudo nos faltará: talento, eloquência, e até erudição, mas nunca o sentimento de justiça; por isso, é de esperar que a intervenção da mulher no foro seja benéfica e moralizadora, em vez de prejudicial como pensam os portadores de antigos preconceitos". (O Paiz, Rio de Janeiro, p. 2, 30 set. 1988).*

A nossa Constituição Federal, em seu art. 133, traz em seu bojo que advocacia é indispensável à administração da Justiça, e garante a sua inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão. Tal situação acontece porque atua na especial condição de agente público de modo a garantir o interesse público pela realização da Justiça. Para garantir tal mister, a advocacia se vale de um rol de direitos imprescindíveis para que possa atuar de forma livre e independente na defesa das garantias da efetivação dos direitos de qualquer cidadão.

É preciso empoderar a mulher advogada e fazer com que ela entenda que pode e deve adentrar em qualquer ambiente sem se sentir constrangida e com isso conseguir exercer de forma efetiva o seu mister, promovendo desta feita a efetivação da justiça e a garantia de direitos fundamentais para todo cidadão que carece do amparo judicial ou de profissional qualificado.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.363, de 25 de novembro de 2016**. Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para estipular direitos e garantias para a advogada gestante, lactante, adotante ou que der à luz e para o advogado que se tornar pai. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113363.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113363.htm). Acesso em: 14 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.363, de 25 de novembro de 2016**. Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para estipular direitos e garantias para a advogada gestante, lactante, adotante ou que der à luz e para o advogado que se tornar pai. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113363.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113363.htm). Acesso em: 14 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm). Acesso em: 14 nov. 2021.

O PAIZ. [Discurso de Myrthes Gomes de Campos, como defensora do Tribunal do Júri]. Rio de Janeiro, p. 2, 30 set. 1988.

# CAPÍTULO 3

## AS CONQUISTAS DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO E A ADVOCACIA FEMININA NA CONTEMPORANEIDADE

Christiane Hessler Furck

### 1 INTRODUÇÃO

As conquistas do gênero feminino no Brasil são recentes, a exemplo do direito ao voto, tardiamente reconhecido portanto. O presente capítulo tem o objetivo de demonstrar, desde o período escravocrata, até os dias atuais, as vitórias alcançadas pela mulher, sobretudo após a promulgação da [Constituição Federal de 1988](#).

Primeiramente, para o estudo das conquistas da mulher na sociedade brasileira, traçamos um relato histórico do período colonial, no qual as mulheres eram totalmente submissas aos pais ou maridos, até a conquista da igualdade de gênero, garantida como direito fundamental e cláusula pétrea, na Carta Magna.

Nessa esteira, elencamos as legislações esparsas que somaram direitos e angariaram vitórias à luta feminina, com ênfase para o Código Civil de 2002, que substituiu a expressão “homem” por “pessoa”, e passou a tratar de “poder familiar”, ao invés de “pátrio poder”, afinal de contas, nesse momento, as mulheres eram sujeitos de direitos.

A mulher ocupa espaço relevante no mundo jurídico, sendo advogada, professora de direito, magistrada, advogada, promotora, procuradora ou defensora, tendo sido reconhecida nas carreiras jurídicas em nosso país, no entanto até os dias atuais são raras as mulheres que ocupam cargos de direção em grandes escritórios ou junto às seccionais e à cúpula da Ordem dos Advogados do Brasil.

No Poder Judiciário existem hoje mulheres de grande destaque, inclusive as que chegaram ao STF – Supremo Tribunal Federal, tendo seguido os passos da pioneira ministra Ellen Gracie Northfleet, nomeada em 2000, pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso.

A advocacia feminina, por sua vez, conquistou direitos no decorrer dos anos, assim como o Provimento 164/2015 que determina que 30% dos membros de comissões da Ordem dos Advogados do Brasil sejam mulheres e a Lei 13.363/2016, que garante a possibilidade de suspensão do processo por trinta dias, caso a mulher tenha dado à luz ou adotado uma criança e seja a única patrona constituída nos autos.

Dessa forma, a análise das conquistas e do papel da mulher advogada em nosso país é de extrema relevância, sobretudo para compreender que a luta feminina pela igualdade de gênero e de direitos foi árdua e que o patamar em que chegamos não é ideal, visto que a batalha da advocacia feminina segue firme.

## 2 REPERCUSSÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DAS MULHERES NO BRASIL

Durante o período escravocrata a mulher ocupou um espaço secundário na sociedade, vivendo sob condições que poderiam ser comparadas às de cães. O homem exercia poder de dominação sobre a mulher.<sup>1</sup>

No Brasil colonial a mulher era considerada diferente do homem em diversos aspectos e a sociedade patriarcal exacerbou essa distinção, o homem era livre e frequentava a sociedade, enquanto a mulher servia para satisfazê-lo sexualmente, cuidar da casa e dos filhos.

As mulheres submetiam-se aos poderes do patriarca (homem). Em pleno aflorar da adolescência (aos quinze anos) as mulheres eram entregues em matrimônio, fazendo com que o domínio mudasse de posição: deixava o domínio paterno para sujeição aos desmandos do marido.<sup>2</sup>

As mulheres raramente saíam de suas casas. A distração permitida era ir à igreja. Acaso pretendessem deixar os pais ou maridos deveriam ficar reclusas num convento, porque, além de se prestarem a um objetivo – casamento e prole –, não detinham liberdade de ir e vir como os homens, a postura subserviente era a inexorável regra social.

A cultura era quase inexistente, mesmo para as mulheres de classes sociais mais abastadas. O sistema educacional, por sua vez, era desprestigiado. Neste sentido, aponte-se sensíveis mudanças a partir da chegada da Família Real ao Brasil e o início do período de urbanização.

A reclusão doméstica a que eram submetidas as mulheres fora, aos poucos, dando espaço para a aceitação da presença feminina em festas, teatros e eventos sociais destinados às classes mais altas.

Entretanto, ainda que se permitisse a participação da mulher nesses palcos, não se esperava o envolvimento em diálogos sofisticados, até porque a instrução escolar completa não lhes alcançara, visto que gozavam de mínima *educação*, o bastante (e mínimo) para tecer meros colóquios informais, o que demonstrava a primariedade da instrução.

Encaminhando-se para o final do século XIX já se admitia que a mulher soubesse ler e escrever, que atuasse como professora ou escritora (de romances, tão-somente), frisando-se a constante submissão ao homem.

1 OLIVEIRA, Ana Carla Menezes. A evolução da mulher no Brasil do período da colônia à república. Seminário Internacional Fazendo Gênero, 11., & 13th Women's Worlds Congress. *Anais...* Florianópolis, 2017. p. 4.

2 OLIVEIRA, Ana Carla Menezes. A evolução da mulher no Brasil do período da colônia à república. Seminário Internacional Fazendo Gênero, 11., & 13th Women's Worlds Congress. *Anais...* Florianópolis, 2017. p. 4.

O avanço tecnológico sentido na sociedade industrial demandou mão de obra. Dá-se, então, por conveniência do capital, a necessidade de admitir as mulheres nas fábricas, travestindo-se o intento primário (mão de obra) com o viés inclusivo (trabalho da mulher).

Logo, admitira-se as mulheres de classes sociais menos favorecidas para executar o trabalho braçal que era exclusivo dos homens. Acentue-se que não havia trato igualitário entre mulheres e homens trabalhadores, pelo contrário, àquelas foram submetidas a extenuantes turnos (beirando a 18 horas) e com salários menores que os homens.<sup>3</sup> Nota-se, portanto, que o desígnio diferenciador continuava vigendo, aproveitando-se o capitalista da mão de obra menos onerosa e à classe política de propaganda social de acolhimento do sexo frágil.

Nesse ínterim, o [Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Lei 3.071, de 01 de janeiro de 1916](#), vigia em conformidade com a [Constituição brasileira de 1891](#), a partir da qual políticas públicas continuavam a segregar homens e mulheres que eram subjugadas e tidas desoladamente como anexo e propriedade do pai ou do marido.<sup>4</sup>

O [Código Civil de 1916](#) representava o reforço de ideais conservadores. A capacidade da mulher para celebrar negócios jurídicos só poderia ser exercida com a anuência do marido, de maneira que as decisões familiares continuavam se sujeitando ao pátrio poder.

A cidadania da mulher foi alcançada em 1932 a partir do [Anteprojeto de Código Eleitoral de 1932](#), seguida pela [Constituição de 1934](#), que consolidou direitos políticos e permitiu que a mulher exercesse o direito ao voto, assim também podendo ocupar espaços públicos.

Por conseguinte, a [Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT \(1943\)](#) teve importante papel social com a positivação de direitos específicos às mulheres, com regulação do exercício do seu trabalho e outorga de proteção em face da maternidade.<sup>5</sup>

As mulheres, finalmente, estavam inseridas no mercado de trabalho, não obstante ocupassem funções precárias, informais, de diminuta qualificação e remuneração e ainda dependessem do consentimento do marido para a celebração de determinados negócios jurídicos.

No dia 27 de agosto de 1962 entrou em vigor o Estatuto da Mulher Casada – [Lei 4.121/62](#). Embora para alguns corroborasse com o papel secundário da mulher na sociedade, permitiria à mulher trabalhar e receber herança independentemente da autorização do marido.

Diversos artigos do Código Civil de 1916 foram alterados pelo Estatuto da Mulher Casada, mas a principal mudança correspondeu à revogação do artigo que estabelecia a incapacidade da mulher para a prática de determinados atos da vida civil, tendo a mulher se tornado economicamente ativa desde então.

3 OLIVEIRA, Ana Carla Menezes. A evolução da mulher no Brasil do período da colônia à república. Seminário Internacional Fazendo Gênero, 11., & 13th Women's Worlds Congress. *Anais...* Florianópolis, 2017. p. 6.

4 COELHO, Renata. A evolução jurídica da cidadania da mulher brasileira. p. 4. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Evoluojuridicadacidaniadamulherbrasileira\\_RenataCoelho.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Evoluojuridicadacidaniadamulherbrasileira_RenataCoelho.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.

5 COELHO, Renata. A evolução jurídica da cidadania da mulher brasileira. p. 4. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Evoluojuridicadacidaniadamulherbrasileira\\_RenataCoelho.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Evoluojuridicadacidaniadamulherbrasileira_RenataCoelho.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.



Passados quinze anos, foi consolidado o direito ao divórcio com a [Lei 6.515/77](#) que estabelecia a possibilidade de dissolução da união conjugal sem restrição a quaisquer direitos civis das mulheres, que poderiam voltar a usar o nome de solteira, exercer a guarda dos filhos, amealhar bens e constituir uma nova sociedade conjugal se assim desejassem.

Importante pontuar que a Convenção das Nações Unidas sobre a eliminação de todas as formas de discriminação das mulheres<sup>6</sup>, adotada em 1979, foi internacionalmente reconhecida como o primeiro instrumento de direitos humanos que tratava especificamente dos direitos da mulher. O Brasil tornou-se signatário desta através do [Decreto Legislativo n. 93, de 1983](#), assinalando compromisso na edição de medidas aptas a coibir e eliminar todas as formas de discriminação das mulheres.<sup>7</sup>

Nessa linha, Flavia Piovesan<sup>8</sup> alerta que a aprovação da convenção correspondeu a uma importante medida para acelerar o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres, que eram traduzidas, também, por medidas compensatórias visando remediar as desvantagens históricas que resultaram no processo discriminatório.

Finalmente em 1988, com a promulgação da [Constituição da República Federativa do Brasil](#), as mulheres tiveram seus direitos igualados aos dos homens, promovendo-se uma igualdade negativa, a partir da não discriminação, como também positiva, tendo em vista a equiparação de direitos e garantias.

A partir da Carta Magna o período de licença maternidade foi majorado para 120 dias, garantindo estabilidade provisória à gestante, o que em diversos aspectos apenas contribuiu para a distinção de gênero no ambiente de trabalho.

Para os mais conservadores a mulher passaria a gerar ônus mais substanciais para o empregador, motivo pelo qual, até os dias atuais, porém com menor intensidade, a mulher goza de salários menores em cargos ocupados pelos homens, ainda que, não raras vezes, detenha maior qualificação profissional.

Em resumo, as [Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967](#) não representaram avanço na garantia dos direitos da mulher, mantendo-se no plano legal sempre subordinada ao homem, sendo pai ou marido. No entanto, a Constituição Federal de 1988 representou o ponto de partida para o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres, consolidando direitos e garantias fundamentais.

### 3 OS DIREITOS DA MULHER A PARTIR DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em 1986, organizou-se o Movimento das Mulheres Agricultoras, tendo sido angariadas 100 mil assinaturas de mulheres rurais que pleiteavam o reconhecimento de seus direitos na [Constituição Federal de 1988](#).

6 ONU. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação das mulheres. Disponível em: [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf). Acesso em: 26 jan. 2021.

7 MULLER, Crisna Maria; BESING, Márcia. A trajetória histórica da mulher no Brasil: da submissão à cidadania. *Revista Augustus*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 45, 2018. DOI: <https://doi.org/10.15202/1981896.2018v23n45p25>. Disponível em: <https://revistas.unisuam.edu.br/index.php/revistaaugustus/article/view/147/64>. Acesso em: 12 nov. 2021. p. 40.

8 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Max Lemonad, 1997.

Nesse sentido, além do direito à documentação para obtenção de benefícios previdenciários (como o auxílio-doença e o salário maternidade), a Constituinte garantiu o direito formal à terra e obtenção de financiamentos bancários.<sup>9</sup>

A Constituição Federal de 1988 foi o grande marco do reconhecimento da igualdade de gênero no Brasil ao afirmar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, além de determinar que o Poder Público seria responsável pelo desenvolvimento de políticas que promovessem a efetiva preservação dos direitos reconhecidos às mulheres.

Nesse sentido, as políticas públicas em prol da defesa dos direitos da mulher e a preservação da igualdade de gênero passaram a ganhar destaque na última década, indicando-se a partir da [Lei 13.105/2015](#) (exame de DNA de forma gratuita), da [Lei 13.239/2015](#) (obrigatoriedade de realização de cirurgia plástica reparadora de sequelas de lesões causadas por atos de violência contra a mulher), [Lei 13.770/2018](#) (obrigatoriedade de realização de cirurgia plástica reparadora de mama para os casos de mastectomia decorrente de câncer de mama), e da [Lei 10.778/2003](#) (notificação compulsória em caso de violência contra a mulher).

Consagrada a igualdade de gênero pela Carta Magna, diversas leis esparsas abrolharam em prol da mulher, cite-se, por exemplo, a Lei Maria da Penha ([Lei 11.340/2006](#)), Lei da União Estável ([Lei 9.278/1996](#)), Lei do Planejamento Familiar ([Lei 9.263/1996](#)) e Lei de Investigação de Paternidade ([Lei 8.560/1992](#)).

Acresça-se proeminente importância na [Lei 9.504/1997](#), pois obrigou os partidos políticos a manterem, no mínimo, 30% de candidatas femininas em suas chapas. Em paralelo, ainda que se diga que o reconhecimento do direito ao voto fora tardio, e é uma verdade, notamos que a participação das mulheres no processo político ganhou força e seriedade.

O [Código Civil de 2002](#) também consagrou direitos básicos às mulheres, após a árdua mobilização e luta por seu reconhecimento, sendo certo que o anteprojeto originário, que antecedeu a própria [Constituição Federal de 1988](#), foi alvo de acaloradas discussões em relação à soberania masculina que os mais conservadores insistiam em manter.<sup>10</sup>

A mais importante mudança promovida pelo Código Civil de 2002 resultou na substituição da expressão “homem” pela palavra “pessoa”, portanto, a mulher poderia sentir-se incluída no contexto legislativo nacional, uma vez que o homem, no sentido estrito, não era o único destinatário da norma.<sup>11</sup>

Ademais, o Código Civil de 2002 também modificou a expressão que exaltava a prevalência masculina, substituindo o denominado “pátrio poder” que passaria a ser designado “poder familiar”. Não obstante, esta-

9 MULLER, Crisna Maria; BESING, Márcia. A trajetória histórica da mulher no Brasil: da submissão à cidadania. *Revista Augustus*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 45, 2018. DOI: <https://doi.org/10.15202/1981896.2018v23n45p25>. Disponível em: <https://revistas.unisiam.edu.br/index.php/revistaagustus/article/view/147/64>. Acesso em: 12 nov. 2021. p. 25.

10 REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.67.

11 REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.67.

beleceu-se ainda que a mulher poderia ser destinatária de herança, independentemente da prova da honestidade, dentre outros excessos que o CC de 2002 coibiu.<sup>12</sup>

Sete anos depois da entrada em vigor do CC de 2002, é promulgado em 2009 o [Decreto Federal 7.037](#) que estabelece o Programa Nacional de Direitos Humanos, a partir do qual se buscou combater qualquer tipo de discriminação, promovendo-se a inclusão social de mulheres, assim como idosos, crianças, adolescentes, lésbicas, homossexuais, bissexuais, transsexuais, pessoas com deficiência e pessoas em situação de rua.

A [Lei 11.804/2008](#) garantiu às mulheres o direito aos alimentos gravídicos durante todo o período de gestação, incluídas despesas alimentícias, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto e medicamentos.

Por conseguinte, em 2015, entrou em vigor a Lei do Feminicídio ([13.014/2015](#)), que adicionou ao artigo 121 do [Código Penal](#) o agravamento da penalidade para o crime de homicídio cometido em razão da condição do sexo feminino.

Renata Coelho relembra algumas mulheres que foram de extrema importância na evolução e conquista da igualdade de direitos, sobretudo no Brasil. Destacando-se a Irmã Dorothy Stang, assassinada no Pará em 2001; Agostinha, escrava fugitiva que ousou em 1860 denunciar os maus tratos de seu senhor à Justiça brasileira; e Maria da Penha (indicada pelo Brasil para o Prêmio Nobel da Paz), cearense, espancada e imobilizada em virtude das sequelas resultantes da violência do marido, levando o Estado brasileiro à Corte Interamericana de Direitos Humanos para garantir a punição do agressor.<sup>13</sup>

Portanto, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 os direitos das mulheres vêm sendo cada vez mais reconhecidos e fortalecidos, entretanto ainda é possível identificarmos a discriminação da mulher, nomeadamente no ambiente de trabalho.

#### 4 A MULHER, O MERCADO DE TRABALHO E AS CARREIRAS JURÍDICAS

A mulher desenvolve inúmeros papéis na sociedade: mãe, dona de casa, esposa e profissional. Contudo a sua inserção no mercado de trabalho pode ser considerada relativamente recente.

A profissionalização das mulheres se dera numa década bastante agitada. Durante o caminhar dos anos 50 a 60 pudemos ver acentuada atenção e, sobretudo, entusiasmo da mulher nos meios sociais. É claro, reconheça-se, ainda persistindo a discriminação de gênero, pois ocupavam cargos de menor destaque e pouca importância.

12 MULLER, Crisna Maria; BESING, Márcia. A trajetória histórica da mulher no Brasil: da submissão à cidadania. *Revista Augustus*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 45, 2018. DOI: <https://doi.org/10.15202/1981896.2018v23n45p25>. Disponível em: <https://revistas.unisuam.edu.br/index.php/revistaagustus/article/view/147/64>. Acesso em: 12 nov. 2021. p. 40.

13 COELHO, Renata. A evolução jurídica da cidadania da mulher brasileira. p. 3. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Evoluojuridicadacidadaniadamulherbrasileira\\_RenataCoelho.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Evoluojuridicadacidadaniadamulherbrasileira_RenataCoelho.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.

Aponte-se, no entanto, que, entremeando a nossa história, até pouco tempo, o salário da mulher era visto como um mero complemento da renda familiar.<sup>14</sup> Adiante, podemos ver que as mulheres alcançaram independência financeira e maior espaço no mercado de trabalho, tendo inclusive encabeçado a luta pela liberdade sexual e a conquista das liberdades civis, pois buscavam autonomia para decidir sobre casamento, filhos e principalmente carreira profissional.

A mulher passou a dedicar-se ao trabalho, não somente para o marido e os filhos, pois também pretendia alcançar voos mais altos e não apenas atuar em funções de diminuta importância, portanto alcançou a tão almejada educação, da qual fora distanciada por tantos anos.

Nesse sentido, verifica-se, entre nós, o crescimento do ingresso de mulheres nas escolas de direito na década de 70,<sup>15</sup> demonstrando de que a mulher almejava cargos melhores e funções mais relevantes, tanto que atualmente o nível de escolaridade das mulheres, em certas áreas, chega a superar o dos homens.<sup>16</sup>

De acordo com a Revista da Fapesp, as mulheres receberam a maioria dos títulos em seis, de nove áreas de pós-graduação, sobretudo no que se refere às ciências da saúde, todavia nas ciências sociais os homens ainda contam com uma ligeira vantagem, pois em 2017, 50,6% dos títulos de doutorado no país foram concedidos aos homens.<sup>17</sup>

A primeira mulher advogada, no Brasil, foi Myrthes Gomes de Campos, nascida no Rio de Janeiro. Em 1898 concluiu o bacharelado em direito pela Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro. Contudo, somente pode ingressar no Instituto dos Advogados do Brasil em 1906.<sup>18</sup>

Gisele Mascarelli Salgado ressalta que:

[...] o Direito ainda é um ramo em que o conservadorismo e os valores patriarcais e machistas imperam e isso tem consequências cotidianas drásticas para a mulher que trabalha no âmbito jurídico. A mulher não é apenas tratada de forma diferente quando está atuando como advogada, promotora, magistrada; mas também quando está atuando como parte nos processos.<sup>19</sup>

O universo do direito que, para alguns ainda aparenta a predominância masculina, desde a década de 90 vem sendo ocupado pelas mulheres, sobretudo nas carreiras públicas, apesar disso, ainda nos dias de hoje são relatadas situações de discriminação, mesmo em face daquelas que ocupam cargos de algum destaque.<sup>20</sup>

14 COELHO, Renata. A evolução jurídica da cidadania da mulher brasileira. p. 4. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Evoluojuridicadacidadaniadamulherbrasileira\\_RenataCoelho.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Evoluojuridicadacidadaniadamulherbrasileira_RenataCoelho.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.

15 BARBALHO, Rennê Martins. **A feminização das carreiras jurídicas**: a construções identitárias de advogadas e juízas no âmbito do profissionalismo. São Carlos: UFSCar, 2008. p. 66.

16 FAPESP. Edição 277, mar. 2019. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/titulos-de-doutorado-no-brasil-participacao-feminina/>. Acesso em: 27 jan. 2021.

17 FAPESP. Edição 277, mar. 2019. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/titulos-de-doutorado-no-brasil-participacao-feminina/>. Acesso em: 27 jan. 2021.

18 GUIMARÃES, Lúcia Maria Paschoal; FERREIRA, Tania Maria Tavares. Myrthes Gomes de Campos: pioneirismo na luta pelo exercício da advocacia e defesa da emancipação feminina. **Revista do Instituto de Estudos de Gênero**, Niterói, v. 9. n. 2, 1. sem, 2009. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/revistagenero/article/view/30908>. Acesso em: 12 nov. 2021. p. 135-151.

19 SALGADO, Gisele Mascarelli. As mulheres no campo do direito: retratos de um machismo à brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 44, n. 2, jan./jun. 2016. p. 65.

20 BARBALHO, Rene Martins. **A feminização das carreiras jurídicas**: a construções identitárias de advogadas e juízas no âmbito do profissionalismo. São Carlos: UFSCar, 2008. p. 61.

René Barbalho alerta para o acirramento da competição no mercado de trabalho, no intuito de homens e mulheres, cada qual, resguardar o seu espaço, principalmente em virtude de novas políticas econômicas e sociais, bem como o avanço tecnológico, inclusive nas carreiras jurídicas.<sup>21</sup>

Nessa esteira, Barbalho relata que os maiores índices de discriminação da mulher nas carreiras jurídicas, ao contrário do que muitos imaginam, se verificam no âmbito privado, na seara da advocacia, visto que a competitividade seria ainda mais acirrada nos escritórios.<sup>22</sup>

Nos anos 90 raras eram as mulheres sócias de grandes escritórios de advocacia, situação que atualmente é mais comum, porém ainda muito distante do equilíbrio que seria ideal, o que traz à baila o questionamento quanto à morosidade para a mulher alcançar o sucesso profissional, sobretudo quando se depara com o desejo da maternidade e o desenvolvimento pessoal.

Nesse ponto vale notar que se as mulheres ocupam mais cargos públicos do que privados, o fenômeno talvez se deva à possibilidade de dedicação simultânea aos aspectos profissional e familiar da vida cotidiana, tendo em vista o volume e a carga de trabalho, assim como a diminuta concorrência com o gênero masculino na magistratura, por exemplo, uma vez que a advocacia é considerada profissão que demanda tempo integral, apesar a flexibilidade de horários.<sup>23</sup>

Curioso notar ainda que a presença da mulher na magistratura é mais relevante na Justiça do Trabalho que, nas palavras de Ana Julia Souza, teria sido mais receptiva que a Justiça comum, o que talvez demonstre a íntima relação com o aspecto social, inclusive no que diz respeito à maior inclusão das mulheres nas carreiras públicas.<sup>24</sup>

As professoras de direito, por seu turno, são minoria nas faculdades de direito, de acordo com o observatório do ensino do direito da FGV-SP realizado em 2013, concluindo-se que a maior parte dos professores são mestres do sexo masculino e trabalham em regime de dedicação parcial.<sup>25</sup>

Pesquisas francesas e norte-americanas demonstram que para a mulher alcançar o sucesso profissional é necessário que se dedique menos à vida privada, abdicando ou postergando a maternidade, se o caso, fazendo com que seja prevalente o tempo despendido com os assuntos profissionais.<sup>26</sup>

21 BARBALHO, René Martins. **A feminização das carreiras jurídicas**: a construções identitárias de advogadas e juízas no âmbito do profissionalismo. São Carlos: UFSCar, 2008. p. 62.

22 BARBALHO, René Martins. **A feminização das carreiras jurídicas**: a construções identitárias de advogadas e juízas no âmbito do profissionalismo. São Carlos: UFSCar, 2008. p. 68.

23 BARBALHO, René Martins. **A feminização das carreiras jurídicas**: a construções identitárias de advogadas e juízas no âmbito do profissionalismo. São Carlos: UFSCar, 2008. p. 68.

24 SALGADO, Gisele Mascarelli. As mulheres no campo do direito: retratos de um machismo à brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 44, n. 2, jan./jun. 2016. p. 65.

25 Observatório do ensino do direito: um projeto permanente para conhecer a realidade do ensino jurídico no Brasil. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/observatorio-ensino-direito>. Acesso em: 30 jan. 2021.

26 BARBALHO, René Martins. **A feminização das carreiras jurídicas**: a construções identitárias de advogadas e juízas no âmbito do profissionalismo. São Carlos: UFSCar, 2008. p. 165.

A despeito da notória dificuldade de a mulher se desdobrar entre a carreira profissional e a dedicação à família, fato é que o número de mulheres advogadas no Brasil tem crescido vertiginosamente, embora se constate que o índice de reprovação das mulheres no exame da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil, superou o dos homens.<sup>27</sup>

## 5 A MULHER ADVOGADA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Patrícia Bertolin se manifesta no sentido de que:

[...] houve expressivo crescimento do número de mulheres ingressantes no quadro de inscritos na OAB-SP, o que também ocorreu nas outras seccionais da entidade. A despeito desse aumento quantitativo, não se pode perder de vista que os processos de feminização das profissões envolvem, também, componentes quantitativos e alterações importantes no mercado de trabalho e no modo de exercício das profissões.<sup>28</sup>

Corroborando o crescimento do número de mulheres advogadas no país, em 2015 a Ordem dos Advogados do Brasil, por meio do Provimento 164/2015, criou o plano de valorização da mulher advogada, estabelecendo algumas diretrizes, tais como a obrigatoriedade de comissões da entidade admitirem o mínimo de 30% de membros mulheres.

Dentre o que determinava o plano de valorização da mulher advogada estava a elaboração de propostas que apoiassem a mulher para o exercício da advocacia, a promoção de diálogo com instituições que incentivassem a humanização das estruturas do Poder Judiciário para as mulheres.

Ainda em 2015, foi idealizada a primeira Conferência Nacional da Mulher Advogada, que recentemente contou com a terceira edição, no intuito de fomentar a participação das mulheres na advocacia, com o compromisso de promover e atuar em debates no que diz respeito a violência contra a mulher. Por conseguinte, o ano de 2016 foi intitulado pela Ordem dos Advogados do Brasil o ano da mulher advogada através do movimento “Mais Mulheres na OAB”<sup>29</sup>.

Todavia, em 2016 apenas 13% do Conselho Federal da OAB era representado por mulheres e dentre as 27 seccionais da entidade apenas uma delas era presidida por uma mulher, sendo que a diferença salarial entre homens e mulheres que exercem o mesmo cargo ainda existe, o que denota que por mais vitórias que tenham sido alcançadas ainda há muito a ser feito.<sup>30</sup>

Evenise Ribeiro de Almeida assevera:

27 SALGADO, Gisele Mascarelli. As mulheres no campo do direito: retratos de um machismo à brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 44, n. 2, jan./jun. 2016. p. 72.

28 BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. Feminização da advocacia e ascensão das mulheres nas sociedades de advogados. *Cad. Pesqui.*, v. 47, n. 163, jan./mar. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/198053143656>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/Z8NrPDWppTw9HTVNFsGyGPT/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 31 jan. 2021.

29 ORGANIZAÇÃO DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). OAB proclama 2016 o Ano da Mulher Advogada. 06 jan. 2016. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/29169/oab-proclama-2016-o-ano-da-mulher-advogada>. Acesso em: 30 jan. 2021.

30 BRAGA, Sérgio Pereira; DRUMOND, Isabella de Carvalho. *A advogada na contemporaneidade e o papel da OAB na implementação de políticas públicas voltadas para a redução das diferenças de gênero*. CONPEDI: Cidadania e desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. 25., 2016. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 75.

[...] as relações de poder envolvendo o gênero no interior das comissões da OAB, objeto de nosso estudo, somente poderão ser percebidas se levarmos em consideração o gênero como formas de lutas que extrapolam as diferenças por sexo. Assim, buscamos apontar que os tratamentos desiguais não se justificam pela diferença de sexo, mas nas relações de poder envolvendo o gênero no interior da Ordem. Se a nomeação depende de um ato de quem está no topo da hierarquia e esse alguém é um homem, logo quem nomeia e indica uma comissão tem o poder de escolha. Dada a quantidade de mulheres formadas em cursos de Direito, como demonstramos, e dada a quantidade de mulheres inscritas na OAB, era de se esperar que mais mulheres estivessem na condução das comissões. Todavia, não é isso que ocorre, o que nos permite inferir que as escolhas fazem parte das relações de poder, sendo que nessas relações, o homem, pela estrutura hierárquica da Ordem, ainda é privilegiado.<sup>31</sup>

Com efeito, em 25 de novembro de 2016 entrou em vigor a [Lei 13.363/2016](#), que promoveu alterações no Código de Processo Civil e no Estatuto da Advocacia, para estipular direitos e garantias à advogada gestante, lactante, adotante, ou que der à luz.

Curioso notar que a Lei 13.363/2016, denominada Lei Julia Matos, foi resultado do projeto de lei encabeçado por 400 advogadas, tendo em vista o constrangimento sofrido por uma advogada, cujo período gestacional se encaminhava para o final, que, ao pedir preferência para sustentar oralmente, no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), teve seu pedido negado pelo então Ministro Joaquim Barbosa.

Portanto, depois de aguardar por uma manhã e tarde inteiras e finalmente realizar a sustentação oral, a advogada foi imediatamente levada ao hospital, já tendo contrações e dando à luz de forma prematura sua filha, o que motivou a elaboração do projeto de lei.

Nesse sentido, a advogada na maternidade tem assegurados, de acordo com a alínea A, do art. 7º, do Estatuto da Advocacia, o direito de não passar pelo raio X ou detectores de metal ao adentrar aos tribunais, direito à vaga de estacionamento gratuita nos fóruns e tribunais, equiparada às vagas destinadas as pessoas com mobilidade reduzida, bem como direito à suspensão dos prazos processuais por trinta dias, à partir do parto, ou adoção caso seja a única patrona nos autos e direito de preferência na ordem de sustentações orais dos tribunais.

Desse modo, nota-se que são muito recentes as conquistas da mulher advogada que, apesar de ser indispensável para a administração da justiça, de acordo com o que dispõe o artigo 133, da Constituição Federal e não obstante exerça o múnus público essencial para garantia da cidadania, tanto quanto o homem advogado, ainda encontra percalços na advocacia feminina.

Nessa linha, vale mencionar que Barbalho verificou que a Associação dos Advogados do Canadá confirmou pesquisa que concluiu que há uma barreira invisível que impede o acesso das mulheres advogadas a cargos mais elevados em escritórios de advocacia, fenômeno que se denomina “teto de vidro”, ou em alguns casos “porta de aço” para a minoria das advogadas.<sup>32</sup>

31 ALMEIDA, Evenise Ribeiro de. *Gênero e empoderamento das advogadas junto às comissões da Ordem dos Advogados do Brasil na Região Norte*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Tocantins. Palmas, 2016. p. 71.

32 BARBALHO, Rene Martins. *A feminização das carreiras jurídicas: a construções identitárias de advogadas e juízas no âmbito do profissionalismo*. São Carlos: UFSCar, 2008. p. 67.

Sendo assim, verifica-se que a mulher advogada acaba por ocupar cargos de menor relevância, sobretudo no âmbito privado, tanto que, vale repetir que tem aumentado o número de mulheres que são sócias de grandes escritórios de advocacia, porém ainda são poucas, comparando-se com o volume de homens que dirigem grandes bancas de advogados.

Bonelli e Barbalho concluíram:

[...] Ao contrário da visão neutra, a literatura especializada relaciona a concentração das advogadas nas posições menos valorizadas da carreira ao preconceito das firmas, que partem do estereótipo que as advogadas não têm disponibilidade para o grau de dedicação exigido e precisam provar sua competência – pré-julgamentos que não se aplicam aos advogados – como resultado de um ‘script sexuado’. Nele, a conciliação da vida familiar e profissional é atribuição exclusivamente feminina e a pressuposição da competência na esfera profissional é monopolizada pelos homens.<sup>33</sup>

Vários são os fatores que beneficiam os advogados em detrimento das advogadas no processo de profissionalização. O capital social é o primeiro deles. Para Schultz e Shaw (2003), o capital acadêmico é partilhado por ambos os gêneros, mas a entrada na profissão e a progressão nela dependem do acesso a grupos hegemônicos de poder que atuam como mentores e notáveis. Como as mulheres estão menos posicionadas no topo da profissão, elas têm mais dificuldade de constituir essas redes. Além disso, chegar até a posição de sócio requer capital social para recrutar novos clientes empresariais e debitar mais horas de serviços prestados. O caminho até lá passa pela sociabilidade em práticas que consolidam vínculos de masculinidade, como formar times de futebol, sair para beber com os colegas, conversar sobre esportes, jantar com clientes, entre outras atividades que compõem o diferencial de gênero não acessível às advogadas.<sup>34</sup>

Nessa esteira, a mulher encontra entraves até os dias atuais para alcançar posição de destaque e chegar ao quadro societário de grandes escritórios de advocacia, assim como as dificuldades para angariar maioria feminina nos cargos de maior relevância e poder dentro da própria OAB – Ordem dos Advogados do Brasil.

Entretanto, é fato que a mulher se desvelou, acadêmica e profissionalmente, dedicando-se ao exercício da advocacia seja de forma autônoma, em pequenos escritórios de advocacia ou grandes bancas de advogados, tendo galgado grandes vitórias e nem por isso deixado de se dedicar também à vida pessoal, inclusive a maternidade.

Em 2017, o então presidente da OAB, Claudio Lamachia, lançou o censo da mulher advogada com o objetivo de realizar o mapeamento e desenhar o perfil das mulheres que exerciam a advocacia no país, instrumento a partir do qual se poderiam desenvolver mecanismos mais efetivos e políticas públicas para o fortalecimento da advocacia feminina.

Sob a presidência de Felipe Santa Cruz, em 2019, o pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aprovou súmula que proíbe que bacharéis envolvidos em casos de violência doméstica e contra idosos, crianças e deficientes possam obter a inscrição na entidade, uma iniciativa considerada histórica.

33 BONELLI, Maria da Glória; BARBALHO, Rennê Martins O profissionalismo e a construção do gênero na advocacia paulista. *Revista Sociedade e Cultura*, v. 11, n. 2, jul./dez. 2008. DOI: <https://doi.org/10.5216/sec.v11i2.5287>. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/fcs/article/view/5287/4326>. Acesso em: 12 nov. 2021. p.279.

34 BONELLI, Maria da Glória; BARBALHO, Rennê Martins O profissionalismo e a construção do gênero na advocacia paulista. *Revista Sociedade e Cultura*, v. 11, n. 2, jul./dez. 2008. DOI: <https://doi.org/10.5216/sec.v11i2.5287>. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/fcs/article/view/5287/4326>. Acesso em: 12 nov. 2021. p.281.



Por fim, em dezembro de 2019 foi lançada nacionalmente a Cartilha de Prerrogativas da Mulher advogada, resultado do fortalecimento e defesa da advocacia feminina, com destaque para os alertas a respeito do assédio, que nada mais retrata que uma forma de violência, da discriminação e violência de gênero que jamais podem ser admitidas, da liberdade de escolha da vestimenta pela advogada e da igualdade de remuneração em face dos homens quando ocuparem o mesmo cargo.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A feminização da advocacia é um fenômeno crescente, desde os anos 1980, tanto na seccional paulistana da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo volume de inscrições de mulheres nos quadros, em 2016, saltou de 25,33% para 39,47%, quanto em outras localidades no país.<sup>35</sup>

Denota-se que a mulher advogada tem alçado voos altos, conquistado posição de destaque dentre as carreiras jurídicas, no entanto o movimento para que seja fortalecida a advocacia feminina em nosso país não pode considerar-se vitorioso, em vista das inúmeras dificuldades que ainda são encontradas por estas profissionais.

Impende, nesse sentido, persistir na luta pela valorização e apoio da advocacia feminina que por exemplo, até os dias atuais, não pode contar com o pagamento de auxílio maternidade para mães advogadas carentes, salvo em São Paulo, assim como o faz a Caixa de Assistência aos Advogados de São Paulo (CAASP).

Ademais, os fóruns e tribunais, onde existe atualmente a casa do advogado poderiam abrigar os filhos de mães advogadas, que não tem com quem deixá-los, assim como foi implementado no Piauí, hipótese que talvez pudesse promover a equiparação das advogadas aos homens com os quais competiriam em pé de igualdade.<sup>36</sup>

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Evenise Ribeiro de. **Gênero e empoderamento das advogadas junto às comissões da Ordem dos Advogados do Brasil na Região Norte**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Tocantins. Palmas, 2016.

BARBALHO, Rennê Martins. **A feminização das carreiras jurídicas: a construções identitárias de advogadas e juízas no âmbito do profissionalismo**. São Carlos: UFSCar, 2008.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. Feminização da advocacia e ascensão das mulheres nas sociedades de advogados. **Cad. Pesqui.**, v. 47, n. 163, jan./mar. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/198053143656>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/Z8NrPDWppTw9HTVNFsGyGPt/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 31 jan. 2021.

BONELLI, Maria da Glória; BARBALHO, Rennê Martins O profissionalismo e a construção do gênero na advocacia paulista. **Revista Sociedade e Cultura**, v. 11, n. 2, jul./dez. 2008. DOI: <https://doi.org/10.5216/sec.v11i2.5287>. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/fcs/article/view/5287/4326>. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRAGA, Sérgio Pereira; DRUMOND, Isabella de Carvalho. **A advogada na contemporaneidade e o papel da OAB na implementação de políticas públicas voltadas para a redução das diferenças de gênero**. CONPEDI: Cidadania e desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. 25., 2016. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

35 BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. Feminização da advocacia e ascensão das mulheres nas sociedades de advogados. **Cad. Pesqui.**, v. 47, n. 163, jan./mar. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/198053143656>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/Z8NrPDWppTw9HTVNFsGyGPt/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 31 jan. 2021.

36 BRAGA, Sérgio Pereira; DRUMOND, Isabella de Carvalho. **A advogada na contemporaneidade e o papel da OAB na implementação de políticas públicas voltadas para a redução das diferenças de gênero**. CONPEDI: Cidadania e desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. 25., 2016. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 77.

COELHO, Renata. A evolução jurídica da cidadania da mulher brasileira. p. 4. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Evoluojuridicadacidaniadamulherbrasileira\\_RenataCoelho.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Evoluojuridicadacidaniadamulherbrasileira_RenataCoelho.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.

FAPESP. Edição 277, mar. 2019. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/titulos-de-doutorado-no-brasil-participacao-feminina/>. Acesso em: 27 jan. 2021.

GUIMARÃES, Lúcia Maria Paschoal; FERREIRA, Tania Maria Tavares. *Myrthes Gomes de Campos: pioneirismo na luta pelo exercício da advocacia e defesa da emancipação feminina*. **Revista do Instituto de Estudos de Gênero**, Niterói, v. 9. n. 2, 1. sem, 2009. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/revistagenero/article/view/30908>. Acesso em: 12 nov. 2021.

MULLER, Crisna Maria; BESING, Márcia. A trajetória histórica da mulher no Brasil: da submissão à cidadania. **Revista Augustus**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 45, 2018. DOI: <https://doi.org/10.15202/1981896.2018v23n45p25>. Disponível em: <https://revistas.unisuam.edu.br/index.php/revistaaugustus/article/view/147/64>. Acesso em: 12 nov. 2021.

OLIVEIRA, Ana Carla Menezes. A evolução da mulher no Brasil do período da colônia à república. Seminário Internacional Fazendo Gênero, 11., & 13th Women's Worlds Congress **Anais...** Florianópolis, 2017.

ONU. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação das mulheres**. Disponível em: [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf). Acesso em: 26 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). OAB proclama 2016 o Ano da Mulher Advogada. **06 jan. 2016**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/29169/oab-proclama-2016-o-ano-da-mulher-advogada>. Acesso em: 30 jan.2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Max Lemonad, 1997.

REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SALGADO, Gisele Mascarelli. As mulheres no campo do direito: retratos de um machismo à brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 44, n. 2, jan./jun. 2016.

# CAPÍTULO 4

## MACHISMO ESTRUTURAL E O DIREITO À LIBERDADE DE TRABALHO E PROFISSÃO NA CARREIRA DA MULHER ADVOGADA: DESAFIOS E PERSPECTIVAS.

Christiane do Vale Leitão

Raquel Andrade

A garantia constitucional de liberdade no exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, encontra “forte relação com o direito ao desenvolvimento da personalidade, pelo fato de que se trata tanto de uma finalidade quanto de um fundamento da vida pessoal, ao mesmo tempo viabilizando que o indivíduo possa contribuir para a vida social como um todo”.

Ao elencar entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais, a erradicação da pobreza e da marginalização e a garantia do desenvolvimento social, o Constituinte demonstra preocupação com a proteção do trabalho enquanto valor fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, a [Constituição Federal de 1988](#) prevê no artigo 5º, inciso XIII a liberdade do exercício laboral como direito fundamental:

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

(...)

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

É certo que os direitos de liberdade apresentam restrições que podem constar de maneira expressa no texto constitucional ou serem impostas mediante iniciativa do legislador. As normas de eficácia contida admitem restrições de caráter legal que atuam como instrumento de contenção à liberdade do exercício do direito previsto constitucionalmente, mesmo que o enunciado da norma não apresente a previsão de restringibilidade.

Na análise das restrições impostas ao exercício de certos direitos fundamentais, habitualmente a investigação dá-se em caráter normativo, na qual se expõe restrições constitucionais ou infraconstitucionais. Assim, o direito fundamental à liberdade de trabalho, ofício ou profissão apresenta limitações infraconstitucionais relacionadas, em regra, às qualificações profissionais pré-estabelecidas que configuram pré-requisitos e acabam

por condicionar o exercício da atividade laboral. Saliente-se que tais critérios podem ser combinados a condições subjetivas, de natureza física ou psicológica, por exemplo.

No entanto, faz-se necessária uma análise sociojurídica no que tange às limitações estruturais, construídas na práxis social que, embora não tenham “força normativa”, interferem consideravelmente na plenitude do exercício de direitos fundamentais, sobretudo por parte de grupos sociais minorizados.

Determina o art. 133, da Carta Magna, que o advogado é indispensável à administração da justiça. Não obstante a função institucional que a advocacia representa no Sistema de Justiça Brasileiro, compreendemos que a atividade jurídica se sobrepõe à mera prática profissional e apresenta diversas interfaces políticas que devem ser consideradas.

No que se refere ao critério filosófico-liberal, advocacia é a atividade jurídica exercida pelos guardiães das liberdades humanitárias, políticas e filosóficas. Quanto ao critério político, advocacia é considerada atividade que proporciona a defesa de interesses de pessoas envolvidas em conflitos sociais. Do ponto de vista constitucional-positivo, a advocacia é uma das funções essenciais à justiça, sendo o advogado indispensável à administração desta, como já mencionado. E finalmente, sob a perspectiva legalista, a advocacia é a atividade privativa de bacharel em Direito, regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

O Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994) prevê de maneira expressa em seu art. 2º que o advogado é indispensável à administração da justiça. Ademais disto, a prática da advocacia representa função essencial à manutenção e ao fortalecimento dos valores democráticos. Não há como dissociar o caráter essencial da atividade, qual seja, a defesa da liberdade e igualdade na preservação de direitos, da democracia enquanto valor social.

Assim, é válido mencionar a definição de advogado, trazida por Sodré<sup>□</sup>

O advogado exerce função social, pois ele atende a uma exigência da sociedade. Basta que se considere o seguinte: *sem liberdade, não há advocacia. Sem a intervenção do advogado, não há justiça, sem justiça não há ordenamento jurídico e sem este não há condições de vida para a pessoa humana. Logo, a atuação do advogado é condição imprescritível para que funcione a justiça.* Não resta, pois, a menor dúvida de que o advogado exerce função social.

Em suma, a relação axiológica entre o exercício da advocacia e os valores fundamentais da liberdade e igualdade no estado democrático de direito impõem que a prática política da função de advogado deva ocorrer em condições similares. Deste modo, os valores constitucionais que sustentam o exercício da atividade jurídica devem ser, da mesma forma, fundamentais quando da práxis social da profissão.

No Brasil, a notada ausência de representatividade feminina na política, apesar da composição em 52% do eleitorado brasileiro (Tribunal Superior Eleitoral – TSE, 2018), coaduna com a invisibilidade feminina nos espaços de poder, muito embora 51,7% da população brasileira seja constituída por nós, mulheres (IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua 2018).

Nesse sentido, faz-se necessária a distinção entre participação e representatividade. Não diferindo do restante da sociedade brasileira, as mulheres participam ativamente da prática da advocacia, mas carecem de representatividade institucional. Prova disto é o fato de que em 90 anos de existência a Ordem dos Advogados e Advogadas do Brasil nunca foi presidida por uma mulher.

Atualmente, a advocacia brasileira é constituída por aproximadamente 1,1 milhão de advogados e advogadas. Os homens que exercem a profissão representam 592.462 advogados e as mulheres 581.772 advogadas. No entanto, a maioria quantitativa masculina, em cenário que praticamente aproxima em 50% a representatividade de gênero na atividade, é mitigada quando há comparação etária. As mulheres representam 56% entre advogados até 40 anos. Entre advogados até 25 anos, a advocacia feminina representa aproximadamente o dobro da proporção, chegando a 44.297 advogadas em comparação a 23.931 advogados. Somente entre advogados com mais de 60 anos, 68% são homens (136.459) e 32% mulheres (65.418).

Da análise dos dados acima não é difícil deduzir que em breve, a quase irrisória diferença numérica que ainda induz maioria na composição quantitativa da advocacia por homens, será superada. Deste modo, é certo que, em curto prazo, a advocacia será composta em sua maioria por mulheres.

Não obstante, a situação da desigualdade de gênero institucional é ainda mais latente quando verificada a composição das seccionais nos estados brasileiros no triênio 2019-2021. Não há sequer uma mulher nos 26 estados brasileiros mais o Distrito Federal ocupando o cargo de presidente. Ademais, das 81 vagas no Conselho Federal, somente 16 são ocupadas por mulheres.

Constata-se que a lógica da desigualdade de gênero, que mantém uma ordem social sustentada no binômio privilégios-desigualdades, aderiu às práticas institucionais na advocacia brasileira. As mulheres ainda não possuem as mesmas condições estruturais que os homens para construção de trajetória profissional que conduza aos cargos de protagonismo político não apenas no Sistema OAB, mas nas carreiras jurídicas em geral.

Apesar da crescente participação das mulheres nas faculdades de Direito, no mercado de trabalho os números demonstram que a trajetória feminina no âmbito jurídico enfrenta barreiras relacionadas à condição de gênero que impedem a ascensão profissional: menos de 20% das advogadas chegam a ser sócias nos 10 maiores escritórios do país.

Nesse sentido, a centralidade do poder na figura masculina, verificada na ocupação dos lugares de protagonismo na prática da advocacia e na política de ordem, configura um dos elementos fundamentais do patriarcado que repercute na carreira das advogadas.

O patriarcado é definido como um dos sistemas de manutenção de privilégios que impõe um estado de opressão e injustiça em face das mulheres. Já o machismo pode ser determinado como um modo de ser, que privilegia e impõe a superioridade dos homens a todos os demais indivíduos, em razão da masculinidade.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> TIBURI, Marcia. **Feminismo em comum**: para todas, todes e todos. São Paulo: Record, 2018.

A naturalização da subalternização e invisibilidade das mulheres culturalmente instituídas pelo patriarcalismo provoca a ausência de representatividade feminina em múltiplos lugares sociais. Sem representatividade feminina qualitativa, decorrente da ocupação de funções nas quais incidam algum poder coletivo decisório, os espaços políticos e institucionais transformam-se em lugar social não democrático. Isto ocorre em razão dos múltiplos privilégios adquiridos, em regra, pela condição de gênero e raça que conduziram “naturalmente” o sujeito (homem, branco) ao lugar de poder.

Como já mencionado, na apreciação do direito à liberdade do exercício da profissão, via de regra, são analisadas questões normativas ou objetivas. No entanto, é imprescindível uma análise cultural, social e econômica dos efeitos decorrentes da cultura machista e do patriarcalismo, bem como a incidência destes fenômenos, na plenitude do direito à liberdade do exercício da profissão da advogada, sobretudo em comparação aos advogados.

Assim, é válido questionar se no contexto laboral da advocacia, atendidos os devidos critérios de qualificação e limites legais, as mulheres dispõem de condições materiais de igualdade além das previstas formalmente, quando da análise das possibilidades de exercício profissional.

A combinação normativa constitucional que contempla a não admissão pelo Estado Brasileiro de práticas discriminatórias em razão do sexo (leia-se gênero), assim como a expressão máxima do princípio da igualdade propriamente dito, previstos respectivamente no art. 3º e 5º da CF/1988 enquanto objetivo e direito fundamental na República Federativa do Brasil, demonstra a intenção do Constituinte de repudiar a desigualdade como elemento de distinção no usufruto de direitos não condizente com a justiça social.

No que tange à materialização do princípio da igualdade quando da aplicação a grupos minorizados presumidamente em situação de desigualdade social, destacamos a perspectiva da autora Yandra Maria Pereira Gurgel:

A igualdade de oportunidades pressupõe tratamento diferenciado, conforme as necessidades específicas de cada um. Para tanto, é essencial realizar comparações entre as condições e oportunidades entre os atores sociais, pois não cabe tratamento linear a todos.

Essencial reconhecer e identificar as capacidades e necessidades específicas, a fim de ofertar a cada um tratamento diferenciado. Quando o Princípio da Igualdade assegura que todos são iguais perante a lei, deve-se considerar tratamento igual a pessoas em condições iguais ao desenvolvimento das capacidades; e tratamento desigual, quando o tratamento igual agrava as desigualdades sociais.<sup>2</sup>

A carreira da mulher advogada é permeada por complexos fatores determinados pela construção de papéis sociais em razão do gênero, que limitam a atuação profissional na carreira jurídica. Deste modo, as restrições impostas ao exercício da profissão por parte das advogadas, terminam por não alcançarem os advogados.

<sup>2</sup> GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação**: sua aplicação às relações de trabalho. Editora LTR, 2010. p. 60.

Deste modo, é válido classificar alguns elementos que compõem os cenários da desigualdade, que impedem a plenitude do exercício da advocacia por parte das mulheres. Identificamos elementos de natureza objetiva e subjetiva.

Sob uma perspectiva subjetiva, o primeiro fenômeno a ser considerado é a preponderância das práticas machistas no ambiente institucional. A subalternização das advogadas em funções operacionais ou de “secretariado” no ambiente corporativo, o silenciamento e a invisibilização política das advogadas em ocasiões relevantes, a desconsideração dos posicionamentos institucionais que partem das mulheres, são exemplos de condutas discriminatórias que terminam por afastar as advogadas de negociações, articulações ou decisões que importantes no exercício profissional ou político da carreira.

Outra prática machista relevante é subestimar constantemente as mulheres que conseguiram atingir determinados espaços de destaque. Ao contrário dos advogados que ocupam as mesmas funções, com idêntica ou até inferior qualificação, as advogadas que ocupam cargos importantes na carreira jurídica precisam comprovar reiteradamente sua capacidade profissional ou são induzidas constantemente a ampliar a formação acadêmica para que se mantenham nesta posição.

Além dos elementos de natureza subjetiva descritos acima, cumpre reforçar as práticas de objetificação e hipersexualização feminina no ambiente de trabalho. Por óbvio, tais fenômenos atingem as mulheres para além da carreira de advogada. No entanto, o exercício da advocacia é sustentado pela qualidade e amplitude do *networking*, práxis indispensável à captação de clientes, à formação de sociedade de advogados, à composição de parcerias etc. O caráter machista que provoca a sexualização das intervenções profissionais da mulher advogada, certamente é um dos principais obstáculos para a efetivação de um *networking* em igualdade de oportunidades.

Os fatores de natureza objetiva são constantemente renovados pela lógica social que elegeu a figura feminina como “cuidadora social”. Os cuidados com os filhos, parentes idosos e enfermos, além da administração do lar, são algumas funções impostas às mulheres que demandam tempo, dedicação e energia imensurável. Logo, as múltiplas jornadas decorrentes de tais responsabilidades domésticas, familiares e comunitárias, retiram das mulheres advogadas precioso tempo e recursos materiais que poderiam ser investidos em sua carreira.

Tal realidade também impõe graves danos ao viés acadêmico da carreira jurídica. Além de prejudicar a execução com qualidade de atividades de ensino, pesquisa e extensão, a falta de disponibilidade e os desgastes físicos e emocionais decorrentes da acumulação de múltiplas responsabilidades impossibilita o desempenho da docência, viés profissional de suma relevância pelo caráter potencializador da advocacia.

A maternidade, leia-se o estado de gravidez ou mesmo a possibilidade de engravidar por parte de jovens advogadas, surpreendentemente ainda é considerada na contratação e na promoção das profissionais, sobretudo em grandes escritórios. As repercussões da maternidade e da maternidade-solo numa sociedade que so-

brecarrega material e moralmente as mulheres que decidem ter filhos, são gravíssimas na carreira da mulher advogada. Este pode ser considerado um dos fatores objetivos mais cruéis dentre os descritos, pois dele advém condutas discriminatórias quase intransponíveis no cenário corporativo jurídico.

Reconhecidas as múltiplas desigualdades materiais que contrariam a premissa de que homens e mulheres possuem a mesma liberdade para o exercício profissional e político da advocacia, infere-se a necessidade de adoção de medidas de desconstrução da desigualdade de gênero neste contexto. Logo, considerar a garantia de direitos em condições de igualdade, em superação ao binômio inferioridade-superioridade entre feminino e masculino é admitir a inserção da perspectiva feminista para subsidiar tais ações.

O feminismo surge como movimento político, social e ideológico de garantia de direitos, a partir da resignificação dos papéis sociais predeterminados em razão da condição de gênero. Ao passo que o machismo induz a reprodução de condutas, que mantém condições de desigualdades, o feminismo visa a emancipação das mulheres com vistas à garantia de equidade e justiça e não a sobreposição de privilégios.

Nesse sentido é imprescindível destacar a contraposição teórica ideológica entre o feminismo e o sistema patriarcal:

[...] o feminismo teórico não é apenas uma defesa do pensamento livre ponto ele é o próprio pensamento livre. Como postura prática de oposição a ordem concreta, o feminismo nasce de uma desconstrução teórica profunda. o patriarcado é um sistema de pensamento que reserva para si a pretensão da verdade. [...] o feminismo surge, portanto, como desmontagem do patriarcado, ele mesmo um sistema de injustiças.<sup>3</sup>

A lógica patriarcal introjetada na construção dos papéis de gênero no contexto do exercício da profissão de advogado é um dos pilares que sustentam a desigualdade materialmente constatada. Iniciativas estatais e institucionais pautadas na perspectiva feminista se apresentam como solução para equalização de existências no que tange à prática profissional de advogar.

Nesta perspectiva, é válido ressaltar que a inclinação institucional para correção das desigualdades de gênero teve início no Sistema OAB. No ano 2015, o Plano Nacional de Valorização da Mulher Advogada passou por edição por meio do Provimento 164/2015, com a inserção de diversas diretrizes nas áreas de educação jurídica, dos direitos humanos da mulher, das prerrogativas e saúde, bem como com propostas de apoio no exercício da advocacia. A implantação de creches, espaços *kids*, auxílio maternidade, espaços de amamentação, cursos específicos e atendimento médico especializado à mulher são alguns exemplos. Ademais, a instituição atuou junto ao Poder Legislativo para possibilitar a aprovação de prerrogativas para a Mulher Advogada com a sanção da lei 13.363, de 25 de novembro de 2016, a qual trouxe direitos e garantias à advogada gestante e lactante. <sup>7</sup>

<sup>3</sup> TIBURI, Marcia. **Feminismo em comum**: para todas, todes e todos. São Paulo: Record, 2018. p. 68-69.



No ano de 2014, a Ordem dos Advogados do Brasil implantou uma política de quotas para composição das chapas no pleito eleitoral, na ordem de 30%. A ação afirmativa foi ampliada para o percentual de 50% e aprovada no dia 15/12/2020, quando o Conselho Federal finalmente posicionou-se favorável à aguardada paridade, com aplicação imediata (pleito de 2021).

Acerca da necessidade inquestionável da implementação de políticas de caráter afirmativo, novamente recorreremos à Yandra Maria Pereira Gurgel:

No que tange à vigência das ações afirmativas, estas são medidas temporárias, que devem perdurar enquanto permanecerem as desigualdades sociais e econômicas dos grupos a que se destina o instrumento jurídico. O tratamento especial oferecido às pessoas pertencentes aos grupos vulneráveis busca romper com o círculo vicioso de perpetuação da desigualdade e discriminação formal e informal.<sup>4</sup>

A defesa da promoção de ações afirmativas pelo Estado, por meio da legislação e pela Ordem dos Advogados do Brasil resta incontestável. A expectativa é que as condições materiais objetivas e subjetivas apontadas neste artigo, que impedem o exercício pleno e igualitário da profissão de advogada por parte das mulheres sejam mitigadas.

A liberdade de exercício profissional prevista na [Constituição Federal de 1988](#) ainda se apresenta para as advogadas como liberdade fictícia. Não há possibilidade de plena materialização da liberdade de trabalho sem condições estruturais de igualdade para exercê-lo.

Em suma, a desconstrução do machismo estrutural e do patriarcalismo presentes na dinâmica profissional das carreiras jurídicas deve ocorrer de maneira incessante, no intuito de ressignificar os papéis sociais de gênero que atravessam a prática da advocacia brasileira e criam condições não igualitárias no usufruto do direito ao trabalho digno e justo por parte das mulheres advogadas.

Por fim, conclui-se que não há liberdade plena sem a materialização do princípio da igualdade. Assim, a carreira da advogada somente será exercida de maneira justa e digna, quando a condição do gênero feminino não constituir fator de inferiorização existencial e profissional no âmbito jurídico.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. Conceito e características da advocacia. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1032, 29 abr. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8324>. Acesso em: 12 dez. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm). Acesso em: 12 nov. 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v.1.

<sup>4</sup> GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação**: sua aplicação às relações de trabalho. Editora LTR, 2010. p. 73.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação:** sua aplicação às relações de trabalho. Editora LTR, 2010.

OYAMA, Érico; HELFSTEIN, Lucas. Mulheres representam 64% dos inscritos na OAB com até 25 anos. **Jota**, 13 jan. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/carreira/mulheres-inscritos-oab-13012020#:~:text=Entre%20os%20advogados%20at%C3%A9%2025,44.297%20advogadas%20e%2023.931%20advogados>. Acesso em: 12 nov. 2021.

RÊGO, Ana Laura; SILVA, Monalissa Dantas Alves da. A incompatibilidade entre a participação e a representatividade feminina na OAB. **Migalhas**, 26 ago. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/332525/a-incompatibilidade-entre-a-participacao-e-a-representatividade-feminina-na-oab>. Acesso em: 12 nov. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 20126. p. 487.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. **Ética profissional e Estatuto do Advogado**. São Paulo: LTr, 1975.

SOUZA, Giselle. Nem 20% das advogadas chegam a ser sócias nos grandes escritórios. **ConJur**: Consultor Jurídico, 08 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-08/nem-20-advogadas-chegam-socias-grandes-escritorios>. Acesso em: 12 nov. 2021.

TIBURI, Marcia. **Feminismo em comum:** para todas, todes e todos. São Paulo: Record, 2018.

# CAPÍTULO 5

## A IGUALDADE CONSTITUCIONAL E A REPRESENTATIVIDADE FEMININA NA ADVOCACIA<sup>1</sup>

Caroline Maria Vieira Lacerda

### 1 O MUNDO DO PODER NÃO FOI PENSADO PARA A MULHER

O privilégio de ser homem se faz sentir desde a infância e está no entendimento de que sua vocação de ser humano não contraria seu destino masculino. Ele não se divide, ao passo que a mulher tem de, muitas vezes, renunciar à sua feminilidade<sup>2</sup> – que é parte de sua humanidade – para se dedicar às suas reivindicações de sujeito soberano. Isso porque os espaços de poder foram criados pelo homem e para o homem.

A força da ordem masculina se comprova no fato de que ela dispensa justificção: a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem legitimá-la. O homem não duvida, “um só instante, de seus próprios direitos sobre o mundo”<sup>3</sup>

No momento em que a mulher começa a tomar parte na elaboração do mundo do poder, este é, ainda, universo exclusivo do homem. Para ter sua participação garantida, lhe é imposto obedecer às “regras do jogo” já cominadas e, por essa obediência, estar em desvantagem.

Os costumes sociais foram estruturados de acordo com as necessidades do homem autônomo e ativo, e, para que a mulher participe desse universo, é necessário que se dissolva em um mundo masculino, que a destinou à passividade. No entanto, algumas mulheres querem, além de exercer seus direitos profissionais em igualdade, desempenhar a parte de sua feminilidade voltada à maternidade, ao casamento e à família. É esse conflito que caracteriza a representatividade feminina nos espaços de poder até os dias atuais.

Segundo Simone de Beauvoir<sup>4</sup>, “os dois sexos nunca partilharam o mundo em igualdade de condições; e, ainda hoje, embora sua condição esteja evoluindo, a mulher arca com um pesado *handicap*”. Há diferenças radicais entre os sexos, de ordem hierárquica: a feminilidade é uma espécie de infância contínua, que se traduz em diferença de papéis sociais, pela qual a mulher não pode entrar em concorrência com o homem.

<sup>1</sup> Capítulo teve versão publicada em *Est. Eleit.*, Brasília, DF, v. 14, n. 1, Edição especial, p. 75-87, jan./abr. 2020, com o título **A representatividade feminina na advocacia**.

<sup>2</sup> Para o presente estudo, entende-se que parte da manifestação da feminilidade está na possibilidade que a mulher tem de fazer escolhas que permitam a conciliação biológica, sexual, profissional, psicológica, econômica, da maneira que melhor lhe aprouver. Não se pretende reduzir a feminilidade ao exercício da maternidade ou das impostas condições de cuidados exclusivos com os filhos, a família, o casamento e o lar, mas na conciliação de todos esses vetores com seu desenvolvimento profissional, caso isso seja fruto de suas decisões pessoais.

<sup>3</sup> BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: a experiência vivida. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019. p. 21.

<sup>4</sup> BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: a experiência vivida. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019. p. 22-23.

Foi por intermédio do trabalho que a mulher suprimiu grande parte dessa diferença que a afastava do universo masculino. Contudo, mesmo com as conquistas profissionais femininas, não houve significativa modificação dos costumes sociais, a lhe imporem menos obrigações, de forma que permanece a imposição histórica da desigualdade. Mesmo quando os direitos lhes são reconhecidos, um longo hábito impede que encontre, nos costumes, sua expressão.

Já no período de aprendizagem, a mulher se encontra em estado de inferioridade em relação ao homem, uma vez que é raro que consiga aproveitar todas as mesmas oportunidades masculinas, tendo em vista as determinações sociais que lhes são feitas, os episódios de machismo e sexismo, o desrespeito às opiniões e o déficit de participação feminina em sala de aula.<sup>5</sup>

À medida que cresce, a mulher é induzida a duvidar de sua capacidade e de suas possibilidades profissionais e a garantir os cuidados que foram, socialmente, impostos como femininos: o casamento, a casa, os filhos. Em consequência disso, a mulher, em regra, não ousa visar ao mundo do poder e, quando se arrisca nessa empreitada, lida com severas hostilidades tanto dentro quanto fora do seu núcleo familiar.

No direito, afora todo esse enredo social discriminatório que subsiste na contemporaneidade, há, ainda, déficit histórico profissional. Apesar de os primeiros cursos terem surgido em 1827, não era permitida a participação feminina. As características dos cursos reafirmavam os estereótipos de gênero, em que o homem estaria destinado às áreas de valor social, enquanto a mulher, às de cultura humanística. Daí surgiu o legado educacional negativo. A presença da mulher nas instituições superiores no Brasil só se tornou significativa no século XX.

Os encargos do casamento, da maternidade e dos cuidados com o lar permanecem muito mais pesados para a mulher, mesmo para aquela que opta por exercer tais atividades, independentemente da imposição social. Diante disso, a conciliação da vida familiar com a profissional faz-se muito mais penosa. E, ainda que ela obtenha auxílio em tais tarefas, as inúmeras responsabilidades lhe destinam pesada desvantagem, de forma que tem muito menos chances de sucesso profissional que seus concorrentes masculinos.<sup>6</sup>

As realizações profissionais da mulher devem ser julgadas à luz de sua inserção em uma sociedade hostil, que ainda a escraviza aos encargos implicados na feminilidade. A mulher é “novata” no mundo do poder, que sempre foi masculino, e é sempre difícil ser recém-chegado, abrir caminhos. O grupo que ocupa posição de poder não admite a entrada feminina, e é esse grupo que detém competência para produzir as normas que regulam o acesso às mais altas posições profissionais – forma-se um círculo vicioso em que o mundo do poder é ocupado, predominantemente, por homens, os quais produzem as normas que os mantêm no poder.

5 NEDER CERZETTI, Sheila C. (coord.) *et al.* **Interações de gênero nas salas de aula da Faculdade de Direito da USP: um currículo oculto?** São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2019. *E-book*.

6 BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: a experiência vivida.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

Portanto, as regras favorecem a manutenção do *status quo*. A mulher que consegue independência econômica nem por isso alcança, também, igualdade social, moral e psicológica. A maneira como se empenha em sua profissão e a ela se dedica depende do contexto social em que está inserida e das perspectivas que se apresentam.

A atual condição feminina vem esboçada das tradições mais antigas de segregação. Entende-se, até os dias atuais, que as tarefas profissionalmente destinadas à mulher são menos especializadas, e que ela merece salários inferiores ao do homem, mesmo em igualdade de condições.

Aspecto relevante dessa discriminação, e parte do ciclo de manutenção do poder, está no fato de que homens e mulheres ainda repugnam submeterem-se às ordens de uma mulher, por não lhe oferecerem o mesmo grau de confiabilidade masculina. Há, ainda, a crença de que à mulher não são permitidas funções de decisões objetivas, de comando e de liderança, justificada por aspectos biológicos, hormonais ou sexuais. Todos esses fatores geram o pesado encargo da dificuldade de se alcançarem conquistas concretas de dignidade social, autonomia econômica e liberdade de costumes.

Os direitos e os costumes nem sempre coincidiram, de maneira que a mulher nunca pôde ser, concretamente, livre.<sup>7</sup> De uma forma ou de outra, a mulher esteve sempre excluída de parte da vida social e não teve chances reais de competição com o homem, por isso reclama, hoje, por novo estatuto de participação social em todas as searas profissionais. Suas reivindicações não consistem em ser exaltada em sua feminilidade, mas em ter direitos abstratos e possibilidades concretas, sem a conjugação de fatores em que a liberdade não passa de mistificação. A mulher deseja conciliar a vida familiar com o ofício, sem necessidade de desumanas acrobacias.<sup>8</sup>

O mundo – que sempre pertenceu ao homem – ainda continua nas mãos dele. Os valores e as instituições da civilização patriarcal sobrevivem em si mesmos, em grande parte. Diante de situações sociais que demonstram ambiente histórico permeado por padrão de discriminação, a igualdade feminina impõe o reconhecimento de que sua autonomia depende da modificação dos costumes da sociedade.

Para tanto, é imprescindível que haja *desigualação*, em um primeiro momento, a fim de se alcançar a igualdade efetiva, reconhecendo-se que as distinções do ponto de partida podem afetar os momentos e as condições de chegada.<sup>9</sup> Mas também é imprescindível que se repensem as regras do jogo de poder, que foram impostas pelo homem, para que sua modificação permita a participação feminina paritária na vida social como um todo.

7 Na república romana, as condições davam à mulher poderes concretos, mas ela não tinha independência legal. Nas civilizações camponesas e na burguesia comerciante, a mulher era socialmente menor que o homem, senhora e serva dentro de casa. Nas épocas em que a sociedade se desagrega (no Renascimento, no século XVIII), a mulher se emancipa, mas, deixando de ser vassala do homem, perde seu feudo, traduzindo uma liberdade exclusivamente negativa. Ou ela consegue autonomia econômica, mas é escravizada pelas condições de trabalho, ou se liberta e não tem autonomia financeira (BEAUVOIR, 2019).

8 BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: a experiência vivida**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

9 LAGE, Fernanda de Carvalho. **Processo civil eleitoral: sob uma perspectiva feminina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

## 2 A MULHER AINDA NÃO OCUPA OS LUGARES DE PODER

Os instrumentos para proteção dos direitos femininos se ampliaram historicamente ao longo dos anos, de forma que hoje é possível a intervenção no desenho e na gestão de políticas públicas, a fim de tentar garantir a igualdade de gênero. Contudo, a menor presença feminina em cargos e ambientes de poder já foi apontada em diversos levantamentos.

As mulheres representam, hoje, 51,8% da população brasileira e são chefes de família em mais de 40,5% dos lares.<sup>10</sup> Contudo, segundo dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE),<sup>11</sup> o salário médio da mulher brasileira com educação superior representa apenas 76% do de homem com a mesma escolaridade.

Algumas conquistas foram atingidas, mas não se chegou até elas sem percalços. Vivemos tempos de retrocesso em todo o mundo. Segundo relatório do Fórum Econômico Mundial (2017), a caminhada rumo à igualdade de gênero foi interrompida, isto é, a paridade entre homens e mulheres diminuiu. O Brasil caiu 11 posições entre os melhores países do mundo para a mulher desde a edição anterior do documento, estando, agora, em 90º lugar.<sup>12</sup> No Executivo, o país fica na 167º colocação mundial de participação feminina.

Há também grave quadro de sub-representação política feminina no país, uma vez que o número de mulheres parlamentares está abaixo da média mundial (23%) e despencou da 116º colocação para a 154º no *ranking* União Interparlamentar com indicadores menores que países como Afeganistão (55ª posição) e Arábia Saudita (97ª posição).<sup>13</sup> Os índices do International Institute for Democracy and Electoral Assistance demonstram que a representação política feminina não avançou em nenhum país e regrediu no Brasil.<sup>14</sup> Essa reduzida inclusão política se deve, entre outros fatores, às maiores dificuldades enfrentadas pela mulher para acessar os recursos de financiamento de campanhas.

Entre juízes e desembargadores federais e estaduais: na primeira instância, 36% são mulheres e 64% homens, enquanto, nos tribunais, elas representam apenas 21,5%. Nos tribunais superiores, são apenas 18,4% do número de ministros.<sup>15</sup>

10 IBGE EDUCA. **Quantidade de homens e mulheres.** Disponível em: [https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html#:~:text=Segundo%20dados%20da%20PNAD%20Cont%C3%ADnu,51%2C8%25%20de%20mulheres](https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html#:~:text=Segundo%20dados%20da%20PNAD%20Cont%C3%ADnu,51%2C8%25%20de%20mulheres.). Acesso em: 13 jan. 2021.

11 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA E APLICADA (IPEA). **Mulheres ganham 76% da remuneração dos homens.** 15 mar. 2029. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=34627](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34627). Acesso em: 13 jan. 2021.

12 PORTAL UAI. **Fórum Econômico Mundial lança relatório de riscos globais de 2017.** 11 jan. 2017. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/01/11/internas\\_economia,838691/forum-economico-mundial-lanca-relatorio-de-riscos-globais-de-2017.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/01/11/internas_economia,838691/forum-economico-mundial-lanca-relatorio-de-riscos-globais-de-2017.shtml). Acesso em: 9 fev. 2020.

13 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Brasil fica em 167º lugar em ranking de participação de mulheres no Executivo, alerta ONU.** 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/brasil-fica-em-167o-lugar-em-ranking-de-participacao-de-mulheres-no-executivo-alerta-onu/>. Acesso em: 8 fev. 2020.

14 INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE (IDEA). **Women's political participation in Latin America and the Caribbean: progress, trends and challenges.** 06 fev. 2020. Disponível em: <https://www.idea.int/news-media/news/women%C2%B4s-political-participation-latin-america-and-caribbean-progress-trends-and>. Acesso em: 9 fev. 2020.

15 ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). **Magistradas debatem as relações de gênero do Poder Judiciário.** 02 abr. 2019. Disponível em: <https://www.amb.com.br/magistradas-debatem-as-relacoes-de-genero-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 8 fev. 2020.

Na advocacia, do pouco mais de um milhão de inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, as mulheres representam 49,2%, segundo dados da própria instituição.<sup>16</sup> Apesar desse considerável número, o Conselho Federal nunca foi presidido por advogada, e elas ocupam apenas 16 das 81 vagas de conselheiros titulares. Nas seccionais, a presidência feminina foi exercida apenas nove vezes em quase 90 anos de história. No atual triênio, não há mulher advogada à frente de nenhuma seccional. Recentemente, o Conselho Federal aprovou alteração em seu regulamento geral para a criação de cotas de 30% para representação feminina nos cargos de direção da entidade, que passarão a vigorar a partir das eleições de 2021.

Homens se tornam sócios e donos dos escritórios com mais frequência, e mulheres que chegam ao topo dessas organizações ainda são tidas como excepcionais.<sup>17</sup> Na base da carreira, entre advogados associados, a proporção entre os sexos é, praticamente, a mesma. No entanto, menos de 30% das mulheres viram sócias.<sup>18</sup> Algo acontece no meio do caminho.

Atribui-se à escassa presença feminina nas cúpulas a existência de impedimento de hierarquia organizacional, determinado, exatamente, pelos costumes sociais que não se modificaram, mesmo com a ascensão profissional feminina. As regras do jogo, que já estavam postas, não deixam a mulher participar em condição de igualdade. Aquelas que conseguem transpor essa barreira tendem a incorporar o modelo masculino, evidenciando uma relação dialética entre a adoção desse exemplo e o sucesso profissional.

Pesquisa feita nos Estados Unidos pela economista Sylvia Ann Hewlett<sup>19</sup> revelou que apenas seis em cada dez mulheres consideradas bem-sucedidas,<sup>20</sup> com idade de 41 a 55 anos, são casadas. Entre os homens, a proporção salta para 83%. A disparidade relativa a filhos é ainda maior: enquanto metade das mulheres não tem filhos, apenas 19% dos homens estão na mesma situação. Nesse cenário, nota-se nítida abdicação da vida familiar em prol do crescimento profissional. Nos escritórios de advocacia, “a licença-maternidade, independentemente do regime de trabalho da advogada, não tem sido vista como um direito, mas como um risco à sua carreira, e mesmo como um favor”<sup>21</sup>

As práticas sociais e culturais são, constantemente, produzidas e reproduzidas para perpetuar a ordem dicotômica que estabelece masculino e feminino como opostos. A participação feminina na advocacia não se traduz em iguais oportunidades, porque ainda existe incompatibilidade entre a rotina do trabalho desenvolvido nos escritórios e as exigências domésticas que recaem sobre a mulher.

16 OAB NACIONAL. **Institucional/Quadro de Advogados**. 2020. Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em: 10 fev. 2020.

17 TOMLINSON, Jennifer *et al.* Structure, agency and career strategies of white women and black and minority ethnic individuals in the legal profession. **Human Relations**, v. 66, n. 2, p. 245-269, February 2013.

18 COURA, Kalleo. A (quase) feminilização da advocacia. **Jota**, 08 mar. 2017, Não é mimimi. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/nao-e-mimimi-08032017>. Acesso em: 10 fev. 2020.

19 HEWLETT, Sylvia Ann. Executive women and the myth of having it all. **Harvard Business Review**, v. 80, n. 4, p. 66-73, 125, 2002. Disponível em: <https://hbr.org/2002/04/executive-women-and-the-myth-of-having-it-all>. Acesso em: 14 nov. 2021.

20 O parâmetro utilizado pelo estudo considera bem-sucedida a profissional com renda anual maior que R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

21 BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **Mulheres na advocacia**: padrões masculinos de carreira ou teto de vidro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Ainda que existam políticas de *desigualação* profissional para, em tese, beneficiar a mulher, nota-se que não se trata de isonomia de fato, pois os costumes sociais pautados nas condutas masculinas ainda ditam as regras e determinam as abdições que devem ser feitas pela mulher para participar da “casta” do poder.<sup>22</sup>

Prevalece a concepção de que a mulher constitui força de trabalho secundária, especializada no trabalho doméstico, o que justifica que ela continue recebendo salários inferiores e seja vítima de diferenciação nas possibilidades de qualificação. Apesar disso, a importância que o cuidado com os filhos assume para a maior parte das mulheres faz que, muitas vezes, seja considerada menos comprometida com o trabalho do que o colega do sexo masculino, o que justifica sua não ascensão profissional. O homem continuou sendo tomado como medida, e justamente nisso reside uma das formas mais eficientes de manutenção de relações assimétricas entre os sexos.

Algumas mulheres priorizam os ambientes menos hostis, cujas tarefas sofrem menos imprevistos. Nesse sentido, os concursos públicos com jornada fixa e as carreiras intermediárias na advocacia se mostram boas opções para aquela que desiste de angariar os postos mais altos do poder.

A evasão de advogadas plenas e seniores se mostrou um problema, que está relacionado, diretamente, com a maternidade e com o fato de essas mulheres não acreditarem que têm grandes chances de ascender nessas sociedades. Dessa maneira, advogadas com experiência profissional acabam desistindo da profissão em virtude da estagnação que impede seu crescimento.

Apesar de existirem mais de 1.700 propostas de lei em tramitação no Congresso Nacional a fim de revisar os direitos femininos, a mulher não está, e nunca esteve, efetivamente, nos espaços de poder.<sup>23</sup> Torna-se imprescindível o debate das políticas de trabalho e das estratégias organizacionais para garantir igualdade substancial dentro e fora do local de trabalho.

### 3 ATÉ QUANDO SE ENCAIXAR EM MUNDO PRONTO?

Em tempos de justiça parcial e seletiva, a mulher sente que o Judiciário somente a protege enquanto mãe, esposa e cuidadora. Não há proteção legal e estímulo profissional para aquela que foge desses padrões. O direito ainda se apresenta a serviço da moral e do sexismo e não dá espaço para a verdadeira autonomia feminina.

O modelo de advocacia pautado nas regras masculinas tem se mostrado insuficiente em diversos aspectos, e esse problema não atinge somente a mulher, mas também homens, famílias, o Poder Judiciário e os ideais de justiça. Diante do mundo profissional que é hoje apresentado, não há bom prognóstico para as carreiras da mulher advogada.

<sup>22</sup> Políticas afirmativas foram implementadas em diversos setores da sociedade para privilegiar o acesso feminino aos espaços de poder, mas, apesar de já ter havido grande avanço nesse acesso, nota-se que a igualdade material está longe de ser alcançada. Um exemplo disso são as cotas impostas às candidaturas femininas, que ainda não conseguiram reduzir a desigualdade estrutural na política.

<sup>23</sup> MATOS, Marlise. As mulheres brasileiras lutam: suas conquistas e sua resistência. In: CARVALHO, Daniela Tiffany Prado de; SILVA, Elisa Maria Taborda da; SANTOS, Polianna Pereira dos. **Mulheres da sociedade**: desafios para a visibilidade feminina. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.



No universo da advocacia, com as regras colocadas, restam à mulher as seguintes opções: (i) se enquadrar nas condutas masculinas de poder, de maneira a abrir mão de aspectos importantes da feminilidade, como o casamento e a maternidade, para reduzir a distância que a afasta dos homens, negando parte de sua humanidade para, assim, atender suas (também humanas) reivindicações profissionais; (ii) aceitar a desigualdade abstrata e se manter em posições profissionais intermediárias, de forma a conciliar parte de sua feminilidade (e das imposições sociais ditas femininas); ou (iii) evadir-se da advocacia em busca de critérios mais objetivos de avaliação e participação profissional.

Portanto, a se manterem as regras já colocadas para a atuação profissional da advogada, as disparidades continuarão presentes, ainda que estabelecidos critérios de *desigualação* – os quais também são estipulados pela maioria masculina que já ocupa o poder. A luta feminina atingiu ponto de inflexão em que são necessárias mais que medidas protetivas e afirmativas. É necessário que se modifiquem as regras do jogo, e o ponto de partida para isso é abandonar a ideia de que o mundo é dos homens.

As políticas afirmativas implementadas, a despeito de já terem garantido alguma participação feminina profissional e de serem, em grande parte, positivas, ainda são insubsistentes para modificar o quadro de discriminação estrutural da mulher. Além disso, muitas vezes, servem como cortina de fumaça para a manutenção das antigas estruturas de dominação masculina. É possível, inclusive, concluir que algumas dessas políticas, supostamente inclusivas, têm sido utilizadas como bandeiras de benevolência e *luta masculina* em prol da mulher, de forma a enfraquecer a fotografia da segregação, que vai sendo velada, aos poucos, pelos mesmos homens que não querem abrir mão de seus privilégios.

Não se pode mais usar os ideais masculinos como régua e medida. Mais da metade da população é feminina e merece exercer todos os direitos civis, sociais, biológicos, assim como os homens. Então, por que partir do estereótipo masculino do pai ausente, do marido sobrecarregado, do homem alheio à família para definir a conduta profissional?

O modelo de produtividade estipulado, o qual leva em consideração critérios masculinos para aferição, merece reparo para considerar as peculiaridades femininas e todos os aspectos da feminilidade que merecem ser explorados: a maternidade, a família, o casamento, mas também a sexualidade, o brio profissional, a capacidade técnica, a liberdade individual. É preciso que, além das políticas afirmativas, se discutam novos comportamentos e costumes sociais que levem à igualdade material entre homens e mulheres.

Não é mais possível fingir que a mulher não existe no mundo do poder. A igualdade de gênero não é apenas um objetivo, mas condição prévia para que se alcancem objetivos. É preciso abdicar o ideal de que a mulher somente pode desempenhar, com especialidade, tarefas humanitárias e domésticas e afastar o entendimento de que exercer os seus direitos femininos é improdutivo e prejudicial ao trabalho. Todas as expressões

da feminilidade são partes do que é (ou pode ser) a mulher e, por isso, devem ser aceitas, sem ressalvas ou retaliações, pela sociedade.

#### 4 O DIREITO CONSTITUCIONAL COMO FERRAMENTA DE INCLUSÃO SOCIAL DA MULHER

No Brasil, a igualdade é direito fundamental que integra o conteúdo do Estado Democrático. Da dignidade humana decorre o entendimento de que a todas as pessoas é destinada igual consideração<sup>24</sup>, o que “impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais”<sup>25</sup>

A igualdade se expressa em duas dimensões contempladas pela *Constituição Federal de 1988*, em seu art. 5<sup>a</sup>, *caput*<sup>26</sup>: a) formal, que é a proteção contra a existência de privilégios e discriminações; e b) material, que corresponde às demandas por redistribuição de riqueza, poder e bem estar social. Já a igualdade como redistribuição e reconhecimento, que significa o respeito devido às minorias, com a superação dos estereótipos e a valorização da diferença, é decorrente dos objetivos da República, dispostos no art. 3<sup>o</sup> da Carta Constitucional.

Em termos de igualdade formal, a *Constituição Federal* é revolucionária na garantia dos direitos das mulheres, porque prevê a igualdade em direitos e obrigações, proíbe diferenças salariais, estabelece o planejamento familiar como livre decisão do casal, institui o dever do Estado de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares, dentre outros mecanismos de equiparação. Apesar dessas conquistas, no plano da igualdade material, na redistribuição e no reconhecimento, existe ainda uma agenda inconclusa, que engloba a participação da mulher no mercado de trabalho, além do exercício de direitos sexuais e reprodutivos e o combate à violência doméstica.

A Constituição definiu suas noções e conceitos sob a perspectiva majoritariamente masculina daqueles que fazem as regras. Por isso, atingir o conceito formal de igualdade foi avanço admitido pelo ordenamento jurídico, enquanto a igualdade material vem sendo conquistada, a passos curtos, pela interpretação jurisprudencial das normas, pelos movimentos de inclusão feminina e pelas lentas modificações legislativas que visam a esse fim.

A despeito de alguns avanços na legislação constitucional e infraconstitucional, os costumes sociais ainda não permitiram a verdadeira inserção feminina no mundo do poder. Por serem majoritariamente pensadas e elaboradas por homens – pois são eles que ocupam grande parte dos poderes –, as normas têm vicissitudes que deixam de considerar a realidade feminina, por negação ao reconhecimento de que, de fato, ainda há enormes

24 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

25 BARROSO, Luis Roberto; OSORIO, Aline. “Sabe com quem está falando?": Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 13, p. 204-232, 2016. DOI: <https://doi.org/10.12957/dep.2016.21094>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/21094>. Acesso em: 14 nov. 2021.

26 Art. 5<sup>o</sup>, *caput*: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

disparidades que as impedem de acessar determinadas funções, principalmente se não quiser abdicar da parte de sua feminilidade que se expressa com a maternidade e com o casamento.

Para que seja possível o atingimento da igualdade material almejada pela *Constituição*, é necessário que o parâmetro de que existe igualdade entre os gêneros seja superado e, a partir dessa superação, a realidade seja analisada em termos estatísticos e empíricos, a fim de que se possa construir a solução para a segregação que ainda se faz patente. Em outras palavras, é imprescindível reconhecer que existem diferenças entre homem e mulher na sociedade, não justificadas pela biologia do gênero, e, diante disso, traçar medidas que levem em consideração essa disparidade, para criar a *discriminação para a igualação*. É, pois, necessário o afastamento do entendimento de igualdade formal para se atingir a igualdade material.

Beverley Baines, Daphne Barak-Erez e Tsvi Kahana<sup>27</sup> propõem que o constitucionalismo seja repensado, levando em consideração o enfoque feminino, com a pretensão de explorar e redefinir, a fim de oferecer uma perspectiva radicalmente nova sobre os seus próprios fundamentos. Para tanto, a análise deve afastar o pressuposto de existência de igualdade de gênero no Direito Constitucional e considerar a existência de relações desiguais de poder nas democracias constitucionais.<sup>28</sup> Práticas como essas têm a dimensão de alterar o que considerado normal no direito, tornando o discurso de hegemonia constitucional tradicional desconfortável.

Os costumes sociais e o direito devem ser modificados para levar em consideração que a mulher também está no mundo e quer fazer parte das decisões que a implicam. Justificar a segregação em qualquer aspecto biológico ou psicológico é castrar suas oportunidades, a fim de que permaneça na condição de vassala, e isso não se pode mais aceitar. Lutar pela igualdade de gênero é, indubitavelmente, decisão política.<sup>29, 30</sup> É preciso tirar a elaboração das regras do jogo do poder das mãos masculinas, e é a partir da atuação de advogadas, juízas e professoras que será possível essa revolução.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). **Magistradas debatem as relações de gênero do Poder Judiciário**. 02 abr. 2019. Disponível em: <https://www.amb.com.br/magistradas-debtem-as-relacoes-de-genero-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 8 fev. 2020.

BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi. Introduction: the idea and practice of feminist constitutionalism. In: BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi. **Feminist constitutionalism: global perspectives**. New York: Cambridge University Press, 2012.

BAINES, Beverley; RUBIO-MARIN, Ruth. *Introduction – Toward a feminist constitutional agenda*. In: BAINES, Beverley; RUBIO-MARIN, Ruth. *The gender of constitutional jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

27 BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi. Introduction: the idea and practice of feminist constitutionalism. In: BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi. **Feminist constitutionalism: global perspectives**. New York: Cambridge University Press, 2012.

28 Impulsionadas por essa mesma verve de observação em prol da igualdade de gênero, advogadas do Canadá, por meio do projeto *The Women's Court of Canada*, constataram a desigualdade de gênero existente no âmbito das decisões da Suprema Corte, expondo a política machista incorporada na jurisprudência canadense (BAINES; RUBIO-MARIN, 2004).

29 CLAVERY, Elisa. Mulheres chefiam MPs em apenas três estados. **O Estado de S. Paulo**. 24 jul. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,mulheres-chefiam-procuradorias-em-apenas-tresestados,70001902615>. Acesso em: 12 fev. 2020.

30 COELHO, Gabriela. Mulheres ocupam apenas 39% de cargos de poder no Ministério Público. **ConJur: consultor jurídico**, 24 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-24/mulheres-ocupam-39-cargos-poder-ministerio-publico>. Acesso em: 12 fev. 2020.

BARROSO, Luís Roberto; OSORIO, Aline. “Sabe com quem está falando?”: Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 13, p. 204-232, 2016. DOI: <https://doi.org/10.12957/dep.2016.21094>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/21094>. Acesso em: 14 nov. 2021.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: a experiência vivida. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **Mulheres na advocacia**: padrões masculinos de carreira ou teto de vidro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder *et al.* (org.). *Interações de gênero nas salas de aula da Faculdade de direito da USP*: um currículo oculto. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2019.

CLAVERY, Elisa. Mulheres chefiam MPs em apenas três estados. **O Estado de S. Paulo**, 24 jul. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,mulheres-chefiam-procuradorias-em-apenas-tresestados,70001902615>. Acesso em: 12 fev. 2020.

COELHO, Gabriela. Mulheres ocupam apenas 39% de cargos de poder no Ministério Público. **ConJur: consultor jurídico**, 24 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-24/mulheres-ocupam-apenas-39-cargos-poder-ministerio-publico>. Acesso em: 12 fev. 2020.

COURA, Kalleo. A (quase) feminilização da advocacia. **Jota**, 08 mar. 2017, Não é mimimi. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/nao-e-mimimi-08032017>. Acesso em: 10 fev. 2020.

DAVIES, Margaret. Feminism and the idea of law. **feminists@law**, v. 1, n. 1, 2011. DOI: <https://doi.org/10.22024/UniKent/03/fal.9>. Disponível em: <https://journals.kent.ac.uk/index.php/feministsatlaw/article/view/9/66>. Acesso em: 14 nov. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

HEWLETT, Sylvia Ann. Executive women and the myth of having it all. **Harvard Business Review**, v. 80, n. 4, p. 66-73, 125, 2002. Disponível em: <https://hbr.org/2002/04/executive-women-and-the-myth-of-having-it-all>. Acesso em: 14 nov. 2021.

IBGE EDUCA. **Quantidade de homens e mulheres**. <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html#:~:text=Segundo%20dados%20da%20PNAD%20Cont%C3%ADnu,51%2C8%25%20de%20mulheres>. Acesso em: 13 jan. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA E APLICADA (IPEA). **Mulheres ganham 76% da remuneração dos homens**. 15 mar. 2029. [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=34627](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34627). Acesso em: 13 jan. 2021.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE (IDEA). **Women’s political participation in Latin America and the Caribbean**: progress, trends and challenges. 06 fev. 2020. Disponível em: <https://www.idea.int/news-media/news/women%C2%B4s-political-participation-latin-america-and-caribbean-progress-trends-and>. Acesso em: 9 fev. 2020.

LACERDA, Caroline Maria Vieira. A representatividade feminina na advocacia. **Est. Eleit.**, Brasília, DF, v. 14, n. 1, Edição especial, p. 75-87, jan./abr. 2020. Disponível em: [https://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/estudos\\_eleitorais/estudos\\_eleitorais\\_v14-n1\\_final.pdf](https://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/estudos_eleitorais/estudos_eleitorais_v14-n1_final.pdf). Acesso em: 15 nov. 2021.

LAGE, Fernanda de Carvalho. **Processo civil eleitoral**: sob uma perspectiva feminina. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MATOS, Marlise. As mulheres brasileiras lutam: suas conquistas e sua resistência. *In*: CARVALHO, Daniela Tiffany Prado de; SILVA, Elisa Maria Taborda da; SANTOS, Polianna Pereira dos. **Mulheres da sociedade**: desafios para a visibilidade feminina. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018.

NEDER CEREZETTI, Sheila C. (coord.) *et al.* **Interações de gênero nas salas de aula da Faculdade de Direito da USP**: um currículo oculto? São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2019. *E-book*.

OAB NACIONAL. **Institucional/Quadro de Advogados**. 2020. Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadro-advogados>. Acesso em: 10 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Brasil fica em 167º lugar em ranking de participação de mulheres no Executivo, alerta ONU**. 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/brasil-fica-em-167o-lugar-em-ranking-de-participacao-de-mulheres-no-executivo-alerta-onu/>. Acesso em: 8 fev. 2020.

PORTAL UAI. **Fórum Econômico Mundial lança relatório de riscos globais de 2017**. 11 jan. 2017. [https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/01/11/internas\\_economia,838691/forum-economico-mundial-lanca-relatorio-de-riscos-globais-de-2017.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/01/11/internas_economia,838691/forum-economico-mundial-lanca-relatorio-de-riscos-globais-de-2017.shtml). Acesso em: 9 fev. 2020.

TOMLINSON, Jennifer *et al.* Structure, agency and career strategies of white women and black and minority ethnic individuals in the legal profession. **Human Relations**, v. 66, n. 2, p. 245-269, February 2013.

# CAPÍTULO 6

## O DEVER DE JULGAR COM PERSPECTIVA DE GÊNERO, A DIGNIDADE HUMANA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Maria Domitila Prado Manssur

### 1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A vulnerabilidade da mulher em situação de violência doméstica e familiar se apresenta como fundamento da [Lei n. 11.340/2016](#) (Lei Maria da Penha) para a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º, do art. 226, da [Constituição Federal](#), da [Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres \(CEDAW\)](#), que ratifica a [Declaração e o Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos \(Viena, 1993\)](#), da [Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher \(Convenção de Belém do Pará\)](#), que condiciona o desenvolvimento de sociedade mais justa, solidária e pacífica ao respeito aos direitos e liberdades das mulheres e de outras convenções e tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Nesse panorama, a Lei Maria da Penha integra sistema global de garantias voltado à investigação, processamento e julgamento de delitos praticados contra pessoas vulneráveis, genericamente consideradas as que, por condições, não só de gênero, como sociais, políticas, econômicas, e geracionais, merecem específica tutela estatal.

Não se trata de afirmar a mulher, genericamente, como pessoa vulnerável perante a sociedade e o direito e sim de reconhecer que, em situação de violência – que não se limita à física, psicológica, sexual, moral e patrimonial, e, ainda, à praticada no âmbito da unidade doméstica ou da família e/ou em relação íntima de afeto, de acordo com o artigo 5º, *caput*, e incisos I, II e III, da Lei Maria da Penha, que circunscrevem a sua competência –, merece específico tratamento, em razão da episódica vulnerabilidade, qualificada pelo gênero feminino.

Resolvido pela Convenção de Belém do Pará que “*a violência contra a mulher constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades individuais*”, em reafirmação de que a mulher é titular de direitos humanos protegidos pela normativa internacional, a mesma convenção reconhece que “*a violência contra a mulher constitui ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens*” e estabelece como dever dos Estados Partes empenho em “*estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher que tenha sido submetida à violência*” (art.7º, “f”).

A Recomendação Geral n. 35 sobre Violência de Gênero contra as Mulheres do CEDAW, que, em sua introdução realça o reconhecimento da proibição da violência de gênero contra mulheres como princípio do direito internacional consuetudinário, remete à obrigação geral dos Estados Partes, em nível judicial, de garantir procedimentos legais que, além de imparciais e justos, não sejam afetados por estereótipos de gênero ou interpretações discriminatórias (item III, 26, “c”, com remissão aos artigos 2, “d”, “f” e 5, “a”, da Convenção).

Nos excertos referidos se encontram o fundamento para o dever de julgamento com perspectiva de gênero, entendido, na sistemática do Direito Internacional dos Direitos Humanos como obrigação jurídica assumida pelos Estados Partes perante a comunidade internacional após processo de ratificação, que deve atentar ao critério da diligência devida (*due diligence*) para a sua implementação.

Implementação, deve ser anotado, que somente será efetiva e eficaz com a aplicação do Direito com repúdio aos estereótipos, decorrentes da reprodução de preconceitos sexistas, e, reconhecimento do alto valor probatório das declarações da mulher vítima de violência decorrente de gênero, em julgamento com perspectiva de gênero, no qual não se reproduza as relações assimétricas de poder, reflexos do passado patriarcal no mundo contemporâneo.

Convergem para a importância do assunto a compatibilização da dignidade da vítima vulnerável pelo gênero, ouvida em solo judicial, e o devido processo legal, do qual o *fair trial* é essência e não resiste a ação desestabilizadora do equilíbrio entre as partes. Condição *sine qua non* da legitimidade do dever de julgamento com perspectiva de gênero, a irrefutável afirmação de sua compatibilidade com os princípios constitucionais processuais penais, com destaque para o da presunção de inocência e o da igualdade,

Afirma-se, ademais, que o equilíbrio entre a busca pela segurança social e o resguardo dos direitos fundamentais do indivíduo, que se reduz no binômio eficiência e garantismo não se abala pelo sistema global de garantias voltado à proteção da pessoa vulnerável, no qual se insere o julgamento com perspectiva de gênero, que se aplica ao processo penal e que, em primeira análise e de forma equívoca, poderia ser visto em contraste com o devido processo legal.

Se, por um lado, o acusado se apresenta como titular de direitos e garantias fundamentais no devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e sua liberdade pessoal é tutelada pelo princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), vetor principal do processo penal, de outro vértice, a mulher vítima de violência de gênero, titular de direitos humanos, transpõe, ao processo penal, a sua vulnerabilidade, qualificada, primordialmente, pela dificuldade na produção da prova, surgindo o julgamento com perspectiva de gênero como forma de materializar o princípio da igualdade (art. 5º, I, CF).

Da dignidade da pessoa humana (art. 5º, III, CF) se destaca o devido processo legal, do qual a garantia à presunção de inocência se associa à pessoa do acusado, equiparado, na relação jurídica processual, e, por for-

ça do princípio da igualdade, à mulher vítima de violência, resultado do julgamento com perspectiva de gênero, legitimador da imparcialidade exigida ao juiz no exercício da atividade jurisdicional.

Imparcialidade que se ajusta ao julgamento com perspectiva de gênero, alinhado à dignidade da pessoa humana, do qual deriva o devido processo legal, pelo qual se busca a verdade processual, formal, entendida como a mais próxima da certeza, distinta da substancial, real, associada à ação desmedida do julgador na iniciativa probatória e distanciada do sistema acusatório, predominante no Estado Democrático de Direito.

A existência de sistema global de garantias aos vulneráveis, no qual se insere o julgamento com perspectiva de gênero, não significa atribuir garantias ou direitos excessivos à mulher vítima de violência e sim igualar, na relação jurídica processual, o acusado e a ofendida, assim entendidos sujeitos processuais, com a finalidade de impedir a perpetuação, no processo penal, de assimetria de poder oriunda de relações de subordinação e hierarquização e de discriminação social.

## 2 VULNERABILIDADE E JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

A vulnerabilidade está associada à ideia de fraqueza e à impossibilidade de reação a ataques. As pessoas vulneráveis podem ser atingidas, mais facilmente, por suas condições, não só de gênero, como geracionais, sociais, culturais, políticas, étnicas, econômicas, educacionais e de saúde, encontrando-se em situação de desigualdade em relação a outros grupos.

Em oposição direta à vulnerabilidade se encontra a integridade, que se traduz como inteireza e ausência de lesão<sup>1</sup>; pessoa nessa condição relaciona-se com seus pares, dispensando específica tutela estatal para o exercício de seus direitos.

O paralelo entre a vulnerabilidade humana e a integridade individual é traçado por Talita Cavalcante Arruda de Moraes e Pedro Sadi Monteiro para classificar as categorias de vulnerabilidades mais utilizadas nos documentos internacionais significativos para a bioética, e, pelas implicações sociais e éticas que podem causar as pesquisas genéticas, os autores destacam sistema de garantias diferenciado às pessoas e aos grupos vulneráveis, merecedores de especial atenção para a livre manifestação do consentimento, ainda que não experimentem “danos ou riscos de participar de pesquisas simplesmente por serem mais “acessíveis” em razão de suas enfermidades/debilidades ou condições econômicas inferiores”<sup>2</sup>

1 Vulnerabilidade é palavra de origem latina que deriva de *vulnerabilis*. Demonstra a incapacidade ou a fragilidade de alguém, motivada por circunstâncias especiais, adjetivando-se a pessoa vulnerável como a que pode ser fisicamente ferida, ou, ainda, o sujeito que pode ser atacado, derrotado, prejudicado ou ferido. Em contrapartida, a palavra integridade, também de origem latina, deriva de *integritas*, entendida como a qualidade de ser inteiro. Demonstra inteireza e é característica do que se apresenta ileso, intato, que não foi atingido ou agredido. HOUAISS, A.; VILLAR, M.S. **Pequeno dicionário Houaiss da língua portuguesa**. São Paulo: Moderna; 2015. Vulnerável; p. 980 e Integridade; p. 550.

2 Cf. MORAIS, Talita Cavalcante Arruda de; MONTEIRO, Pedro Sadi. Conceitos de vulnerabilidade humana e integridade individual para a bioética. **Revista Bioética**, Brasília, v. 25, n. 2, p. 311-319, maio/ago. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/1983-80422017252191>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/SQkz3G9zHJLvfQPPWntccvK/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 14 mar. 2019.

Estabelecido o conceito de vulnerabilidade, bem como a sua importância para a ciência médica, o paralelo traçado com a integridade se transporta para o campo jurídico, no qual a vulnerabilidade é considerada como individual e relacional.

Ao analisar o sujeito de direito sob as perspectivas de vulnerabilidade e autonomia no Direito, Bjarne Melkevik propõe a existência de duas vulnerabilidades básicas, uma individual e outra relacional, assim entendida a questão da vulnerabilidade ao nível do indivíduo e em benefício deste, e, após, seus reflexos no domínio público e em face da legislação conhecida como de “solidariedade” (de assistência aos vulneráveis), a fim de assegurar que a autonomia individual seja devidamente considerada e validada tanto pelo vulnerável quanto por aquele que deseja ajudar<sup>3</sup>.

No ordenamento jurídico nacional e internacional há normas e regras que integram sistema global de garantias de direitos de pessoas e grupos vulneráveis, por específicas razões. Reconhece-se, assim, a facilidade de vilipêndio de bens jurídicos que titularizam e a dificuldade que enfrentam no exercício de eventual direito de ação para protegê-las, malgrado permaneçam, não raras vezes, à margem do sistema de justiça.

Reconhecida a vulnerabilidade de pessoas e grupos determinados, bem como a necessidade de sistemas de garantias para não alijá-los da proteção legal, compatibiliza-se com o devido processo penal e as suas garantias, o julgamento com perspectiva de gênero, que tem fundamento nos deveres estabelecidos aos Estados Partes pela Convenção de Belém do Pará (art. 7º, “f”) e pela Recomendação Geral n. 35 sobre Violência de Gênero contra as Mulheres do CEDAW (item III, 26, “c”, que remete aos arts.2, “d”, “f”, e 5, “a”, da Convenção).

Não só pela relação de intimidade, muitas vezes existente entre a ofendida e o acusado, como pelas circunstâncias de subordinação e hierarquização e a discriminação social que se inter-relacionam na violência de gênero, o julgamento sem exteriorização de preconceitos e estereótipos e considerações depreciativas sobre o comportamento da vítima<sup>4</sup>, cuja palavra deve ser reconhecida como de alto valor probatório, constitui procedimento jurídico justo, em juízo oportuno, efetivo e acessível, em compasso com as convenções internacionais mencionadas e o arcabouço legal que protege os direitos humanos das mulheres, e exterioriza cumprimento

3 Bjarne Melkevik ressalta que a ação do indivíduo deve ser sempre considerada de forma particular, sob a perspectiva de sujeito de direito, e, nesse diapasão a sua ação deve ser avaliada de acordo com a sua vulnerabilidade, concluindo que “isso permitirá a compreender melhor a complexidade de nossa modernidade jurídica, e, acima de tudo, entender por que tantos sujeitos de direito, sem recursos para lidar com sua vulnerabilidade, se arriscam de desequilibrar a balança”. Tal análise está de acordo com o sistema de garantias global desenvolvido em prol dos vulneráveis e, ainda, justifica o julgamento com perspectiva de gênero à mulher vítima de violência em decorrência do gênero que transpõe, à relação jurídica processual, sua vulnerabilidade. (Vulnerabilidade, Direito e Autonomia. Um ensaio sobre o sujeito de direito. *Vulnerabilité, droit et autonomie. Un essai sur le sujet du droit.* Tradução de Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca Luna. **Revista Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, p. 641-673, jul./dez. 2017).

4 Maria Teresa Féria de Almeida, ao refletir sobre a reprodução de preconceitos sexistas que conduzem à criação de estereótipos prejudiciais ao julgamento imparcial, menciona o estudo realizado por Lynn Schafran em 1986, “How Stereotypes About Women Influences Judges” que identificou os três estereótipos mais marcantes nas decisões judiciais, “Eve, Mary e Superwoman”. “Maria”, a mulher casta/doméstica, para quem a maternidade é a suprema realização, e inábil para tomar qualquer posição que implique autoridade sobre outras pessoas; “Eva”, a eterna tentadora que leva os homens a prevaricar ou delinquir, e que é também agente da sua própria vitimização, designadamente nos crimes sexuais; e a “Supermulher”, aquela que está no mercado de trabalho em plenas condições de igualdade salarial com seus colegas homens, e que dispõe, em consequência, de recursos próprios para, por si, se sustentar e aos seus filhos, sem necessidade, portanto, de qualquer ajuda, ou prestação econômica, por parte do pai daqueles. Na sequência, citando “O lugar do Direito na violência contra as mulheres nas relações de intimidade”, escrito por Madalena Duarte, após entrevistas com magistrados e magistradas portuguesas, as categorizações de Schafran foram adaptadas e as vítimas estereotipadas foram identificadas, inclusive em julgados do Supremo Tribunal de Justiça, permitindo concluir que, em solo judicial, as mulheres são efetivamente afetadas por uso de mitos, estereótipos e preconceitos que abalam, evidentemente, a imparcialidade inerente ao dever jurisdicional (*Julgar com uma perspectiva de gênero?* Acesso em 12 set. 2020).



da obrigação do dever de julgamento com perspectiva de gênero, em obediência ao critério da diligência devida (*due diligence*)<sup>5</sup>.

### 3 A MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO E A DIGNIDADE HUMANA

Entendidos como “essenciais e indispensáveis à vida digna”, os direitos humanos, nas palavras de André de Carvalho Ramos, formam “conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida pautada na liberdade, igualdade e dignidade”<sup>6</sup>.

Ao se considerar, portanto, que a violência contra a mulher, em razão do gênero, constitui violação de seus direitos humanos e liberdades fundamentais, como expressamente consignado no introito da Convenção de Belém do Pará, tal violação constitui afronta à dignidade humana, dentre outros direitos fundamentais<sup>7</sup>

De acordo com Flávia Piovesan, na condição de reivindicações morais, os direitos humanos “nascem quando devem e podem nascer”<sup>8</sup>, encontrando na sua internacionalização a “resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo”, e, por se tratar do “grande violador de direitos humanos”, ao Estado se atribui a responsabilidade por sua reconstrução. E acrescenta a autora:

o momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável<sup>9</sup>.

Estabelecida a sobreposição dos direitos humanos à soberania dos Estados – premissa do jusnaturalismo moderno –, a Organização das Nações Unidas, a Declaração dos Direitos do Homem de 1948 e os Pactos Internacionais de Direitos Civis e do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, unidos em Carta Internacional dos Direitos Humanos (*International Bill of Rights*), constituem sistema internacional, ao qual

5 Maria Teresa Féria de Almeida afirma que o Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece três níveis de obrigações aos Estados Partes, no que diz respeito aos direitos humanos: respeitar, proteger e fazer cumprir, esta orientada pelo critério da diligência devida (*due diligence*), ou seja, devem ser implementados os meios adequados à obtenção do melhor resultado possível. Ao justificar a natureza da obrigação de implementar o dever de julgamento com perspectiva de gênero, a autora cita a Recomendação Geral n 28, §9º, que exorta os Estados Partes a adotar “medidas diretamente orientadas para eliminar as práticas consuetudinárias, ou de qualquer outra índole que alimentem os preconceitos ou perpetuem a noção de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos e os papéis estereotipados de homens e mulheres, A obrigação de fazer cumprir requer que os Estados partes adotem uma ampla gama de medidas para assegurar que mulheres e homens gozem “de jure” e “de facto” dos mesmos direitos” (*Julgar com uma perspectiva de gênero?*)

6 André de Carvalho Ramos acrescenta que “não há um rol determinado desse conjunto mínimo de direitos essenciais a uma vida digna. As necessidades humanas variam, e, de acordo com o contexto histórico de uma época, novas demandas sociais são traduzidas juridicamente e inseridas nas listas de direitos humanos” (**Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 29).

7 Leila Linhares Barsted, com a sensibilidade e competência de quem coordena o comitê de peritas da Organização dos Estados Americanos (OEA) para avaliar o cumprimento da Convenção de Belém do Pará, segundo ela complementar à Convenção CEDAW, deixa claro que a sua aprovação foi decorrente de preocupação com a generalização da violência contra as mulheres, enfatizando que o reconhecimento e o respeito irrestrito a todos os direitos das mulheres são condições indispensáveis para uma sociedade mais justa, solidária e pacífica. Afirma a advogada e pesquisadora que a convenção mencionada se traduz no mais importante acordo internacional sobre a violência porque, em seus cinco capítulos, define a violência contra a mulher, declara os direitos protegidos e aponta os deveres dos Estados-parte, além de criar mecanismos interamericanos de proteção. **Apresentação da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – Convenção de Belém do Pará -1994**. Disponível em: [https://assets-institucional-ipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2009/08/instru\\_inter\\_belem\\_para.pdf](https://assets-institucional-ipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2009/08/instru_inter_belem_para.pdf) Acesso em: 20 out. 2020.

8 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 49.

9 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 50-51.

se alinham os sistemas regionais – europeu, americano, africano e árabe – com a preocupação de estabelecer, implementar e punir as violações aos direitos humanos.

Ao situar a importância do sistema internacional de direitos humanos, Flávia Piovesan anota que os instrumentos internacionais, gradativamente, trouxeram à luz as discriminações e a necessidade de delinear a concepção de igualdade, indicando, entretanto, que

foi a declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 que, de forma explícita, afirmou, em seu parágrafo 18, que os direitos das mulheres e das meninas são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais<sup>10</sup>.

Nesse cenário se apresenta o devido processo penal como direito humano fundamental, surgido no constitucionalismo moderno em oposição aos Estados absolutistas e limite ao poder jurisdicional, pautado pelos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, conteúdo da esfera da dignidade humana, que se estende, diante da concepção de igualdade, à mulher.

Exigência da comunidade internacional, no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, providências para a proteção dos direitos humanos das mulheres vítimas de violência de gênero, o que se alcança, em juízo, além de outras medidas, pelo julgamento com perspectiva de gênero.

O julgamento com perspectiva de gênero, se analisado sob os postulados éticos de Immanuel Kant, decorre do direito à dignidade, pelas deletérias consequências que o processo pode causar à mulher vítima de violência de gênero e do alto valor probante de suas palavras.

De inquestionável importância, assim, o respeito ao espaço diferenciado e exclusivo existencial da mulher vítima de violência, em si mesma considerada, bem como à sua oitiva com perspectiva de gênero, em devido processo legal.

A propósito da dignidade humana e de seus elementos, André de Carvalho Ramos, pautado na filosofia kantiana, sustenta que para Kant, tudo tem seu *preço* ou uma *dignidade*: aquilo que tem um preço é substituível e tem equivalente; já aquilo que *não admite equivalente*, possui uma dignidade. Assim, as coisas possuem preço; os indivíduos possuem *dignidade*. Nessa linha, a *dignidade* da pessoa humana consiste que cada indivíduo é um fim em si mesmo, com autonomia para se comportar de acordo com seu arbítrio, nunca um meio ou instrumento para a consecução de resultados, não possuindo *preço*<sup>11</sup>.

Ao concluir pelo direito do cidadão ao respeito recíproco, à proteção do Estado contra o “tratamento degradante” e a “discriminação odiosa”, com fornecimento de “condições materiais mínimas de sobrevivência [...] não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual,

10 Flávia Piovesan afirma que o legado de Viena é duplo por endossar a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos invocada pela Declaração Universal de 1948 e conferir visibilidade aos direitos humanos das mulheres e meninas, em expressa alusão ao processo de reconhecimento de identidades (*A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres*. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista57/revista57\\_70.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf). Acesso em: 20 ago. 2020

11 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 77.

credo...”<sup>12</sup>, André de Carvalho Ramos fornece elementos para se afirmar o alinhamento do julgamento com perspectiva de gênero com a dignidade humana (art. 1º, III, CF) e os demais direitos fundamentais que dela decorrem, especialmente o do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF).

#### 4 O PROCESSO PENAL E AS DECLARAÇÕES DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Marcos Alexandre Coelho Zilli afirma o processo penal como instrumento limitador do poder-dever punitivo do Estado e impeditivo da “realização automática do direito penal”, endossada, por sua historiografia, a importância do fator político na sua formatação. O novo desenho processual penal pós-iluminismo, que se afasta, ainda que paulatinamente, do poder-dever de punir do Estado, externa, segundo o autor, a vitória da relação política fundada da perspectiva *ex parte populi* – proeminência da liberdade – a qual supera a visão *ex parte principis* – proeminência do domínio e da sujeição. A revalorização da cartilha processual acusatória, a exaltação da presunção de inocência como princípio vetor do processo penal e o reposicionamento do acusado como sujeito – e não como mero objeto – da persecução são valores que lá se consagraram, informando o desenho processual penal da modernidade<sup>13</sup>.

O acusado, de acordo com a terminologia do Código de Processo Penal, “é o sujeito processual contra quem se pede a atuação do Direito Penal, contra quem *res in judicio deducitur*”<sup>14</sup>, mostrando-se indispensável o estabelecimento de justa causalidade entre a infração penal descrita na denúncia e a sua pessoa, sob pena de pronunciamento da inépcia e rejeição da peça acusatória (art. 395, III, CPP).

Ao discorrer sobre a prova no processo penal, Fernando da Costa Tourinho Filho conceitua ofendido ou vítima como “sujeito passivo da infração”, e, citando Basileu Garcia, qualifica-o como “titular do direito lesado ou posto em perigo pelo crime”, para concluir que tal sujeito processual é, essencialmente, “quem sofre a ação violatória da ação penal”<sup>15</sup>.

Absoluta prova da materialidade do delito e indícios fortes de autoria são indispensáveis ao exercício da ação penal, mostrando-se inadmissível o recebimento de denúncia – ou queixa-crime – sem a necessária justa causa à “movimentação da atividade jurisdicional penal de natureza condenatória”<sup>16</sup>.

12 RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 77.

13 ZILLI, Marcos Coelho Alexandre. **Direito processual penal**: aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Petição inicial. Prova testemunhal. Apresentação do rol de provas a serem produzidas e das testemunhas a serem ouvidas. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 24, n. 282, maio 2016. ISSN 1676-3661.

14 De acordo com TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 433.

15 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 289.

16 Assim entendida a intenção da acusação, por Marcos Alexandre Coelho Zilli, que limita a causa, simplesmente causa, “a tese acusatória apresentada ao Estado-juiz quando do oferecimento da ação penal [...], que, além de jurídica, “proposta de adequação tipológica”, deve ser “fática, ou, mais precisamente, a versão de um fato que se atribui a alguém. Envolve, portanto, a narração de um fato, a atribuição a alguém e a qualificação jurídico-penal deste fato”. Prossegue, com relação ao ajustamento da peça acusatória ao exercício da ação penal, estabelecendo que “a justa causa, por sua vez, é uma valoração incidente sobre estes elementos: narrativa, vinculação fato/sujeito e qualificação jurídico-penal. É o selo que reconhece a presença de um suporte probatório mínimo que sustente a narrativa fática e que reconheça a viabilidade da adequação penal típica proposta e dos demais elementos que estruturam o ilícito penal: antijuridicidade e culpabilidade. Nesse sentido, pode ser equiparada ao *fumus comissi delicti*, desde que se incluam neste conceito todos os aspectos relativos à imputação, acrescidos da valoração positiva (probabilidade)” (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O provo contra... As condições da ação penal condenatória: velhos problemas. Novas ideias. **Cadernos Jurídicos – Direito Processual Penal**, São Paulo, Escola Paulista da Magistratura, ano 17, n. 44, p. 1-168, jul./set. 2016. p. 151-153).

Pelas circunstâncias que envolvem a violência de gênero, nas palavras da ofendida se encontram, de ordinário, além dos indícios de autoria, a prova de materialidade, indispensáveis ao pronunciamento da justa causa; a limitação do poder-dever punitivo do Estado, entretanto, permanece intacta e se coaduna com o dever de julgamento com perspectiva de gênero, na medida em que o devido processo legal está incondicionalmente atrelado à justa causa para a ação penal.

Qualificam-se as declarações da vítima como meios de prova, conceituados por Antonio Magalhães Gomes Filho como “instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção de prova). São, em síntese, os canais de informação de que se serve o juiz”<sup>17</sup>.

E, ainda que de alta relevância as declarações da mulher vítima de violência decorrente do gênero, não pretendem o descortinamento da verdade real – que não constitui *ultima ratio* do processo. Como os demais meios de prova, buscam oferecer ao processo penal probabilidade alta de conhecimento da acusação, no que consiste a verdade processual. De acordo com Ada Pellegrini Grinover, o conceito de verdade, como já dito, não é ontológico ou absoluto. No processo, penal ou civil que seja, o juiz só pode buscar uma verdade processual, que nada mais é do que o estágio mais próximo possível da certeza<sup>18</sup>.

Soraia da Rosa Mendes, ao enfrentar o tema produção e valoração da prova, diz que ofendida, no processo penal, vê-se silenciada pela impossibilidade de demonstrar que não consentiu com a violência e argumenta que

na perspectiva exterior às experiências da vítima, há um evidente reducionismo processual penal que minimiza a violência sofrida pelo seu modo de operar a partir de construções dogmáticas só na aparência ancoradas no respeito a garantias fundamentais.

A autora realça a pouca credibilidade dada à palavra da mulher vítima, especialmente nos delitos contra a dignidade sexual, sobre ela recaindo o difícil ônus de provar a violência sofrida, acrescentando que

a palavra da vítima é, sim, a principal prova nos delitos sexuais e, por tal razão, há de ser respeitada nos parâmetros da dignidade que a todos e todas devem ser garantidos desde o procedimento investigatório até o completo esgotamento do processo judicial<sup>19</sup>

*Faz parte do julgamento com perspectiva de gênero a alta valoração das declarações da mulher vítima de violência de gênero, não se cogitando de desequilíbrio processual; o peso probatório diferenciado se legitima pela vulnerabilidade e hipossuficiência da ofendida na relação jurídica processual, qualificando-se a*

17 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz. **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. p. 305.

18

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema? In: PEREIRA, Flavio Cardoso (org.). **Verdade e prova no processo penal**: estudos em homenagem ao professor Michelle Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 8-9.

19 MENDES, Soraia Rosa. **Processo penal feminista**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 95-97.

atividade jurisdicional, desenvolvida nesses moldes, como imparcial e de acordo com o aspecto material do princípio da igualdade<sup>20</sup>.

## 5 O JUIZ E O JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

O princípio da integridade do juiz, qualificado pela convergência da lei, da moral social contemporânea e dos princípios fundamentais dos direitos humanos no exercício da jurisdição deve ser ressaltado como em alinhamento ao dever de julgamento com perspectiva de gênero, que tem por alvo afastar do discurso judiciário a desigualdade que atinge as mulheres vítimas de violência de gênero, decorrentes de tratamento diferenciado e hierarquizado, diminuir-lhes o sofrimento em solo judicial, e, reconhecer-lhes o direito à vida digna e livre de violência, por meio de decisão neutralizadora de relação assimétrica de poder constatada no caso concreto.

O *Handbook for the Judiciary on Effective Criminal Justice Responses to Gender-based Violence against Women and Girls*, desenvolvido pela UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime, para contribuir com a capacidade institucional do Poder Judiciário para lidar com os casos de violência contra mulheres e meninas em razão de gênero, enuncia como objetivos

sensitive judiciary to recognize and overcome structural discrimination and promote gender equality, enhance standards and behaviours of judges and improve judicial performance improve access to justice for victims of gender-based violence and reduce the risk of their secondary victimization; promote the sharing of good practices introduced by criminal courts around the world to help ensure that women and girls, as complainants, receive adequate protection an support during the criminal justice process<sup>21</sup>o que sugere estímulo ao julgamento com perspectiva de gênero.

Tal sugestão se confirma ao se verificar que o documento estabelece como “papel” dos juízes, no que diz respeito às respostas eficazes em casos criminais envolvendo violência de gênero contra mulheres e meninas, a incorporação da perspectiva de gênero na decisão judicial, que

requires judges to assess the facts in accordance with a careful understanding of the law, free from any gender biases and harmful gender stereotyping. This not only applies to the decision itself but also to the process by which the decision is made<sup>22</sup>

20 Acerca das três vertentes da concepção da igualdade, Flávia Piovesan discorre sobre a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei”(que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios), ajustando-se a última subdivisão ao objetivo almejado pelo julgamento com perspectiva de gênero e que garante efetivo e eficaz acesso das mulheres à justiça. *A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres*; p. 73.

21 Em tradução livre, o Manual para o Judiciário para sobre respostas eficazes da justiça criminal à violência contra mulheres e meninas tem por objetivos, desenvolvido pelo Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crimes, tem por objetivo sensibilizar o judiciário para reconhecer e superar a discriminação estrutural e promover a igualdade de gênero, melhorar os padrões e comportamentos dos juízes e melhorar o desempenho judicial, melhorar o acesso à justiça para as vítimas de violência de gênero e reduzir o risco de sua vitimização secundária; promover o compartilhamento de boas práticas introduzidas por tribunais criminais em todo o mundo para ajudar a garantir que mulheres e meninas, como denunciadas, recebam proteção adequada e apoio durante o processo de justiça criminal. Disponível em: [https://www.unodc.org/pdf/criminal\\_justice/HB\\_for\\_the\\_Judiciary\\_on\\_Effective\\_Criminal\\_Justice\\_Women\\_and\\_Girls\\_E\\_ebook.pdf](https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/HB_for_the_Judiciary_on_Effective_Criminal_Justice_Women_and_Girls_E_ebook.pdf). Acesso em: 18 ago. 2020. (p. 2).

22 A incorporação de perspectiva de gênero na decisão judicial, de acordo com o *Handbook for the judiciary on effective criminal justice responses to gender-based violence against women and girls*, desenvolvido pela UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime (Vienna, 2019), e, conforme tradução livre, exige que os juízes avaliem os fatos de acordo com um entendimento cuidadoso da lei, livre de quaisquer preconceitos de gênero e estereótipos de gênero prejudiciais. Isso não se aplica apenas à decisão em si, mas também ao processo pelo qual a decisão é tomada (p. 99). Evidentemente, o dever de julgamento com perspectiva de gênero se apresenta como meio indispensável ao enfrentamento à violência contra mulheres e meninas, causadas pelo gênero e da qual depende específica atuação do sistema de justiça.

E, para lidar com a violência baseada em gênero, o documento traz como exemplo de práticas institucionais eficazes para lidar com a violência de gênero contra mulheres e meninas, a promoção da igualdade de gênero no sistema judicial, amparada pelos Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, estabelecendo que

all judges, both women and men judges have a role to play in addressing gender discrimination in courts. They have an obligation to ensure that the court offers equal access and equal protection to women and men<sup>23</sup>

Forçoso concluir, portanto, que o julgamento com perspectiva de gênero tem sido reconhecido como indispensável ao enfrentamento da violência contra vítimas de violência de gênero, especialmente pelo sistema de justiça.

## 6 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E IGUALDADE DAS PARTES NO JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

Integrante da natureza humana, o estado de inocência, indisponível e irrenunciável, constitui eixo do direito fundamental da dignidade humana, base do Estado Democrático de Direito, garantido pelo princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII, CF), que estabelece regra de tratamento do acusado, tanto na fase administrativa como na judicial, como pessoa absolutamente inocente, inclusive se sobre ele pesar condenação anterior, como expõe Guilherme de Souza Nucci.

Segundo o autor, “a inocência é a regra; a culpa, a exceção [...]. A presunção de inocência tem alvo certo e principal: o dever de provar a culpa é do órgão acusatório, pouco importando quem o constitui”<sup>24</sup>.

Ao juiz se impõe observância às regras de gestão da prova, cabendo à acusação, porque se presume inocente o réu, o ônus de provar as alegações acusatórias. Dele não se desincumbindo, deve ser pronunciado o *non liquet* probatório, e, via de consequência, proferida sentença absolutória, em consequência, ademais, do princípio constitucional do *favor rei*, do qual o *in dubio pro reo* é corolário.

No entanto, para que a vulnerabilidade originada na violência de gênero que reveste a ação ou omissão motivadora da ação penal não resulte nova violação de direito humano, desta feita no processo penal, contra a dignidade da mulher vítima, reafirma-se o alto valor probatório das declarações da ofendida, sem receio de colocar em risco a garantia à presunção de inocência que milita em favor do acusado.

Reconhecido, no caso concreto, relação assimétrica de poder, qualificando-se a violência perpetrada contra a mulher como de gênero, impõe-se ao acusado a produção de prova robusta – firmada em fatos concretos e não estabelecida em estereótipos discriminatórios ou considerações sobre a conduta da mulher, com o intui-

23 O documento afirma que, na promoção da igualdade de gênero no sistema judicial, todos os juizes, tanto mulheres quanto homens, têm um papel a desempenhar no tratamento da discriminação de gênero nos tribunais. Eles têm a obrigação de garantir que o tribunal ofereça igualdade de acesso e proteção igual a mulheres e homens (tradução livre), de acordo com pelos Princípios de Conduta Judicial de Bangalore (p. 153).

24 NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 233-234.

to de transferir-lhe a culpa pela violência sofrida – da alegação de falsa incriminação, o que se ajusta, ademais, à regra de gestão da prova estabelecida no art. 156, *caput*, CPP.

No exercício da jurisdição, o magistrado deve avaliar se na determinada relação jurídica processual se mostra pertinente o julgamento com perspectiva de gênero, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, os laços que unem – ou uniram – os sujeitos processuais, as consequências da violência de gênero, permitindo-lhe aferir situação estrutural de desigualdade dependente de atuação jurisdicional para neutralizá-la.

Gustavo Henrique Badaró afirma que, no processo penal, a igualdade de partes garante a paridade de armas entre os sujeitos parciais. Todavia, a função de assegurar a igualdade de partes não é só do juiz, que deve lhes dar o mesmo tratamento. Também é do legislador, que, ao disciplinar os institutos processuais, deve fazê-lo de modo a garantir a isonomia de partes na dinâmica processual<sup>25</sup>.

Na presidência do processo, compete ao juiz garantir a isonomia entre as partes, atento, não só à disciplina dos institutos processuais, mas ao ordenamento jurídico em sua inteireza, com atenção às consequências causadas pela violência de gênero, dentre elas a aniquilação da autoestima da mulher, acompanhada de sentimento de culpa e da corrupção de sua vontade, que podem ocultar a verdade processual, se não realizado o julgamento com perspectiva de gênero.

Ao discorrer sobre as garantias do contraditório e ampla defesa, o autor mencionado indica evolução no entendimento do princípio da isonomia, diante da necessidade de igualar desiguais, com reflexos no princípio do contraditório. Destaca, ainda, a participação do julgador na “missão de igualar os desiguais”, que denomina ativismo judicial, com estímulo à participação dos sujeitos em situação de desigualdade, visando a “uma maior efetividade do contraditório”<sup>26</sup>.

Sob tal ótica, a igualdade processual não se limita à perspectiva de equivalência das partes; leva em consideração as condições pessoais dos sujeitos processuais na análise de desigualdade ensejadora de tratamento processual distinto, ao que se ajusta, perfeitamente, o dever de julgamento com perspectiva de gênero, especialmente no que diz respeito ao alto valor probante das palavras da mulher vítima de violência de gênero, hipossuficiente na relação jurídica processual, e da não utilização de estereótipos decorrentes da reprodução de preconceitos sexistas que podem comprometer a imparcialidade da decisão.

Afirma-se, destarte, que o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CF), não se vê mitigado pelo julgamento com perspectiva de gênero; ao revés, o tratamento igualitário de homens e mulheres, pelo Poder Judiciário, exterioriza-se nas decisões fundamentadas em bases objetivas e livres de preconceitos e decididas de acordo com as peculiaridades do caso concreto, submetido a normas jurídicas neutras e de acordo com sistema internacional de garantias aos direitos humanos, universais, indivisíveis e inter-relacionados.

25 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 55.

26 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 51.

É o que se entende por igualdade material, distinta da formal, esta limitada à letra da norma constitucional telada e que não cumpre os anseios do arcabouço protetivo internacional de direitos humanos; é a equidade real, material, que se coaduna com a definição de Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- ACOSTA, Walter P. **O processo penal: teoria. Prática. Jurisprudência. Organogramas.** 6. ed. Rio de Janeiro: [W.P.A.], 1967. (Col. Jurídica da Editora do Autor).
- ALMEIDA, Maria Teresa Féria de. **Julgar com uma perspectiva de gênero?** [Online].
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BARSTED, Leila Linhares. **Apresentação da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – Convenção de Belém do Pará -1994.** Disponível em: [https://assets-institucional-ipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2009/08/instru\\_inter\\_belem\\_para.pdf](https://assets-institucional-ipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2009/08/instru_inter_belem_para.pdf). Acesso em: 20 out. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação Geral n. 35 sobre violência de gênero contra as mulheres do comitê para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW).** Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/405>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz. **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo: DPJ, 2005. p. 303-318.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema? *In*: PEREIRA, Flavio Cardoso (org.). **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michelle Taruffo.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- HOUAISS, A.; VILLAR, M.S. **Pequeno dicionário Houaiss da língua portuguesa.** São Paulo: Moderna; 2015.
- MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia. Um ensaio sobre o sujeito de direito. Vulnerabilité, droit et autonomie. Un essai sur le sujet du droit. Tradução de Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca Luna. **Revista Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, p 641-673, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1877>. Acesso em: 14 nov. 2021.
- MENDES, Soraia Rosa. **Processo penal feminista.** São Paulo: Atlas, 2020.
- MORAIS, Talita Cavalcante Arruda de; MONTEIRO, Pedro Sadi. Conceitos de vulnerabilidade humana e integridade individual para a bioética. **Revista Bioética**, Brasília, v. 25, n. 2, p. 311-319, maio/ago. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/1983-80422017252191>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/SQkz3G9zHJLvfQPPWntccvK/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 14 mar. 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. **Revista da EMERJ**, v. 15, n. 57, 2012, Ed. Esp. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista57/revista57\\_70.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf). Acesso em 20 ago. 2020.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **Handbook for the judiciary on effective criminal justice responses to gender-based violence against women and girls.** Vienna, 2019. Disponível em: [https://www.unodc.org/pdf/criminal\\_justice/HB\\_for\\_the\\_Judiciary\\_on\\_Effective\\_Criminal\\_Justice\\_Women\\_and\\_Girls\\_E\\_ebook.pdf](https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/HB_for_the_Judiciary_on_Effective_Criminal_Justice_Women_and_Girls_E_ebook.pdf). Acesso em: 18 ago. 2020.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Direito processual penal: aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Petição inicial. Prova testemunhal. Apresentação do rol de provas a serem produzidas e das testemunhas a serem ouvidas.** Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 24, n. 282, maio 2016. ISSN 1676-3661.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O provo contra... As condições da ação penal condenatória: velhos problemas. Novas ideias. **Cadernos Jurídicos – Direito Processual Penal**, São Paulo, Escola Paulista da Magistratura, ano 17, n. 44, p. 1-168, jul./set. 2016.



# CAPÍTULO 7

## ESTUDO SOBRE GÊNERO E RAÇA: MOBILIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO<sup>1</sup>

Renata Miranda Lima

Luciana de Toledo Temer Lulia

### INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira prevê no seu artigo 93 as formas de ingresso na magistratura, assim como, estabelecem a promoção na carreira por meio da antiguidade no cargo e merecimento aferidos por meio de critérios objetivos de produtividade e eficiência.

O retrato da magistratura que compõe o Poder Judiciário do Estado de São Paulo, segundo os dados fornecidos pela própria instituição referentes ao ano de 2017, configurou-se na primeira instância por 1.184 juízes atuantes na capital e 1.363 prenotados no interior totalizando 2.547 juízes em atividade (SIC-TJ/SP, 2017).

Dentre os magistrados com labor na capital, tem-se que 340 são juízes e 373 são juízas. Por sua vez, entre as magistradas, 16 delas se autodeclararam pardas e negras. Em relação a segunda instância a configuração se altera para o seguinte desenho: 61 juízes e 21 juízas na condição de substitutos; 361 desembargadores; 28 desembargadoras, com destaque para o fato de que 4 delas se declaram negras.

Este cenário evidencia uma sociedade marcada por desigualdades, entre elas, a de gênero e a do racismo estrutural e institucionalizado como freios determinantes à mobilidade social das mulheres, em especial às negras. A situação do TJ-SP reflete esta realidade, quando se verifica que o número de mulheres na primeira instância supera o número de homens, mas que o quadro se inverte quando se analisa os números da segunda instância, que revela o triplo de homens em relação às mulheres entre os juízes substitutos. A situação toma maior proporção quando se compara o número de desembargadores. Segundo os dados, 92,80% são do sexo masculino, enquanto 7,19% são de mulheres. Cabe ressaltar que 1% corresponde às mulheres negras.

No presente estudo, a concretização do Direito à Igualdade é verificada a partir das possibilidades de Mobilidade igual aos quadros do TJSP, tendo como fundamento gênero e raça. A partir da delimitação do campo de estudo, considera-se que o Direito à Igualdade é concretizado quando se verifica um espaço plural e diverso.

<sup>1</sup> Publicado como artigo de periódico em <https://doi.org/10.5585/prismaj.v19n1.14254>

A este respeito, reputa-se que a pluralidade e a diversidade nos quadros do TJSP têm sua importância ampliada, especialmente na sociedade brasileira, em razão dos diversos problemas de justiça social.

Nesta toada, a promoção de representatividade de diversos segmentos sociais na magistratura de primeira e segunda instância, ensejaria resultados altamente positivos em dois aspectos: representaria inclusão e promoveria maior pacificação social em razão do sentimento de representatividade, por que as respostas também seriam construídas por grupos que são historicamente marginalizados e excluídos do exercício da cidadania, espaços de poder e decisão.

Ante o exposto, o presente artigo se propõe refletir a necessidade de inclusão à primeira instância da magistratura de grupos socialmente marginalizados e a mobilidade social das magistradas ao TJ-SP, aos cargos de cúpula e de decisão, visto que mulheres alcançaram igualdade na magistratura de primeira instância.

Contudo, grupos marginalizados como mulheres negras, indígenas, pessoas Trans e pessoas com deficiência, não alcançaram igualdade nas carreiras da magistratura na primeira e segunda instância. Assim, a alguns segmentos sociais é dada ênfase à necessidade de mobilidade dentro da carreira, visto que já alcançaram acesso equânime nos escalões de base. Contudo, aos grupos marginalizados, considera-se necessária a implementação de políticas à inclusão na magistratura, para após se pensar em mobilidade dentro da carreira visto que sobre estes recaem entraves interseccionados que transcendem os de gênero e inviabiliza o acesso equânime à carreira.

As diferenças verificadas nos dados transcritos acima são decorrentes de diferentes intersecções de violências que atravessam os grupos sociais e estes, por si só, já seriam suficientes para desencadear uma série de estudos tratando do tema. Neste cenário, pode-se asseverar que, para além da discrepância entre o número de desembargadores homens e mulheres, resta evidente outra desigualdade social referente à raça em que sobrepõem impedimentos especialmente às mulheres negras e indígenas de ocuparem lugares nas esferas de poder.

Neste íterim, o presente artigo se desenvolve da seguinte forma: Em um primeiro momento tece considerações quanto ao acesso a direitos sobre a perspectiva de gênero. Após é refletido como mulheres alcançaram a magistratura procurando responder por que há poucas na segunda instância do TJ-SP. Na sequência, o estudo se dirigirá a compreender as intersecções de gênero e raça que geram entraves no acesso e mobilidade dentro da magistratura Paulista.

Tecidas essas considerações, o artigo passará a refletir o critério legal de antiguidade e merecimento para a promoção/mobilidade de carreira no TJSP, levando em conta o Direito à Igualdade, correlacionando o cenário atual com o contexto histórico de discriminação em razão de gênero e raça.

## 1 A CONSTRUÇÃO DO FEMININO NA SOCIEDADE: DIREITO À IGUALDADE

Ser um homem feminino  
não fere o meu lado masculino  
se Deus é menina e menino  
sou masculino e feminino  
Olhei tudo que aprendi  
e um belo dia eu vi  
Que ser um homem feminino  
não fere o meu lado masculino  
(Pepeu Gomes)

A presente canção é um convite à reflexão do que é feminino e masculino, conduzindo a questionamentos quanto às construções binárias que impõem não apenas comportamentos, mas também posições sociais e diferentes possibilidades de acesso a direitos.

Estas reflexões passaram a emergir na sociedade e ganhou maior contorno com o movimento social organizado na chamada primeira onda do feminismo a partir das últimas décadas do século XIX, nomeados ‘sufragistas’ (PINTO, 2010, p. 1).

Contudo, Joan W. Scott adverte que o conceito de gênero não se reduz ao conhecimento em relação a um suposto masculino ou feminino. Entretanto, com o passar do tempo o termo se cristalizou e foi cooptado para servir como sinônimo de mulher, sexo, papéis sexuais. Neste ínterim, compreende-se necessário movimento contrário para romper com uma gramática que opera de forma binária, reduzindo as diversas formas de identidade, desigualdades e suas intercessões de violências; redefinido e reestruturado em conjunção com a visão de igualdade política e social que inclui não só o sexo, mas também a classe e a raça à ideia de gênero, abrangendo, assim, outras formas de ser e existir (SCOTT, 2010, p. 29).

Destarte, Simone de Beauvoir no livro ‘O segundo sexo’ considera que tais relações são relações de poder (BEAUVOIR, 1970, p. 10). Portanto, entendê-las apenas a partir da ideia do feminino e masculino é considerada, no mínimo, equivocada por Silva (2009, p. 166), que afirma não existir uma essência masculina inerentemente viril, ou uma essência feminina de fraqueza e angelicalidade inata à mulher, mas sim diversas formas de ser e existir no mundo. No entanto, a crença nesta concepção coopera para a manutenção da opressão e dominação contra os grupos sociais marginalizados.

Desse modo, considera-se que a sociedade define os direitos e papéis sociais de cada ser humano. No caso da civilização ocidental, o suposto feminino é construído e valorado a partir da ideia do suposto homem e a história do Gênese, o qual simboliza a humanidade a partir da figura masculina, pois a mulher é definida a partir do homem não como ser autônomo, pois é extraída do homem. Para Beauvoir, há de se estabelecer esforços para desmascarar e desconstruir a ideia de superioridade do masculino em detrimento do feminino que historicamente se tornou natural (Op. Cit., 1970, p. 10).

Essa construção de papéis sociais, aos poucos foi perdendo espaço em razão do muito esforço das mulheres que lutavam por igualdade de tratamento. No Brasil, essas lutas resultaram na conquista do direito à educação superior, a qual se deu no final do século XIX, pelo [Decreto número 7.247, de abril de 1879](#), editado por Dom Pedro II.

Outra conquista foi o direito ao voto, sem distinção de sexo, em 1932, estabelecido no [Decreto nº 21.076 \(BRASIL. CE, 1932\)](#), pelo então presidente Getúlio Vargas. Dentro desse contexto, é importante ressaltar que, apesar da mulher ter sido alijada do direito à cidadania por tempos, segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral, o eleitorado feminino Brasileiro, em 2016, correspondia a 52% dos cidadãos, ou seja, mais da metade. Entretanto, quando se questiona onde estão essas mulheres, percebe-se que as desigualdades implantadas se reproduzem de forma sofisticada o que é corroborado na necessidade, ainda hoje, de exigir paridade de gênero nas candidaturas e apesar da exigência legal e do eleitorado feminino ser majoritário, dados estatísticos mostram que o número de candidatas mulheres nas eleições municipais de 2016, foi de 31,89% e essa foi a primeira vez que as candidaturas femininas alcançaram 30% do total de candidaturas de um pleito no país (BRASIL. TSE, 2016).

Essa desigualdade não é diferente em outras instâncias de poder, como, por exemplo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que até julho de 2018 contava com 531.706 advogadas e 562.321 advogados, entretanto apenas homens exerceram a presidência ou cargos de cúpula na OAB (CFOAB, 2018) e ainda no próprio exercício da advocacia conforme estudo, verifica-se o fenômeno da feminização da carreira em que cabe às mulheres as atividades mais tradicionais e rotineiras e aos homens as áreas especializadas e inovadoras, reproduzindo, assim, a divisão sexual do trabalho (BONELLI, 2008, p. 267).

Diante do exposto, percebe-se que as amarras legais e sociais refletem nas posições sociais quando estudadas sob o enfoque de gênero. Quanto à opressão dirigida à mulher negra, verifica-se que sobre estas recai o forte peso da raça e do racismo além das questões de gênero.

Para uma aproximação mais atenta às relações de raça no Brasil, é imprescindível o estudo da história brasileira. Nesse ínterim, verifica-se que as “relações entre europeus, indígenas e africanos foram marcadas por distinções de cunho racial” que podem ser destacadas ora nos argumentos espirituais, biológicos e médicos, e até mesmo pelo senso comum senhorial em que:

Negros e indígenas eram classificados e reclassificados ao olhar do europeu de forma radicalizada, isto é, de forma a estabelecer distinções entre esses três grandes grupos, não apenas com um sentido de hierarquização, mas de definição do que era ou não considerado humano (Op. cit., 2018, p. 417).

Esse processo de racialização sobre a população negra perfilhou o período escravocrata e definiu diferenças de acesso a direitos. No que tange a educação, a população negra ficou durante anos inviabilizada de ter acesso, pois o Regulamento 22, de agosto de 1887, da província do Estado de São Paulo, dizia no seu artigo

143 § 5º que não serão admitidos à matrícula nas escolas de primeira categoria: “Os escravos, salvo nos cursos noturnos e com consentimento dos senhores (SÃO PAULO, 1887)”. Como consequência, a população negra em sua grande maioria era analfabeta e, assim, impedida do exercício da cidadania, pois segundo o [Decreto nº 21.076, de 1932](#), artigo 4º “b”, não podem alistar-se eleitores analfabetos (BRASIL, 1932).

No que diz respeito às relações de trabalho e a implantação do modelo econômico capitalista no Brasil, Florestan Fernandes (2008) destaca que com a abolição da escravidão a integração da população negra na sociedade de classe fora permeada por diversas complexidades, uma vez que a massa de trabalhadores a ser absorvida pela organização de mercado era composta por nacionais, estrangeiros e os negros recém-livres.

Neste contexto, a inserção do negro na sociedade de classe se deu de forma abrupta, uma vez que o desfazimento do regime escravocrata e senhorial aconteceu sem que houvesse a destituição dos:

Antigos agentes de trabalho escravo, de assistência e garantias que os protegessem na transição. Os senhores foram eximidos da responsabilidade pela manutenção e segurança dos libertos, sem que o Estado, a igreja ou qualquer outra instituição assumisse encargos especiais que tivesse por projeto prepará-los para um regime de organização de vida e de trabalho.

Assim, o “antigo agente do trabalho escravo imprimiu à abolição o caráter de uma espoliação extrema e cruel” (Ibidem, 2008, p. 29).

No que concerne ao exposto, considera-se que a liberdade conferida despida de mecanismos de promoção de igualdade material é ponto chave à continuação de uma estrutura que inviabiliza a integração do negro na sociedade de classe. Portanto, a ausência de garantias e assistência foram instrumentos de perpetuação de desigualdades, em que apesar de se conferir liberdade ao escravo, os antigos agentes da escravidão que mantinham a condição de não acesso aos direitos, continuava a inviabilizar este acesso à população negra diante da ausência de mecanismos de promoção de igualdade.

Em consonância com o exposto, Joaquim Nabuco observa que o período escravocrata marcaria por longo tempo a sociedade brasileira, porque a abolição não fora seguida de medidas sociais que conferissem igualdade política, econômica e social aos recém-libertos (NABUCO, 2000, p. 14).

Por sua vez, Sueli Carneiro aponta que essas marcas se seguiram em razão do racismo científico do século XIX que legitimou a divisão de raças na humanidade estabelecendo hierarquia entre elas, conferindo *status* de inferioridade e superioridade naturais (CARNEIRO, 2011, p. 16).

Para Florestan Fernandes, os resquícios da escravidão se perpetuaram porque “a legislação, o poder público e os círculos politicamente ativos da sociedade se mantiveram indiferentes e inertes diante de um drama material e moral que sempre fora reconhecido e previsto” no que diz respeito à população negra recém-liberta (FERNANDES, 2008, p. 31).

Sueli Carneiro, ao trabalhar raça e Direitos Humanos no Brasil, observa que “a base da contradição de população liberta, mas sem direitos” se conserva “pela prevalência da concepção de que certos humanos são mais ou menos humanos do que outros, o que, conseqüentemente, leva à naturalização da desigualdade de direitos”. A autora observa que “se alguns estão consolidados no imaginário social como portadores de humanidade incompleta, torna-se natural que não participem igualmente do gozo pleno de Direitos Humanos” (Op. Cit. p. 15).

Nesta toada, Leonardo Ortegá (2018) afirma que a ideia de menos humano é elemento importante para compreender as relações sociais no Brasil, “pois, em um mundo marcadamente antropocêntrico, caracterizar determinado grupo como não humano ou sub-humano resultava em total isenção moral para a exploração, escravização e extermínio desse grupo assim classificado”. Segundo este autor,

“isto está evidenciado nos mais diversos estudos da historiografia e da sociologia do Brasil e não teve seus efeitos suspensos por decreto, como a promulgação da Lei Áurea ou da Proclamação da Independência” e os reflexos dessa desigualdade racial ainda repercutem na contemporaneidade e se encontra viva no ideário social (Ibidem, 2018, p. 47).

Daí a necessidade de se pensar em formas de promoção de acesso interseccionando gênero e raça para compreender as desigualdades de acesso que atingem as mulheres negras no acesso e mobilidade dentro dos cargos de cúpula no TJ-SP.

Sob um prisma jurídico, reunindo as reflexões referentes ao gênero e raça no que tange ao Direito à Igualdade, Norberto Bobbio explica que as pessoas ora buscam fundamento para um direito que se têm; ora buscam fundamento para um direito que gostariam de ter. No primeiro caso o fundamento é encontrado no ordenamento jurídico positivo válido; no segundo caso, se buscará boas e fortes razões que fundamentam a defesa e legitimidade daquele direito em questão, a fim de convencer o maior número de pessoas possíveis ao seu reconhecimento. O primeiro é direito positivo; o segundo encontra fundamento no direito natural (BOBBIO, 2004, p. 12).

A partir dessa compreensão, tem-se que o Direito à Igualdade encontra fundamento na [Constituição Federal de 1988](#) no artigo 3º inciso IV, ao dispor que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, CRFB, 1988).

Reafirma o direito à igualdade o artigo 5º, *caput*, ao estabelecer que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”, e, no inciso I, segue dizendo: “[...] homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, CRFB, 1988).

Nesta toada, verifica-se que em muitos momentos da Carta Cidadã, o Constituinte desigualava pessoas e situações justamente para atender ao princípio da igualdade material, com uma irrefutável preocupação em promover igualdade entre sexo e raça. Tal atenção é motivada por antecedentes históricos que ainda repercutem nas relações em sociedade.

Apesar da previsão Constitucional de igualdade entre os sexos e raça, se mantém dia após dia a criação, outrora feita, de dois mundos que determinam o viver desses sujeitos. Essa determinação de papéis sociais, histórica e culturalmente estabelecidos, é uma das formas de violência que atravessam às mulheres e às mulheres negras desigualando as possibilidades de acesso a determinados espaços.

Neste contexto, considera-se que determinantes sociais se revelam como travas interseccionalidades a ascensão social feminina e tem com tese que tais entraves também se espraiam para as instituições e órgãos do Estado como o TJ-SP, pois recebe forte influência proveniente de nossa sociedade sensivelmente marcada por desigualdades de gênero e raça na construção de papéis sociais.

Diante da reflexão teórica tecida acima, mostra-se importante verificar o que os dados apontam, com a finalidade de compreender onde as mulheres estão nos cargos da magistratura, e quem são essas mulheres.

## 2 MULHERES NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO: POR QUE NÃO?

Tempo Rei!  
Oh Tempo Rei!  
Transformai  
As velhas formas do viver  
(GILBERTO GIL)

O trecho da canção acima faz emergir uma reflexão referente à dicotomia que o tempo propõe, no sentido de que apesar de todo dia o tempo ser novo, ele é o mesmo que sempre existiu. Apesar de todos os dias haver oportunidade de viver novas coisas, rotineiramente a sociedade reproduz os mesmos vícios que fluem das velhas formas de viver. À luz dessa reflexão, quando se pensa o ser humano em sociedade a depender de seu sexo ou de sua cor, o que se encontra são formas impregnadas por sentidos que reportam às velhas formas de viver carregadas pela repetição de vícios passados ao determinar a forma de ser desses sujeitos, seus espaços, deveres, papéis e limitam direitos.

Assim, apesar das inúmeras conquistas nos últimos tempos, o acesso de mulheres a cargos de comando ainda sofre barreiras veladas e sutis. Tomemos como exemplo o Poder Judiciário do Estado de São Paulo, que segundo dados, no ano de 2017 a primeira instância era constituída por 1.184 juízes que atuavam na capital e 1.363 que atuavam no interior de São Paulo, ou seja, ao todo havia 2.547 juízes atuando em São Paulo (SIC-TJ/SP, 2017). Dentre os magistrados que estão na capital de São Paulo, 373 são juízas e 340 são juízes

de 1º grau, há 61 juízes substitutos no 2º grau, 21 juízas substitutas no 2º grau, 361 desembargadores e 28 desembargadoras.

Com a finalidade de compreender melhor o quadro atual tecido acima, é importante resgatar como se deu o ingresso de magistradas no Tribunal de Justiça de São Paulo. Segundo dados do TJ-SP, o ingresso de mulheres na magistratura de primeiro grau iniciou em 1980 com o 146º Concurso de Ingresso na Magistratura quando, dos 71 aprovados, 68 eram homens, 95,77%, e três eram mulheres, 4,23% (TJSP, 2019). Ou seja, nos 145 concursos anteriores, não houve ingresso de mulheres, mas tão somente homens.

Importante salientar que o ingresso dessas mulheres se deu em razão de pressão da Comissão da Mulher Advogada da OAB/SP, pois à época, o concurso de ingresso à magistratura identificava os/as candidatos/as em todas as fases, o que conseqüentemente era instrumento que permitia, sutilmente, que mulheres não passassem no concurso para magistradas (MELO 2015, p. 2).

A positivação de mecanismo legal coibindo tal identificação surgiu em 1995 quando o Tribunal de Justiça paulista encaminhou à Assembleia Legislativa projeto de lei referente ao processo de seleção para a Magistratura no Estado (PL-726/95) que resultou na Lei 9351/96 vedando, no artigo 1º, a identificação das pessoas nas duas primeiras fases.

Em complemento ao exposto, segue tabela colacionada abaixo, que indica o número de mulheres e homens ingressantes na magistratura tendo como marco o certame que ingressou as primeiras mulheres. Esta tabela viabiliza observar que houve um aumento significativo de mulheres no concurso da magistratura após a movimentação da Comissão Mulher Advogada OAB/SP, pois antes desse período, não ingressou nenhuma mulher.

**Tabela 1 – Ingresso Na Magistratura De São Paulo Por Décadas**

Concurso	Ano	Inscritos (as)	Aprovados (as)	Homem	%	Mulher	%
146º –	1980 –	20.386	826	739	89,46%	86	10,58%
159º	1990						
160º –	1990 –	42,566	948	543	57,27%	405	42,73%
173º	2000						
174º –	2001 –	122,551	1,224	717	58,57%	507	41,43%
187º	2018						

Fonte: Comunicação Social TJSP, 2019.

O conjunto de informações tecidas acima demonstra que homens tem índice maior de aprovação. Contudo, há número equânime de mulheres na magistratura de primeira instância do Estado de São Paulo se comparado aos homens. Quando se volta a atenção ao quadro de desembargadores do TJ-SP em 2017, verifica-se que há 361 desembargadores, dos quais apenas 28 são mulheres. Quanto aos desembargadores substitutos, o número é de 61 homens e 21 mulheres (Sic-TJ/SP, 2017), ou seja, apesar do número de magistradas ser maior, esta realidade não se reflete no Tribunal.



Quando observado a presença de mulheres na magistratura em âmbito Nacional, o que se percebe é que o percentual de mulheres magistradas é inferior ao de magistrados. Se observado separadamente os ramos da justiça brasileira, em âmbito Estadual, o percentual de mulheres é de 34,5% e de homens 65,5%. Essa diferença cresce ainda mais quando se analisa os tribunais e conselhos superiores, cujo percentual é respectivamente 27,8% de mulheres e 72,2% de homens; e 26,1% de mulheres e 73,9% de homens (CNJ. 2014 p. 36 e 37).

Importante salientar que a nomeação de mulheres ao TJ-SP é algo recente que iniciou em 1997, quando ingressou a primeira mulher ao Tribunal de Alçada, pelo chamado Quintos Constitucionais, ocasião em que um desembargador paulista em entrevista à rádio, disse entender que a mulher deveria ficar em casa, cuidando do fogão, pois havia dias em que ficaram “perturbadas” e que tais fatos atrapalhavam a carreira (MELO 2005, p. 2).

Após essa primeira ingressante ao TJSP, a próxima nomeação veio ocorrer em 2003. Portanto, de 1997 a 2002, havia 129 desembargadores e uma única desembargadora, Luzia Galvão Lopes da Silva que ingressou pelo Quinto Constitucional em 1997, tendo se aposentado no início de 2003. No final de 2003 foi nomeada a segunda desembargadora do TJ-SP, Isabela Gama de Magalhães Gomes, que também ingressou pelo Quinto Constitucional (TJSP, 2018).

Dados do TJ-SP informam que no período entre 1997, quando a primeira desembargadora foi nomeada, até 2017, foram nomeados para compor a segunda instância 213 homens e 28 mulheres. Desde a criação do TJ-SP em 1874 até 2017 passaram pelo tribunal 1.219 desembargadores e 35 desembargadoras. Quanto à presidência do TJ-SP, está só foi ocupada por homens e brancos (TJSP, 2019). Como forma de ilustrar o exposto a tabela abaixo foi formulada. Esta informa o ingresso de mulheres no Tribunal por ordem cronológica de 1997 a 2017.

**Tabela 2 – Ingresso de Mulheres no TJSP de 1997 a 2017**

<b>NOME DE MULHERES QUE COMPUSSERAM O TJSP ENTRE 1997 E 2017</b>	<b>DATA DE INGRESSO E INDICAÇÃO DE CARREIRA</b>
Luzia Galvão Lopes Da Silva	12.03.1997. Quinto constitucional. Aposentada 09.04.2003.
Isabela Gama De Magalhães Gomes	19.03.2003. Quinto constitucional. Aposentada 02.02.2010.
Berenice Marconde Cesar	03.01.2005.
Zélia Maria Antunes Alves	03.01.2005. Aposentada 09.02.2015.
Constança Gonzaga Junqueira De Mesquita	27.04.2005. Aposentada 24.05.2011.
Teresa Cristina Motta Ramos Marques	22.05.2005.
Angelica De Maria Mello De Almeida	03.01.2005. Quinto constitucional.
Rosa Maria Barreto Borriello De Andrade Nery	03.01.2005. Quinto constitucional. Aposentada 25.02.2015.
Maria Cristina Zucchi	03.01.2005. Quinto constitucional.

Regina Zaquia Capistrano Da Silva	03.01.2005. Quinto constitucional. Aposentada 29.08.2012.
Maria Tereza Do Amaral	03.01.2005. Quinto constitucional.
Ligia Cristina De Araujo Bisogni	24.03.2005. Quinto Constitucional.
Ana De Lourdes Coutinho Silva Da Fonseca	09.06.2005. Quinto Constitucional.
Vera Lúcia Angrisani	08.11.2005. Quinto Constitucional.
Sílvia Rocha	09.06.2010.
Sandra Maria Galhardo Esteves	04.08.2010. Quinto Constitucional.
Maria Beatriz Dantas Braga	18.05.2011.
Maria Olivia Pinto Esteves Alves	30.11.2011.
Maria De Lourdes Rachid Vaz De Almeida	04.04.2012.
Christine Santini	24.10.2012.
Mary Grün	04/10/2013. Quinto Constitucional.
Luciana Almeida Prado Bresciani	25.09.2013.
Maria Cristina Cotrofe Biasi	30.10.2013.
Mônica De Almeida Magalhães Serrano	04/10/2013. Quinto Constitucional.
Ana Luiza Liarte	02.04.2014
Cláudia Grieco Tabosa Pessoa	02.07.2014.
Maria Laura De Assis Moura Tavares	21.05.2014.
Maria Lúcia Ribeiro De Castro Pizzotti Mendes	27.08.2014.
Ana Catarina Strauch	25.04.2014. Quinto Constitucional
Daise Fajardo Nogueira Jacot	01.10.2014.
Flora Maria Nesi Tossi Silva	11.03.2015.
Lucila Toledo Pedroso De Barros	18.02.2016.
Jonize Sacchi De Oliveira	21.03.2016. Quinto constitucional.
Denise Andréa Martins Retamero	22.02.2017.
Kenarik Boujikian	08.11.2017.

**Fonte:** Livro digital do Tribunal de justiça do Estado de São Paulo e seus desembargadores.

A tabela acima demonstra que as nomeações não observaram equidade de gênero. O baixo número de mulheres desembargadoras no TJ-SP bem como a ausência de mulheres na presidência é nomeado por Mônica de Melo como “[...] fenômeno da masculinização do comando e de feminização da subalternidade [...]”. Ou seja,

mesmo nos espaços conquistados pelas mulheres, “[...] o poder de mando permanece na fiel lógica da cultura masculina [...]” (MELO, 2005, p. 3).

Conforme Anne Biogeol (2005), o acesso de mulheres aos cargos considerados de cúpula na magistratura é minado por uma espécie de telhado de vidro, que funciona na prática como um mecanismo capaz de dificultar, e por vezes barrar, o acesso de mulheres às instâncias superiores. Ora, combinar merecimento com antiguidade para efeitos de promoção é uma forma de evitar que determinado grupo chegue a determinado espaço (2013). A autora conclui que, apesar da entrada e presença feminina na magistratura não ser mais questionada de maneira explícita, há um mecanismo sutil que barra sua ascensão às posições hierarquicamente superiores (Ibidem, p. 6).

É possível confirmar esta afirmação se tomarmos por base os nomeados ao Tribunal em 2005. A maioria deles havia ingressado na magistratura em 1980, tendo a antiguidade sido um dos critérios para promoção, tal como exige a lei. No entanto, entre os novos desembargadores havia trinta e quatro homens e apenas uma mulher, Zélia Maria Antunes Alves. Este é um claro exemplo do referido “telhado de vidro”, uma vez que o critério da antiguidade por muito tempo será um dificultador do acesso de mulheres ao mais alto posto do Judiciário Estadual. Pois é necessário considerar que as primeiras mulheres só ingressaram na magistratura paulista em 1980 (106 anos depois da criação do TJ-SP) no 146º concurso da magistratura. Assim, o que aparenta ser um critério isenta e isonômico na verdade fere o princípio da igualdade material.

Portanto, por mais que mulheres sejam maioria na base da carreira da magistratura, o critério antiguidade e merecimento previsto na Constituição, quando lidos a partir da igualdade formal, funcionará como verdadeiro perpetuador de desigualdades.

### **3 ONDE ESTÃO AS MULHERES NEGRAS?**

Considera-se que a presente reflexão deve se iniciar a partir da compreensão de que a democracia racial proclamada é um verdadeiro sofismo. A este respeito, Oliveira afirma que apesar de haver uma diversidade racial amplamente percebida na sociedade, não há oportunidades nem igualdade a direitos, e o próprio Estado apoia-se sobre o paradigma dominação/submissão que impregna a sucessão das gerações e pauta as diferenças de gênero. Tudo isso faz com que o preconceito não se constitua majoritariamente por meio de características negativas, mas por vias da negação de características positivas aos grupos discriminados (OLIVEIRA, 2002, p. 34).

Nesta toada, é possível considerar que o preconceito sutil é o que trabalha mais profundamente na nossa sociedade, arraigado no pré-consciente pela ideologia dominante que Marilena Chauí entende como “elaboração intelectual incorporada pelo senso comum social de ocultar e dissimular as divisões sociais e políticas dar-lhes aparência de indivisão e de diferenças naturais entre os seres humanos” (CHAUÍ, 1999, p. 174).

A consequência disso é a inversão, a posição dos efeitos no lugar das causas; a produção do imaginário social transformando imagens diretas e imediatas da experiência social em um conjunto coerente, lógico e sistemático de ideias, o silêncio e a bipolaridade cega reconhecidos na forma simplista do senso comum de refletir a relação de poder vinculada à ideia de feminino e masculino apenas tendo como base as questões eminentemente biológicas que caracterizam os dois sexos.

É exemplo de inversão de causas e efeitos as categorias raça e desigualdades sociais, quando se sustenta que em razão das desigualdades sociais decorrem as diferenças de raça. Tais argumentos ofuscam as reais determinantes das desigualdades, invertendo as causas e os efeitos. É preciso considerar que diante da racialização das pessoas se determina seus direitos e suas possibilidades, gerando, assim, desigualdades de direitos e diferenças sociais, que são os efeitos da discriminação.

Nesta toada, Adilson José Moreira afirma que discriminar é categorizar negativamente pessoas a partir de característica ou situação jurídica para atribuir a elas consequências que as afastam de possibilidades iguais (MOREIRA, 2017, p. 27).

Nas instituições jurídicas, percebe-se que o ato de discriminar atua pela sutileza de não se desenvolver medidas necessárias e efetivas sob o manto da democracia racial ou meritocracia. Logo, o não fazer políticas eficazes para promoção da igualdade fere o “[...] direito fundamental a não discriminação [...]” que encontra respaldo no direito à igualdade (MOREIRA, 2017, p. 21), visto que o racismo não precisa do fazer, para que ele continue perpetuando, pois, para sua manutenção, basta o não fazer.

No que tange às mulheres negras, verifica-se que sobre elas recaem uma intersecção de violências gerando um aprofundamento das desigualdades de acesso à Direitos. Por tais razões, com a finalidade de compreender as violências que atingem as mulheres negras é necessário voltar a atenção a estas sem tratá-las como participantes de um grupo maior de mulheres.

A este respeito a autora Kimberlé Crenshaw observa que mulheres são, dentro da sociedade, um grupo que sofre violências de gênero. Contudo, na construção de mecanismos à proteção destas, é necessário se atentar às especificidades dentro do conjunto de mulheres, uma vez que há aquelas que são marcadas por diversas interseções de violências, decorrentes de raça, etnia, idade, classe e estado civil. Portanto, para a construção de soluções ou para compreender o cenário em que essas mulheres estão inseridas, apenas o critério de gênero pode fazer com que algumas discriminações passem despercebidas. Como forma de ilustrar o exposto, a autora apresenta a experiência das mulheres *dalit*, e, assim, aponta que:

[...] Pode ser resgatado da experiência das mulheres *dalit*, na Índia, que são espancadas ou sofrem outras formas de abuso em espaços públicos quando realizam suas responsabilidades ‘femininas’, como buscar água na fonte. Ou seja, os abusos ocorrem em contextos em que a suposta condição de ‘intocável’ as deixa vulneráveis à violência dos membros das castas mais altas, principalmente se estes considerarem que elas transgrediram suas fronteiras corporais. Embora essa violência seja prontamente definida como simples discriminação de casta, na verdade, ela é interseccional: as mulheres devem, portanto, negociar

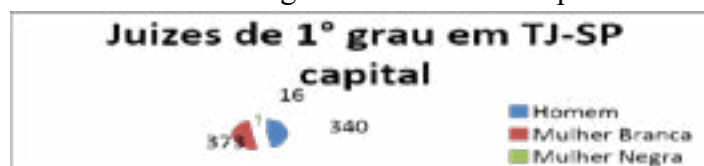
um conjunto complexo de circunstâncias nas quais uma série de responsabilidades marcadas pelo gênero as posiciona de forma que elas absorvam as consequências da discriminação de casta na esfera pública (CRENSHAW, 2002, p. 176).

Correlacionando o exposto ao contexto do estudo, é possível considerar que as diferenças decorrentes de raça estabelecem limites corporais e circunstanciais ainda na contemporaneidade que interferem nas reais possibilidades de acesso a determinados espaços de poder e decisão, que no caso em estudo é a magistratura e o TJ-SP às mulheres negras. Estes limites estabelecem hierarquias que exigem esforço desigual a depender do corpo e da cor a qual é formada.

De acordo com o Ministério das Relações Exteriores o Brasil é o país que tem a maior população negra, atrás apenas da Nigéria (2010). Atualmente, a população negra no Brasil é de 54% da população (CUT, 2010, p. 2). Em 2005, os negros (pardos e pretos) correspondiam a metade da população do país, sendo que 35,8 milhões residiam na Região Nordeste e 32 milhões, no Sudeste. O Estado de São Paulo contava com 12,5 milhões de pessoas pretas e pardas, o que correspondia a 32% dos seus habitantes, segundo dados divulgados pela Pesquisa Nacional por amostra de domicílios – PNAD (SEADE, 2005, p. 1).

Apesar da paridade numérica entre a população branca e negra, dados do CNJ apontam para o fato de que, em 2014, apenas 15% dos magistrados eram negros (AMAERJ, 2017). Ou seja, apesar do ser o segundo país mais negro do mundo, os negros são minorias no poder judiciário e, apesar da maioria dos integrantes da magistratura em primeira instância ser mulheres, quem são essas mulheres?

**Gráfico 1** – Retrato da magistratura Paulista na primeira instância



Fonte: Sic-TJ/SP, 2017.

O gráfico com recorte da capital paulista demonstra que essas mulheres são majoritariamente brancas, sendo a população negra, trans e indígena praticamente inexistente nestes espaços. Este não é um caso particular da cidade de São Paulo. Segundo dados, a âmbito Nacional, no que diz respeito à raça, de 1995 a 2013 o número de magistrados negros na justiça Estadual representa o percentual de 15,6% e os indígenas são 0,1% no Brasil (CNJ, 2014, p. 42) e não há dados quanto à população trans. Ampliando o campo de análise para todos os ramos da justiça, ou seja, tanto justiça comum como especial, em censo realizado pelo CNJ em 2014 constatou-se que o percentual de magistrados negros no Brasil é de 19,1% (CNJ, 2014, p. 38, 39).

Voltando os olhos ao âmbito Estadual, de forma mais específica o TJ-SP, a partir do fundamento de raça, o censo do Poder judiciário/TJ-SP em 2013 constatou que 96,6% dos magistrados se autodeclararam brancos e 3,2% se autodeclararam pretos ou pardos, ou seja, há uma menor representatividade da população negra se com-

parada aos dados Nacionais. A partir das informações expostas, é possível concluir que a população negra é minoritária na Justiça brasileira, no entanto, questiona-se onde estão as mulheres negras? Pois os dados supra-mencionados não interseccionam raça e gênero, o que pode ocultar uma intersecção de violências que são particulares à mulher negra (CRENSHAW 2002, p. 177).

Diante da escassez de dados que olhem a intercessionalidade do tema, fora solicitado ao Sistema de Informação ao Cidadão (Sic) junto ao site do TJ-SP, o qual disponibilizou algumas informações, e a partir deles foi possível criar a seguinte tabela.

**Tabela 3** – Quadro de mulheres negras na magistratura de São Paulo até 2017

QUADRO DE MAGISTRATURA PRETA 2017

Cargo/Raça	Negra	Parda
Desembargadora	1	3
Juíza de Direito	6	10

Fonte: Sic-TJ/SP, 2017.

Os dados corroboram que, apesar de a população negra corresponder a 32% da população de São Paulo, na magistratura paulista há 20 juízas negras dentre os 2.547 juizes. No âmbito do Tribunal, 4 são desembargadoras negras em um quadro de 471 desembargadoras e desembargadores, incluso os substitutos (SIC-TJ/SP, 2017). Tal cenário evidencia que a estrutura de desigualdade que a mulher negra está inserida é diferente da mulher branca, pois, apesar dos cargos de cúpula serem mais ocupados por homens, existem 24 mulheres brancas no TJ-SP, das quais apenas 4 são negras. Importante ressaltar que tais dados foram levantados por meio de autodeclaração, não obrigatória, em fichas do próprio TJ-SP.

É importante salientar que o número reduzido de mulheres negras em espaços de poder, decorre da negação de acesso à educação fundamental e básica pelo regulamento 22/1887, bem como pela dificuldade de acesso à educação superior, vez que apesar das faculdades terem sido implantadas no Brasil desde 1808, era permitida aos homens. Em 19 de abril de 1879, o [Decreto nº 7.247](#) permitiu mulheres acessarem o ensino superior, mas só as mulheres brancas estavam em condições de cursarem, pois a população negra no geral só acessou educação básica muito depois.

Como reflexo desses fatos, dados do IBGE de 2010 da Cidade de São Paulo, dão conta de evidenciar que esse abismo criado ainda se mantém na realidade ao informar que 186.952 pessoas que se autodeclaram brancas entre 18 e 24 anos de idade estavam frequentando o ensino superior e 50.069 que se declararam pretos com igual idade estavam frequentando a universidade em 2010, ou seja, a população branca é quase quatro vezes superior à população negra nas universidades (IBGE, 2010).

Os dados acima revelam que a democracia racial é um engano, o que existe é uma desigualdade e um racismo estrutural. Quanto a inexpressiva quantidade de negras no tribunal encontra explicação histórica e se mantém porque a população negra continua sendo negligenciada quanto a direitos sociais básicos como a educação, pois o ter poucas negras no tribunal se dá em razão de que elas são poucas na magistratura e elas são poucas na magistratura porque tem maior dificuldade de acessar a educação superior diante das barreiras que historicamente se mantém e isso é racismo estrutural, que causa discriminação no acesso a direitos iguais. Nesse sentido Djamilia Ribeiro expõe que:

Para a população negra não se criou mecanismos de inclusão. Das senzalas fomos para as favelas. Se hoje a maioria da população negra é pobre, é por conta dessa herança escravocrata e por falta da criação desses mecanismos. É necessário conhecer a história deste País para entender por que certas medidas, como ações afirmativas, são justas e necessárias. Elas precisam existir justamente porque a sociedade é excludente e injusta para com a população negra. Cota é uma modalidade de ação afirmativa que visa diminuir as distâncias. O racismo institucional impede a mobilidade social e o acesso da população negra a esses espaços (DJAMILIA. 2015).

## CONCLUSÃO

*Se é pra vencer deixa quem sabe fazer  
Eu tô na luta, sou mulher  
Posso ser o que eu quiser.  
(KAROL CONK: Tô na luta).*

Poder ser o que quiser exige pensar e programar mecanismos que promovam igualdade de fato. Para tanto, é preciso olhar gênero e raça na formulação de políticas públicas. Quanto ao judiciário, é necessário ampliar o ingresso de mulheres, principalmente de mulheres negras e indígenas.

No Poder Judiciário, o número de mulheres ocupantes de cargos nos tribunais é imensamente inferior ao de homens. Quando se verifica que o critério de ascensão é merecimento e antiguidade, têm-se a conjunção perfeita para a manutenção da discriminação. Merecimento é um critério que sempre carrega alguma subjetividade, e antiguidade é um critério que objetivamente prejudica as mulheres, uma vez que seu ingresso na magistratura só foi permitido muito tempo depois dos homens. Portanto, há muito mais homens em condição de ascender por esse critério do que mulheres.

Quando a atenção se volta às mulheres negras, aí sim a disparidade é inadmissível. Homens e mulheres negras são minoria na magistratura em geral, o que decorre da condição de não detentor de dignidade que a população negra historicamente foi relegada durante e pós-escravidão no Brasil. Na situação de escravos, não tinham acesso a nenhum direito e, mesmo depois da abolição, seguiam tratados como cidadãos de segunda categoria, cujo acesso às condições mínimas de dignidade, como o acesso à educação, eram negados ou dificultados em razão da racialização imposta, o que justificava ser essa população detentora de menos direitos.

Com base nestas duas formas de hierarquização social se desenha o retrato atual do TJ-SP, que é formado, majoritariamente, por homens brancos. É necessário pensar em mecanismos que promovam igualdade de fato para ampliar o ingresso de mulheres em geral, e de mulheres negras em especial, na primeira instância e na cúpula do Poder Judiciário.

O que se depreende do presente estudo é que embora o direito à igualdade esteja solidamente expresso na **Constituição**, ainda nos resta o desafio de dar-lhe concretude e, para isso, é preciso rever os atuais critérios de nomeação da cúpula do Judiciário. Faz-se urgente a criação de cotas raciais e de gênero as quais são necessárias para que, em breve, gênero e raça se encontrem em situação equânime de participação em todas as instâncias de Poder Judiciário respeitando, com isso, o princípio de igualdade material previsto constitucionalmente.

## REFERÊNCIAS

- AMAERJ – Associação de magistrados. **1º Encontro nacional de juízes e juízas negras**, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://amaerj.org.br/noticias/1o-encontro-nacional-de-juizas-e-juizes-negros-esta-com-inscricoes-abertas/>. Acesso em: 08 set. 2017.
- ANDRADE, Tânia. **Mulheres no mercado de trabalho: onde nasce a desigualdade?** Estudo técnico para consulta Legislativa realizada pela V área de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, 2016, p 72. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema7/2016\\_12416\\_mulheres-no-mercado-de-trabalho\\_tania-andrade](http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema7/2016_12416_mulheres-no-mercado-de-trabalho_tania-andrade). Acessado em: 01 nov. 2017.
- AZEVEDO, Janaina. **Negros no Mundo. Laboratório de demografia e estudos populacionais da universidade Juiz de Fora**, 2010. Disponível em: <http://www.ufjf.br/ladem/2010/01/24/negros-do-mundo/>. Acesso em: 02 nov. 2017.
- BOBBIO. Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho – Nova edição Editora Elsevier. Rio de Janeiro, 2004, p. 97.
- BOIGEOL, Anne. **Feminisation of the French Magistrature, between Parity and Disparities**. Conferência realizada a 18.06.2013, na Assembleia da República de Lisboa – Portugal, no âmbito da sessão “As mulheres nas profissões jurídicas: experiências europeias” do Colóquio “As mulheres nas magistraturas: percursos e desafios”. 2013. Disponível em: <http://saladeimprensa.ces.uc.pt/?col=canalces&id=8185>. Acesso em: 01 out. 2017.
- BOIGEOL, Anne. Las mujeres y la corte. La difícil implementación de la igualdad de sexos en el acceso a la magistratura. **Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires**, Año 3, número 6, 2005, p. 03-25.
- BONELLI, Maria da Gloria; CUNHA, Luciana G; OLIVEIRA, Fabiana L. de e SILVEIRA, Maria Natália B. da. Profissionalização por gênero em escritórios paulistas de advocacia. **Tempo Social revista de sociologia da USP**, v. 20, n. 1, p. 265-290, jun. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v20n1/a13v20n1>. Acesso em: 29 mar. 2020.
- BRASIL. Censo do poder judiciário: VIDE: Vetores iniciais e dados estatísticos. **Conselho Nacional de Justiça – CNJ – Brasília**, 2014, p. 212. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/dpj/CensoJudiciario.final.pdf>. Acessado em: 05 nov. 2017.
- BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Memorial galeria de presidentes**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/portaldamemoria/galeria-de-presidentes>. Acesso em: 24 mar. 2018.
- BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Quadro geral de advogados**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em: 24 mar. 2018.
- BRASIL. Decreto nº 21.076 de 24 de fevereiro 1932. **Código Eleitoral**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acessado em: 23 out. 2017.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, censo demográfico – sistema nacional de informação. **Total de pessoas brancas entre 18 e 24 anos de idade que frequentam o ensino superior**. Disponível em: <http://cidades.ibge.gov.br/cartograma/mapa.php?lang=&coduf=35&codmun=350950&idtema=132&codv=v42&search=sao-paulo|campinas|sintese-das-informacoes-2010>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- BRASIL. **Secretária de Combate ao Racismo**. p. 2. Disponível em: [https://cut.org.br/system/uploads/action\\_file\\_version/1fed516c53da22deace03e41c795da50/file/dados-20-20-20-20-20-20-20-20populacao-20negra-20no-20brasil-20-20populacao.pdf](https://cut.org.br/system/uploads/action_file_version/1fed516c53da22deace03e41c795da50/file/dados-20-20-20-20-20-20-20-20populacao-20negra-20no-20brasil-20-20populacao.pdf). Acessado em: 10 nov. 2017.



- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral – TSE. **Mulheres representam 52% do eleitorado brasileiro**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Marco/mulheres-representam-52-do-eleitorado-brasileiro>. Acesso em: 24 mar. 2018.
- CARNEIRO, Sueli. **Enegrecer o Feminismo: a Situação da Mulher Negra na América Latina a partir de uma perspectiva de Gênero**. 2011, p. 5. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/enegrecer-o-feminismo-situacao-da-mulher-negra-na-america-latina-partir-de-uma-perspectiva-de-genero/>. Acessado em : 20 out. 2017.
- CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo negro, 2011, p. 16.
- CRENSHAW, Kimberlé W. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Estudos Feministas**, v. 10, n. 1, p. 171-188, 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/viewFile/84979/87743>. Acesso em: 24 mar. 2018.
- DE BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro. 1970. p. 309.
- FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**: vol. 1. 5 ed.: São Paulo. Editor Globo, 2008. p. 31.
- FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**: v. 1. 5 ed. São Paulo. Editor Globo, 2008. p. 31.
- LIMA, Renata Miranda; LULIA, Luciana Toledo Temer. Estudo sobre gênero e raça: mobilidade no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 2-22, jan./jun. 2020. <http://doi.org/10.5585/prismaj.v19n1.14254>. Acesso em: 14 nov. 2021.
- MELO Mônica de. A Participação da Mulher na Magistratura Brasileira. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 6, n. 70, mar. 2005. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/539/1105>. Acesso em: 19 out. 2017.
- MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?** Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017. p. 198.
- NABUCO, Joaquim. O abolicionismo. São Paulo: **Publifolha**, 2000, p. 104, p. 14.
- ORTEGAL, Leonardo. Relações raciais no Brasil: colonialidade, dependência e diáspora. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 133, p. 413-431, dez. 2018. p. 417. DOI: <https://doi.org/10.1590/0101-6628.151>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sssoc/a/zxQfQVHgVLVdr8ZMvQRHMkz/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 14 nov. 2021.
- PINTO, Célia Regina Jardim. Feminismo, história e poder. **Revista Social e Política**, v.18, n. 36, jun. 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782010000200003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782010000200003&lng=en&nrm=iso&tlng=pt). Acesso em: 01 jul. 2018.
- RIBEIRO, Djamila. **Ser contra cotas raciais é concordar com a perpetuação do racismo**, 2015. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/ser-contras-cotas-raciais-e-concordar-com-a-perpetuacao-do-racismo-1359.html>. Acesso em: 11 set. 2017.
- SÃO PAULO. Censo do Poder Judiciário: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, magistrados. **Conselho Nacional de Justiça – CNJ**, 2013, p. 18. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/07/0dc09a2d5e63f6bf0d83ea9aee82853.pdf>. Acesso em: 20 nov. /2017.
- SÃO PAULO. Decreto nº 7.247 de 19 de abril de 1879. **Reforma o ensino primário e secundário no município da corte e o superior em todo império**. 1879. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7247-19-abril-1879-547933-publicacao-original-62862-pe.html>. Acesso em: 23 out. 2017
- SÃO PAULO. Fundação do Sistema de Análise de Dados – SEADE. **A maior população negra do país**, 2017. Disponível em: <http://produtos.seade.gov.br/produtos/idr/download/populacao.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- SÃO PAULO. Lei 9.351/96. **Dispõe sobre o concurso de ingresso na Magistratura da Justiça Comum do Estado de São Paulo**. 1996. Disponível em: <https://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/172897/lei-9351-96>. Acesso em: 10 out. 2017.
- SÃO PAULO. Regulamento de 22 de agosto de 1887 da província do Estado de São Paulo. **Regulamento para instrução pública Provincial 1887**. Disponível em: [http://www.usp.br/niephe/bancos/legis\\_detalle.asp?bgl\\_id=205](http://www.usp.br/niephe/bancos/legis_detalle.asp?bgl_id=205). Acesso em: 23 out. 2017.
- SÃO PAULO. **Serviço de Informação ao Cidadão – Sic/TJSP**, 2017. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/CanaisAtendimentoRelacionamento/FaleConosco>. Acesso em: 02 dez. 2017.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJ/SP. **Quem somos?** 2019. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/QuemSomos/Presidencia>. Acesso em: 07 nov. 2019.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP, 2017. **Quem somos**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/QuemSomos>. Acesso em: 23 out. 2018.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. **Notícias: Raio-x da representatividade da mulher na Justiça paulista**, 2019. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=55993&pagina=1>. Acesso em: 08 mar. 2019.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Galeria de Ex-Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo – 1874 a 2015**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/QuemSomos/ExPresidentes>. Acesso em: 10 nov. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **O Tribunal de Justiça de São Paulo e seus Desembargadores**, 2017. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Biblioteca/Curriculum/Curriculum.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2017.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Revista Educação & Realidade**, v. 1, n. 2, jul./dez. 1990. Traduzido da versão em francês. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>. Acesso em: 05 jul. 2018.

SILVA, Kalina Vanderlei; SILVA, Maciel Henrique. **Dicionário de conceitos históricos**. 2. ed., 2ª reimpressão São Paulo: Contexto, 2009. p. 439. *E-book*.

# CAPÍTULO 8

## O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E A REPRESENTATIVIDADE FEMININA NOS PODERES ESTATAIS

Tânia Regina Silva Reckziegel

Gabriela Brandão Sé

### 1 INTRODUÇÃO

A igualdade de gênero é um desafio humanista e constitui expressão de princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e de valores do Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade substancial e a cidadania. A representatividade paritária de ambos os sexos nos espaços de poder é uma meta possível de ser alcançada em todas as esferas constitucionais de competências e nas posições das respectivas cúpulas administrativas, mas, para isso, é preciso compreender quais as origens e os desdobramentos da desigualdade ainda existente.

O objetivo deste capítulo não é fornecer soluções definitivas para os problemas suscitados, mas, sim, estimular reflexões em torno do tema, investigar práticas discriminatórias que permeiam o sistema jurídico e impedem que o discurso de igualdade se adeque à realidade pragmática das mulheres, bem como dar visibilidade a conquistas de direitos femininos no ordenamento jurídico nacional e internacional.

Em um primeiro momento, aborda-se sucintamente a trajetória do movimento feminista, com enfoque na conquista do direito ao voto feminino, na busca de maior participação política das mulheres no país. Em um segundo momento, desenvolve-se um estudo crítico do princípio da igualdade, com o intuito de se demonstrar a relevância do preceito no ordenamento jurídico e a distância em relação à sua efetiva aplicação no contexto social brasileiro, bem como a insuficiência do simples direito ao voto para eliminar os entraves à participação das mulheres no âmbito dos poderes estatais.

Em seguida, são apresentados dados estatísticos pertinentes à representatividade feminina no Poder Judiciário e evidenciadas variadas iniciativas para o enfrentamento da questão, mencionados exemplos de tratamento constitucional de paridade de gênero em outros países, e destacados documentos internacionais que utilizam roteiros de ação para o alcance de metas pertinentes ao aumento da participação feminina nos poderes estatais, os quais podem ser utilizados como parâmetros nas ações voltadas para o contexto brasileiro.

O estudo se justifica, pois, a representatividade feminina nos espaços de poder pode ser considerada condição necessária para a introdução de novos temas na agenda política e ampliação do conhecimento disponível para tomadas de decisões que envolvam os interesses das mulheres, como exigência básica de justiça e democracia, além de tornar a composição desses espaços semelhante à real estruturação da sociedade, sob uma perspectiva integral. À mulher, por séculos a fio, tanto a liberdade como a igualdade têm sido negadas e, por decorrência, também o tem sido a justiça.

## 2 A CONQUISTA DO DIREITO AO VOTO FEMININO NO BRASIL

A palavra igualdade foi incorporada no campo político do Ocidente no século XVIII e, sob uma perspectiva histórica, as primeiras constituições brasileiras (1824 e 1891) asseguraram formalmente o postulado da isonomia, indicando que todos são iguais perante a lei. Porém, nem todos os homens foram considerados iguais entre si, tampouco as mulheres, que eram consideradas inaptas a participar da vida política e recebiam tratamento jurídico desigual.<sup>1</sup>

Com as transformações advindas do Iluminismo e da Revolução Francesa, as mulheres intensificaram sua luta, no intuito de romper construções históricas e práticas sociais impostas pela sociedade patriarcal e conquistar direitos que eram considerados como exclusivos dos homens. As reivindicações feministas da época podem ser separadas em dois pontos: direitos civis e cidadania política. Seriam exemplos desses direitos: direito à vida, à liberdade, à propriedade, à manifestação, à expressão, ao voto e ao devido processo legal (GUINDANI, 2019).

Esse período de luta foi marcado pela Revolução Industrial, época em que as mulheres saíram do âmbito doméstico e começaram a exercer trabalhos remunerados nas indústrias, tornando-se, gradativamente, emancipadas financeiramente. Assim, passaram a executar dupla jornada de trabalho – no ambiente doméstico e nas indústrias, exercendo atividades em condições precárias e longas jornadas de trabalho. Ademais, mesmo desempenhando iguais funções às de seus colegas do sexo masculino, recebiam salários consideravelmente inferiores aos deles.<sup>2</sup>

Nesse cenário, a partir das últimas décadas do século XIX, surge a chamada primeira onda do feminismo, conhecida como sufragista, (PINTO, 2010) que reuniu mulheres das mais diversas ocupações, da burguesia à classe trabalhadora operária em prol de reivindicações por melhores condições no ambiente de trabalho, saúde pública, representatividade parlamentar e, principalmente, direito ao voto.

A luta pela participação eleitoral, como candidatas e eleitoras, esteve associada no Brasil ao nome de Bertha Lutz, que, após uma temporada de estudos em Paris, trouxe para o país em 1919 os ideais sufragis-

1 MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. **O voto feminino no Brasil**. Brasília: Edições Câmara, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/4798>. Acesso em: 16 abr. 2020.

2 SILVA, Christine Oliveira Peter da; GUINDANI, Talita Ferreira. Os direitos fundamentais das mulheres na Constituição de 1988. In: NOWAK, Bruna (org.) **Constitucionalismo feminista**. Bahia: Juspodivm, 2019. p. 309-335.

tas, se aliou à militante anarquista Maria Lacerda de Moura, e fundou a Liga pela Emancipação Intelectual da Mulher, que em 1922 passou a se chamar Federação pelo Progresso Feminino<sup>3</sup>.

Em 1927, o Deputado Federal Lamartine de Faria, partidário do sufrágio feminino, anunciou sua plataforma eleitoral prometendo amplos direitos políticos às mulheres com o sufrágio (direito de votar e de ser votada) e declarando que a **Constituição** não as vedava de seus direitos políticos plenos e inalteráveis. Terminou seu discurso afirmando ser inconstitucional a privação de metade da população brasileira do exercício de seus direitos políticos. Estava aí, a semente do sufrágio feminino no Brasil. No final de agosto de 1931, o Governo Vargas liberou um Código Provisório que concedia voto limitado às mulheres e novos protestos foram levantados. Porém, finalmente, o novo Código Eleitoral foi decretado em 24 de fevereiro de 1932 concedendo pleno direito de voto às mulheres, sem condições excepcionais.<sup>4</sup>

As conquistas dos direitos políticos produzem impacto significativo na caminhada rumo à ampla cidadania, pois a extensão do voto às mulheres significa o acesso aos canais de decisões, executivos ou legislativos, e, nesses, a possibilidade de serem tratadas questões femininas, ou seja, de serem legislados os assuntos que dizem respeito às mulheres e à sociedade em geral, através de um olhar feminino, sejam referentes ao direito do trabalho, aos direitos sociais, culturais, de família etc.<sup>5</sup>

É a própria força da representação feminina que permite construir e equacionar politicamente as medidas destinadas ao atendimento das demandas sociais das mulheres. Contudo, a disputa política ocorre em um espaço configurado por agudas desigualdades, a começar pelo poder diferenciado para definir as próprias normas que estabelecem as regras de disputa pelos espaços de representação.<sup>6</sup>

A instituição do voto feminino no Brasil representou, inegavelmente, um passo importante na ampliação da presença das mulheres no campo político. Contudo, o alcance e o exercício prático desse direito instituído pela legislação eleitoral devem ser colocados em perspectiva crítica, de modo que se possa buscar na história social e política do país os fatores que expliquem a manutenção da escassa presença feminina, tanto nos espaços de representação política, como nos espaços de poder no mundo do trabalho e nas posições sociais de prestígio.

3 D'ALKMIN, Sônia Maria. Orientador: Prof. Sérgio Tibiriçá AMARAL. **A conquista do voto feminino no Brasil**.

4 MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. **O voto feminino no Brasil**. Brasília: Edições Câmara, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/4798>. Acesso em: 16 abr. 2020.

5 BESTER, Gisela Maria. Aspectos históricos da luta sufrágica feminina no Brasil. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, v. 15, n. 21, p. 11-22, jan. 1997. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/view/23351>. Acesso em: 14 abr. 2020.

6 VOGEL, Luiz Henrique. **A difícil inserção: voto feminino e as condições sociais de acesso ao campo político no Brasil (1932-2012)**. Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/11494>. Acesso em: 14 nov. 2021.

### 3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS EM BUSCA DO AUMENTO DA REPRESENTATIVIDADE FEMININA NOS PODERES ESTATAIS

A [Constituição Federal de 1988](#), em seu art. 5º, I, consagra a igualdade entre homens e mulheres que, em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, transcende a clássica noção de igualdade estática ou formal ao novo conceito de igualdade substancial ou material, orientando-se para a garantia das iguais condições de participação do cidadão – de qualquer gênero – em todas as práticas estatais (igualdade de oportunidades). Trata-se de uma igualdade aritmeticamente inclusiva, já que viabiliza um número cada vez mais crescente de cidadãos na simétrica participação da produção de políticas públicas.<sup>7</sup>

Nesse mesmo sentido, as considerações iniciais da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 -CEDAW, assinada pelo Brasil em 1981, ratificada em 1984<sup>8</sup>, e atualmente em vigor por meio do [Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002](#), estabelece que os Estados partes estão “convencidos de que a participação máxima da mulher, em igualdade de condições com o homem, em todos os campos, é indispensável para o desenvolvimento pleno e completo de um país, o bem-estar do mundo e a causa da paz”, razão pela qual pactuam pelos arts. 7º a 9º que se comprometem a eliminar a discriminação contra mulher na vida política e pública.<sup>9</sup>

Os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na vida política e pública do país e, em particular, garantirão, em igualdade de condições com os homens, o direito a [...] b) participar na formulação de políticas governamentais e na execução destas, e ocupar cargos públicos e exercer todas as funções públicas em todos os planos governamentais; c) participar em organizações e associações não governamentais que se ocupem da vida pública e política do país.<sup>10</sup>

No tocante à representatividade, vale lembrar que, de acordo com o art. 1º, parágrafo único, da [Constituição Federal de 1988](#), “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, ou seja, a representatividade é um dos elementos fundantes e vitais da democracia em nosso País.

Para refletir “a realidade dos homens e a realidade das mulheres” sob uma perspectiva integral, o Direito não pode tomar em conta apenas a visão parcial do homem, sob pena de, assim fazendo, codificar apenas uma parte das opiniões, das necessidades e dos conflitos existentes na sociedade.<sup>11</sup>

7 SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **O Direito à diferença**. [Belo Horizonte: Del Rey], 2003. p. 16.

8 PRÁ, Jussara Reis. Mulheres, direitos políticos, gênero e feminismo. **Cad. Pagu**, n. 43, jul./dez. 2014. Dossiê O Gênero da Política: Feminismos, Estados e Eleições. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/0104-8333201400430169>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n43/0104-8333-cpa-43-0169.pdf> Acesso em: 20 abr. 2020. p. 10.

9 PIMENTEL, Sílvia. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher– Cedaw 1979. In: FROSSARD, Heloisa (org.) **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Secretaria Espacial de Políticas para as Mulheres. Brasília, 2006. p. 14-32. *E-book*.

10 CEDAW, Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. In: FROSSARD, Heloisa (org.) **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Secretaria Espacial de Políticas para as Mulheres. Brasília, 2006. p. 14-32. *E-book*.

11 DAHL, Tove Stang. **O direito das mulheres**: uma introdução à teoria do direito feminista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 5.

Além disso, a participação da mulher como agente no processo de formação da norma “agudiza a dialética entre igualdade de direito e igualdade de fato” e deixa claro que o reconhecimento de seus direitos na norma não se trata de um favor do “Estado social no sentido da participação justa”, mas, sim, a atribuição do que lhe é devido: “uma configuração autônoma da vida”, que se faz acompanhar de “uma participação, em igualdade de direitos, na prática de autodeterminação de cidadãos”<sup>12</sup>

As medidas associadas ao aumento da representatividade feminina nos espaços de poder e tomada de decisões remetem às duas dimensões da representação política. A primeira, voltada às características dos(as) representantes (como classe social, gênero e cor/raça, por exemplo) e sua relação com as características da população; a segunda, voltada à atuação dos(as) representantes e sua relação com os interesses ou as preferências dos(as) representados(as). Na ciência política, essas dimensões são chamadas de representação descritiva e representação substantiva, respectivamente.<sup>13</sup>

A exclusão da perspectiva feminina do processo de regulação da sociedade, como se viu, esvazia o conteúdo material do princípio constitucional da igualdade e enfraquece a legitimidade democrática e a eficácia social das normas, por não espelharem a diversidade da sociedade à qual serão aplicadas.

É importante ter em mente a proporção da população feminina e masculina do país, para que seja possível fazer comparações. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população brasileira é formada por aproximadamente 51,6% de pessoas do sexo feminino e 48,4% de pessoas do sexo masculino.

No âmbito do Poder Judiciário, o Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça promoveu o Censo do Poder Judiciário no ano de 2014<sup>14</sup> e publicou o Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros no ano de 2018<sup>15</sup>. A partir dos dados coletados nessas pesquisas, foi possível determinar o percentual geral de ocupação dos cargos da magistratura e dos cargos de servidores. O Censo do Poder Judiciário identificou que 35,9% dos magistrados e 56,2% dos servidores eram mulheres. Além disso, as referidas pesquisas identificaram que quanto maior o nível na carreira da Magistratura, menor era a participação feminina, sendo ela representada por 44% dos juízes substitutos, 39% dos juízes titulares, 23% dos desembargadores e apenas 16% dos ministros de tribunais superiores.

Com esse enfoque, foi publicada a Resolução CNJ nº 255, de 4 de setembro de 2018, que instituiu a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário e determinou que todos os ramos e unidades do Poder Judiciário devem adotar medidas tendentes a assegurar a igualdade de gênero no ambiente institucional, propondo diretrizes e mecanismos que orientem os órgãos judiciais a atuarem para in-

12 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2. p. 160.

13 REZENDE, Daniela Leandro. **Mulher no poder e na tomada de decisões**. IPEA, 2015. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215\\_tema\\_g\\_mulher\\_no\\_poder\\_e\\_na\\_tomada\\_de\\_decisoões.pdf](https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215_tema_g_mulher_no_poder_e_na_tomada_de_decisoões.pdf). Acesso em: 14 abr. 2020.

14 Censo do Poder Judiciário no ano de 2014: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/censo-do-poder-judiciario/> Acesso em: 20 out. 2020.

15 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Perfil Sociodemográfico dos magistrados brasileiros. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/5d6083ecf7b311a56eb12a6d9b79c625.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

centivar a participação de mulheres nos cargos de chefia e assessoramento, em bancas de concurso e como expositoras em eventos institucionais.

Aliás, nesse contexto, já é possível apontar um conjunto de decisões que ressoam a recente hermenêutica constitucional feminista no Supremo Tribunal Federal<sup>16</sup>, tornando-as paradigmas das interpretações sensíveis às questões de gênero pela Corte.<sup>17</sup>

Destaca-se o julgamento da ADI 5.617/DF, em que se discutiu sobre a obrigatoriedade de aplicar-se no mínimo 30% dos recursos do fundo partidário no financiamento das campanhas eleitorais das mulheres. Os argumentos do voto vencedor foram no sentido de que os recursos públicos devem ser utilizados de forma a não reforçar uma discriminação histórica sofrida pelas mulheres nas disputas eleitorais. Afirmou-se que não eram compatíveis com a [Constituição Federal](#) os limites e os prazos estabelecidos pela legislação eleitoral, lembrando o dever e o compromisso dos partidos políticos com a participação política das mulheres para a consolidação da democracia brasileira.<sup>18</sup>

Pontua-se que assegurar a igualdade às mulheres não significa destinar a desigualdade aos homens, pois o procedimento de inclusão formal e material da mulher não implica necessariamente a exclusão do homem. Uma regra que imponha, por exemplo, um percentual mínimo de cada sexo em uma banca de concurso ou no corpo de docentes de um curso de formação, aliada a critérios transparentes e objetivos de escolha, traduz-se na observância da igualdade e, hoje, laboraria no sentido da inclusão da mulher no âmbito da magistratura, da sua proteção (e da integralidade da sociedade a ser representada) diante das situações de reserva exclusiva, ou quase – a apenas um dos sexos, mas com isso não se estará a excluir o homem<sup>19</sup>.

Em âmbito internacional, relevante é o trabalho da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o tema. O Órgão já realizou quatro conferências internacionais sobre a mulher<sup>20</sup>, tendo sido a última realizada em Pequim, em 1995. A Conferência de Pequim deixou como legado um conjunto de objetivos estratégicos – com a identificação das ações necessárias para atingi-los – em doze áreas consideradas prioritárias, a fim de orientar governos e sociedade na elaboração e implementação de políticas para a promoção da igualdade de gêneros.

Desse legado, destacam-se três pontos relevantes na luta pelos direitos das mulheres: o conceito de gênero, a noção de empoderamento e o enfoque da transversalidade. O conceito de gênero permitiu superar a análise da situação da mulher baseada no aspecto meramente biológico e partir para uma compreensão das re-

16 [HC 84.025](#); [ADI 3.510/DF](#); [ADPF 132](#) e a [ADI 4.277](#); [ADI 4.424/DF](#) e a [ADC 19/DF](#); [ADPF 132/RJ](#); 528.684/MS; [RE 432.484/PA](#); [RE 658.312/SC](#); [RE 778.889/PE](#). SILVA, Comentários sobre as referidas decisões em: Christine Oliveira Peter da. Entre laços e nós são tecidos os direitos fundamentais da mulher. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-18/observatorio-constitucional-entre-lacos-sao-tecidos-supremo-direitos-mulher> Acesso em: 17 abr. 2020.

17 PETER, Christine. Constitucionalismo feminista ressoa no Supremo Tribunal Federal. **ConJur: Consultor jurídico**, 29 dez. 2028. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-29/observatorio-constitucional-constitucionalismo-feminista-ressoa-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 18 abr. 2020.

18 PETER, Christine. Constitucionalismo feminista ressoa no Supremo Tribunal Federal. **ConJur: Consultor jurídico**, 29 dez. 2028. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-29/observatorio-constitucional-constitucionalismo-feminista-ressoa-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 18 abr. 2020.

19 Palestra Leda de Oliveira Pinho. <https://www.youtube.com/watch?v=sIwAsq2r5Zg> Acesso em: 27 out. 2020.

20 <http://www.onumulheres.org.br/> Acesso em: 27 out. 2020. As quatro conferências internacionais sobre a mulher realizadas pela ONU são: 1995 – IV Conferência Mundial sobre a Mulher com tema central “Ação para a Igualdade, o Desenvolvimento e a Paz”, China; 1985 – III Conferência Mundial sobre a Mulher com tema central “Estratégias Orientadas ao Futuro, para o Desenvolvimento da Mulher até o Ano 2000”; 1980 – II Conferência Mundial da Mulher sob o lema “Educação, Emprego e Saúde”, Copenhague; 1975 – Ano Internacional da Mulher – momento de realização da I Conferência Mundial da Mulher sob o lema “Igualdade, Desenvolvimento e Paz”.



lações entre homens e mulheres como produto de padrões determinados social e culturalmente, sendo, assim, passíveis de modificação.

O empoderamento das mulheres pode ser entendido, no âmbito desse importante documento, como a “possibilidade de realizarem todo o seu potencial na sociedade, e construírem suas vidas de acordo com suas próprias aspirações.”<sup>21</sup> Para que esse objetivo seja alcançado, o referido documento definiu áreas prioritárias de ação, que deveriam orientar as estratégias de governos, comunidade internacional e sociedade civil (incluídos aqui as organizações não governamentais (ONGs) e o setor privado), dentre as quais destaca-se “o exercício do poder e na tomada de decisões em todos os níveis”<sup>22</sup>

A noção de transversalidade demanda que a perspectiva de gênero seja disseminada em todas as áreas de políticas públicas, de forma a garantir a efetiva superação das desigualdades entre homens e mulheres. Trata-se, assim, de objetivo estratégico a adoção de “medidas para garantir às mulheres igualdade de acesso às estruturas de poder e ao processo de decisão e sua participação em ambos”<sup>23</sup>. Dentre as ações a serem desenvolvidas para alcançar este objetivo, destacam-se a adoção de medidas para promover uma “massa crítica” de mulheres dirigentes nos setores público e privado, e o desenvolvimento de ações de formação que estimulem e habilitem as mulheres a ocuparem tais espaços.

Ainda no âmbito internacional, mas como medidas práticas, vale ser citado o exemplo do Congresso mexicano, que aprovou, em 23 de maio de 2019, uma reforma constitucional para instituir a obrigatoriedade de que 50% dos cargos públicos sejam ocupados por mulheres nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nos órgãos federais, estaduais e municipais, além de órgãos autônomos. O México já tinha paridade obrigatória no Congresso. A emenda constitucional, que visa à garantia da igualdade entre mulheres e homens no exercício do poder público, também inclui o princípio da paridade de gênero para todos os cargos, eletivos e públicos – tanto para concursados como para comissionados<sup>24</sup>.

Quanto à representatividade feminina na magistratura, destaca-se que em alguns países já existem previsões legais e/ou constitucionais que garantem a destinação de metade das vagas dos integrantes de tribunais a mulheres. Exemplo disso é a Lei n. 25/2010, que regulamenta a composição das Cortes bolivianas e assegura que 50% das vagas no Tribunal Supremo da Justiça e Tribunal Agroambiental sejam ocupadas por mulheres, bem como que 50% dos integrantes dos Tribunais Departamentais da Justiça, eleitos pelo Tribunal Supremo por intermédio de listas enviadas pelo Conselho da Magistratura, devem ser mulheres.

21 PEQUIM. Declaração e plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher. Pequim, 1995. In: FROSSARD, H. **Instrumentos internacionais de direitos das mulheres**. Brasília. Secretaria Especial de Políticas para Mulheres. p. 147-258. 2006. *E-book*. p. 151.

22 PEQUIM. Declaração e plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher. Pequim, 1995. In: FROSSARD, H. **Instrumentos internacionais de direitos das mulheres**. Brasília. Secretaria Especial de Políticas para Mulheres. p. 147-258. 2006. *E-book*. p. 162.

23 PEQUIM. Declaração e plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher. Pequim, 1995. In: FROSSARD, H. **Instrumentos internacionais de direitos das mulheres**. Brasília. Secretaria Especial de Políticas para Mulheres. p. 147-258. 2006. *E-book*. p. 162. p. 216.

24 PEDREIRA, Beatriz; CASTRO, Jonaya de. O passo histórico do Congresso mexicano pela paridade de gênero para todos os postos públicos. **El País**, 28 mayo 2019. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/27/opinion/1558984711\\_415970.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/27/opinion/1558984711_415970.html). Acesso em: 19 abr. 2020.

No Brasil, pode-se destacar a **Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 08/2017**, que tinha por objetivo garantir expressamente a participação de mulheres nas listas destinadas à escolha dos integrantes dos tribunais judiciários, dos tribunais de contas e dos Procuradores-Gerais do Ministério Público. Ao justificar a iniciativa da PEC, a senadora Marta Suplicy, uma das autoras, afirmou que, nos postos de comando dessas instituições, a atuação feminina ainda era muito limitada, apesar do número crescente de mulheres ingressando no serviço público por meio de concurso. Contudo, a proposta foi arquivada ao final da respectiva legislatura<sup>25</sup>.

Ressalta-se com os exemplos retromencionados a importância de ações articuladas e sistematizadas que fomentam o debate sobre a desigualdade de gênero, viabilizando a adoção de medidas práticas a serem encampadas com o intuito de corrigir a discrepância ainda existente na representatividade feminina nos espaços de poder.

As ações afirmativas, ou discriminações positivas, se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à aplicação do princípio constitucional da igualdade material e à mitigação dos efeitos dos mais diversos tipos de discriminação, como a racial, de gênero ou de origem nacional. Elas se concretizam por meio de medidas compensatórias em favor de setores menos favorecidos da sociedade. No contexto dessas ações, nas palavras do eminente Joaquim Barbosa (2012), “a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade”. Implementadas pelo Estado, por organizações internacionais ou até mesmo por entidades essencialmente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fato, de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade.<sup>26</sup>

Para Maria da Silva<sup>27</sup>, a ação transformadora no âmbito jurídico só ocorre com investimento na percepção problemática das desigualdades de gênero pelas próprias pessoas que estudam e operam diretamente o sistema. Isso requer mais produção de conhecimento na área, mais disseminação do conhecimento produzido e mais ações de sensibilização, formação, capacitação e, sobretudo, mobilização de juristas e demais operadores do Direito comprometidos com a transformação da realidade social.<sup>28</sup>

Ainda, segundo a autora, o feminismo jurídico, visto como uma mobilização dos operadores de Direito, pode ser definido como uma espécie de ativismo jurídico que incorpora a perspectiva de gênero no direito, usando de estratégias políticas feministas para atuar neste campo, auxiliando demandas individuais ou coletivas nas lutas travadas na seara do Direito.

Como exemplo do mencionado ativismo jurídico, no Brasil, pode-se destacar a Lei Maria da Penha. A sua proposição legislativa refletiu muito bem a sensibilidade feminista no tratamento da violência doméstica,

25 BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n. 8, de 2017**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128252>. Acesso em: 19 abr. 2020.

26 GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. **Portal Geledés**, 03 dez. 2012. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/o-debate-constitucional-sobre-as-acoes-afirmativas-por-joaquim-barbosa/>. Acesso em: 27 out. 2020.

27 SILVA, Salette Maria da. Feminismo jurídico: uma introdução. **Cadernos de gênero e diversidade**, Bahia, v. 4, n. 1, p. 84-102, mar. 2018.

28 SILVA, Salette Maria da. Feminismo jurídico: uma introdução. **Cadernos de gênero e diversidade**, Bahia, v. 4, n. 1, p. 84-102, mar. 2018.

pois, ao desconstruir o modo anterior de tratamento legal e ouvir as mulheres nos debates que antecederam a aprovação da [Lei nº 11.340/2006](#), conseguiu-se registrar a participação política das mulheres como sujeitos na construção desse instrumento legal e definiram-se os propósitos da lei com um olhar voltado aos interesses da mulher de viver uma vida sem violência.<sup>29</sup>

Nesse sentido, considerando tratar-se de uma questão a ser enfrentada em âmbito mundial, consigna-se que a Agenda Global 2030, organizada pela Organização das Nações Unidas (ONU), por meio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), nos termos da Resolução A/RES/72/279.OP32, de 2018, da Assembleia Geral da ONU, conta com 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas a serem atingidas no período de 2016 a 2030, relacionadas à efetivação dos direitos humanos e promoção do desenvolvimento, que incorporam e dão continuidade aos 8 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, a partir de subsídios construídos na Rio + 20<sup>30</sup>.

O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) número 5 desse compromisso internacional assumido por 193 países signatários é a Igualdade de Gênero. Ele possui diversas metas na Agenda Global, entre elas “Garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública” e “Adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas, em todos os níveis”<sup>31</sup>.

Outro referencial para elaboração de políticas públicas, da série de tratados internacionais de direitos humanos, é a Recomendação Geral nº 35 sobre Violência de Gênero contra as mulheres do Comitê para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW), traduzida pelo CNJ em 2019<sup>32</sup>, como medida colaborativa nesse cenário, que atualiza a Recomendação Geral n. 19 e afirma que a discriminação contra as mulheres inclui a violência de gênero, ou seja, aquela “que é dirigida contra uma mulher porque ela é mulher ou que afeta as mulheres desproporcionalmente”, constituindo, portanto, uma violação aos direitos humanos.

Portanto, cabe ao Estado e à sociedade a implementação das ações afirmativas indispensáveis à concretização do princípio da igualdade de gêneros. Ao Estado, entretanto, é maior a responsabilidade, no sentido de abandonar a tradicional posição de neutralidade e de mero espectador dos embates que se travam no campo

29 CAMPOS, Carmen Hein. Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein (org.) **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídica-feminista**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 1-12. Disponível em: [https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/1\\_1\\_razao-e-sensibilidade.pdf](https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/1_1_razao-e-sensibilidade.pdf) Acesso em: 20 abr. 2020.

30 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Agenda 2030**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/agenda-2030/>. Acesso em: 27 out. 2020.

31 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5: igualdade de gênero. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/5>. Acesso em: 14 nov. 2021.

32 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação Geral nº 35 sobre violência de gênero contra as mulheres do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW)**. Brasília: CNJ, 2019. 34 p. (Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/405>. Acesso em: 14 nov. 2021.

da convivência entre homens e mulheres<sup>33</sup> e atuar ativamente na busca de concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais.

## 4 CONCLUSÃO

O aumento da representatividade feminina nos poderes estatais é uma importante forma de concretização do princípio constitucional da igualdade e de fortalecimento da democracia. O poder sobre as decisões públicas deveria ser representativo e proporcional a toda a população, contudo, ainda é marcado por gênero, raça e classe, o que abala a representatividade das instituições políticas e resulta em pouca sensibilidade no mundo político diante desses assuntos.

O direito ao voto feminino foi introduzido no Brasil pelo Código Eleitoral de 1932 e representou a derubada de uma sólida barreira à participação política das mulheres. Porém, essa medida não eliminou todos os obstáculos para uma atuação paritária entre os sexos, os quais foram mantidos por outros meios, segregando identidades que não se adequam aos estereótipos socialmente demandados.

O poder, antes de jurídico, é uma construção histórica e uma prática social, sendo necessária a continuidade das transformações em curso ao longo da luta feminista, a fim de que se promovam bases sociais de igualdade entre homens e mulheres, considerando o histórico patriarcal e machista brasileiro. A despeito das conquistas já alcançadas, a participação feminina nos poderes estatais ainda é um grande desafio a ser superado

Para tanto, aponta-se a relevância das ações afirmativas – de discriminação positiva –, com vistas ao rompimento do círculo vicioso da sub-representação das mulheres no poder. Conforme observado por Pinho (2018)<sup>34</sup>, identificados os espaços de sobrerrepresentação masculina, devem-se diagnosticar as causas objetivas e subjetivas da sub-representação em cada um dos espaços de atuação; discutir os possíveis mecanismos de correção; preparar um projeto consensual de igual representação, apto a criar oportunidades dirigidas à paridade de forças; e revisar os resultados obtidos para avaliar se, em ondas crescentes, a materialização da justa igualdade entre mulheres e homens está sendo alcançada.

O campo político expressa e, ao mesmo tempo, configura as lutas por reconhecimento social e representação de interesses nos espaços de poder. A variação da participação relativa das mulheres nesses espaços tem impactos significativos para o funcionamento do campo político, pois é a própria força de representação feminina que permite construir e equacionar as medidas destinadas ao atendimento das demandas sociais das mulheres, a partir de uma ótica multifacetada.

33 GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. *Portal Geledés*, 03 dez. 2012. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/o-debate-constitucional-sobre-as-acoes-afirmativas-por-joaquim-barbosa/>. Acesso em: 27 out. 2020.

34 PINHO, Leda de Oliveira. Igualdade de gênero e poder: uma análise sob a perspectiva da representatividade da mulher na magistratura. In: PIMENTA, Clara Mota; SUXBERGER, Rejane Jungbluth; VELOSO, Roberto Carvalho (org.) *Magistratura e equidade*. Estudos sobre gênero e raça no Poder Judiciário. Belo Horizonte, [s. n.], 2018. p. 147-165.

O Brasil tem caminhado em direção às previsões estabelecidas por convenções e tratados internacionais sobre direitos das mulheres, contudo, ainda há uma grande distância entre leis e realidade, situação que somente irá diminuir com ações políticas mais contundentes na defesa da implementação de planos nacionais de políticas para as mulheres, sendo bastante oportuno refletir sobre uma interpretação feminista constitucional.

## REFERÊNCIAS

- BESTER, Gisela Maria. Aspectos históricos da luta sufrágica feminina no Brasil. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, v. 15, n. 21, p. 11-22, jan. 1997. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/view/23351>. Acesso em: 14 abr. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 255/2018, de 4 de setembro de 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2670>. Acesso em: 27 out. 2020.
- BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n. 8, de 2017**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128252>. Acesso em: 19 abr. 2020.
- CAMPOS, Carmen Hein. Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein (org.) **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídica-feminista**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 1-12. Disponível em: [https://assets-compromissoeatitude-jpg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/1\\_1\\_razao-e-sensibilidade.pdf](https://assets-compromissoeatitude-jpg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/1_1_razao-e-sensibilidade.pdf) Acesso em: 20 abr. 2020.
- CEDAW, Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. In: FROSSARD, Heloisa (org.) **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Secretaria Espacial de Políticas para as Mulheres. Brasília, 2006. p. 14-32. *E-book*.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Agenda 2030**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/agenda-2030/>. Acesso em: 27 out. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/05/cae277dd017bb4d4457755feb5eed9f.pdf>. Acesso em 27 out. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação Geral nº 35 sobre violência de gênero contra as mulheres do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW)**. Brasília: CNJ, 2019. 34 p. (Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/405>. Acesso em: 14 nov. 2021.
- DAHL, Tove Stang. **O direito das mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- FRANCHINI, B. S. **O que são as ondas do feminismo? Revista QG Feminista**, 2017. Disponível em: <https://medium.com/qg-feminista/o-que-s%C3%A3o-as-ondas-do-feminismo-eeed092dae3a>. Acesso em: 27 out. 2020.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. **Portal Geledés**, 03 dez. 2012. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/o-debate-constitucional-sobre-as-acoas-afirmativas-por-joaquim-barbosa/>. Acesso em: 27 out. 2020.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.
- LIMA, Bruna Camilo de Souza e Silva; OLIVEIRA João Felipe Zini Cavalcante; BARROS, Mateus Oliveira. **Mulheres e poder: estudos culturais e o binarismo de gênero**. 2016.
- MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. **O voto feminino no Brasil**. Brasília: Edições Câmara, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/4798>. Acesso em: 16 abr. 2020.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MIRANDA, Sérgia. Judiciário se feminiza cada dia mais. **Revista de Direitos Humanos da AMB**, AMB, Brasília, p. 60-61, jan. 2012.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5: igualdade de gênero. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/5>. Acesso em: 14 nov. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 27 out. 2020.
- PEDREIRA, Beatriz; CASTRO, Jonaya de. O passo histórico do Congresso mexicano pela paridade de gênero para todos os postos públicos. **El País**, 28 mayo 2019. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/27/opinion/1558984711\\_415970.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/27/opinion/1558984711_415970.html). Acesso em: 19 abr. 2020.

- PEQUIM. Declaração e plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher. Pequim, 1995. In: FROSSARD, H. **Instrumentos internacionais de direitos das mulheres**. Brasília. Secretaria Especial de Políticas para Mulheres. p. 147-258. 2006. *E-book*.
- PETER, Christine. Constitucionalismo feminista ressoa no Supremo Tribunal Federal. **ConJur: Consultor jurídico**, 29 dez. 2028. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-29/observatorio-constitucional-constitucionalismo-feminista-ressoa-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 18 abr. 2020.
- PIMENTEL, Silvia. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher– Cedaw 1979. In: FROSSARD, Heloisa (org.) **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Brasília, 2006. p. 14-32. *E-book*.
- PINHO, Leda de Oliveira. Igualdade de gênero e poder: uma análise sob a perspectiva da representatividade da mulher na magistratura. In: PIMENTA, Clara Mota; SUXBERGER, Rejane Jungbluth; VELOSO, Roberto Carvalho (org.) **Magistratura e equidade**. Estudos sobre gênero e raça no Poder Judiciário. Belo Horizonte, [s. n.], 2018. p. 147-165.
- PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. **Revista de Sociologia e Política**, v. 18, n. 36, jun. 2010. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31624>. Acesso em: 21 abr. 2020.
- PINTO, Celi Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo ; Perseu Abramo, 2003.
- PRÁ, Jussara Reis. Mulheres, direitos políticos, gênero e feminismo. **Cad. Pagu**, n. 43, jul./dez. 2014. Dossiê O Gênero da Política: Feminismos, Estados e Eleições. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/0104-8333201400430169>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n43/0104-8333-cpa-43-0169.pdf> Acesso em: 20 abr. 2020.
- PRÁ, Jussara Reis; CARVALHO, Marie Jane. Feminismos, políticas de gênero e novas institucionalidades. **Labrys Estudos Feministas**, Brasília, ago. 2019. Disponível em: <https://www.labrys.net.br/labrys5/textos/mariejanept.htm>. Acesso em: 19 abr. 2020.
- REZENDE, Daniela Leandro. **Mulher no poder e na tomada de decisões**. IPEA, 2015. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215\\_tema\\_g\\_mulher\\_no\\_poder\\_e\\_na\\_tomada\\_de\\_deciso.es.pdf](https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215_tema_g_mulher_no_poder_e_na_tomada_de_deciso.es.pdf). Acesso em: 14 abr. 2020.
- SILVA, Christine Oliveira Peter da. Entre laços e nós são tecidos os direitos fundamentais da mulher. **ConJur: Consultor jurídico**, 18 jun. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-18/observatorio-constitucional-entre-lacos-sao-tecidos-supremo-direitos-mulher>. Acesso em: 17 abr. 2020.
- SILVA, Christine Oliveira Peter da; GUINDANI, Talita Ferreira. Os direitos fundamentais das mulheres na Constituição de 1988. In: NOWAK, Bruna (org.) **Constitucionalismo feminista**. Bahia: Juspodivm, 2019. p. 309-335.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo. Malheiros. 2010. p. 217.
- SILVA, Salete Maria da. Feminismo jurídico: uma introdução. **Cadernos de gênero e diversidade**, Bahia, v. 4, n. 1, p. 84-102, mar. 2018.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **O Direito à diferença**. [Belo Horizonte: Del Rey], 2003. p. 15-16.
- TOMAZONI, Larissa; BARBOZA, Estefânia. Interpretação constitucional feminista e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: NOWAK, Bruna (org.). **Constitucionalismo feminista**. Bahia: Juspodivm, 2019. p. 239 – 252.
- VOGEL, Luiz Henrique. **A difícil inserção: voto feminino e as condições sociais de acesso ao campo político no Brasil (1932-2012)**. Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/11494>. Acesso em: 14 nov. 2021.
- WOITOWICZ, Karina Janz; PEDRO, Joana Maria. O movimento feminista durante a ditadura militar no Brasil e no Chile: conjugando as lutas pela democracia política com o direito ao corpo. **Revista Espaço Plural**, Paraná, v. 10, n. 21, p. 43-55, 2009. Disponível em: <https://e-revista.unioeste.br/index.php/espacoplural/article/view/3574>. Acesso em: 14 abr. 2020.

# CAPÍTULO 9

## REPRESENTAÇÃO FEMININA NO PODER JUDICIÁRIO E NA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: TEMPO, DINÂMICAS, CONSTITUIÇÃO E TRANSFORMAÇÃO

Manuellita Hermes

Tahiana Vieira

### 1 REPRESENTATIVIDADE FEMININA EM CARREIRAS JURÍDICAS: UMA RELEVANTE REFLEXÃO

A presença feminina é diminuta nas carreiras jurídicas no Brasil, mas essa realidade não é exclusiva, pois “em todo o planeta, os homens são a maioria da força de trabalho em cargos de gestão, contabilidade, no direito e em profissões técnicas, como engenharia e postos ligados à computação”<sup>1</sup>.

Incumbe às juristas e aos juristas brasileiros recuperar a interpretação jurídica sob o método histórico, a fim de enfrentar questões com a verticalidade idônea a consolidar uma democracia real, ciente do perfil da formação do nosso Estado Nacional. O Direito é reflexo da estrutura da sociedade, das representações ideológicas, das práticas discursivas hegemônicas, das manifestações de poder, dos conflitos entre atores sociais. As instituições jurídicas realizam a reprodução de um discurso em cada época e lugar, com funções de controle social por seus atores – operadores profissionais e órgãos de decisão.

A incursão sobre alguns momentos do processo histórico-evolutivo do país é de suma importância para avaliar o presente. Conhecer as crises, os recuos, os avanços, as contradições, os conflitos, as desigualdades, o equilíbrio entre centro e periferia, e tentar problematizar o direito como fenômeno sociocultural revelam-se fundamentais para compreender as conformações atuais das carreiras jurídicas, a exemplo das que compõem o Judiciário e a Advocacia-Geral da União.

As questões que norteiam o texto são estabelecidas como parte da metodologia da hermenêutica constitucional feminina de criar o “hábito de perguntar-se onde estão, o que estão fazendo e qual a contribuição das mulheres em cada um dos espaços sociais e políticos”<sup>2</sup>.

1 CONNELL, Rawyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero**: uma perspectiva global. São Paulo: InVerso, 2015, p. 33.

2 SILVA, Christine Oliveira Peter da; GOMIDE, Carolina Freitas. **Constitucionalistas Constituintes**: uma agenda para o Brasil. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi. **Constitucionalismo feminista**: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero. Salvador: Editora JusPodivum, 2020. p. 21.

O objetivo central do trabalho é avaliar a representatividade de gênero no Poder Judiciário e na Advocacia-Geral da União. Para tanto, recorre-se à metodologia histórico-dialética e à utilização de pesquisa bibliográfica e de dados, com a consequente análise quantitativa e qualitativa para subsidiar as conclusões.

O texto é dividido em três partes: a primeira traz um olhar para o passado, compreendendo a edificação do cenário jurídico brasileiro. Em sequência, passa-se à observação do contexto recente das instituições analisadas. Por fim, em face dos desafios identificados, mormente a concretização da igualdade material, lançam-se as bases para a construção de soluções à luz da solidariedade como premissa do direito constitucional altruísta.

## 2 UM NECESSÁRIO – AINDA QUE BREVE – RESGATE HISTÓRICO

A reflexão sobre a questão de gênero implica a necessidade de um resgate histórico. Como afirma Paolo Grossi<sup>3</sup>, a construção da dogmática jurídica foi feita com base na indiscutibilidade de certas categorias, mediante uma metodologia de desistorização de um processo completamente histórico.

A formação histórico-social brasileira é de um marcante patriarcalismo eurocêntrico que ainda é refletido na sociedade e nas instituições<sup>4</sup>. A administração da justiça no período colonial imprimiu uma organização judiciária com grande concentração de poder na figura do ouvidor-geral e, a partir da ampliação do quadro para dirimir os crescentes conflitos, houve uma reprodução da estrutura portuguesa. Como destaca Stuart Schwartz, “A política portuguesa era discriminatória. Reservava o ingresso nas ordens militares, a concessão de fidalguia e a maior parte dos cargos no governo para cristãos-velhos [...]”<sup>5</sup>. No Brasil, criaram-se Tribunais da Relação como instâncias recursais (o primeiro instituído em Salvador, na Bahia, em 1609<sup>6</sup>, seguido dos instalados no Rio de Janeiro, no Maranhão e em Pernambuco) e Juntas de Justiça, que consistiam em pequenos tribunais presentes onde existissem os ouvidores<sup>7</sup>.

O sistema de justiça era, à época da sua gênese no Brasil, completamente masculino, com presença inicialmente lusa e, posteriormente, brasileira, em ambos casos de origem social totalmente elitista e de formação europeia na Universidade de Coimbra. Ensina Antônio Carlos Wolkmer:

Por se tratar da “espinha dorsal” do governo real, o acesso à magistratura, enquanto função privilegiada, impunha certos procedimentos de triagem, com critérios de seleção baseados na origem social. Ainda que

3 GROSSI, Paolo. La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico. *Quaderni Fiorentini*, v. 32, p. 28, 2003.

4 Para uma abordagem sobre o início da modernidade e a difusão do pensamento eurocêntrico do constitucionalismo com os vícios fundacionais do racismo, do capitalismo e do patriarcalismo, vide GARAY MONTAÑEZ, Nilda. Las concepciones no occidentales en el constitucionalismo latinoamericano: acerca de la categoría de poder. *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 27, p. 1-4, 2020.

5 SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 102.

6 SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 94, para um detalhamento da criação e do funcionamento da Relação da Bahia.

7 Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002. p. 58-62. Sobre o desenvolvimento do Judiciário, inclusive quanto aos problemas enfrentados, a exemplo do volume processual, com foco no Tribunal Superior da Bahia, vide SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 197-226.



o apadrinhamento e venda clandestina não fossem descartados, impunha-se um processo de recrutamento que assegurasse padrão mínimo de eficiência, organização e profissionalismo<sup>8</sup>.

Como segue explicando o autor, a elite do funcionalismo exercia uma dominação estratégica de natureza econômica, política e institucional, é dizer, era um braço da dominação colonial, sob o binômio patrimonialismo-burocracia. E pode-se aqui acrescentar mais um aspecto a formar o trinômio patriarcalismo-patrimonialismo-burocracia.

A Independência ocorrida em 7 de setembro de 1822 foi mais uma conformação ou ajuste não revolucionário e de manutenção de uma subserviência à metrópole europeia<sup>9</sup>. Houve simplesmente a articulação de uma nobreza brasileira, composta de uma aristocracia intelectual com raiz acadêmica majoritariamente europeia conduziu à criação de um movimento constitucional que culminou na *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824<sup>10</sup>. A Carta previu liberdades públicas e foi influenciada por um liberalismo clássico individualista, notadamente o liberalismo português com a matriz constitucional francesa<sup>11</sup>. Sobre as consequências da revolução de 1789 na França, Hannah Arendt destaca que “foi, pela primeira vez na história, trazer *le people* para as ruas e torná-lo visível. Quando isso aconteceu, mostrou-se que não apenas a liberdade, mas a liberdade para ser livre, sempre tinha sido um privilégio de poucos”<sup>12</sup>.

Quanto à distinção entre o liberalismo europeu e o liberalismo brasileiro, Antônio Carlos Wolkmer acentua a “clara distinção entre o liberalismo europeu, como ideologia revolucionária articulada por novos setores emergentes e forjados na luta contra os privilégios da nobreza, e o liberalismo brasileiro canalizado e adequado para servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial”<sup>13</sup>. Emilia Viotti da Costa, ao analisar com profundidade a relação entre liberalismo e democracia no Brasil, conclui que “Liberalismo e democracia estavam assim dissociados no primeiro instante em que se procedeu à organização do país independente”<sup>14</sup>.

8 WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002. p. 64.

9 Diferentemente, em Moçambique, outra colônia portuguesa, que conquistou a independência mais de um século mais tarde, ocorrida em 25 de junho de 1975, contou com a participação ativa das mulheres no processo de libertação. À época, houve um retorno dos membros do Judiciário a Portugal, deixando um verdadeiro vazio a ser preenchido. Para uma abordagem comparativa entre a participação feminina no Judiciário no Brasil e em Moçambique, vide A questão de gênero no Poder Judiciário moçambicano. Escola Nacional da Magistratura, 19 nov. 2020. 1 vídeo (1h:56min). [Live]. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=rF57pFvltA>. Acesso em: 12 dez. 2020. Participação de Caetano Levi Lopes, Elisa Samuel Boerekamp, Manuellita Hermes, Adriana Meireles Melonio e Marcelo Piragibe.

10 BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de Março de 1824)*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 26 nov. 2020. Sobre as influências francesa e inglesa na Carta, vide BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 363.

11 COSTA, Emilia Viotti da. *Brasil: história, textos e contextos*. São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 26-45.

12 ARENDT, Hannah. *Liberdade para ser livre*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018. p. 33-34.

13 WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002. p. 75. O autor acrescenta, ainda, que “Para a população mestiça, negra, marginalizada e despossuída, o liberalismo, simbolizado na Independência do país, significava a abolição dos preconceitos de cor, bem como a efetivação da igualdade econômica e a transformação da ordem social. Já para os estratos sociais que participaram diretamente do movimento em 1822, o liberalismo representava instrumento de luta visando à eliminação dos vínculos coloniais”. Idem, p. 76. Uma visão do elitismo social que serviu como pressuposto antropológico do primeiro liberalismo na Europa é dada, porém, por Antônio Hespanha: “Havia diferença, de inteligência, de virtude, de iniciativa, de riqueza; nem todos tinham o mesmo para dar e nem todos tinham o mesmo a perder. Ou seja, a sociedade política não deveria corrigir, mas antes ratificar, as desigualdades da sociedade civil. Por isso, o governo devia caber a uma elite”. Cf. HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Edições Almedina, 2019. p. 387.

14 COSTA, Emilia Viotti da. *Brasil: história, textos e contextos*. São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 126.

Em meio a esse cenário de ausência revolucionária transformadora no país – onde houve a conciliação entre liberalismo e escravidão, bem como entre liberalismo e patrimonialismo<sup>15</sup> –, introduziu-se uma “cultura jurídico-institucional marcadamente formalista, retórica e ornamental”<sup>16</sup>.

Salientam-se os aspectos conservadores, individualistas, antipopulares e não democráticos que culminaram na formação também do traço jurisdicista do liberalismo no Brasil. A **Constituição de 1824** previa, no seu art. 179, alguns direitos sociais, como ensino e socorros públicos<sup>17</sup>. A um só tempo, o texto previa o voto censitário exclusivamente masculino, que excluía mulheres e quem não tivesse renda suficiente para compor a nobreza eleitoral<sup>18</sup>. Trata-se, assim, de uma Constituição nominativa, que não fez com que o contexto correspondesse ao texto. Houve manutenção do sistema baseado em uma monocultura latifundiária e escravocrata. A Constituição representava o interesse dos grandes proprietários de terras, dos senhores de engenho e dos latifundiários, que receberam o Direito sem qualquer sacrifício de sua parte para conquistá-lo.

O direito à educação teve reflexo na seara jurídica. Formou-se um exclusivismo intelectual gerado com esteio em princípios e valores estrangeiros destinados a uma elite privilegiada e distante da população. Os profissionais tiveram uma formação baseada na erudição e no tradicionalismo da Universidade de Coimbra – preparados e treinados para servir aos interesses da administração colonial. Os primeiros cursos jurídicos, instalados em 1827 em Olinda (transferido para Recife em 1854) e em São Paulo, tiveram essa natureza: individualismo político e formalismo legalista como exigências de uma elite intelectual para suceder a colonizadora e concretizar a independência político-cultural<sup>19</sup>. Mais voltados ao interesse do Estado do que da sociedade, os cursos promoveram a disseminação de ideologias que formaram um quadro administrativo-profissional a compor a elite burocrática do país, sobretudo do Judiciário<sup>20</sup>.

O Poder Judiciário, nos termos dos arts. 151 a 164, era independente e formado por jurados, que se pronunciavam sobre os fatos, e de juízes, que aplicavam a lei. Como tribunais, criaram-se as Relações, que deve-

15 No que concerne ao direito de propriedade e à sua titularidade à época da colonização latino-americana, Garay Montañez e Fernández Arrillaga afirmam: “Acerca de quiénes son titulares del derecho a la propiedad, la respuesta es clara: los hombres europeos, el sujeto blanco, en especial, los colonos europeos. Es la propiedad que los hace sujeto de los derechos y es mediante el derecho de propiedad que se deshumaniza a los otros y otras considerándolos bienes o mercancías. Derecho privado y público interactúan para legitimar el sistema que cuestiona la humanidad de los y las otras, y es esta interacción que le da sentido al constitucionalismo liberal, el que triunfó en el siglo XVIII”. Cf. GARAY MONTAÑEZ, Nilda; FERNÁNDEZ ARRILLAGA, Imaculada. Los desafíos en la enseñanza del constitucionalismo y su historia: La interseccionalidad de raza y género. *Revista de Educación y Derecho*, n. 18, 2018. p. 14

16 WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002. p. 79.

17 “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

(...)

XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos.

XXXII. A Instrução primária, e gratuita a todos os Cidadãos.

XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Ciências, Bellas Letras, e Artes.” Vide BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de Março de 1824)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 26 nov. 2020.

18 Como nítido fruto das Declarações estadunidense de 1776 e francesa 1779 nas quais a igualdade formalmente declarada não englobava as mulheres, alijadas do processo político, onde o sufrágio censitário era o imperante. Cf. GARAY MONTAÑEZ, Nilda. Igualdad y perspectiva de género: a propósito del bicentenario de la Constitución de 1812. *Pensamiento Constitucional*, n° 17, 2012. p. 209.

19 Lilia Schwarz explica que “São Paulo foi mais influenciada pelo modelo político liberal, enquanto a faculdade de Recife, mais atenta ao problema racial, teve nas escolas darwinista social e evolucionista modelos de grande análise”. Cf. SCHWARZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930**. Companhia das Letras, São Paulo, 1993. p. 187. Sobre os primeiros cursos e o conteúdo do *currículum* das escolas, vide, CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 383-384.

20 WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002. p. 80-90.

riam existir na Capital do Império (cidade do Rio de Janeiro) e nas demais Províncias (que compunham o então Estado unitário monárquico), bem como o Supremo Tribunal de Justiça, órgão máximo de superposição à época.

Desse modo, o novo grupo de homens intelectuais do Brasil deu origem aos membros do Poder Judiciário desde então, em composição arraigada de forma estrutural, ainda difícil de ser alterada no presente.

Foi a partir da [Constituição de 1988](#) que o princípio da igualdade, previsto como igualdade formal desde a Constituição do Império, passou a ter uma aplicação propriamente atinente à igualdade material.

### 3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS ARRANJOS DE GÊNERO EM CARREIRAS JURÍDICAS: O PODER JUDICIÁRIO E A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Como visto, o período colonial brasileiro teve suma relevância no delineamento da estrutura generificada da sociedade, que imprime um papel de subordinação às mulheres, inclusive no âmbito das carreiras jurídicas. Após o decurso do tempo e a sucessão de Constituições, a Carta de 1988, atualmente vigente, foi fruto de uma Assembleia Nacional Constituinte (1987-19988) marcada pela busca da conciliação com o passado, pela pluralidade de forças políticas e de interesses, bem como, saliente-se, pelo papel ativo das 26 (vinte e seis) mulheres Constituintes brasileiras na (re)construção da democracia e da cidadania com a inclusão feminina<sup>21</sup>.

A igualdade foi reconhecida pelo art. 5º, I<sup>22</sup>, da [Constituição de 1988](#), inclusive como umas das formas<sup>23</sup> – não a única, saliente-se – de construir a paridade de gênero e eliminar o patriarcado<sup>24</sup>. Insere-se em um pleixo de previsões que devem ser sistematicamente interpretadas, como, por exemplo, o valor-fonte da dignidade humana, a cidadania, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o pluralismo, a proibição de todas as formas de discriminação e a prevalência dos direitos humanos. Explica Nilda Garay:

21 Sobre a conquista feminina na Assembleia Constituinte, cf. URTADO, Daniela; PAMPLONA, Danielle Anne. A última Constituinte Brasileira, as bravas mulheres e suas conquistas. In: SILVA, Christine Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi. **Constitucionalismo feminista**. Salvador: Editora JusPodivm, [2020?]. p. 53-67, e SILVA, Christine Oliveira Peter da; GOMIDE, Carolina Freitas. Constitucionalistas Constituintes: uma agenda para o Brasil. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi. **Constitucionalismo feminista: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 24-44.

Para uma visão sobre a participação de mulheres nos processos Constituintes na Colômbia, Venezuela, Equador, Bolívia, com a análise do produto final à luz das inovações de aporte de direitos para as mulheres, vide PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Mujeres y Constitucionalismo Transformador en América Latina. In: **Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico**. Estudios en homenaje a la Profesora Julia Sevilla Merino. Valencia: Corts Valencianes, [2018?]. p. 434-439, e GARAY MONTAÑEZ, Nilda. Procesos constituyentes en América Latina y las Mujeres. Otras subjetividades, otra Constitución. **Revista General de Derecho Constitucional**, 28, 2018. p. 14-34.

Para um enquadramento do constitucionalismo latino-americano à luz da teoria do constitucionalismo feminista, cf. GARAY MONTAÑEZ, Nilda. Constitucionalismo Feminista: evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo oficial. In: **Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico**. Estudios en homenaje a la Profesora Julia Sevilla Merino. Valencia: Corts Valencianes, p. 268-269.

22 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 2 dez. 2020.

23 Sobre a crítica da igualdade formal em razão da falsa universalidade e da exclusão de grupos, com um destaque para as semelhanças entre as discriminações raciais e por sexo, vide GARAY MONTAÑEZ, Nilda. Alcances de la discriminación racial o étnica y su vinculación histórica con la discriminación por sexo. **Feminismo/s**, 12, diciembre 2008.

24 Assim definido por Nilda Garay: “El patriarcado es un sistema que a partir de la discriminación de las mujeres, recrea otras formas de discriminación, como la racial, y que reacciona frente a las contestaciones que signifiquen la remoción de sus cimientos desigualitarios. Una de las formas de reacción es el ocultamiento de reivindicaciones igualitarias”. GARAY MONTAÑEZ, Nilda. Constitucionalismo Feminista: evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo oficial. In: **Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico**. Estudios en homenaje a la Profesora Julia Sevilla Merino. Valencia: Corts Valencianes, p. 276.

La igualdad como pilar del Estado constitucional es un concepto histórico y, como tal, un producto social susceptible de cambios. Es evidente que las diversas formas de discriminación que sostienen la desigualdad han ido cambiando solo para los hombres y el proceso de cambios relacionados con la discriminación por sexo ha sido y es muy lento. El análisis de la idea de igualdad en el constitucionalismo parece primordial para comprender el por qué las mujeres no son consideradas dentro de aquella abstracción que define a la modernidad y al Estado constitucional: el «sujeto de derechos». Este sujeto es la piedra angular que surge en y sobre la que se construye la modernidad, el origen de nuestros actuales sistemas constitucionales democráticos. El reconocimiento como sujeto permite la individualidad y, con ella, la igualdad<sup>25</sup>.

Trata-se, assim, da igualdade como pilar do constitucionalismo democrático, nascida como formal – instrumento de preservação das relações de poder desiguais. Paulatinamente, galga a sua materialidade por meio do constitucionalismo social, que, ao buscar corrigir os efeitos do liberalismo, requer distribuição igual de oportunidades e a intervenção do Estado<sup>26</sup> para que seja efetiva, como segue explicando a autora<sup>27</sup>.

A nova Carta brasileira pavimenta o caminho da transformação, munindo a sociedade com o manancial jurídico de valioso potencial de implementação de correções e equiparações. No que atine às carreiras jurídicas, o texto constitucional, contudo, não foi expresso quanto à igualdade de gênero (e racial)<sup>28</sup> no âmbito do Poder Judiciário e das funções essenciais à Justiça, diferentemente, por exemplo, da Constituição da África do Sul, cujo artigo 174.2, que prevê que “A necessidade de o Judiciário refletir amplamente a composição racial e de gênero deve ser considerada na indicação dos membros do Judiciário”<sup>29</sup>.

### 3.1 A PARTICIPAÇÃO FEMININA NO PODER JUDICIÁRIO

No que atine ao Poder Judiciário, merece menção o marco consubstanciado na publicação da Resolução do Conselho Nacional de Justiça – CNJ – nº 255<sup>30</sup>, que versa sobre a Política Nacional de Incentivo à Participação

25 GARAY MONTAÑEZ, Nilda. Igualdad y perspectiva de género: a propósito del bicentenario de la Constitución de 1812. **Pensamiento Constitucional**, nº 17, 2012. p. 203-204.

26 O Ipea possui texto para discussão com uma tipologia da atuação estatal assim sumarizada: “uma tipologia da atuação estatal baseada em *quatro visões* em relação às mulheres, dependendo da ótica a partir da qual a presença feminina é entendida na elaboração e implementação de políticas públicas: i) visão *reprodutiva* (mulheres como mães/cuidadoras); ii) visão *produtiva* (mulheres enquanto mão de obra de trabalho remunerado); e iii) as visões *reativa* (inclusão posterior das mulheres no planejamento da política) e *inclusiva* (mulheres enquanto público-alvo prioritário)”. MELLO, Janine; MARQUES, Danusa. **Elementos para uma tipologia da atuação estatal**: visões do Estado sobre as mulheres e políticas públicas nos Brasil. Texto para discussão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2019. p. 12.

27 GARAY MONTAÑEZ, Nilda. Igualdad y perspectiva de género: a propósito del bicentenario de la Constitución de 1812. **Pensamiento Constitucional**, n. 17, 2012, p. 207; 213. Caracterizando a onda de feminismo do pós-Segunda Guerra como uma relação ambivalente com a social democracia, Nancy Fraser afirma: “On the one hand, much of the early second wave rejected the latter’s étatism and its tendency to marginalize social divisions other than class and social injustices other than “maldistribution.” On the other hand, many feminists presupposed key features of the socialist imaginary as a basis for more radical designs. Taking for granted the welfare state’s solidaristic ethos and prosperity—securing steering capacities, they, too, were committed to taming markets and promoting equality. Acting from a critique that was at once radical and immanent, early second-wave feminists sought less to dismantle the welfare state than to transform it into a force that could help to overcome male domination”. FRASER, Nancy. *Feminism, Capitalism, and the Cunning of History: An Introduction*. **Hal archives-ouvertes**, nº17, august 2012, p. 5. Disponível em: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00725055>. Acesso em: 2 dez. 2020.

28 Nilda Garay Montañez aborda a adesão das elites latino-americanas ao modelo de sujeito político europeu, que racializa e exclui, a fim de manter privilégios. Vide GARAY MONTAÑEZ, Nilda. Las concepciones no occidentales en el constitucionalismo latinoamericano: acerca de la categoría de poder. **Revista General de Derecho Público Comparado**, n. 27, 2020. p. 8-10.

29 No original: “174. Appointment of judicial officers (...)

2. The need for the judiciary to reflect broadly the racial and gender composition of South Africa must be considered when judicial officers are appointed”. Cf. **ÁFRICA DO SUL. Constitution of the Republic of South Africa, 1996**. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996-chapter-8-courts-and-administration-justice>. Acesso em: 12 dez. 2020.

30 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 255 de 04/09/2018**. Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. DJE/ CNJ nº 167/2018, de 05/09/2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2670>. Acesso em: 14 nov. 2021.

Feminina no Poder Judiciário. Trata-se de relevante iniciativa que consiste em passo indispensável ao aprimoramento da representação feminina.

Como um dos frutos do seu teor, foi efetuada uma pesquisa pelo CNJ que coletou dados reveladores da atuação feminina nos dez anos anteriores. Com base em informações fornecidas por 68 dos 90 tribunais requeridos, o resultado da análise indica que: “O Poder Judiciário brasileiro é composto em sua maioria por magistrados do sexo masculino, com apenas 38,8% de magistradas em atividade. A participação feminina na magistratura é ainda menor se considerar os magistrados que atuaram nos últimos 10 anos, com 37,6%”<sup>31</sup>. Quando examinados os cargos de Desembargadoras, Corregedoras, Vice-Presidentes e Presidentes, apesar de ter havido um aumento no período dos dez anos pesquisados, concluiu-se que o percentual de magistradas varia entre 25% e 30%<sup>32</sup>.

Assim, há maior presença feminina no Judiciário de primeiro grau, cujo acesso ocorre mediante prestação de concurso de provas e títulos. No entanto, à medida em que mudam os graus de jurisdição e, por consequência, o critério de acesso (antiguidade e merecimento), afunila-se a presença feminina, que vai se tornando rarefeita até a chegada ao Supremo Tribunal Federal, cujo critério é a indicação pelo Presidente da República e aprovação do Senado Federal<sup>33</sup>. Em estudo comparado sobre Cortes Constitucionais na América Latina, Lucio Pegoraro e Justin Frosini elaboraram elucidativo quadro que demonstra o procedimento de seleção dos juízes, como abaixo reproduzido<sup>34</sup>:

31 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2019. p. 7.

32 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2019. p. 9.

33 Conforme previsto na atual Constituição: “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 2 dez. 2020.

A disposição, porém, remonta ao [Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890](#):

“Art. 4º Ao Presidente da República compete nomear os juizes federaes, dependendo da aprovação do Senado a nomeação dos membros do Supremo Tribunal Federal. Vide BRASIL. **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890**. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm). Acesso em: 30 nov. 2020.

Posteriormente, a Carta de 1891, a primeira da República, deu *status* constitucional à forma de nomeação: “Art 48 – Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

12º) nomear os membros do Supremo Tribunal Federal e os Ministros diplomáticos, sujeitando a nomeação à aprovação do Senado. Na ausência do Congresso, designá-los-á em comissão até que o Senado se pronuncie.” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 30 nov. 2020.

Sobre a discussão acerca do tema entre os Senadores à época das primeiras previsões, cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Volume I: Defesa das Liberdades Cívicas (1891-1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 7-14.

34 PEGORARO, Lucio; FROSINI, Justin O. Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification? **Journal of Comparative Law**, v. 3, n. 39, 2008. p. 47.

Appointed by the Legislative	Appointed by the Executive and Legislative	Appointed through a Mixed System
Bolivia (2/3 of Congress)	Argentina (President with Senate approval)	Chile (3 by the President, 4 by Congress, 3 by the Supreme Court)
Costa Rica (2/3 of Legislative Assembly)	Brazil (President with Senate approval)	Colombia (Senate from a list of three presented by the President, Supreme Court, Council of State)
El Salvador (2/3 of Legislative Assembly)	Mexico (President with Senate approval)	Dominican Republic (National Magistrates' Council)
Honduras (2/3 of Congress from a list presented by a Nomination Board)	Nicaragua (Elected by the majority of the National Assembly are chosen from lists presented by the President and by the Deputies)	Ecuador (Committee composed of members appointed by the Legislative, the Executive and the Transparency and Social Control Body)
Peru (2/3 of Congress)	Panama (Cabinet with Legislative approval)	Guatemala (Supreme Court, Congress, President, University Council, Bar Council)
Uruguay (2/3 of General Assembly)		Paraguay (Senate with President's approval, from a list presented by the Magistrates' Council)
Venezuela (2/3 of National Assembly)		

Table 2: Selection of Judges to Constitutional or Supreme Courts (note that on the basis of Table 1 the selection system refers to the Constitutional Court for those countries that have both Constitutional and Supreme Courts).

O Brasil, como visto, situa-se ao lado da Argentina e do México, com a indicação pelo Presidente e aprovação pelo Senado, em procedimento que envolve Executivo e Legislativo.

Criado pelo [Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890](#)<sup>35</sup>, “O Supremo Tribunal Federal tem mantido ao longo do tempo, com pequenas alterações, as características que lhe foram atribuídas em 1890, quando foi criado”<sup>36</sup>. Em toda a sua história, contou com apenas três mulheres: as Ministras Ellen Gracie (2000 a 2011), que ocupou o cargo de Presidente, Cármen Lúcia (2006), que também foi Presidente, e Rosa Weber (2011), atual Vice-Presidente. As duas últimas compõem o quadro hodierno da Corte<sup>37</sup>. Ou seja, hoje, dos 11 mem-

35 BRASIL. [Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890](#). Organiza a Justiça Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm). Acesso em: 30 nov. 2020.

Para a compreensão da história do Supremo Tribunal Federal, instalado em 28 de fevereiro de 1891 seguindo o modelo da Corte estadunidense, inclusive quanto aos percalços enfrentados no que atine às ingerências dos outros Poderes da República, vide RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Volume I: Defesa das Liberdades Cívicas (1891-1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 7-72.

Um histórico normativo aplicável ao Tribunal está disponível em: <http://portal.stf.jus.br/hotsites/130anos/>. Acesso em: 14 nov. 2021.

36 COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo: Editora UNESP, 2006. p. 23.

37 Para um estudo dos direitos fundamentais das mulheres na jurisprudência do STF, à luz de uma *hermenêutica do feminino*, vide SILVA, Christine Peter da; GUINDANI, Talita Ferreira. Os Direitos Fundamentais das Mulheres na Constituição de 1988. In: SILVA, Christine Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi. **Constitucionalismo feminista**. Salvador: Editora JusPodivm, p. 325-334.

Em perspectiva comparada entre estados Unidos e Canadá, cumpre mencionar estudo qualitativo e quantitativo sobre a representação feminina nas Supremas Cortes no qual Rosalind Dixon conclui que as magistradas que não enfrentaram experiências de discriminação de gênero são menos tendentes a decidir casos sobre discriminação de gênero com uma abordagem mais incisivamente feminista (ao menos sob o ponto de vista liberal ou antisubordinação), como fizeram as *justices* O'Connor e Ginsburg. Assim conclui a referida autora: “If Justices O'Connor’s and Ginsburg’s treatment of gender cases was in fact influenced by their backgrounds, the difficulty for feminists in the future is that few female judicial candidates are likely to have experienced sex discrimination to this same degree or at least in this same way-prior to appointment. The barriers to professional success for female attorneys are now far fewer than they once were for O’Connor and Ginsburg. Where they exist, they also tend to be more subtle and indirect and therefore more difficult to identify as having been based on sex”. DIXON, Rosalind. Female Justices, Feminism, and the Politics of Judicial Appointment: A Re-Examination. **Yale Journal of Law and Feminism**, vol. 21, n. 297, 2010. p. 308.

bros do STF, 2 são mulheres, de um total de 3 em toda a história. Ressalte-se que, até o momento, não houve nenhuma Ministra negra no Supremo Tribunal Federal<sup>38</sup>.

A presença de mulheres é maior no primeiro grau de jurisdição e há uma redução à medida em que há o aumento na hierarquia administrativa do Poder Judiciário, com o aumento dos graus de jurisdição e, sobretudo, nos cargos diretos dos Tribunais.

Há uma sub-representação feminina nos Tribunais e, neste ponto, tem-se um reflexo de algo que ocorre na sociedade também na esfera privada: a pouca ocupação de cúpulas, de cargos de poder em grandes empresas, por exemplo. Voltando ao âmbito do Judiciário, a presença de mulheres em órgãos colegiados revela-se de significativa importância. A construção decisória de modo colegial traz em si a premissa de um debate com aporte de diferentes e plurais visões, que enriqueçam o entendimento jurídico e, por consequência, melhor protejam a dignidade da pessoa humana, valor-fonte do ordenamento jurídico brasileiro e base para a igualdade material voltada aos grupos vulnerabilizados. Em suma: o reconhecimento das diferenças em prol da implementação da isonomia e da democracia real.

Afinal, democracia envolve pluralismo e diversidade. O Judiciário, como guardião da democracia, deve espelhar a pluralidade do corpo social, sem discriminação e regido pela igualdade e pela solidariedade.

A conformação atual do Poder Judiciário no Brasil é um produto histórico da sociedade. A eficácia do direito, tão propalada e almejada, perpassa sobretudo pela construção de formas de erradicação da desigualdade de gênero e da impregnada discriminação que ainda se encontra em diversos âmbitos da sociedade brasileira de matriz patriarcal<sup>39</sup>. Em alguns casos, a presença feminina pode trazer diferença em julgamentos em que haja a necessidade de um olhar plural e não marcado pelo patriarcalismo que permeia a sociedade brasileira e, por consequência, os julgamentos, com as pré-compreensões.

Não necessariamente o diferencial estará nas características historicamente associadas ao feminino, como um julgamento mais acolhedor, mais humanizado e mais sensível. Não é disso que se trata. Inexiste um imperativo de visão, por assim dizer, maternal. Trata-se, em verdade, de mais representatividade e de pluralidade técnica também. Novos pontos de vista, novas trajetórias, novas perspectivas que, desse modo, influenciam a formação da decisão de forma não uniforme. A representatividade significa riqueza a transparecer na complexidade dos debates que devem envolver todos os setores que compõem a sociedade brasileira e, portanto, não só o masculino.

38 Afinal, “Em uma sociedade racista como a brasileira, as expectativas sexistas não são igualmente distribuídas. As representações atribuídas às mulheres variam entre negras e brancas, conforme seu tom de pele, em relação à sua capacidade produtiva, disponibilidade para relações afetivas e sexuais ou mesmo maior ou menor adesão aos estereótipos associados ao feminino”. MELLO, Janine; MARQUES, Danusa. **Elementos para uma tipologia da atuação estatal**: visões do Estado sobre as mulheres e políticas públicas nos Brasil. Texto para discussão. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2019. p. 9.

39 Para uma abordagem do patriarcalismo na história do constitucionalismo, vide GARAY MONTAÑEZ, Nilda. Procesos constituyentes en América Latina y las Mujeres. Otras subjetividades, otra Constitución. **Revista General de Derecho Constitucional**, 28, 2018. p. 4-10.

### 3.2 A PARTICIPAÇÃO FEMININA NA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

A situação descrita não é exclusividade brasileira. De acordo com estudos de organismos da União Europeia, a participação feminina nas profissões jurídicas diminui com o aumento da hierarquia dos cargos.

A Comissão dos Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu efetuou mapeamento da representatividade de mulheres e homens nas profissões jurídicas nos Estados-membros da União Europeia (UE). Em que pese a diversidade de sistemas, que abrangem instituições de *civil e common law*, alguns traços gerais da situação de gênero puderam ser descritos.

O estudo menciona que, após longo período de predomínio masculino nas profissões jurídicas na Europa, a partir do início do século XX, a maioria dos países concedeu acesso às mulheres nessa área. Destaca-se que, em Portugal – antiga metrópole do Brasil colonial – a primeira advogada foi aceita em 1918, já a primeira juíza foi admitida apenas após o término do regime de Salazar, em 1974. Entretanto, embora tenha havido avanços, ainda persistem no continente europeu consideráveis desequilíbrios de gênero<sup>40</sup>.

Um dado ressaltado é o descompasso de gênero entre os funcionários de tribunais que não são juízes, abrangendo equipes técnicas, administrativas e de assessoria. De acordo com pesquisa realizada em 2014, a cada três mulheres, um homem laborava nessas funções<sup>41</sup>.

Outra tendência flagrante, destacada pelo mapeamento, é a diminuição da proporção da participação feminina nos níveis mais elevados das profissões jurídicas, incluindo planos superiores dos tribunais, cuja distribuição média consiste em dois terços para o sexo masculino e um terço para o feminino<sup>42</sup>.

Nesse tocante, convém observar o banco de dados estatísticos do Instituto Europeu para a Igualdade de Gênero, agência da União Europeia, que monitora a representatividade nos Estados participantes da UE. No ano de 2003, as mulheres representavam 19% dos membros e presidentes das Supremas Cortes. Já no ano de 2020, a participação feminina nos mesmos cargos passou para 41%<sup>43</sup>.

Novamente, observando a realidade de Portugal, em 2010, sua Suprema Corte era composta por 96% de homens, tendo evoluído para 69% de membros do sexo masculino em 2020<sup>44</sup>.

40. UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions Across the EU**: study for the juri comitee of the european parliament. Bruxelas, 2017. pp. 12 e 19. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL\\_STU\(2017\)596804\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL_STU(2017)596804_EN.pdf). Acesso em: 08 dez. 2020.

41. UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions Across the EU**: study for the juri comitee of the european parliament. Bruxelas, 2017. pp. 12 e 19. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL\\_STU\(2017\)596804\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL_STU(2017)596804_EN.pdf). Acesso em: 08 dez. 2020. p. 54-55.

42. UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions Across the EU**: study for the juri comitee of the european parliament. Bruxelas, 2017. pp. 12 e 19. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL\\_STU\(2017\)596804\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL_STU(2017)596804_EN.pdf). Acesso em: 08 dez. 2020. p. 12.

43. UNIÃO EUROPEIA. Instituto Europeu para a Igualdade de Género. **Gender Statistics Database. Supreme courts: presidents and members**. Luxemburgo, 2018. Disponível em: [https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/indicador/wmidm\\_jud\\_natrcr\\_\\_wmid\\_natrcr\\_supcrt](https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/indicador/wmidm_jud_natrcr__wmid_natrcr_supcrt). Acesso em: 09 dez. 2020.

44. UNIÃO EUROPEIA. Instituto Europeu para a Igualdade de Género. **Gender Statistics Database. Supreme courts: presidents and members**. Luxemburgo, 2018. Disponível em: [https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/indicador/wmidm\\_jud\\_natrcr\\_\\_wmid\\_natrcr\\_supcrt](https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/indicador/wmidm_jud_natrcr__wmid_natrcr_supcrt). Acesso em: 09 dez. 2020.



Partindo desse prisma da observação, referente à diminuição da participação das mulheres nas carreiras jurídicas à medida em que diminuem o número de cargos disponíveis e se elevam as remunerações e graduações, para fins desse estudo, faz-se o recorte para a Advocacia-Geral da União, como exemplo de instituição jurídica brasileira de abrangência nacional, com diversidade de matérias e amplitude de postos de trabalho.

Seguindo o assentado pelo art. 131 da [Constituição de 1988](#), a [Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993](#)<sup>45</sup>, dispôs sobre a organização e funcionamento da Advocacia-Geral da União. E, desde sua organização, em 1993, somente uma mulher foi titular do cargo de Advogado-Geral da União, a Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça, no período de setembro de 2016 a dezembro de 2018.

Observa-se que há a sub-representação feminina nas esferas mais elevadas da advocacia pública federal. Para melhor ilustrar a dimensão da questão, passa-se a um breve relato do cenário de gênero dentro da AGU.

De acordo com dados estatísticos internos, encontram-se em exercício nos órgãos da AGU cerca de 5400 integrantes das carreiras de Advogado da União e de Procurador Federal<sup>46</sup>, perfazendo um total de 40,7% de mulheres<sup>47</sup>.

Avaliando apenas os detentores de cargos ou funções de confiança, verifica-se a distribuição na proporção de 29,3% do sexo feminino e de 70,7% do sexo masculino<sup>48</sup>.

Passando a um filtro mais detalhado e debruçado sobre a representatividade nos cargos de liderança da instituição<sup>49</sup>, em seus variados órgãos de consultoria, contencioso e direção, identifica-se seu preenchimento por 19,3% de mulheres<sup>50</sup>.



\*Ver Nota 46

45 BRASIL. Lei Complementar n° 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Brasília, 11 fev. 1993.

46 Os dados da Secretaria-Geral de Administração da AGU não abrangem as carreiras jurídicas de Procurador da Fazenda Nacional e Procurador do Banco Central.

47 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Secretaria-Geral de Administração. Diretoria de Gestão de Pessoas e Desenvolvimento Institucional. **Painel Força de Trabalho**. Fonte: Sistema AGUPessoas. Base: 12/12/2020. Disponível na Rede Interna da AGU: <https://agudf.sharepoint.com/>

48 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Secretaria-Geral de Administração. Diretoria de Gestão de Pessoas e Desenvolvimento Institucional. **Painel Funções e Gratificações Ocupadas**. Fonte: Sistema AGUPessoas. Base: 12/12/2020. Disponível na Rede Interna da AGU: <https://agudf.sharepoint.com/>

49 Chefes dos Órgãos de Direção Superior da AGU e das Procuradorias e Consultorias nas capitais dos estados. Total de 88 lideranças (28 PGU, 27 PGF, 27 CGU, 1 CGAU, 1 EAGU, 1 GABAGU, 1 SGA, 1 SGCS, 1 SGCT).

50 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Secretaria-Geral de Administração. Diretoria de Gestão de Pessoas e Desenvolvimento Institucional. **Painel Força de Trabalho**. Fonte: Sistema AGUPessoas. Base: 12/12/2020. Disponível na Rede Interna da AGU: <https://agudf.sharepoint.com/>

Constata-se que a proporção do total da AGU sem a assunção de cargos de comando, de 40,7% de mulheres, não se afasta muito do padrão dos formados no curso superior em Direito nos últimos anos, cujos dados de 2014 apontam que 46% dos estudantes que concluíram a graduação eram do sexo feminino<sup>51</sup>.

Por outro lado, percebe-se que a ascensão a cargos de chefia aproxima-se do modelo identificado no Poder Judiciário brasileiro e no mapeamento europeu, em que há a diminuição da participação feminina nos postos de trabalho mais elevados da instituição.

O mapeamento realizado pelo Parlamento Europeu aponta para alguns fatores que contribuem para o desequilíbrio de representatividade nas profissões jurídicas. O primeiro deles seria a persistência de estereótipos de gênero, ainda que implícitos, em processos de recrutamento, nomeação e promoção, o que poderia ser mitigado pelo estabelecimento de processos imparciais, transparentes e abrangentes<sup>52</sup>.

Outra barreira identificada é a dificuldade em conciliar responsabilidades profissionais e não laborais, o que é exacerbado nos cargos de chefia pela cultura de participação em horários não familiares e de disponibilidade por longas horas<sup>53</sup>.

Nesse ponto, registra-se que a cada dia vem se ampliando o padrão de ausência de separação das esferas laborais e particulares, pois atualmente edifícios de trabalho e salas de estar estão misturados, tornando-se possível haver trabalho em qualquer lugar e a qualquer hora<sup>54</sup>. Tal fato pode dissuadir ainda mais as mulheres nesse meio.

Além disso, a localização geográfica de postos de liderança da profissão, associada à dificuldade de conciliação com a vida privada, é outro fator de distanciamento das mulheres dos cargos de chefia no meio jurídico. Assim como a escassez de redes de mentoria e apoio<sup>55</sup>.

#### **4 A IMPRESCINDÍVEL TRANSFORMAÇÃO INSTITUCIONAL RUMO À MÁXIMA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO: IGUALDADE MATERIAL E SOLIDARIEDADE**

Não se pretendeu esgotar a temática com este trabalho, mas, sim, lançar um primeiro olhar provocativo de reflexão acerca da situação da representação feminina nas carreiras jurídicas referenciadas.

51 Dados do Censo do IBGE de 2010 apresentados em CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Exame de ordem em números**. vol. 2. Brasília: FGV Projetos, 2014. p. 61. Disponível em: <https://examedeordem.oab.org.br/pdf/exame-de-ordem-em-numeros-II.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2020.

52 UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions Across the EU**: study for the juri comitee of the european parliament. Bruxelas, 2017. p. 13 e 34. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL\\_STU\(2017\)596804\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL_STU(2017)596804_EN.pdf). Acesso em: 08 dez. 2020.

53 UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions Across the EU**: study for the juri comitee of the european parliament. Bruxelas, 2017. p. 13 e 34. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL\\_STU\(2017\)596804\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL_STU(2017)596804_EN.pdf). Acesso em: 08 dez. 2020. p. 86.

54 HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Petrópolis: Editora Vozes. Edição do Kindle. p. 69-70.

55 UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions Across the EU**: study for the juri comitee of the european parliament. Bruxelas, 2017. p. 86.

O tema abrange mais do que direitos individuais – das mulheres em si. Envolve, em realidade, o direito coletivo de representatividade, de pluralidade, em suma, de democracia real. Insta efetivar uma modificação sociocultural da sociedade, para que se transforme em livre e igual, é dizer, democrática.

Como preleciona Nancy Fraser, a sociedade globalizada assiste a heterogêneas lutas, presentes em um contexto de ressurgimento da política de *estatuto* e de declínio da política de *classe*<sup>56</sup>. A autora parte da concepção de igualdade de gênero sob a perspectiva multidimensional, de redistribuição e de reconhecimento. Faz, ainda, alusão a uma nova gramática de reivindicação política aportada pela globalização, que deslocou o centro de gravidade da redistribuição para o reconhecimento. E conclui:

A meu ver, as perspectivas são ambivalentes. Por um lado, a viragem para o reconhecimento representa um alargamento da contestação política e um novo entendimento da justiça social. Já não restrita ao eixo da classe, a contestação abarca agora outros eixos de subordinação, incluindo a diferença sexual, a “raça”, a etnicidade, a sexualidade, a religião e a nacionalidade. Isto constitui um claro avanço relativamente aos restritivos paradigmas fordistas que marginalizavam tal contestação. Para além disso, a justiça social já não se cinge só a questões de distribuição, abrangendo agora também questões de representação, identidade e diferença. Também neste aspecto constitui um avanço positivo relativamente aos redutores paradigmas economicistas que tinham dificuldade em conceptualizar males cuja origem reside, não na economia política, mas nas hierarquias institucionalizadas de valor<sup>57</sup>.

Com base na premissa multidimensional da igualdade, constatam-se, no Poder Judiciário e na Advocacia-Geral da União, deficiências de redistribuição e de reconhecimento. No que atine à redistribuição, por um lado, o concurso público permite a democratização do acesso, mas, por outro, como visto, ainda há necessidade de melhor organização do trabalho de forma paritária nos diferentes graus de jurisdição e mormente nos Tribunais Superiores, em relação à atuação tanto de magistradas quanto de advogadas públicas federais.

Disso deriva a fraqueza do reconhecimento, uma vez que as instituições permanecem sob o domínio cultural androcêntrico, sob a influência patriarcal. Insta promover uma transformação e, para tanto, “necessitamos de uma concepção não identitária que desencoraje a reificação e promova a interação entre as diferenças, o que significa rejeitar as definições habituais de reconhecimento”<sup>58</sup>. Por fim, Nancy Fraser propugna por um combate à desigualdade de forma bifronte, em ambos os planos, de forma combinada e não excludente, postura com a qual concordamos.

A solidariedade, na dimensão de união, em oposição a uma postura de isolamento<sup>59</sup>, é, nessa linha, fundamental para que o projeto de inclusão e de igualdade seja abarcado também pelos homens. Isso porque, na lição de Bobbio: “é preciso partir da afirmação óbvia de que não se pode instituir um direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir um direito de outras categorias de pessoas”<sup>60</sup>. O modelo solidário e coope-

56 FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], 63, 2002. p. 8.

57 FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], 63, 2002. p. 9.

58 FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], 63, 2002. p. 14.

59 Como propugna Hannah Arendt. Cf. ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 633.

60 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 61.

rativo deve, pois, impor-se como alternativa transformadora em prol da democracia real, insubsistente sem a redução e a eliminação das desigualdades<sup>61</sup>, necessária para colmatar a lacuna insuficiente presença feminina, caracterizadora de um grave erro do constitucionalismo<sup>62</sup>.

Trata-se, portanto, de ação no plano do direito constitucional altruísta, que acarreta a compreensão da situação-problema de outrem e, a um só tempo, impõe conferir-lhe a condição de *sujeito* ativo capaz de compreender a complexidade dos problemas de igualdade e valer-se de métodos e teorias constitucionais para a sua solução<sup>63</sup>. Já como *destinatário*, a assunção de protagonismo feminino envolve, na mesma linha, a adoção de normas e de medidas administrativas sempre à luz do teste de proporcionalidade<sup>64</sup>. Isso porque liberdade de algum modo já conquistada resvala, desde a perspectiva da igualdade, na *responsabilidade para com os outros*, que “é parte integrante da própria definição de liberdade, pelo fato de que não existe ação humana que não seja contemporaneamente um ‘responder’ a si mesmos, aos outros e à lei”<sup>65</sup>.

A transformação do perfil da representatividade feminina nas carreiras analisadas ocorrerá como fruto do reconhecimento recíproco e da igualdade de estatuto<sup>66</sup>, de modo a conferir maior efetividade à **Constituição Federal** no tempo presente – o tempo da transformação<sup>67</sup>. A abordagem inclusiva e igualitária há de ser adotada por pessoas de todos os gêneros, como ressalta Angela Davis<sup>68</sup>. Afinal, à sociedade democrática interessa o enriquecimento encetado pela pluralidade em todos os graus.

Esses apontamentos despertam um olhar mais cuidadoso sobre a necessidade de construção de uma cultura que estabeleça o balanceamento da representatividade entre homens e mulheres, sobretudo para a garantia da igualdade de oportunidades e justiça, da legitimidade democrática, além das contribuições específicas que podem ser equilibradas com a ampliação da visão feminina<sup>69</sup>.

## REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. **Constitution of the Republic of South Africa, 1996**. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996-chapter-8-courts-and-administration-justice>. Acesso em: 12 dez. 2020.

ARENDT, Hannah. **Liberdade para ser livre**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

61 Sobre a necessidade de alcançar uma sociedade democrática avançada, vide SAMPERE, Eva Marínez. Ciudadanía Democrática, voluntad política y Estado social. In: **Igualdad y democracia**: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la Profesora Julia Sevilla Merino. Valencia: Corts Valencianes, p. 447-450.

62 GARAY MONTAÑEZ, Nilda. Constitucionalismo Feminista: evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo oficial. In: **Igualdad y democracia**: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la Profesora Julia Sevilla Merino. Valencia: Corts Valencianes, p. 271.

63 CARDUCCI, Michele. **Por um Direito Constitucional Altruísta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 11.

64 Para uma pormenorização dos passos para a aferição da proporcionalidade e também para uma exemplificação jurisprudencial de sua aplicação, vide JACKSON, Vicki C. Proportionality and Equality. In: JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 175-181.

65 CARDUCCI, Michele. **Por um Direito Constitucional Altruísta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 51.

66 FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [Online], 63, 2002, p. 15.

67 CARDUCCI, Michele. **Por um Direito Constitucional Altruísta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 68.

68 DAVIS, Angela. **A liberdade é uma luta constante**. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 55.

69 UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions Across the EU**: study for the juri comitee of the european parliament. Bruxelas, 2017, p. 13.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2019. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 255 de 04/09/2018**. Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. DJE/ CNJ nº 167/2018, de 05/09/2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2670>. Acesso em: 14 nov. 2021.
- BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 30 nov. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 2 dez. 2020.
- BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de Março de 1824)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 26 nov. 2020.
- BRASIL. **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890**. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm). Acesso em: 30 nov. 2020.
- CARDUCCI, Michele. **Por um Direito Constitucional Altruísta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- CONNEL, Rawyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero: uma perspectiva global**. São Paulo: InVerso, 2015.
- CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Exame de ordem em números**. vol. 2. Brasília: FGV Projetos, 2014. p. 61. Disponível em: <https://examedeordem.oab.org.br/pdf/exame-de-ordem-em-numeros-II.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2020.
- COSTA, Emília Viotti da. **Brasil: história, textos e contextos**. São Paulo: Editora Unesp, 2015.
- COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo: Editora UNESP, 2006.
- DIXON, Rosalind. Female Justices, Feminism, and the Politics of Judicial Appointment: A Re-Examination. **Yale Journal of Law and Feminism**, vol. 21, n. 297, 2010.
- FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. **Revista Crítica de Ciências Sociais [Online]**, 63, 2002.
- FRASER, Nancy. Feminism, Capitalism, and the Cunning of History: An Introduction. **Hal archives-ouvertes**, nº17, august 2012, p. 5. Disponível em: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00725055>. Acesso em: 2 dez. 2020.
- GARAY MONTAÑEZ, Nilda. Alcances de la discriminación racial o étnica y su vinculación histórica con la discriminación por sexo. **Feminismo/s**, 12, diciembre 2008.
- GARAY MONTAÑEZ, Nilda. Igualdad y perspectiva de género: a propósito del bicentenario de la Constitución de 1812. **Pensamiento Constitucional**, nº 17, 2012.
- GARAY MONTAÑEZ, Nilda. Las concepciones no occidentales en el constitucionalismo latinoamericano: acerca de la categoría de poder. **Revista General de Derecho Público Comparado**, n. 27, p. 1-4, 2020.
- GARAY MONTAÑEZ, Nilda. Procesos constituyentes en América Latina y las Mujeres. Otras subjetividades, otra Constitución. **Revista General de Derecho Constitucional**, 28, 2018.
- GARAY MONTAÑEZ, Nilda; FERNÁNDEZ ARRILLAGA, Imaculada. Los desafíos en la enseñanza del constitucionalismo y su historia: La interseccionalidad de raza y género. **Revista de Educación y Derecho**, n. 18, 2018.
- GROSSI, Paolo. La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico. **Quaderni Fiorentini**, v. 32, p. 28, 2003.
- HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Petrópolis: Editora Vozes. Edição do Kindle, [20--?].
- HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Edições Almedina, 2019.
- JACKSON, Vicki C. Proportionality and Equality. In: JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- MELLO, Janine; MARQUES, Danusa. **Elementos para uma tipologia da atuação estatal: visões do Estado sobre as mulheres e políticas públicas nos Brasil**. Texto para discussão. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2019

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Mujeres y Constitucionalismo Transformador en América Latina. *In: Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la Profesora Julia Sevilla Merino*. Valencia: Corts Valencianes, [2018?].

PEGORARO, Lucio; FROSINI, Justin O. Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification? *Journal of Comparative Law*, v. 3, n. 39, 2008.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Volume I: Defesa das Liberdades Civis (1891-1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011

SCHWARZ, Lília Moritz. **O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930**. Companhia das Letras, São Paulo, 1993.

SILVA, Christine Oliveira Peter da; GOMIDE, Carolina Freitas. Constitucionalistas Constituintes: uma agenda para o Brasil. *In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo feminista: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero*. Salvador: Editora JusPodivum, 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Instituto Europeu para a Igualdade de Género. **Gender Statistics Database. Supreme courts: presidents and members**. Luxemburgo, 2018. Disponível em: [https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/indicator/wmidm\\_jud\\_natcrt\\_\\_wmid\\_natcrt\\_supcrt](https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/indicator/wmidm_jud_natcrt__wmid_natcrt_supcrt). Acesso em: 09 dez. 2020

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions Across the EU: study for the juri comitee of the european parliament**. Bruxelas, 2017. pp. 12 e 19. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL\\_STU\(2017\)596804\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL_STU(2017)596804_EN.pdf). Acesso em: 08 dez. 2020.

URTADO, Daniela; PAMPLONA, Danielle Anne. A última Constituinte Brasileira, as bravas mulheres e suas conquistas. *In: SILVA, Christine Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo feminista*. Salvador: Editora JusPodivm, [2020?].

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

# CAPÍTULO 10

## QUANDO O ESTADO DE COISAS É INCONSTITUCIONAL: SOBRE O LUGAR DO PODER JUDICIÁRIO NO PROBLEMA CARCERÁRIO<sup>1</sup>

**Maíra Machado**

“O problema carcerário é puramente de investimento do estado. Deveria o Judiciário simplesmente libertar os presos que representam risco à população para solucionar um problema do Executivo?”  
(Trechos de entrevista de Patrícia Álvares Cruz, Juíza de Direito, Corregedora do Departamento de Inquéritos Policiais, ao jornal Folha de São Paulo em 12.03.2018)

### 1 INTRODUÇÃO

O trecho em epígrafe, entre vários outros da mesma entrevista, coloca diretamente em questão o papel do poder judiciário diante do assim chamado “problema carcerário”.<sup>2</sup> Vocaliza um modo ainda bastante difundido de observar as pessoas privadas de liberdade, ao distinguir “os presos que representam risco” do conjunto da “população”, e o modo como dividimos as tarefas em matéria de penas. Este texto se debruça sobre esse segundo ponto, ainda que, como se verá, esteja de várias formas relacionado a essa clivagem histórica entre um “nós” e um “eles”.

Aqui, esse modo difundido de observar a divisão de tarefas em matéria de penas será denominado “modelo cristalizado de separação de poderes”. De acordo com essa formulação, que tem sido útil para refletir sobre uma série de questões no campo criminal, o que ocorre nas prisões é problema do executivo, a qualidade e a quantidade da pena imposta são problema do legislativo, e ao judiciário cabe ater-se à aplicação da lei para não decidir em função das opiniões pessoais das magistradas e magistrados.

Como se vê na entrevista em epígrafe, mas também em discursos públicos e decisões judiciais sobre diferentes temas, esse modelo cristalizado ainda corresponde ao modo como diversas pessoas que atuam no sistema de justiça criminal compreendem suas atividades profissionais. Nesse modelo cristalizado, muitos atores intervêm, mas nenhum deles se percebe como responsável pelos resultados produzidos coletivamente. A ideia de “separação de poderes” associa-se então a uma enorme engrenagem em que “cada um faz o seu” e se observa como indiferente em relação ao conjunto da obra.

<sup>1</sup> Publicado originalmente na Revista de Investigações Constitucionais, vol. 7, n. 2, maio/agosto 2020, p. 631-664. A pesquisa sobre a qual se apoia este texto foi concluída em 2018. Agradeço imensamente a colaboração da equipe do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV Direito SP, Matheus de Barros, Muriel Aronis, Alexandre Martins, Mariana Zambom, Mariana Limeira, Ana Clara Klink e Mariana Amaral. Um agradecimento especial ao Professor Libardo Ariza e ao *Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes* pelos comentários, debates e convívio durante minha estadia em Bogotá em 2018.

<sup>2</sup> Praticamente todo o conteúdo da entrevista em epígrafe convida à reflexão sobre as percepções de magistradas e magistrados sobre as condutas criminalizáveis e sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal. O presente texto se limita apenas a um deles. Mas diversos outros pontos podem e devem ser escrutinados e confrontados com o estoque de conhecimento disponível no campo do direito e das ciências sociais.

Mas é possível observar também, sobretudo nos últimos anos, o surgimento de fissuras nesse modelo, isto é, o surgimento de outras formas de observar o problema carcerário e o modo como os três poderes, individual e conjuntamente, podem contribuir tanto para agravá-lo quanto para solucioná-lo (ou minimizá-lo).

A [ADPF 347](#), sobre o “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro, constitui um exemplo eloquente dessa fissura.<sup>3</sup> Não pelo resultado tímido do julgamento da medida cautelar, mas sim por três ordens de fatores, que serão discutidas aqui: pela força comunicativa da declaração do estado de coisas inconstitucional de nosso sistema prisional, pelo modo como essa afirmação está reverberando em outros tribunais e, sobretudo, pelo teor dos pedidos formulados pelo autor da ação, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, que direcionam nossa atenção aos mecanismos jurídicos que estão a nossa disposição para enfrentar o problema carcerário.

Também em 2015, poucas semanas antes do julgamento da [ADPF 347](#), o STF deu provimento ao [RE 592.581/RS](#), por unanimidade, com repercussão geral, estabelecendo que o judiciário pode impor obrigações ao executivo, promovendo medidas e executando obras em estabelecimentos prisionais, com vistas a dar efetividade ao princípio da dignidade humana e assegurar às pessoas em privação de liberdade o respeito à sua dignidade física e moral.<sup>4</sup> Essa decisão afasta explicitamente a utilização do argumento da “separação de poderes” que vinha sendo sistematicamente mobilizado pelos tribunais para atribuir a responsabilidade pelo problema carcerário ao poder executivo.

Diante desse quadro, o objetivo do presente texto é realizar uma análise documental de relatórios, decisões judiciais e pesquisas que nos ajude a observar o alcance e as implicações do modelo cristalizado de separação de poderes e das fissuras que estão surgindo. Buscar-se-á explorar um modo de abordar o problema carcerário que focaliza *as interações* entre legislativo, judiciário e executivo em matéria de gestão da pena. Atenta-se aqui aos três poderes, ciente que outras instâncias – a mídia, a própria dogmática, os movimentos sociais – também poderiam beneficiar e ser beneficiados por este de tipo de abordagem. Como em qualquer outra estratégia de pesquisa, não conseguimos observar tudo ao mesmo tempo e, por isso, esse texto elege o judiciário, em suas interações sobretudo com o executivo, como porta de entrada. Esse mesmo tipo de abordagem contaria outras histórias a partir do legislativo ou do executivo.

Na formulação proposta aqui, pensar nessas interações é pensar nas concepções que cada um tem do outro, concepções que pautam, e muitas vezes condicionam, a forma como cada um de nós atua. Ao focalizar as interações e as percepções mútuas, busca-se favorecer uma forma de construção coletiva em que todo mundo perde quando esvazia ou retrai seu campo de atuação, atribuindo aos demais a responsabilidade pelos efei-

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Publicado em: 19 fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 26 mar. 2018. Em diante, ADPF 347.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 592.581/RS**. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 01 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302>. Acesso em: 28 mar. 2018. Em diante, RE 592.581.



tos que, juntos, causamos. Em outras palavras, ao atribuirmos a responsabilidade aos demais poderes lavamos nossas mãos, tornando-nos indiferentes ao resultado global, aos efeitos que são produzidos com a nossa participação (ainda que indiferente). Esse tipo de abordagem nos convida a observar justamente os mecanismos de atribuição de responsabilidade externa e também de isenção de responsabilidade interna diante do problema carcerário.

Para avançar sobre essas questões, esse artigo está dividido em seis partes. Após esta introdução, a seção 2 dedica-se a apresentar o problema carcerário no contexto latino-americano. Como se verá, a situação das prisões brasileiras guarda uma série de semelhanças com inúmeras outras do continente, o que nos convida a levar a sério as possibilidades de intercâmbio e aprendizado com as experiências de outros países. Justamente em virtude disso, a seção 3 sistematiza e compara as decisões das cortes constitucionais colombiana e brasileira que declararam o estado de coisas inconstitucional dos sistemas prisionais desses países. Em seguida, a seção 4 discute os limites da decisão colombiana e o que podemos aprender com ela para refletir sobre o problema carcerário no Brasil. Essa seção debruça-se também sobre o potencial dos pedidos formulados pelos autores da [ADPF 347](#) para promover o desencarceramento e enfrentar, no longo prazo, o problema carcerário. Para não restringir essa análise aos tribunais superiores, a seção 5 busca avançar a reflexão sobre o lugar do poder judiciário em face do problema carcerário focalizando as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo em ações civis públicas. A seção final sintetiza o percurso do texto e aponta questões em aberto para novas pesquisas.

## 2 O PROBLEMA CARCERÁRIO NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

Na Colômbia e no Brasil, como em diversos outros países latino-americanos, a gravidade da situação penitenciária vem sendo sistematicamente denunciada<sup>5</sup>. “*Bombas de tempo* que podem explodir a qualquer momento” – assim Sergio García Ramírez, jurista mexicano e juiz da IACHR, descreve a situação das prisões do continente diante do “maltrato absoluto dos reclusos, da irracionalidade dos castigos que se infligem muros adentro, do despreparo e sevícia dos funcionários [...]”<sup>6</sup>.

E não é de hoje. O historiador peruano Carlos Aguirre, em seu estudo sobre as prisões na América Latina, analisa a recepção do penitenciarismo na primeira metade do século XIX como um “novo padrão de encarceramento” que combinava um desenho arquitetônico com uma “rotina altamente regimentada de trabalho e instrução, um sistema de vigilância permanente sobre os detidos, um tratamento supostamente humanitário e o

5 Sobre a gravidade da situação penitenciária na América Latina, ver CARRANZA, Elías. Cárcel y justicia penal: el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas, y una política integral de seguridad de los habitantes frente el delito. In: CARRANZA, Elías (coord.). *Criminalidad, cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe*. México: Siglo XXI Editores, 2009. p. 53-126. César Leal refere-se a um “quadro tenebroso” que se encontra “[v]isível em quase toda América Latina e no Caribe” e “tem sido objeto de denúncias feitas por organismos internacionais de defesa dos direitos humanos e por notáveis penitenciaristas”. Cf. LEAL, César Barros. *Execução penal na América Latina à luz dos direitos humanos*: viagem pelos caminhos da dor. Curitiba: Juruá, 2009. p. 100.

6 CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Tibi vs. Equador*. Sentença de 7 de setembro de 2004, voto de Sergio García Ramírez, p. 17. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf). Acesso em: 27 mar. 2018.

ensino da religião aos presos”<sup>7</sup>. No decorrer desse período, foram construídas penitenciárias no Rio de Janeiro, Santiago do Chile, Lima, Quito e Buenos Aires, fortemente inspiradas em modelos provenientes dos Estados Unidos da América. Isoladas nas grandes capitais do continente, a construção de penitenciárias “não foi seguida pela implementação de mudanças similares no resto do sistema carcerário de cada país”<sup>8</sup>. A pesquisa de Aguirre revela que a reforma penitenciarista fracassou no continente latino-americano tanto por “impedimentos administrativos e gerenciais” quanto pela própria “estrutura sócio-política destas nações”: “[a]s sociedades latino-americanas pós-independência foram, em graus diversos, configuradas por estruturas hierárquicas excludentes, racistas e autoritárias que, por trás da fachada de liberalismo e democracia formal, mantiveram formas opressivas de dominação social e controle laboral que incluíam a escravidão, a peonagem e a servidão. Direitos fundamentais de cidadania foram negados a amplos setores da população”. E, nesse contexto, “o castigo era visto, geralmente, como um privilégio e um dever em mãos dos grupos dominantes dentro de seus esforços por controlar os grupos turbulentos, degenerados, racialmente inferiores, incapazes de civilizar-se e que, portanto, não mereciam a proteção de seus direitos civis e legais.”<sup>9</sup>

Não há razões para acreditar que esse quadro se alterou desde então. Nas últimas décadas foi, ademais, fortemente agravado pelo crescimento vertiginoso da população prisional em todo continente<sup>10</sup>. Entre 2000 e 2015, registra-se um crescimento de 80% na população prisional da América Central e de 145% nos países da América do Sul<sup>11</sup>. Os dados referentes à densidade penitenciária – relação entre o número de vagas e de pessoas presas – são igualmente alarmantes para toda a região, com a maioria dos países apresentando “superpopulação crítica”, isto é, com densidades iguais ou superiores a 120%<sup>12</sup>. Em relatório publicado em 2011 sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas américas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, considerando o respeito pelos direitos dos presos um dos maiores desafios para os Estados membros da OEA, documenta no relatório “*the existence of serious structural shortcomings that gravely affect non-derogable human rights, such as the right to life and to humane treatment [...]*”<sup>13</sup>.

7 AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina: 1800-1940. In: MAIA, Clarissa; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz (org.). **História das prisões no Brasil**: volume 1. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 40.

8 AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina: 1800-1940. In: MAIA, Clarissa; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz (org.). **História das prisões no Brasil**: volume 1. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 42.

9 AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina: 1800-1940. In: MAIA, Clarissa; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz (org.). **História das prisões no Brasil**: volume 1. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 71.

10 Uma exposição explicativa, consistente e profunda sobre o problema do encarceramento em massa demandaria um trabalho que se dedicasse especificamente sobre o tema. Este texto, embora tenha íntima relação com o superencarceramento, não se propõe a fornecer tal exposição. Sobre o tema, conferir: SINHORETTO, Jacqueline; SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. O encarceramento em massa em São Paulo. **Tempo soc.**, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 83-106, jun. 2013; SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Futuro pretérito da prisão e a razão cínica do grande encarceramento: três momentos de emergência de discursos, expectativas e experiências acumuladas em torno do conceito de prisão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 131, p. 145-185, maio 2017. Ver também os dados oficiais sobre a população carcerária brasileira: BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: junho/2017. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

11 No mesmo período, os países europeus viveram um decréscimo de 21%. Vide WALMSLEY, Roy. *World Prison Population List*. 11 ed. [s.l.]: Institute for Criminal Policy Research, 2015. Disponível em: [http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world\\_prison\\_population\\_list\\_11th\\_edition\\_0.pdf](http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf). Acesso em: 27 mar. 2018.

12 Os dados de densidade penitenciária compilados por Carranza referem-se ao ano de 2007. CARRANZA, Elías. Cárcel y justicia penal: el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas, y una política integral de seguridad de los habitantes frente el delito. In: CARRANZA, Elías (coord.). **Criminalidad, cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe**. México: Siglo XXI Editores, 2009. p. 63.

13 INTER-AMERICAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. **Report on the Human Rights of Persons Deprived of Liberty in the Americas**. 2011, p. 2. Disponível em <http://www.oas.org/en/iachr/pdl/docs/pdf/ppl2011eng.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

Para vários autores, o sistema prisional que construímos ao longo dos últimos dois séculos ilustra exemplarmente o abismo entre, de um lado, as práticas políticas e institucionais e, de outro, a profusão de normas internacionais, constitucionais, leis, “regras mínimas”, “princípios básicos”, decretos e regulamentos. Explorando este abismo entre o conjunto normativo e o cotidiano dos cárceres na América Latina, Uprimny e Guzmán referem-se à existência de uma “*tensión o paradoja: si bien hemos avanzado considerablemente al lograr un marco jurídico que ofrece garantías constitucionales a las personas privadas de la libertad, persiste una precariedad gravísima en el goce efectivo de los derechos fundamentales de la población reclusa del país*”<sup>14</sup>.

A questão que surge então é: no contexto prisional latino-americano, como dar concretude a essas garantias fundamentais? Qual o grau de barbárie exigido para incidir a proibição de uma pena cruel? Quais precisam ser as condições de vida em prisão para se reconhecer a agressão à integridade física e moral das pessoas em privação de liberdade?

Refletindo sobre o “conjunto de dispositivos constitucionais [que] procura amenizar o impacto da prisão nos direitos fundamentais do acusado”, Dimoulis indica que essas normas desenvolvem efeitos em três direções: “impõem ao legislador a criação de normas concretizadoras”, “endereço mandamentos diretos aos órgãos estatais que atuam nos casos de prisão” e permitem a verificação da “constitucionalidade de normas legais sobre o tratamento dos presos”. De acordo com Dimoulis, o conjunto de normas estabelecendo proibições – de penas cruéis, de agressões à integridade física, maus-tratos etc. – gera ao menos três tipos de efeitos: impõem ao legislador a criação de normas concretizadoras, permitem o controle de constitucionalidade da produção legislativa e, dirigidas diretamente aos órgãos estatais que atuam no campo prisional, podem gerar múltiplas formas de responsabilização dos agentes implicados<sup>15</sup>. Nos dois últimos casos, a concretização das normas depende diretamente da atuação dos órgãos jurisdicionais.

O “estado de coisas inconstitucional” vem acrescentar a esse rol uma quarta possibilidade de impulsionar a concretização das normas que garantem os direitos fundamentais dos acusados e das pessoas em privação de liberdade. Não se trata aqui de questionar a constitucionalidade de leis ou de responsabilizar agentes públicos pelo descumprimento sistemático de um conjunto de normas, mas sim reconhecer a gravidade e a amplitude das violações de direitos, a responsabilidade partilhada por vários entes estatais e a necessidade de implementação de estratégias complexas, de curto, médio e longo prazo, para cessar essas violações. Às experiências colombiana e brasileira que buscam dar concretude a esse instituto dedica-se a próxima seção.

14 YEPES, Rodrigo Uprimny. GUZMÁN, Diana Esther. Las Cárceles en Colombia: entre una Jurisprudencia Avanzada y un Estado de Cosas Inconstitucionales. In: SEGURA, Juan David Posada (coord.). III Simposio Internacional Penitenciario y de Derechos Humanos. Medellín: Universidad de San Buena Ventura, 2010. p. 145-164. No mesmo sentido, “[...] sabemos que no todo el derecho coincide con la realidad, y la realidad penitenciaria suele ser el ejemplo más grave de esa discrepancia”. Cf. CARRANZA, Elías. Cárcel y justicia penal: el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas, y una política integral de seguridad de los habitantes frente el delito. In CARRANZA, Elías (coord.). *Criminalidad, cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe*. México: Siglo XXI Editores, 2009. p. 61. Ver, ainda, Leal ao discorrer sobre o “divórcio entre as normas e a realidade” no campo prisional: LEAL, César Barros. Execução penal na América Latina à luz dos direitos humanos: viagem pelos caminhos da dor. Curitiba: Juruá, 2009. p. 117.

15 DIMOULIS, Dimitri. *Direito penal constitucional: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 52-54.

### 3 AS DECISÕES NA COLÔMBIA E NO BRASIL

O “estado de coisas inconstitucional” constitui uma figura desenvolvida pela Suprema Corte Colombiana em 1997 (SU-559)<sup>16</sup> que vem sendo utilizada nos casos de violações de direitos fundamentais que compartilham três características: (i) são “o resultado de uma causa estrutural ou histórica” que (ii) “não pode ser atribuída a um único ente mas ao Estado em seu conjunto” e que (iii) “exige a adoção de medidas de longo prazo”<sup>17</sup>. Desde então, diversas violações sistemáticas de direitos fundamentais foram analisadas pela Corte Colombiana à luz do “estado de coisas inconstitucional”, permitindo que a Corte ampliasse e sofisticasse seu âmbito de atuação nesses casos<sup>18</sup>. Percebida como “um dos aportes fundamentais do constitucionalismo colombiano à jurisprudência e à discussão internacional sobre a proteção dos direitos humanos”<sup>19</sup>, a figura do “estado de coisas inconstitucional” vem sendo intensamente debatida no Brasil.<sup>20</sup>

Diante dos objetivos desse texto, essa seção buscará apresentar e comparar alguns aspectos das decisões proferidas pela Suprema Corte Colombiana e pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro<sup>21</sup>. Em que pesem as notáveis diferenças entre as duas decisões, ambas coincidem em declarar o “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional e a dirigir as intervenções para alteração deste quadro tão somente para o sistema político, em particular, para o poder executivo. Especialmente no caso brasileiro, os pedidos dos subscritores da ação que buscavam enfrentar a cultura do encarceramento no interior do sistema de direito criminal, foram negados. O mesmo ocorreu em nova decisão da Suprema Corte Colombiana em que a ação buscava também medidas de desencarceramento.

16 COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia 559/97**. Bogotá, 6.11.1997. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

17 ARIZA, Libardo José. La prisión ideal: intervención judicial y reforma del sistema penitenciario en Colombia. In: BONILLA, Daniel; ITURRALDE, Manuel (ed.). **Hacia un nuevo derecho constitucional**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2005. p. 283-328. A caracterização dessa figura aparece em termos um pouco distintos em Garavito: “afetam um número amplo de pessoas”, “envolvem várias entidades estatais consideradas responsáveis por falhas sistemáticas de políticas públicas” e “implicam ordens de execução complexas, mediante as quais o juiz instrui várias entidades públicas a empreender ações coordenadas para proteger toda a população afetada”. GARAVITO, César Rodríguez. Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional**. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009. p. 434-493.

18 Páez sustenta que a ideia do ECI é mais um produto do neoconstitucionalismo. Ademais, ele sugere uma definição funcional do ECI no contexto judicial colombiano: “La doctrina del ECI se instituyó como una solución que adopta el juez constitucional ante la constatación de que las causas de una desprotección generalizada de derechos fundamentales obedece a causas estructurales del Estado, frente a lo cual dicta órdenes a las autoridades administrativas tendientes a dar remedio a la situación inconstitucional y que obedecerán al entendimiento que el tribunal tenga sobre las fallidas o inexistentes políticas públicas que debería aplicarse para garantizar los derechos fundamentales violados.” Cf. PÁEZ, Nicolás Augusto Romero. La doctrina del estado de cosas inconstitucional en Colombia: novedades del neoconstitucionalismo y “la inconstitucionalidad de la realidad”. *Derecho Público Iberoamericano*, Santiago, n. 1, p. 243-264, out. 2012. p. 243-244.

19 GARAVITO, César Rodríguez. Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional**. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009. p. 435.

20 Para José Rodrigo Rodríguez, o “estado de coisas surreal de nossas prisões, aliás, é típico das sociedades latino-americanas, em especial da brasileira”, sendo que a decisão cautelar do STF foi uma “bem-vinda inovação na maneira pela qual os poderes do Estado se relacionam entre si”. Cf. RODRIGUEZ, José Rodrigo. Estado de Coisas Surreal. **JOTA**, 25 de setembro de 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opinionio-e-analise/artigos/estado-de-coisas-surreal-25092015>. Acesso em: 27 mar. 2018.

Trata-se de uma resposta contundente ao artigo de Raffaele De Giorgio, José Eduardo Faria e Celso Campilongo, que discorre sobre os riscos da ideia de “estado de coisas inconstitucional”. Cf. DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. *Estadão*, 19 de setembro de 2015. Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em: 27 mar. 2018.

Ver, ainda, LAGE, Daniel; BRUGGER, Andrey. Estado de coisas inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 193-240, jul./dez. 2017.

21 A comparação entre as duas experiências é abordada em detalhe, porém com outro enfoque, em SANTOS, Helena; Vieira, José; DAMASCENO, Luana e CHAGAS, Tainá. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 2595-2612, 2015.

As diferenças entre as decisões dos dois países são de várias ordens<sup>22</sup>. Em primeiro lugar, a decisão colombiana (T-153/1998)<sup>23</sup> já pode ser observada a partir do que pode alcançar: há documentos governamentais relatando as “ações de cumprimento da sentença”, bem como debates e estudos acadêmicos sobre seu significado, seu aporte e seus limites. No Brasil, diferentemente, apenas a medida cautelar da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 347/2015)<sup>24</sup> foi julgada e, até a conclusão desse texto, o mérito da ação ainda não havia sido submetido a julgamento. Em virtude disso, esse texto atem-se a observar o modo como as Cortes Constitucionais receberam a questão da violação sistemática dos direitos dos presos e sobre o que decidiram intervir (ainda que cautelarmente, no caso brasileiro). No caso colombiano, a permanência do “estado de coisas inconstitucional”, apesar do cumprimento de grande parte das ordens impostas pela sentença, ensejou novas ações, julgadas pela Suprema Corte em 2013 e 2015, em relação as quais conta-se ainda com escasso material de análise<sup>25</sup>.

As decisões das Supremas Cortes Colombiana e Brasileira, em 1998 e em 2015, reconhecem o “estado de coisas inconstitucional” dos respectivos sistemas penitenciários. Apoiam-se em relatórios, documentos, dados sobre a relação entre número de presos e vagas, bem como em inspeções realizadas por autoridades públicas. As decisões ilustram o que adjetivam como “absolutamente subumanas”, “uma vergonha para o Estado”, “situações infernais de superlotação”<sup>26</sup> e, ainda, “situação vexaminosa” e “assustadora”<sup>27</sup> com descrições sobre as formas de violação dos direitos dos presos. A decisão colombiana menciona prisões em que as pessoas dormem no chão, inclusive nos banheiros; celas construídas para abrigar uma pessoa e que contavam com 3 a 6 pessoas, a depender do pavilhão; celas de madeira e papelão, construídas pelas próprias pessoas em privação de liberdade, em que mal se pode respirar diante do sufocante calor. A decisão brasileira agrega a esta narrativa a ausência de “condições adequadas para a existência humana”: celas imundas, sem iluminação e ventilação, áreas de banho e sol com esgotos abertos, ausência de acesso a água, lugares em que a comida é servida em sacos plásticos, além da ausência de fornecimento de material de higiene básica. Sem acesso à educação, trabalho ou qualquer forma de ocupação, “convivem com as barbáries promovidas contra si”: “massacres, ho-

22 Sobre o contexto colombiano, conferir: GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social**: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010.

23 COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela n. 153/98**. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998. Disponível em: <https://app.vlex.com/#vid/43561621>. Acesso em: 27 mar. 2018. Esta decisão será indicada, em diante, como T-153.

24 De acordo com Soares, esta ADPF teve como embrião científico a Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e, em especial, a tese de doutorado de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, sob orientação de Daniel Sarmento, “Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional”. “Assim, sedimentada a mencionada tese, a citada Clínica sustentou a existência de violações sistemáticas dos direitos humanos da população carcerária brasileira, vez que visualizou, diante da jurisprudência colombiana, a possível aplicabilidade do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no ordenamento jurídico nacional [...] a atuação do PSOL na propositura da ADPF 347 se deu em decorrência da falta de legitimidade jurídica da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) para ajuizá-la”. SOARES, Renata Araújo. **O Estado de coisas inconstitucional e a calamidade do sistema penitenciário**: diretrizes constitucionais para uma política transversal de segurança pública. 152 pp. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito: Universidade Federal do Rio Grande do Norte. 2018. Disponível em: [https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/26696/1/Estadocoisasinconstitucional\\_Soares\\_2018.pdf](https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/26696/1/Estadocoisasinconstitucional_Soares_2018.pdf). Acesso em: 07 jul. 2020.

25 Agradeço ao Professor Libardo José Ariza por chamar minha atenção para estas ações, facilitar acesso aos materiais disponíveis e fornecer esclarecimentos essenciais à compreensão sobre as duas novas sentenças. Por prudência, não me atrevo a analisar diretamente as decisões colombianas, apoio-me, nesse texto, nas reflexões produzidas pelo Professor Ariza e outros juristas colombianos que se debruçaram, em especial, sobre a sentença de 1998.

26 COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela n. 153/98**. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998. p. 37.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 fev. 2016, p. 22 e 26. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 26 mar. 2018.

micídios, violências sexuais, decapitação, estripação e esquartejamento”, e “tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha”. Descreve também as violações específicas aos direitos das pessoas trans, a ausência de separação das pessoas por idade, tipo de delito e natureza da prisão (cautelares ou definitiva), bem como o número insuficiente e o despreparo dos agentes penitenciários<sup>28</sup>. Como a Corte Colombiana, conclui que o “quadro não é exclusivo desse ou daquele presídio”, mostrando-se similar em diferentes regiões do país.

As decisões elencam também as normas constitucionais, bem como as internacionais, penais, processuais e penitenciárias que são sistematicamente transgredidas por esse estado de coisas. A Corte Colombiana descreve esse quadro normativo, bem como a jurisprudência da Corte, como “letra morta”<sup>29</sup>. As narrativas, em ambos os casos, concluem afastando qualquer elemento de novidade. O quadro é amplamente conhecido pelo poder público e pela população<sup>30</sup>.

As decisões enfatizam também que a violação sistemática dos direitos dos presos está diretamente associada à “inação das autoridades” que “apesar de muitas solicitações e críticas” não desenvolvem qualquer “política oficial para modificar a raiz da gravíssima situação carcerária do país”<sup>31</sup>. O voto do Ministro Marco Aurélio discorre longamente sobre a “responsabilidade do poder público”, indicando expressamente que essa responsabilidade deve ser atribuída aos três poderes, tanto na esfera federal quanto estadual. “Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo”, diz o Ministro<sup>32</sup>. Ao lado do problema de “formulação e implementação de políticas públicas”, mencionado pela decisão colombiana, o Ministro Marco Aurélio acrescenta problemas de “interpretação e aplicação da lei penal”<sup>33</sup>. Mais especificamente, em relação à responsabilidade do poder judiciário, o Ministro menciona o elevado número de presos provisórios, que ao final são absolvidos ou condenados a sanções não prisionais, e de pessoas que permanecem presas após o término do tempo determinado na sentença. Diante disso, conclui que o “conjunto de soluções [...] deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos”<sup>34</sup>. De modo bastante mais tímido, pelas razões expostas a seguir, a decisão colombiana in-

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 fev. 2016, p. 25-26. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 26 mar. 2018.

29 COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela n. 153/98. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998, p. 70. Disponível em: <https://app.vlex.com/#vid/43561621>. Acesso em: 27 mar. 2018.

30 COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela n. 153/98. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998, p. 37. Disponível em: <https://app.vlex.com/#vid/43561621>. Acesso em: 27 mar. 2018.

31 COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela n. 153/98. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998, p. 72. Disponível em: <https://app.vlex.com/#vid/43561621>. Acesso em: 27 mar. 2018.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 fev. 2016, p. 27. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 26 mar. 2018.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 fev. 2016, p. 26. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 26 mar. 2018.

34 Em comentário sobre a decisão, Mendes e Branco argumentam em sentido semelhante, considerando que o STF teria decidido a partir da identificação de “uma falha estrutural comum aos três Poderes no enfrentamento do problema carcerário”. Os autores legitimam tal tipo de decisão, dado que não violaria a separação de poderes, pelo contrário, “o desrespeito a um direito fundamental pela falta de sua concretização por órgãos estranhos ao Judiciário autoriza, em casos de mais aguda gravidade, que o juiz imponha as providências concretas, estimadas necessárias para que a omissão não agrave o dano que gera. Determinação dessa sorte não há de ser censurada como hostil à separação de Poderes, nem é obstada pela defesa da reserva do possível”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

dica também que o problema não está apenas nas mãos do executivo, especialmente do Ministério da Justiça, e que portanto “distintas áreas e órgãos do Poder Público” serão requeridas a “tomar as medidas adequadas para a solução do problema”<sup>35</sup>.

A decisão colombiana, diferentemente da brasileira, organiza-se sobretudo ao redor do problema da superlotação dos presídios. Ainda que diversos outros aspectos relacionados às péssimas condições de vida em prisão, império da violência, carência de oportunidades e meios para ressocialização sejam mencionados, a superlotação é o objeto principal dos pedidos, e o centro da argumentação desenvolvida pela Corte. É a partir do problema da superpopulação que a Corte faz derivar a violação de todos direitos dos presos: direito à dignidade, a não receber tratamento ou penas cruéis, inumanas ou degradantes, direito à vida e à integridade física, direito à família (diante dos obstáculos às visitas), direito à saúde, ao trabalho, à educação e o direito à presunção de inocência, violado pela ausência de separação entre condenados e provisórios<sup>36</sup>. Diante disso, a Corte determina, em primeiro lugar, a notificação das autoridades máximas, dos três poderes, sobre o estado de coisas inconstitucional das prisões colombianas. Determina também a órgãos do poder executivo a elaboração de um plano de “construção e reforma prisional” e ao governo que garanta previsão orçamentária para tanto. O plano deve ser executado em 4 anos e, nesse mesmo período, deve se concluir a separação completa dos presos condenados e provisórios. Outros pedidos mais específicos foram também concedidos pela Corte, direcionados à separação dos presos da Força Pública, a solucionar o problema da falta de pessoal especializado, a criação de centros de detenção pelos governos estadual e municipal, bem como à investigação, por parte do Conselho Superior da Magistratura, sobre a ausência de juízes de execução suficientes em determinadas prisões. A decisão conclui ordenando ao Presidente da República que, “enquanto se executam as obras carcerárias ordenadas [...] tomem as medidas necessárias para garantir a ordem pública e os direitos fundamentais dos internos”<sup>37</sup>, sem especificar quais seriam ou deveriam ser essas medidas.

É possível dizer, portanto, que esta primeira decisão que declara o estado de coisas inconstitucional das prisões colombianas restringe-se a exigir a elaboração de um plano para a construção e reforma dos presídios, com vistas a resolver a questão do déficit de vagas. Convoca, sobretudo o poder executivo, a atuar no enfrentamento de problemas relacionados à separação dos presos e aos agentes prisionais; mas não se pronuncia sobre o modo como o próprio Poder Judiciário poderia atuar para reduzir o número de pessoas em privação de liberdade. Sem uma intervenção sobre a atuação do Poder Judiciário, as vagas obtidas com o plano de construção podem rapidamente se tornar insuficientes, como de fato ocorreu no caso colombiano. Esta questão será

35 COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela n. 153/98. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998, p. 74. Disponível em: <https://app.vlex.com/#vid/43561621>. Acesso em: 27 mar. 2018.

36 COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela n. 153/98. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998, p. 73. Disponível em: <https://app.vlex.com/#vid/43561621>. Acesso em: 27 mar. 2018.

37 COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela n. 153/98. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998, p. 79-80. Disponível em: <https://app.vlex.com/#vid/43561621>. Acesso em: 27 mar. 2018.

abordada a seguir, mas antes abordaremos a decisão brasileira que, apesar de ter sido provocada a intervir sobre a atuação do Judiciário, não acatou os pedidos dessa natureza.

Dos oito pedidos cautelares formulados na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, seis dirigem-se diretamente ao poder judiciário e, particularmente, ao sistema de direito criminal. Para os autores da ação, equacionar o gravíssimo problema prisional no país exige não apenas a construção de novas vagas – ao redor de 200 mil –, mas a interpretação das normas constitucionais em matéria de aplicação e execução de penas à luz das “dramáticas condições do sistema prisional do país”<sup>38</sup>. Os pedidos cautelares demandam que os juízes (a) motivem expressamente as razões que impedem a concessão de medidas cautelares não prisionais; (b) realizem audiências de custódia em até 24 horas após a prisão; (c) considerem o quadro dramático do sistema prisional na concessão de cautelares, na aplicação e na execução da pena; (d) apliquem, “sempre que for viável”, penas alternativas à prisão, com vistas a preservar a proporcionalidade e a humanidade da pena; (e) abrandem os requisitos temporais para fruição de benefícios e direitos dos presos e (f) reduzam o tempo de prisão a ser cumprido, quando as condições de cumprimento são significativamente mais severas do que as impostas na sentença. Os dois últimos pedidos, não direcionados ao Judiciário, dirigem-se à (g) realização de “mutirões carcerários”, pelo Conselho Nacional de Justiça para revisar os processos de execução com vistas a adequá-los aos pedidos ‘e’ e ‘f’, acima e (h) a liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) para os governos estaduais utilizarem na construção, reforma e aprimoramento dos sistemas penitenciários.

Entre os pedidos direcionados ao poder judiciário, apenas a determinação de realização de audiências de custódia (item b) foi deferida pela Corte. Os dois pedidos que poderiam gerar o desencarceramento (*e e f*) foram negados por unanimidade (pedido *f*) e por nove votos a 1 (pedido *e*). Os demais (*a, c e d*) foram negados por maioria apertada (seis votos contra quatro). O último pedido, relacionado à liberação de verbas do Funpen também foi concedido.

O pedido definitivo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que ainda está pendente, além de confirmar as medidas cautelares acima, requer a elaboração de um plano nacional, pelo Governo Federal, visando à superação do estado de coisas inconstitucional. Com propostas e metas específicas, bem como com a previsão dos recursos orçamentários necessários, os autores da ação demandam que o plano seja submetido a amplo debate público antes de ser homologado pelo Supremo Tribunal Federal. Demandam também que, após a elaboração do plano nacional, seja exigido dos governos estaduais a elaboração de planos estaduais, a serem também debatidos publicamente e deliberados pelo STF. Por fim, os autores demandam que a implementação do plano seja monitorada pelo STF “em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil”<sup>39</sup>.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**. Rio de Janeiro, 26 de maio de 2015, p. 68. Disponível em: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2018.

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**. Rio de Janeiro, 26 de maio de 2015, p. 72.



As duas decisões coincidem em alocar a questão prisional como uma demanda de “minorias”, em relação às quais as cortes constitucionais têm a “missão” de defender<sup>40</sup>. A decisão brasileira destaca, neste ponto, que se trata de “uma pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes”<sup>41</sup>. E mesmo em face dessa “missão”, e do pleno reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, as decisões não se atreveram a reconhecer as normas constitucionais que proíbem as penas cruéis, o tratamento desumano ou degradante e que garantem a integridade física e moral das pessoas em privação de liberdade. Como se viu, até o momento não foram tomadas medidas que implicassem em alterações concretas das condições de vida das milhares de pessoas que vivem sob o “estado de coisas inconstitucional”.

No caso colombiano, Ariza aponta que a sentença buscou resolver o problema das prisões por intermédio da construção e reforma, em um período de 4 anos, sem adotar qualquer ordem que pudesse remediar os problemas dos indivíduos que ali estavam enquanto o plano era implementado. E se pergunta “como é possível que ao mesmo tempo se reconheça que a prisão viola direitos fundamentais e se exija que os presos permaneçam estoicamente nela?”<sup>42</sup> A mesma indagação vale para a decisão brasileira no pedido cautelar. Para Ariza, essa postura paradoxal da Corte Colombiana é possível graças à definição da realidade carcerária como um problema histórico “que permite um uso indolente do tempo vital das pessoas que estão em prisão”<sup>43</sup>. De acordo com o balanço do autor, sete anos após a sentença, a resposta da Corte se traduziu em aumento significativo do sistema penitenciário, com a criação de novas vagas, “sem que tenha se produzido uma modificação paralela das condições de reclusão”<sup>44</sup>.

A partir das taxas de superlotação colombianas entre 1997 e 2009, Uprimny e Guzmán observam uma redução importante nos anos 2000 e 2001 – em que a taxa esteve ao redor de 16%, em face dos 45% do ano de 1997. Para os autores, a diminuição “parece dever-se às ações empreendidas pelo Estado” em cumprimento à sentença 153/1998. No entanto, afirmam os autores, “logo voltaram a endurecer as políticas punitivas”, ocasionando novo aumento na taxa que em 2009 alcançou quase 39%<sup>45</sup>. Isto é, aumentaram-se as vagas, mas não no mesmo ritmo de aumento do número de pessoas presas. Não por outra razão, a Corte Colombiana voltou a declarar o estado de coisas inconstitucional das prisões do país em 2013 e 2015.

No Brasil, o julgamento definitivo da [ADPF 347](#) coloca o STF diante da oportunidade de, para além de reconhecer a calamidade do quadro fático, dar concretude e extrair consequências das normas constitucionais

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 fev. 2016, p. 21.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 fev. 2016, p. 21.

42 ARIZA, Libardo José. La prisión ideal: intervención judicial y reforma del sistema penitenciario en Colombia. In: BONILLA, Daniel; ITURRALDE, Manuel (ed.). **Hacia un nuevo derecho constitucional**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2005. p. 312. (tradução livre).

43 ARIZA, Libardo José. La prisión ideal: intervención judicial y reforma del sistema penitenciario en Colombia. In: BONILLA, Daniel; ITURRALDE, Manuel (ed.). **Hacia un nuevo derecho constitucional**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2005. p. 313. (tradução livre).

44 ARIZA, Libardo José. La prisión ideal: intervención judicial y reforma del sistema penitenciario en Colombia. In: BONILLA, Daniel; ITURRALDE, Manuel (ed.). **Hacia un nuevo derecho constitucional**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2005. p. 284 (tradução livre).

45 YEPES, Rodrigo Uprimny. GUZMÁN, Diana Esther. Las Cárceles en Colombia: entre una Jurisprudencia Avanzada y un Estado de Cosas Inconstitucionales. In: SEGURA, Juan David Posada (coord.). III Simposio Internacional Penitenciario y de Derechos Humanos. Medellín: Universidad de San Buena Ventura, 2010. p. 157 (tradução livre).

que expressamente proíbem esse estado de coisas. Para tanto, como indicam os subscritores da ação, a decisão precisaria reconhecer a responsabilidade do próprio poder judiciário sobre esse estado de coisas, e dirigir-se às magistradas e magistrados que atuam nas audiências de custódia, nas varas criminais e nas varas de execução.

#### 4 AS FISSURAS NO MODELO CRISTALIZADO DE SEPARAÇÃO DE PODERES

A breve síntese das decisões sobre o estado de coisas inconstitucional no Brasil e na Colômbia oferece pontos importantes para a reflexão proposta aqui. Em primeiro lugar, a experiência colombiana permite observar que a atribuição de responsabilidade ao poder executivo determinando a criação de novas vagas sanou o déficit, temporariamente, mas não alterou as condições de vida das pessoas em prisão e tampouco a engrenagem de encarceramento que seguiu em expansão. A decisão da Suprema Corte e suas implicações concretas no sistema prisional colombiano colocam diretamente em questão um dos componentes centrais do modelo cristalizado de separação de poderes<sup>46</sup>, sintetizado na epígrafe deste texto: “o problema carcerário é puramente de investimento do estado”. Não é. O investimento pode efetivamente ocorrer, as vagas podem efetivamente ser criadas, e o problema permanece.

No caso do Brasil, os autores da ação buscaram justamente provocar uma fissura nesse modelo, convocando o poder judiciário a assumir responsabilidade pelo problema carcerário no âmbito das decisões que são tomadas cotidianamente pelo sistema de justiça criminal<sup>47</sup>. Os pedidos foram negados cautelarmente mas ofereceram um rol de possibilidades, muito concretas, para promover o desencarceramento. E o fizeram, sobretudo, instando o judiciário a pautar o processo decisório sobre as penas (cautelares ou definitivas) nas características do caso concreto<sup>48</sup>.

Conforme a análise proposta aqui, essa convocação ao judiciário para decidir em função do caso concreto opera-se, na [ADPF 347](#), por dois caminhos. O primeiro, bastante conhecido, mas muito fragilmente implementado, refere-se à “individualização da pena”, isto é, à plena consideração da biografia da pessoa no momento da tomada da decisão. Os pedidos *a* e *b*, sobre a motivação expressa para a não concessão de medidas cautelares

46 Sobre o caso da Colômbia, Bustamante Peña considera, por outro lado, que a posição daquele Tribunal não configura “ativismo judicial”, mas “faz parte da consolidação do Estado de direito e da separação de poderes, que se vê complementada pela colaboração harmônica dos poderes públicos, neste caso, através de uma declaração de imobilidade institucional, que pretende entregar ferramentas e pressão judicial sobre o Governo para sair da crise”. BUSTAMANTE PEÑA, Gabriel. **Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas**. 2011. Maestría (Estudios Políticos) – Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, D.C., 2011. Disponível em: [http://participaz.com/images/pdf/Capitulo6/estado\\_de\\_cosas\\_inconstitucional.pdf](http://participaz.com/images/pdf/Capitulo6/estado_de_cosas_inconstitucional.pdf). Acesso em: 01 jun. 2020. (tradução livre).

47 Como sustenta a tese de Campos que se atrela à própria proposição desta ADPF: “Não se trata da inércia de uma única autoridade pública, nem de uma única unidade federativa, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo que tem resultado na violação desses direitos. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vem se mantendo incapazes e manifestado verdadeira falta de vontade política em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Falta sensibilidade legislativa quanto ao tema da criminalização das drogas, razão maior das prisões. O próprio Judiciário tem contribuído com o excesso de prisões provisórias, mostrando falta de critérios adequados para tanto. Falta estrutura de apoio judiciário aos presos”. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao estado de coisas inconstitucional**. 248 p. Tese (Doutorado). Programa de Pós-graduação em Direito: Universidade Estadual do Rio de Janeiro. 2015. Disponível em: [http://www.btdt.uerj.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=8742](http://www.btdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=8742). Acesso em: 07 jul. 2020.

48 Saliente-se que a utilização de uma ideia concebida fora do Brasil atraiu críticas concernentes à sua capacidade de mudar a situação carcerária brasileira. Nesse sentido: “Do ponto de vista dogmático, não é tarefa simples explicar a inserção do ECI no direito constitucional brasileiro. A decisão do STF na ADPF 347 é inconsistente na caracterização dos pressupostos que justificariam a declaração de um ECI, as medidas cautelares deferidas são pouco efetivas, há uma injustificada demora no julgamento do mérito, os poderes apresentaram respostas pouco substantivas e que seguem a mesma natureza das políticas tradicionalmente desenvolvidas no Brasil e a capacidade de uma Corte Suprema mudar um estado fático de coisas por meio do Direito é posta em dúvida.” MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, e1916, 2019. p. 31-32.

não prisionais e a implementação das audiências de custódia, instam o judiciário a chamar para si a responsabilidade de conhecer a pessoa presa em flagrante e, diante dela, sendo o caso de conversão do flagrante, pensar primeiro na aplicação de cautelares não prisionais. E, havendo impedimento em sua utilização, expressá-lo integralmente na decisão. O pedido *d*, igualmente, sobre a aplicação de penas alternativas à prisão, coloca em relevo a necessidade de observar a proporcionalidade da pena, decidindo-a em função do crime concretamente praticado (pessoa e fatos) e não do crime abstratamente previsto em lei.

O segundo caminho refere-se à convocação ao judiciário para considerar as circunstâncias concretas de cumprimento da pena que estão prestes a impor. É o que se depreende dos pedidos *c* e *f*, que demandam a consideração do “quadro dramático do sistema prisional na concessão de cautelares, na aplicação e na execução da pena” e a redução do “tempo de prisão a ser cumprido, quando as condições de cumprimento são significativamente mais severas do que as impostas na sentença”. Trata-se aqui de convocar o judiciário a se comprometer com a decisão que está tomando. Uma decisão que não se limita a meramente chancelar a escolha do legislador ao definir a pena prevista em lei. E, sobretudo, a se comprometer com uma decisão que não se completa no texto da sentença, mas que gera uma série de efeitos no mundo, para a pessoa condenada, para seu entorno familiar e para a sociedade como um todo.

Como se viu, esses pedidos foram negados, por diversos motivos. Além de considerações sobre os limites do pedido cautelar, destaca-se nos votos considerações sobre os limites impostos pela lei. Interessante notar que os pedidos *c* e *f*, de certa forma semelhantes, tiveram placares muito diferentes. Quando se trata de “levar em consideração o quadro dramático” (pedido *c*), o placar foi 6 a 4 (vencidos os Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Lewandowski e a Ministra Carmen Lucia). Mas quando essa consideração aparece associada à redução do tempo de prisão a ser cumprido (pedido *f*), o pedido foi negado por unanimidade. Nesse pedido, e no pedido *e*, sobre o abrandamento dos requisitos temporais para fruição de “benefícios”, a concessão do pedido implicaria interpretar as penas mínimas estabelecidas em lei (tanto nos tipos penais quanto nos chamados “benefícios”) à luz das normas constitucionais que estabelecem a individualização da pena e que proíbem as penas cruéis.<sup>49</sup>

Ainda que negados esses pedidos em caráter liminar, as considerações sobre o “quadro dramático do sistema prisional” e as condições concretas de cumprimento das penas voltaram a aparecer na argumentação do tribunal.

No HC 118.533/MS, que afasta a natureza hedionda do tráfico privilegiado, essas considerações aparecem no voto do Ministro Barroso e depois ocupam o centro dos debates, estimulando os Ministros Fachin e Teori, bem como a Ministra Rosa Weber a reajustarem seus votos pela concessão do HC<sup>50</sup>. O voto do Ministro

49 Sobre a questão da individualização da pena, ver a discussão sobre os efeitos das penas mínimas no processo sancionatório no Brasil e no Canadá, bem como sobre a decisão do STF no RE 597.270/RS que confirma a Súmula 231 do STJ que impede a redução aquém do mínimo quando se reconhece a incidência de circunstâncias atenuantes em MACHADO, Maira Rocha. Entre a lei e o juiz: Os processos decisórios na definição de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 126, p. 181-222, dez. 2016. 50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 118.533/MS**. Pacientes: Ricardo Evangelista Vieira de Souza; Robinson Roberto Ortega. Relator(a): Min. Carmen Lúcia. Brasília, 19 de setembro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4432320> (acesso em 26 de março de 2018). Ordem concedida conforme voto da relatora Carmen Lucia, acompanhada de Barroso, Gilmar Mendes e Lewandowski. Vencidos Fux, Toffoli e Marco Aurélio. Reajustaram, Fachin, Teori e Rosa Weber.

Barroso menciona a tendência do STF em atenuar o rigor dos crimes hediondos em caso de tráfico privilegiado, permitindo o regime diferente do fechado, a pena restritiva de direito e a liberdade condicional. E aduz que essa tendência está associada ao “fracasso da guerra às drogas” e à “situação do hiperencarceramento que aflige a todos nós que vivemos no Brasil [...]”<sup>51</sup>. No mesmo sentido, o Ministro Fachin afirma que o tema tem “impacto inegavelmente imenso sobre o sistema carcerário” e que, portanto, “transcende este julgamento específico deste HC”<sup>52</sup>. Nos debates, Lewandowski cita dados do Infopen e afirma “a situação é dramática. É uma questão de política criminal. Eu acho que, aqui, além da questão propriamente de interpretação, de hermenêutica jurídica, há um fato que o Supremo deve considerar que é esse”<sup>53</sup>. E, mais a frente, evoca o “estado de coisas inconstitucional” e o princípio da individualização da pena para motivar sua decisão<sup>54</sup>.

Mais recentemente, considerações sobre as condições de vida em prisão e o estado de coisas inconstitucional desempenharam papel relevante no julgamento do HC Coletivo 143.641/SP.<sup>55</sup> Em 20 de fevereiro de 2018, o STF concedeu, por maioria<sup>56</sup>, ordem em favor de “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentam a condição de gestantes, puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças” determinando que a prisão preventiva seja substituída por prisão domiciliar.<sup>57</sup> O voto do relator, Ministro Lewandowski, único disponibilizado pelo STF até a conclusão desse texto, refere-se diversas vezes ao julgamento da [ADPF 347](#) para embasar a inadequação do sistema carcerário para as pacientes.

O HC Coletivo, impetrado por Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso, Hilem Oliveira, advogadas do Coletivo de Advogados de Direitos Humanos (CADHu), alicerça-se (i) nas privações que a prisão preventiva impõe às mulheres – programas de pré-natal e atendimento a recém nascidos e lactentes, além de privar as crianças até 12 anos de condições adequadas ao seu desenvolvimento; (ii) na precariedade das condições de vida em prisão, especialmente inadequadas às necessidades femininas

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 118.533/MS. Pacientes: Ricardo Evangelista Vieira de Souza; Robinson Roberto Ortega. Relator(a): Min. Carmen Lúcia. Brasília, 19 de setembro de 2016, p. 21-22.

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 118.533/MS. Pacientes: Ricardo Evangelista Vieira de Souza; Robinson Roberto Ortega. Relator(a): Min. Carmen Lúcia. Brasília, 19 de setembro de 2016, p. 61

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 118.533/MS. Pacientes: Ricardo Evangelista Vieira de Souza; Robinson Roberto Ortega. Relator(a): Min. Carmen Lúcia. Brasília, 19 de setembro de 2016, p. 60

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 118.533/MS. Pacientes: Ricardo Evangelista Vieira de Souza; Robinson Roberto Ortega. Relator(a): Min. Carmen Lúcia. Brasília, 19 de setembro de 2016, p. 91 e 93.

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do relator no Habeas Corpus n.º 143.641/SP**. Pacientes: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>. Acesso em: 27 mar. 2018.

56 A maioria foi formada por Lewandowski, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Celso de Mello, com divergência somente de Fachin, para quem análises concretas e individualizadas seriam necessárias para a verificação da medida a ser tomada em prol da criança. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>. Acesso em: 29 mar. 2018.

57 “Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e [Lei 13.146/2015](#)), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício. Estendo a ordem, de ofício, às demais as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas no parágrafo acima.” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 143.641/SP. Pacientes: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, p. 33.

e aos exercícios dos direitos reprodutivos – o que constitui tratamento desumano, cruel e degradante, nos termos do art. 5º, III, da [Constituição Federal](#) e faz com que a prisão provisória extrapole os limites constitucionais da intervenção do poder punitivo sobre o indivíduo; e, ainda, (iii) na existência de uma política criminal discriminatória, nos termos do art. 5º, XLI, da Constituição, pelo desproporcional impacto sobre as mulheres e suas famílias<sup>58</sup>.

Foge absolutamente aos propósitos desse texto realizar um balanço sobre o sentido e a direção da jurisprudência do STF no campo criminal<sup>59</sup>. Como indicado na introdução, esse texto preocupa-se em identificar fissuras no modelo cristalizado de separação de poderes em matéria de penas. De acordo com a leitura proposta aqui, os pedidos da [ADPF 347](#) e as decisões do [HC 118.533/MS](#) e agora do [HC coletivo 143.641/SP](#), de diferentes maneiras, rompem com a lógica de atribuição de responsabilidade externa e, ademais, convocam o poder judiciário a incorporar aos seus processos decisórios as peculiaridades e características das pessoas e das circunstâncias concretas de cumprimento de pena em nosso país. Como se viu no decorrer desta seção, em diferentes contextos, o problema carcerário não é percebido como um problema “puramente do executivo”, ainda que a lei infraconstitucional seja percebida como obstáculo importante para a plena apropriação das tarefas decisórias em matéria de penas<sup>60</sup>.

De fissuras no STF, contudo, não podemos inferir fissuras semelhantes nas instâncias inferiores. Ao contrário. Em documento produzido pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) em 2017, a “edição de súmulas vinculantes que pacifiquem os entendimentos consolidados pelo STF” e a “criação de mecanismos urgentes que garantam o cumprimento das súmulas do STJ” aparecem entre as propostas para reduzir a “superlotação prisional e melhorar o sistema penitenciário”. De acordo com o Instituto, “obrigar os tribunais a cumprirem a jurisprudência do STJ e do STF é um passo fundamental para democratizar o acesso à justiça e aliviar a superlotação das prisões”<sup>61</sup>. No mesmo sentido, pesquisa sobre a argumentação utilizada pelo TJSP antes e depois da declaração de inconstitucionalidade da norma que proibia penas alternativas para tráfico privilegiado revelou que o tribunal encontrou novas vias para seguir negando a substituição da pena de prisão nesses casos<sup>62</sup>.

58 COLETIVO DE ADVOGADOS DE DIREITOS HUMANOS. **Habeas Corpus Coletivo com pedido liminar**. 8 de maio de 2017, p. 3. Disponível em: <https://cadhu.wordpress.com/2018/02/27/leia-a-integra-do-habeas-corpus-coletivo-do-cadhu-peticao-inicial-documentos-amici-curiae-e-decisoes/>. Acesso em: 28 mar. 2018.

59 Suficiente apontar aqui a decisão do STF no HC 126.292/RJ que estabeleceu o entendimento segundo o qual a pena poderia ser executada a partir da condenação em segunda instância. Vale lembrar que, nesse julgamento, o Ministro Lewandowski manifestou sua “perplexidade diante do fato [dessa decisão] ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional?”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 126.292/RJ**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de maio de 2016, p. 98. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 27 mar. 2018.

60 Nesse sentido, conforme Dantas “[e]mbora essas decisões sejam consideradas ativistas, é importante destacar que elas normalmente não envolvem grandes questionamentos acerca da existência ou conteúdo dos direitos fundamentais em disputa. Na maioria dos casos, a grande questão jurídica é saber como concretizar direitos em face da reiterada inércia e omissão estatal.” Cf. DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 9, n. 2, p. 155-176, 2016, p. 173.

61 INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Propostas para reduzir a superlotação e melhorar o sistema penitenciário**. 2017, p. 15. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/index.php/2017/02/02/propostas-para-reduzir-a-superlotacao-e-melhorar-o-sistema-penitenciario/>. Acesso em: 27 mar. 2018.

62 MACHADO, Maira Rocha; BARROS, Matheus de; GUARANHA, Olívia Landi Corrales; PASSOS, Julia Adib. Penas alternativas para pequenos traficantes: os argumentos do TJSP na engrenagem do superencarceramento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 604-629, abr. 2018.

Para avançar sobre esse ponto, a próxima seção debruça-se sobre o modo como o problema carcerário vem sendo compreendido e recepcionado no TJSP. Focaliza a atuação do tribunal em ações civis públicas e em pedidos de suspensão de decisões de primeira instância direcionados à Presidência do Tribunal, a partir dos resultados obtidos nas pesquisas de Carolina Ferreira e outras (2015) e Luciana Zaffalon Cardoso (2017). Em seguida, com vistas a identificar se, e de que modo, as decisões do STF estão reverberando no Tribunal de Justiça de São Paulo, a parte final da próxima seção revisita esses dois conjuntos de decisões após o julgamento da [ADPF 347](#) e do [RE 592.581](#).

## 5 A REPERCUSSÃO NO TJSP

Muito antes da declaração do estado de coisas inconstitucional, diversos atores já provocavam o poder judiciário a assumir sua responsabilidade sobre o problema carcerário por intermédio de ações civis públicas<sup>63</sup>. Nessas ações o “problema carcerário” assume diversos contornos e se concretiza em diferentes tipos de pedido: transferência de presos, vedação de envio de novos presos a unidades superlotadas, interdição de unidades, reformas estruturais, fornecimento de recursos básicos (como colchões, água potável) e serviços de saúde, oferta de ensino fundamental e médio, além de realização de estudos de impacto ambiental e de vizinhança antes da construção de novas unidades. Inúmeros aspectos dessas ações revelam-se de enorme interesse para uma pesquisa sobre o papel do poder judiciário no enfrentamento do problema carcerário. Essa seção, contudo, limita-se a traçar um panorama do modo como esses casos vêm sendo decididos pelo TJSP, particularmente no tocante ao modelo cristalizado de separação de poderes e às fissuras geradas pela [ADPF 347](#) e pelo [RE 592.581](#) julgadas pelo STF em 2015.

Pesquisa realizada por Carolina Ferreira e outras em decisões do TJSP, entre 2009 e 2012, permite observar diversas estratégias argumentativas de isenção de responsabilidade interna e atribuição de responsabilidade externa (ao executivo). O conjunto de decisões analisadas versa predominantemente sobre obrigações de fazer: respeito ao limite de vagas do estabelecimento prisional (em casos de presos provisórios, condenados e de internação de adolescentes), interdição do estabelecimento, realização de reformas e exigência de laudos ambientais para a construção de novos estabelecimentos. Entre as obrigações de não fazer, a pesquisa identificou pedido de não alojar pessoas acima da capacidade do local, sob pena de multa diária.<sup>64</sup>

No conjunto de decisões de mérito analisadas, a pesquisa identificou que o TJSP tende a reverter as decisões procedentes tomadas em primeira instância. De acordo com a pesquisa, “(e)nquanto o juiz de primeiro

63 A primeira apelação em ação civil pública julgada pelo TJSP versando sobre o problema carcerário disponível no site do tribunal data de 21/11/2007.

64 Para um panorama completo dos dados quantitativos e qualitativos produzidos pelas pesquisadoras, ver FERREIRA, Carolina Cutrupi; FERREIRA, Luisa Moraes Abreu; VILARDI, Naiara; MACHADO, Maíra Rocha. O problema prisional nas ações civis públicas julgadas pelo TJSP. In: MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). *Carandiru não é coisa do passado*. São Paulo: FGV Direito SP, 2015, p. 439-467. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13989>. Acesso em: 28 mar. 2018.

grau decide pela procedência total ou parcial em 39 casos contra 11 pela improcedência, no TJSP a relação se inverte, havendo 22 casos de procedência total ou parcial contra 26 de improcedência”.<sup>65</sup>

A análise qualitativa indica que os principais argumentos mobilizados pelo TJSP nessas decisões referem-se à incompetência do juízo cível para tratar de questões relacionadas a presídios e à afronta ao princípio da separação de poderes. As duas linhas argumentativas são reveladoras do que denominamos aqui modelo cristalizado de separação de poderes. Na raiz da primeira linha está a compreensão de que transferências de presos e interdições são questões “de natureza administrativa” e de competência do juiz de execução e da corregedoria de presídios. Em um dos acórdãos citados na pesquisa, o argumento aparece nos seguintes termos: “Há dúvida quanto a poder um juiz *interferir dessa forma* na esfera de atuação de outro; ainda que em atribuição administrativa, os presídios são fiscalizados por um juiz de direito a quem a lei atribuiu a adequação dos presídios à lei. [...] Causa *desconforto* a interferência do juízo no dia a dia do presídio, este de responsabilidade do Diretor do Presídio sob fiscalização do Juiz Corregedor Permanente. (grifos meus)”<sup>66</sup>. Essa passagem nos ajuda a visualizar a dimensão que pode tomar o modelo cristalizado: entre diferentes órgãos, no interior do próprio poder judiciário, pode-se funcionar por isenção de responsabilidade. Se há provas dos fatos sobre os quais versa a ação civil pública, significa que os órgãos diretamente competentes não cumpriram suas obrigações legais. Com este tipo de argumento, evita-se adentrar a questão substantiva em jogo, em razão dos “desconfortos” que tal atuação pode gerar.

No tocante à segunda linha argumentativa, a pesquisa identificou duas correntes. A primeira considera que o Judiciário não pode interferir em decisão governamental, com base em interpretação do art. 2º da CF segundo a qual compete ao Executivo “a função de executar as leis, fica(ndo) claro que ao Poder Judiciário não compete dizer quanto e como executar suas funções”<sup>67</sup>. A pesquisa apresenta diversas decisões que ilustram o argumento segundo o qual “a superlotação carcerária é uma questão pertinente apenas ao Poder Executivo e, por consequência, todas as medidas relacionadas ao problema, como a transferência de presos, promoção de reformas e desativação de unidades também estariam no âmbito da discricionariedade administrativa”.<sup>68</sup>

Já a segunda corrente admite a atuação do Judiciário nesses casos, desde que seja para garantir a legalidade dos atos administrativos. Em alguns casos, esta argumentação aparece associada ao princípio da dignidade da pessoa humana e outras convenções internacionais de proteção de direitos humanos. É o que se observa, por exemplo, em trecho de acórdão citado na pesquisa que afirma: “respeito, dignidade humana e condições de ressocialização aos presos são obrigações do Estado e dever do Judiciário exigir a efetivação desses Direitos”<sup>69</sup>.

65 FERREIRA, Carolina Cutrupi; FERREIRA, Luisa Moraes Abreu; VILARDI, Naiara; MACHADO, Máira Rocha. O problema prisional nas ações civis públicas julgadas pelo TJSP. In: MACHADO, Máira Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). **Carandiru não é coisa do passado**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. p. 451.

66 TJSP, Apelação Cível 0000787-16.2008.8.26.0142, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Lineu Peinado, j. 08.02.2011.

67 TJSP, Agravo de Instrumento 187686-24.2012.8.26.0000, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rubens Rihl, j. 19.09.2012.

68 FERREIRA, Carolina Cutrupi; FERREIRA, Luisa Moraes Abreu; VILARDI, Naiara; MACHADO, Máira Rocha. O problema prisional nas ações civis públicas julgadas pelo TJSP. In: MACHADO, Máira Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). **Carandiru não é coisa do passado**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. p. 456.

69 TJSP, Embargos Infringentes 9092747-45.2002.8.26.0000/50000, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, j. 06.12.2011.

Esses posicionamentos são minoritários, prevalecendo argumentos que afastam a responsabilidade do Poder Judiciário no enfrentamento do problema. A pesquisa conclui indicando que, no TJSP, as ações civis públicas, especialmente no tocante à transferência de presos e à interdição de estabelecimentos “encontra grandes resistências em se efetivar como estratégia de minimização ou alteração do problema prisional”.<sup>70</sup>

Outra pesquisa, concluída recentemente, acrescenta novos elementos a esse quadro de resistências às estratégias jurisdicionais de alteração do problema prisional. Em tese de doutorado sobre o sistema de justiça paulista, Luciana Zaffalon Cardoso apresenta os resultados de um levantamento sobre as decisões tomadas pela Presidência do TJSP para suspender os efeitos de decisões judiciais de primeira instância tomadas contra a administração pública<sup>71</sup>. Essa competência está prevista em diversos diplomas normativos e vem sendo debatida pelos tribunais superiores e pela doutrina<sup>72</sup>.

Em sua tese, Luciana Cardoso analisou 487 decisões referentes a pedidos de suspensão nas gestões de Ivan Sartori (2012 – 2013) e Renato Nalini (2014 – 2015). De acordo com os resultados da pesquisa, os temas em que há acolhimento dos pedidos de suspensão são sensivelmente concentrados, e os pedidos relacionados ao problema carcerário estão entre eles. No período coberto pela pesquisa, chegaram ao tribunal 15 pedidos nessa temática e em 13 deles a decisão de primeira instância foi suspensa atendendo aos pedidos do Governo do Estado de São Paulo.

Nove dos 15 casos referem-se diretamente ao quadro de superlotação e condições de vida insalubres em Centros de Detenção Provisória, Penitenciárias e unidades da Fundação Casa<sup>73</sup>. De acordo com a pesquisa, a Presidência do TJSP suspendeu as decisões de primeira instância favoráveis aos pedidos com fundamentação concisa – de 5 a 8 páginas – que seguem “rigorosos padrões de repetição”.<sup>74</sup> Basicamente, argumentam que a decisão de primeira instância exige aportes financeiros que “implica embaraço ao adequado exercício das funções da Administração”, que representa violação à ordem pública provimento judicial que obstaculiza ou dificulta, *sem causa legítima*, o adequado exercício das funções da Administração e que o “déficit de vagas [...] é um problema antigo e alcança todo o Estado de São Paulo [...] o que sugere análises e ponderações de todo o sistema” e não de unidades isoladas. O quarto argumento sistematicamente utilizado nessas decisões refere-

70 FERREIRA, Carolina Cutrupi; FERREIRA, Luisa Moraes Abreu; VILARDI, Naiara; MACHADO, Máira Rocha. O problema prisional nas ações civis públicas julgadas pelo TJSP. In: MACHADO, Máira Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). **Carandiru não é coisa do passado**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. p. 466.

71 CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. **Uma espiral elitista de afirmação corporativa**: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do sistema de justiça paulista com as disputas da política convencional. 336 p. Tese (doutorado) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2204/browse?value=Cardoso%2C+Luciana+Zaffalon+Leme&type=author>. Acesso em: 23 mar. 2018.

72 Ver, em especial **Lei 8437/92**, e também **Lei 7347/85**, art. 12, § 1º, **Lei 8437/92**, art. 4º, §§ 1º ao 9º, **Lei 9507/97**, art. 16, **Lei 12016/09**, art. 15, §§ 1º ao 5º. A medida de suspensão de segurança é considerada um instrumento de proteção do interesse público diante da concessão de um provimento jurisdicional que cause grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, por meio do qual a pessoa jurídica de direito público interessada ou o Ministério Público requerem ao presidente do Tribunal competente a suspensão da execução da decisão, sentença ou acórdão proferido. Não tem natureza recursal, mas a finalidade de cessar os efeitos de uma liminar ou sentença até o trânsito em julgado. Sobre sua natureza (jurídica ou política), legitimidade e competência de julgamento, ver, entre outros, STF, RE 798740 AgR, rel. p/ acórdão min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 01/09/2015; STF, AgRgSS 432-DF, DJU 12.2.1993, Min. Sepúlveda Pertence; Súmula 626 do STF. E, ainda, VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público**. 2.ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

73 Os outros casos tratam de direito à saúde da população prisional, interdição temporária de unidade prisional e realização de estudos de impacto ambiental para a instalação de novos presídios.

74 CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. **Uma espiral elitista de afirmação corporativa**: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do sistema de justiça paulista com as disputas da política convencional. 336 p. Tese (doutorado) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2017. p. 224.



-se ao alinhamento “com a jurisprudência do Pretório Excelso”, especificamente a decisão da Ministra Ellen Gracie, nos seguintes termos: “no caso em tela, encontra-se presente a possibilidade de grave lesão à segurança pública, uma vez que a decisão, cujos efeitos se pretendem suspender, impede o encaminhamento de novos presos ao estabelecimento penal, circunstância que poderá *colocar em risco a integridade física e patrimonial dos cidadãos*, bem como que a transferência dos detentos, exigirá um dispêndio financeiro imediato por parte do Estado, que, por certo, não tem previsão orçamentária, o que comprometeria a execução do orçamento estadual (SL 93, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE, julgado em 08/05/2006).” (grifos meus)<sup>75</sup>.

Além dessa decisão – em que a Ministra opõe, como na epígrafe desse texto, “detentos” e os “cidadãos”, afirmando que às custas da integridade física e moral dos primeiros busca-se não colocar em risco a integridade física e patrimonial dos últimos – outro precedente do STF aparece reiteradamente nas decisões do TJSP analisadas acima. Trata-se do Recurso Extraordinário 422.298/2006, de relatoria do Ministro Eros Grau, que registra textualmente: “a forma como o Estado-membro vai garantir o direito à segurança pública há de ser definida no quadro de políticas sociais e econômicas cuja formulação é atribuição exclusiva do Poder Executivo. Não cabe ao Judiciário determinar a realização de obras em cadeia pública”<sup>76</sup>.

No entanto, em 12 de agosto de 2015, no Recurso Extraordinário 592.581 relatado pelo Min. Lewandowski, em que houve reconhecimento de repercussão geral, o STF firma nova posição, nos seguintes termos: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes” (RE 592.581, p. 56).

De maneira explícita, o STF submete o argumento da separação de poderes, na formulação cristalizada que discutimos aqui, ao respeito à integridade física e moral das pessoas em privação de liberdade<sup>77</sup>. Diante dessa guinada jurisprudencial, realizamos novo levantamento nas decisões da Presidência do TJSP e nos acórdãos do mesmo tribunal no âmbito de ações civis públicas, com vistas a identificar se, e de que modo, o RE 592.581 repercutiu nas decisões do Tribunal sobre o problema carcerário.

No tocante à Presidência do Tribunal, a busca no biênio 2016-2017 resultou em 223 decisões, das quais 4 referem-se ao problema carcerário. Nas quatro as decisões de primeira instância foram suspensas. Três de-

75 Todas as citações desse parágrafo foram extraídas de CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. Uma espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do sistema de justiça paulista com as disputas da política convencional. 336 p. Tese (doutorado) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2017. p. 225-226.

76 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 422.298/PR**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 07 de agosto de 2006.

77 Sobre essa decisão ver STEINMETZ, Wilson; DE MARCO, Cristhian Magnus. A integridade física e moral dos presos: a intervenção do poder judiciário na política carcerária e a decisão do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário n. 592.581. EJJL-Espaço Jurídico: Journal of Law, Chapecó, v. 16, n. 2, p. 655-666, ago. 2015.

las impediam o ingresso de novos presos em unidades e a quarta sobrestava a construção de unidade prisional em razão da ausência de estudo de impacto ambiental e de vizinhança, bem como de licenças de instalação e operação.<sup>78</sup> A fundamentação das 3 primeiras decisões é idêntica, apoia-se no argumento do “problema antigo” que alcança “a quase totalidade dos estabelecimentos do Estado” e que, portanto, não pode ser solucionado “isoladamente”, na ausência de previsão orçamentária e no precedente da Ministra Ellen Gracie de 2006, citado acima. As quatro decisões não mencionam o RE 592.581/2015, mas também não mobilizam diretamente os argumentos relacionados à separação de poderes cristalizada, explicitamente afastados naquela decisão.

Já o levantamento realizado seguindo os critérios de coleta de acórdãos utilizado na pesquisa de Carolina Ferreira e outras, indicado acima, revela que tanto o RE 592.581 quanto a própria [ADPF 347](#) começaram a reverberar nas decisões do Tribunal. Entre as 26 decisões em ações civis públicas julgadas nos anos de 2016 e 2017 sobre o problema carcerário e disponibilizadas no site do tribunal, 11 (onze) mencionam explicitamente o RE e/ou a ADPF. Mais especificamente, 9 (nove) decisões mencionam ambas, uma menciona apenas o RE e uma menciona só a ADPF.

Entre essas 26 decisões, cinco se referem a questões ambientais e uma ao tema das faltas disciplinares e não serão consideradas no levantamento a seguir. Das 20 restantes, 14 decisões consideraram procedentes total ou parcialmente os pedidos realizados pelos autores da ação: adequação da população carcerária aos limites físicos do presídio, seja através de redução do número de presos ou de não admissão de novos reclusos; garantia de acesso à saúde, através da implementação ou manutenção de equipes médicas nos estabelecimentos prisionais; garantia de acesso à educação, através do oferecimento de ensino fundamental e médio em um presídio feminino; realização de reformas nos edifícios em questão; e, por meio do provimento de uma liminar de tutela de urgência, a oferta de água potável e colchão aos presos.

Dentre essas 14 decisões favoráveis, há quatro que não mencionam a ADPF ou RE e se baseiam em outros argumentos, como a observância de normas constitucionais já existentes e de normativas internacionais, conjugadas com a grave violação de direitos fundamentais – como a dignidade da pessoa humana. E indicam que não se trata de “ingerência indevida”, mas de “cumprimento do dever constitucional”<sup>79</sup>. Merece destaque uma decisão que anula a sentença de primeira instância – que havia julgado improcedente o pedido do Ministério Público de não admitir novos detentos em unidade superlotada e realizar obras emergenciais – e determina nova instrução probatória. Nessa decisão, o relator indica que está de acordo com a posição do juiz de primeiro

78 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Decisão monocrática em processo nº 2189616-04.2016.8.26.0000**. Requerente: Estado de São Paulo. Requerido: MM Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Andradina. Paulo Dimas Mascaretti. São Paulo, 19 set. 2019; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Decisão monocrática em processo nº 2233862-51.2017.8.26.0000**. Requerente: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Requerida: MMA. Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Garça. Paulo Dimas Mascaretti. São Paulo, 22 jan. 2018; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Decisão monocrática em processo nº 2127551-36.2017.8.26.0000**. Requerente: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Requerido: MM. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Vicente. Paulo Dimas Mascaretti. São Paulo, 24 jul. 2017. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Decisão monocrática em processo nº 2085454-21.2017.8.26.0000**. Requerente: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Requeridos: MM. Juizes de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Vicente e 2ª Vara da Comarca de Mongaguá. Paulo Dimas Mascaretti. São Paulo, 31 de maio de 2017.

79 Nesse sentido, discorre o Des. Antonio Cortez: “De fato, não mais prevalece o dogma absoluto da incensurabilidade dos atos da Administração Pública pelo Judiciário, assim como não se admite a mera sobreposição de um juízo valorativo judicial ao do administrador. [...] Reconhecer e garantir a efetividade de direitos não implica ingerência indevida do Poder Judiciário na área de atuação de outro Poder, mas efetivo cumprimento de seu próprio dever constitucional, que há de ser exercido mesmo contra o Estado.”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão nº 0029550-40.2010.8.26.0309. Relator: Des. Antonio Celso Aguilar Cortez. São Paulo, 30 set. 2016, p. 6.

grau, segundo a qual “não poderia o Judiciário imiscuir-se nos assuntos relacionados à política pública penitenciária”. Mas, diante do RE 592.581, diz o relator: “curvo-me ao posicionamento firmado pelo C. STF [...]”<sup>80</sup>

Mas há também uma decisão que menciona a ADPF e o RE e nega os pedidos formulados na ação. No acórdão em questão, destaca-se o trecho em que se reconhece que o STF “já sinalizou para o conjunto do Poder Judiciário a necessidade de observância da inafastabilidade de jurisdição nesse tipo de controvérsia” mas que, por outro lado, a decisão proferida na ADPF tem “caráter provisório” e “restrito alcance” tendo em vista que somente os pedidos sobre as audiências de custódia e FUNPEN foram concedidos<sup>81</sup>.

Por último, vale pontuar que, das nove decisões que não mencionam nem o RE nem a ADPF, cinco determinam ou mantêm a decisão desfavorável aos autores da ação. São três pedidos de remoção de presos para outros estabelecimentos prisionais, por conta de superlotação e más condições dos estabelecimentos (um deles também requer a interdição da cadeia pública em questão); um pedido sobre assistência de saúde; e um de construção de nova unidade de internação da Fundação Casa.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A epígrafe deste texto parece reconhecer a existência do problema carcerário, mas vincula-o “puramente” ao poder executivo, isto é, à ampliação do sistema prisional por intermédio da construção de novas vagas. A experiência colombiana escancara o fracasso desse tipo de estratégia.

Este texto procurou mostrar que essa forma de compreender o problema carcerário subtrai o papel central que o poder judiciário pode e deve desempenhar tanto no curto prazo – modificando diretamente a situação das pessoas em privação de liberdade, como no caso do recém julgado HC coletivo – quanto no médio e longo prazo – por intermédio das medidas de desencarceramento elencadas pelos autores da ADPF 347. Ainda que negados cautelarmente esses pedidos, foi possível observar que a declaração do estado de coisas inconstitucional está reverberando em outras decisões do STF e também do TJSP.

Abre-se aqui uma ampla agenda de pesquisas sobre a extensão e o alcance das fissuras que o STF está provocando no modelo cristalizado de separação de poderes em matéria de penas. Ao lado do monitoramento da repercussão dessas decisões em outros tribunais e nos anos que estão por vir, é imprescindível repertoriar também se, e de que modo, estão reverberando nas decisões tomadas cotidianamente nas audiências de custódia, nas sentenças condenatórias e no decorrer do processo de execução.

Do levantamento realizado neste texto não é possível inferir que as decisões de 2015 do STF – ADPF 347 e RE 592.581 – tenham se tornado um divisor de águas no modo como o TJSP decide os recursos em ações civis públicas ou nos pedidos de suspensão dirigidos à Presidência do Tribunal. Mas, como se viu, estão pro-

80 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão em Apelação nº 0004883-94.2014.8.26.0326. São Paulo, 19 maio. 2016.

81 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Decisão em Agravo de Instrumento nº 2068844-75.2017.8.26.0000. Relator: Des. Luciana Bresciani. São Paulo, 24 ago. 2017.

vocando o Tribunal a levar as “dramáticas condições carcerárias” em consideração, a “se curvar” ao entendimento do STF ou, ao menos, a indicar os limites da decisão cautelar. A menção frequente a essas decisões, nos dois anos subsequentes, não pode ser negligenciada. Ao contrário, pode indicar, se lidas com otimismo, que as fissuras no modelo cristalizado de separação de poderes em matéria penal estão encontrando eco até mesmo em instâncias historicamente refratárias a assumir sua parcela de responsabilidade pelo problema carcerário.

## REFERÊNCIAS

AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina: 1800-1940. In: MAIA, Clarissa; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz (org.). **História das prisões no Brasil**: volume 1. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 35-77.

ARIZA, Libardo José. La prisión ideal: intervención judicial y reforma del sistema penitenciario en Colombia. In: BONILLA, Daniel; ITURRALDE, Manuel (ed.). **Hacia un nuevo derecho constitucional**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2005.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: Junho/2017. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiU2Iyr-Zj0AhUhpZUCHV7UBIMQFnoECAQQAQ&url=http%3A%2F%2Fantigo.depen.gov.br%2FDEPEN%2Fdepen%2Fsisdepen%2Finfoopen%2Frelatorios-sinteticos%2Finfoopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf&usg=AOvVaw1URXVda23xcGT2y2XuCjsI>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Publicado em: 19 fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 118.533/MS**. Pacientes: Ricardo Evangelista Vieira de Souza; Robinson Roberto Ortega. Relator(a): Min. Carmen Lúcia. Brasília, 19 de setembro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4432320>. Acesso em 26 de mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 126.292/RJ**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de maio de 2016, p. 98. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**. Rio de Janeiro, 26 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 422.298/PR**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 07 de agosto de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 592.581/RS**. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 01 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do relator no Habeas Corpus n.º 143.641/SP**. Pacientes: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Decisão monocrática em processo n.º 2189616-04.2016.8.26.0000**. Requerente: Estado de São Paulo. Requerido: MM Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Andradina. Paulo Dimas Mascaretti. São Paulo, 19 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Decisão monocrática em processo n.º 2233862-51.2017.8.26.0000**. Requerente: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Requerida: MMA. Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Garça. Paulo Dimas Mascaretti. São Paulo, 22 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Decisão monocrática em processo n.º 2127551-36.2017.8.26.0000**. Requerente: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Requerido: MM. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Vicente. Paulo Dimas Mascaretti. São Paulo, 24 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Decisão monocrática em processo n.º 2085454-21.2017.8.26.0000**. Requerente: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Requeridos: MM. Juizes de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Vicente e 2ª Vara da Comarca de Mongaguá. Paulo Dimas Mascaretti. São Paulo, 31 de maio de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Acórdão n° 0029550-40.2010.8.26.0309**. Relator: Des. Antonio Celso Aguilar Cortez. São Paulo, 30 set. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Decisão em Agravo de Instrumento n° 2068844-75.2017.8.26.0000**. Relator: Des. Luciana Bresciani. São Paulo, 24 ago. 2017.

BUSTAMANTE PEÑA, Gabriel. **Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas**. 2011. Maestría (Estudios Políticos) – Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, D.C., 2011. Disponível em: [http://participaz.com/images/pdf/Capitulo6/estado\\_de\\_cosas\\_inconstitucional.pdf](http://participaz.com/images/pdf/Capitulo6/estado_de_cosas_inconstitucional.pdf). Acesso em: 01 jun. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao estado de coisas inconstitucional**. 248 p. Tese (Doutorado). Programa de Pós-graduação em Direito: Universidade Estadual do Rio de Janeiro. 2015. Disponível em: [http://www.bdtd.uerj.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=8742](http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=8742). Acesso em: 07 jul. 2020.

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. **Uma espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do sistema de justiça paulista com as disputas da política convencional**. 336 p. Tese (doutorado) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2204/browse?value=Cardoso%2C+Luciana+Zaffalon+Leme&type=author>. Acesso em: 23 mar. 2018.

CARRANZA, Elías. Cárcel y justicia penal: el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas, y una política integral de seguridad de los habitantes frente el delito. *In*: CARRANZA, Elías (coord.). **Criminalidad, cárcel y justicia penal en America Latina y el Caribe**. México: Siglo XXI Editores, 2009. p. 53-126.

COLETIVO DE ADVOGADOS DE DIREITOS HUMANOS. **Habeas Corpus Coletivo com pedido liminar**. 8 de maio de 2017, p. 3. Disponível em: <https://cadhu.wordpress.com/2018/02/27/leia-a-integra-do-habeas-corpus-coletivo-do-cadhu-peticao-inicial-documentos-amici-curiae-e-decisoes/>. Acesso em: 28 mar. 2018.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia 559/97**. Bogotá, 6.11.1997. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela n. 153/98**. Magistrado Responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28 de abril de 1998. Disponível em: <https://app.vlex.com/#vid/43561621>. Acesso em: 27 mar. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Tibi vs. Equador**. Sentença de 7 de setembro de 2004, voto de Sergio García Ramírez, p. 17. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf). Acesso em: 27 mar. 2018.

DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 9, n. 2, p. 155-176, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12258>. Acesso em: 03 jul. 2020.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. **Estadão**, 19 de setembro de 2015. Disponível em: <http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em: 27 mar. 2018.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito penal constitucional: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político**. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

FERREIRA, Carolina Cutrupi; FERREIRA, Luisa Moraes Abreu; VILARDI, Naiara; MACHADO, Maíra Rocha. O problema prisional nas ações civis públicas julgadas pelo TJSP. *In*: MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (coord.). **Carandiru não é coisa do passado**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015, p. 439-467. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13989>. Acesso em: 28 mar. 2018.

GARAVITO, César Rodríguez. Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional**. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. Disponível em: [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_185.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf). Acesso em: 03 jul. 2020.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Propostas para reduzir a superlotação e melhorar o sistema penitenciário**. 02 fev. 2017, p. 15. Disponível em: <https://iddd.org.br/propostas-para-reduzir-a-superlotacao-e-melhorar-o-sistema-penitenciario/>. Acesso em: 27 mar. 2018.

INTER-AMERICAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. **Report on the Human Rights of Persons Deprived of Liberty in the Americas**. 2011, p. 2. Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/pdl/docs/pdf/ppl2011eng.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

- LAGE, Daniel; BRUGGER, Andrey. Estado de coisas inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 193-240, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/29042>. Acesso em: 14 nov. 2021.
- LEAL, César Barros. **Execução penal na América Latina à luz dos direitos humanos: viagem pelos caminhos da dor**. Curitiba: Juruá, 2009.
- MACHADO, Maíra Rocha. Entre a lei e o juiz: Os processos decisórios na definição de penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 126, p. 181-222, dez, 2016.
- MACHADO, Maira Rocha. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 7, n. 2, maio/ago. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v7i2.60692>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60692/41975>. Acesso em: 14 nov. 2021.
- MACHADO, Maíra Rocha; BARROS, Matheus de; GUARANHA, Olívia Landi Corrales; PASSOS, Julia Adib. Penas alternativas para pequenos traficantes: os argumentos do TJSP na engrenagem do superencarceramento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 604-629, abr. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5155/0>. Acesso em: 14 nov. 2021.
- MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, e1916, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201916>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322019000200203&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000200203&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 03 jul. 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- PÁEZ, Nicolás Augusto Romero. La doctrina del estado de cosas inconstitucional en Colombia: novedades del neoconstitucionalismo y “la inconstitucionalidad de la realidad”. **Derecho Público Iberoamericano**, Santiago, n. 1, p. 243-264, out. 2012. Disponível em: <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/19>. Acesso em: 03 jul. 2020.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os Sete Impasses do Controle da Administração Pública no Brasil. In: Marcos Augusto Perez; Rodrigo Pagani de Souza. (org.). **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 21-38.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. Estado de Coisas Surreal. **JOTA**, 25 de setembro de 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-surreal-25092015>. Acesso em: 27 mar. 2018.
- SANTOS, Helena; Vieira, José; DAMASCENO, Luana e CHAGAS, Tainá. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 2595-2612, 2015.
- SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Futuro pretérito da prisão e a razão cínica do grande encarceramento: três momentos de emergência de discursos, expectativas e experiências acumuladas em torno do conceito de prisão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 131, p. 145-185, maio 2017.
- SINHORETTO, Jacqueline; SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. O encarceramento em massa em São Paulo. **Tempo soc.**, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 83-106, jun. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-20702013000100005>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702013000100005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702013000100005&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 07 jul. 2020
- SOARES, Renata Araújo. **O Estado de coisas inconstitucional e a calamidade do sistema penitenciário: diretrizes constitucionais para uma política transversal de segurança pública**. 152 p. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito: Universidade Federal do Rio Grande do Norte. 2018. Disponível em: [https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/26696/1/Estadocoisasinconstitucional\\_Soares\\_2018.pdf](https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/26696/1/Estadocoisasinconstitucional_Soares_2018.pdf). Acesso em: 07 jul. 2020.
- STEINMETZ, Wilson; DE MARCO, Cristhian Magnus. A integridade física e moral dos presos: a intervenção do poder judiciário na política carcerária e a decisão do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário n. 592.581. **EJLL-Espaço Jurídico: Journal of Law**, Chapecó, v. 16, n. 2, p. 655-666, ago. 2015. DOI: <https://doi.org/10.18593/ejll.v16i2.8546>. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/8546>. Acesso em: 14 nov. 2021.
- VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- WALMSLEY, Roy. **World Prison Population List**. [s.l.]: Institute for Criminal Policy Research, 2015. Disponível em: [http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world\\_prison\\_population\\_list\\_11th\\_edition\\_0.pdf](http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf). Acesso em: 27 mar. 2018.
- YEPES, Rodrigo Uprimny. GUZMÁN, Diana Esther. Las Cárceles en Colombia: entre una Jurisprudencia Avanzada y un Estado de Cosas Inconstitucionales. In: SEGURA, Juan David Posada (coord.). **III Simposio Internacional Penitenciario y de Derechos Humanos**. Medellín: Universidad de San Buena Ventura, 2010, p. 145-164. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/memoriasiisimposiointernacional.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

# CAPÍTULO 11

## A POLÍCIA JUDICIÁRIA NO ESTADO DE DIREITO E SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: POR UM CONTROLE DEMOCRÁTICO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA<sup>1</sup>

Raquel Kobashi Gallinati Lombardi

No Estado Democrático de Direito, conformado pelo legislador Constituinte como garantidor da cidadania e promotor da dignidade humana, a Segurança Pública é dever do Poder Público, bem como direito e responsabilidade de todos, a ser realizada para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, nos termos do artigo 144 da Carta Magna de 1988.

A Polícia Judiciária, em sua acepção genuína, retrata a atividade estatal consubstanciada na apuração das infrações penais bem como no auxílio amplo à prestação jurisdicional penal. Logo, demanda permanente integração com o Poder Judiciário, com a acusação (pública ou privada) e com a defesa (também pública ou particular), e representa função essencial à Justiça desempenhada pelas Polícias Cíveis e Polícia Federal.

Vale lembrar que a [Constituição Federal](#), em seu artigo 144, § 1º, inciso I, atribui à Polícia Federal “apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei” e, no inciso IV, acrescenta que lhe compete ainda “exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”. Ainda no § 4º do mesmo artigo, dispõe que às Polícias Cíveis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, “ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Observando os citados dispositivos constitucionais sob a concepção de Fautin Helie<sup>2</sup>, verifica-se que a atividade de Polícia Judiciária constitui espécie de instrução preparatória extrajudicial, consistente em perscrutar fatos criminosos logo que constatados, em receber notícias de casos delitivos, em apreender as provas e indícios disponíveis, atuação esta que precede a instrução em juízo e, nesse esteio, revela-se como função primordial à Justiça. A atividade de Polícia Judiciária integra o processo penal de um Estado de Direito, que pri-

<sup>1</sup> Versão de artigos publicados no site do Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo. [http://www.sindpesp.org.br/noticias\\_det.asp?nt=1321](http://www.sindpesp.org.br/noticias_det.asp?nt=1321) / [http://www.sindpesp.org.br/noticias\\_det.asp?nt=2477](http://www.sindpesp.org.br/noticias_det.asp?nt=2477)

<sup>2</sup> Traite de l'instruction criminelle, 1866, p. 5 apud PEREIRA, Eliomar da Silva. Direito de Polícia Judiciária: introdução às questões fundamentais. **Corpus Delicti: Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, ano 1, n. 1, p. 25-58, jan./jul. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.31412%2Frdpj.v1i1.470>. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RDPJ/article/view/470/278>. Acesso em: 14 nov. 2021.

ma pela garantia dos direitos fundamentais, pautando-se ainda pelos princípios gerais do direito que permitem solucionar conflitos ou situações não previstas em lei.

Isto porque, a atividade de Polícia Judiciária – função essencial não apenas à Segurança Pública, mas, sobretudo, à Justiça Criminal – repercute na esfera das liberdades individuais. Pode restringir a liberdade, como ocorre na prisão em flagrante delito e nas custódias preventiva ou temporária, atingir o patrimônio como se observa na apreensão e no sequestro de bens, e abalar a privacidade e a intimidade das pessoas, como se vê na interceptação telefônica e em outras medidas cautelares próprias da investigação policial. Por tais razões, a atividade deve se pautar na tutela da dignidade humana, da legalidade, da igualdade, do devido processo e das demais garantias processuais penais.

No modelo brasileiro, a Polícia Judiciária não se restringe à concepção de função essencial à Justiça, como conceitua Helie. Revela também órgãos essenciais à Justiça. É nesse contexto que se inserem discussões acerca da autonomia institucional e funcional das instituições de Polícia Judiciária. A sua constituição como órgão autônomo no processo penal é ainda debatida, e permanece no meio do caminho, tanto em âmbito doutrinário quanto legislativo<sup>3</sup>.

A investigação criminal levada a cabo pelos órgãos de Polícia Judiciária materializa a etapa extrajudicial e está a serviço do processo penal. Como assevera Lopes Jr.<sup>4</sup>, a investigação criminal tem o objetivo imediato de garantir a eficácia do funcionamento da Justiça e atinge seu objetivo independentemente de resultar em acusação ou na justa liberação de um suspeito, desde que respeite a dignidade humana e os preceitos do devido processo legal.

Na atualidade do sistema de Segurança Pública e Justiça Criminal, as atribuições da Polícia Judiciária sinalizam um modelo de base acusatória, com definição clara das funções de investigar, acusar, defender e julgar, agindo colaborativamente para a consecução da Justiça Criminal, o que denota função instrumental à justa prestação jurisdicional, no sentido de apurar os fatos de modo imparcial e amearhar lastro probatório tanto para viabilizar a punição de um criminoso, quanto para a correta absolvição de um inocente, na busca da verdade atingível e na reconstrução legítima dos eventos investigados<sup>5</sup>.

Para Zaccariotto, num Estado comprometido com a efetiva defesa das instituições democráticas e voltado à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, as atividades policiais devem se limitar à investigação, à prevenção e à execução das funções auxiliares da jurisdição e da administração penal. Para ele, a polícia ju-

3 PEREIRA, Eliomar da Silva. Direito de Polícia Judiciária: introdução às questões fundamentais. *Corpus Delicti: Revista de Direito de Polícia Judiciária*, Brasília, ano 1, n. 1, p. 25-58, jan./jul. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.31412%2Frdpj.v1i1.470>. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RDPJ/article/view/470/278>. Acesso em: 14 nov. 2021. Nesse sentido, observa-se a PEC 412/2009, que trata da autonomia funcional, administrativa e orçamentária da Polícia Federal e que está atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=453251>. Acesso em 30 out. 2018.

4 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal: e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

5 MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JÚNIOR, Jaime. *Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 35-39.



diciária garantista é a ‘única compatível com o Estado Democrático de Direito brasileiro’<sup>6</sup>. Na mesma direção segue Luigi Ferrajoli<sup>7</sup>, pensador contemporâneo do Garantismo Penal, que sustenta:

Na lógica do Estado de Direito as funções de polícia deveriam ser limitadas a três atividades apenas: a atividade investigativa com respeito aos crimes e aos ilícitos administrativos; a atividade de prevenção de uns ou de outros, e aquelas executivas e auxiliares da jurisdição e da administração. [...] Em particular, a polícia judiciária destinada à investigação dos crimes e a execução dos provimentos jurisdicionais, deveria ser separada rigidamente dos outros corpos de polícia e dotada, em relação ao Executivo, das mesmas garantias de independência que são asseguradas ao Poder Judiciário do qual deveria, exclusivamente, depender.

Tornaghi<sup>8</sup>, por sua vez, em estudo do conceito de autoridade, explicita que este está diretamente ligado ao poder de Estado: autoridade é o titular e portador dos deveres e direitos do Estado, compondo-lhe a pessoa jurídica. Nesse sentido a Polícia Judiciária exerce o poder-dever do Estado de manutenção da ordem e segurança públicas, detendo parcialmente o poder punitivo estatal.

Em consequente, a divisão do poder punitivo é apontada como um elemento essencial do processo penal no Estado de Direito.

Considerando-se a existência de dois modelos, o inglês e o europeu continental, a despeito das funções de investigar e acusar estarem divididas ou unificadas em um único órgão estatal, é certo que, no Estado de Direito, o poder punitivo estatal não pode se concentrar em um único órgão, sob pena de repetição da época inquisitória, de arbitrariedades, barbáries e injustiças.

Não basta, portanto, que exista apenas uma divisão instrumental, mera separação de tarefas. Mister que se considere a Polícia Judiciária enquanto órgão e, mais que isso, enquanto instituição a ser dotada de imprescindível autonomia institucional, administrativa e funcional. Resta claro que a autonomia funcional das instituições de Polícia Judiciária não só está em conformidade com o Estado Democrático de Direito, coadunando-se com os postulados da [Constituição Federal](#), como também propicia o correto atendimento da vocação que a Lei Maior confere a tais órgãos estatais. Há natural premência do fortalecimento da autonomia das instituições de polícia judiciária, para que não fiquem sujeitas a abjetas ingerências espúrias.

Destarte, é a correta compreensão do significado do Estado de Direito que reclama uma maior autonomia às instituições de Polícia Judiciária, caminho salutar para uma melhor concretização das premissas democráticas, sobretudo no âmbito processual penal. É necessária a autonomia funcional para o idôneo desempenho dos comandos constitucionais, notadamente da investigação criminal, bem como a autonomia administrativa, para a elaboração de proposta orçamentária sem indevidos contingenciamentos de recursos. Nesse esteio hou-

6 ZACARIOTTO, José Pedro A. **Polícia judiciária no estado democrático de direito**. Sorocaba: Brazilian Books, 2005. p. 145.

7 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 617.

8 TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1977-1978. p. 240 e seguintes.

ve recente pronunciamento do Ministro Barroso<sup>9</sup>, do Supremo Tribunal Federal, ao autorizar o indiciamento do atual Presidente da República, Michel Temer: “O indiciamento é ato expressamente previsto em lei, que não ressalva de sua incidência os ocupantes de cargos públicos. Impedir o indiciamento apenas de uma classe de pessoas, sem fundamento constitucional ou legal, configuraria uma violação aos princípios da igualdade e da República, ao conferir um privilégio exclusivo e injustificado a determinadas autoridades”, afirmou.

A atividade de polícia judiciária-investigativa exercida pelas Polícias Cíveis e Federal é relevante, e indispensável à repressão penal eficaz, na medida em que são as instituições aptas a combater a impunidade e a criminalidade em sua origem, e atuar conjuntamente nas prevenções primária, secundária e terciária, motivos pelos quais demandam investimento do Poder Público para a melhor gestão do sistema de Segurança Pública e Justiça Criminal.

O objetivo da ordem constitucional é proporcionar bem-estar coletivo, ao elevar a Segurança Pública ao rol de direitos sociais. Sua ausência ou insuficiência prática inibe o pleno exercício de outros direitos fundamentais. A saúde, a educação, o lazer, a moradia são afetados pela falta de Segurança Pública e pela carência de Justiça Criminal decorrentes do desprezo aos recursos destinados às instituições de Polícia Judiciária. Dotar tais órgãos de autonomia implica fortalecimento do Estado Democrático de Direito, pela compreensão da intrínseca ligação entre os direitos sociais, como uma malha de interdependência prejudicada sempre que um de seus vetores essenciais não consiga funcionar a contento.

Com efeito, à luz da concepção garantista de Ferrajoli, como função essencial à Justiça Criminal, a autonomia das instituições de polícia judiciária, enquanto premissa que fundamenta a reta atuação e proporciona o desenvolvimento da Segurança Pública, não traduz mera pauta policial ou opção política de governo, mas sim autêntico avanço do Poder Público para consagrar uma Polícia de Estado revestida dos valores da cidadania e dos direitos fundamentais.

Em nossa ordem constitucional, no Estado Democrático de Direito, a segurança figura como um direito fundamental, nos termos do artigo 5º, *caput*, e está estabelecida também nos artigos 6º, *caput*, na condição de direito social e no artigo 144, *caput*, todos da Constituição Federal, como dever do Estado, no sentido de Segurança Pública<sup>10</sup>, direito e responsabilidade de todos, discriminando que caberá às polícias o seu exercício. Disto decorre que a Segurança Pública é tomada enquanto direito social, e não somente como prestação de serviço público ou manutenção da ordem pública. Conforme ensina Paulo Bonavides,

toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição e ambas – a teoria dos direitos humanos e a teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção de Estado, da Constituição e da Cidadania<sup>11</sup>.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4621 Distrito Federal. Publicação. DJE

DJE nº 227, divulgado em 24/10/2018. Decisão Monocrática. Disponível: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5262819>. Acesso em: 14 nov. 2021.

10 FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Segurança pública**: fundamentos jurídicos para uma abordagem constitucional. São Paulo: Atlas, 2014.

11 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 51.

A juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais são os três pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito<sup>12</sup>, e foram previstos pela Constituição Federal, nos artigos 1º a 3º, os quais afirmam princípios que consagram os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro. Cunha Martins afirma que

o sistema processual de inspiração democrático-constitucional só pode conceber um e um só ‘princípio unificador’: a democraticidade; tal como só pode conceder um e um só modelo sistêmico: o modelo democrático. Dizer ‘democrático’ é dizer contrário de ‘inquisitivo’, é dizer contrário de ‘misto’ e é dizer mais do que ‘acusatório’<sup>13</sup>.

Nesse esteio, para afirmarmos a Polícia Judiciária no Estado Democrático, cabe lembrar que ele detém o poder político, no qual se inclui o monopólio do uso da força física, tendo por objetivos primordiais a manutenção da ordem social, o controle da violência e, assim, a manutenção da ordem pública. O Constituinte de 1988 foi além da ideia de três poderes para alcançar uma organização de órgãos autônomos reunidos em mais funções, partindo da ideia de que o Estado é uno, conseqüentemente seu poder também o é. Assim, a máxima efetividade democrática é alcançada por meio da distribuição de funções por meio de seus órgãos.

Nesse contexto, a autonomia da Polícia Judiciária embasa-se nesta divisão de poder e é característica indispensável para o seu funcionamento, assim como a autonomia dos demais órgãos responsáveis pela execução das atividades estatais relacionadas à justiça e Segurança Pública, como o Poder Judiciário e o Ministério Público. Muito já se discutiu e firmada está a necessidade de um Ministério Público e de uma magistratura independentes para um sistema processual democrático, mas é preciso mais: há que se assegurar também a autonomia da Polícia Judiciária, como se verá. A cada um é dado sua parcela de deveres e responsabilidades, como de autonomia (representando o poder partilhado) para o cumprimento desses deveres.

Este poder e autonomia, contudo, devem observar parâmetros determinados: a evolução dos direitos humanos – em especial os direitos previstos nas Declarações Internacionais de Direitos e positivados constitucionalmente – elevaram a Segurança Pública ao patamar de um direito (e não mais somente de uma prerrogativa do Estado), constituindo-se assim, também dever estatal, constando do rol dos direitos sociais de um grande número – para não dizer da totalidade – das nações do mundo, inclusive do Brasil. Esta condição tem em si imbricada a ideia de que, também, a Segurança Pública tem por premissa o respeito aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, que consubstanciam a primeira limitação ao exercício da atividade policial. No entendimento de Goldstein

12 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8 ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007. p 26.

13 PRADO, Geraldo, MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. **Decisão judicial** – a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 80.

a polícia não está apenas obrigada a exercer sua limitada autoridade em conformidade com a Constituição e, por meios legais, aplicar suas restrições: também está obrigada a observar que outros não infrinjam as liberdades garantidas constitucionalmente<sup>14</sup>.

O controle das atividades públicas pode ser exercido através de duas formas: 1 – Prestação de Contas (Accountability): controle na obrigação dos integrantes dos órgãos públicos e representantes políticos de prestarem contas tanto às instâncias controladoras, bem como à população, das suas atividades com transparência; 2 – Capacidade de Resposta (Responsiveness): respostas no sentido de esclarecer a forma como políticos priorizam as suas diferentes decisões de políticas públicas.

Além desta limitação constitucional, a atividade da Polícia Judiciária deve obedecer a uma outra limitação, a dos controles interno e externo. O controle interno é exercido por meio da ação das Corregedorias, e o externo pelo próprio Poder Judiciário, tanto pela fiscalização de sua atividade-fim pelo do Ministério Público, e o controle popular por qualquer do povo através das ouvidorias. Mister compreender que a autonomia “é identificada na regra geral de outorga da legitimidade pela sociedade durante a criação legislativa, neste sentido, o Delegado de Polícia é investido das prerrogativas do seu cargo e designado a decidir dentro dos estritos balizamentos legais”, segundo Guilherme da Cunha Werner<sup>15</sup>. Para o autor “suas decisões são de cunho jurisdicional, uma vez que, ao decidir, aplica as normas legais, subsumindo-as ao caso concreto, as decisões proferidas encontram duplo suporte nos conhecimentos jurídico-legais e nas habilidades e experiências técnico-profissionais”<sup>16</sup>.

Tratando-se então do binômio autonomia/controle, filiamo-nos ao entendimento de Roberto Maurício Genofre<sup>17</sup>, que crê que a exclusão do Poder Judiciário na investigação policial não é compatível com os preceitos maiores da legislação pátria, pois “qualquer diminuição do sistema de controle e fiscalização nesta seara representa uma perda substancial na luta pela defesa dos direitos impostergáveis do cidadão”: é com base nas premissas democráticas que se estrutura um sistema de investigação criminal eficiente e que tenha por objetivo primordial tornar efetivo o princípio da dignidade da pessoa humana.

A crítica que ora se estabelece é a do excesso de controle sobre a atividade da Polícia Judiciária que em sua função de investigar e de garantir direitos e garantias fundamentais por decisões próprias em seus contornos de responsabilidade criminal, pelos elementos verdade, democraticidade e constitucionalidade, principalmente em sua função de concessão de cautelar da liberdade, reconhecido pela CIDH como função materialmente judicial, ainda que emanado de autoridade administrativa, ao interpretar o artigo 7.5, “ou outra autoridade que

14 GOLDSTEIN, Herman. **Policiando uma sociedade livre**. Tradução: Marcello Rollemberg. 9. ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2003. (Série Polícia e Sociedade, n. 9, p. 28 – Organização Nancy Candia).

15 WERNER, Guilherme Cunha. Isenção Política na Polícia Federal: A autonomia em suas dimensões administrativa, funcional e orçamentária. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 17-63, Edição Especial – jul./dez 2015. p. 18. DOI: <http://dx.doi.org/10.31412%2Frbcp.v6i2.383>. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/383/247>, Acesso em: 14 nov. 2021.

16 WERNER, Guilherme Cunha. Isenção Política na Polícia Federal: A autonomia em suas dimensões administrativa, funcional e orçamentária. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 17-63, Edição Especial – jul./dez 2015. p. 18. DOI: <http://dx.doi.org/10.31412%2Frbcp.v6i2.383>. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/383/247>, Acesso em: 14 nov. 2021.

17 GENOFRE, Roberto Maurício. O papel do juiz criminal na investigação criminal. **Boletim da Associação dos Juizes para a Democracia**, n. 23, jan./mar. 2001. p. 9.

exerce função judicial”, in verbis: “as ditas características não correspondem somente aos órgãos estritamente jurisdicionais, mas que as disposições do artigo 8.1 da Convenção se aplicam também as decisões de órgãos administrativos”, pois função fora da reserva absoluta da jurisdição.

Guilherme Cunha Werner bem demarca em seus estudos que o apoderamento, a usurpação e a desestruturação são “a antítese da autonomia em suas dimensões administrativa, funcional e orçamentária, respectivamente”<sup>18</sup>, apontando estes três paradigmas como sendo fulcrais para uma correta análise do binômio autonomia/controle da atividade da Polícia Judiciária, chamando a atenção para o fato de que

Cada Instituição deve cumprir com rigor o seu papel designado pela Constituição Federal e ser estruturalmente bem constituída. A Polícia Judiciária da União, neste contexto, deve ter autonomia administrativa, funcional e financeira, representam os pilares da sustentação de uma instituição republicana, eficiente, isenta e imparcial<sup>19</sup>.

Indubitável que o Delegado de Polícia exerce verdadeiro poder decisório sobre os contornos da responsabilidade criminal, e para isso, após o processo de redemocratização, tornou mais do que ultrapassada a ideia estanque de divisão de poderes, não se confundindo com funções do Estado. E a esta, explicitamente disposta no artigo 2º da [Lei 12.830/2013](#), que no microcosmo político democrático implica dizer em total possibilidade de exercer verdadeiro controle difuso de constitucionalidade e no plano internacional, para efetivação dos tratados de direitos humanos, controle de convencionalidade.

Segundo Werner<sup>20</sup>, o controle externo da atividade de Polícia Judiciária efetuado pelos representantes dos Ministérios Públicos Estaduais e da União, nos moldes como vem sendo desenvolvido, não atende aos preceitos constitucionais originariamente concebidos, uma vez que distorce a natureza da atividade da investigação em sua essência, fortalece a ingerência do Poder Executivo, afasta a apreciação do Poder Judiciário e, por conseguinte o controle de legalidade; e possibilita a invasão da competência constitucional por meio de usurpação de função e procedimentos de investigação seletiva.

Portanto, o controle externo da polícia judiciária deve ser exercido respeitando os ditames constitucionais sob pena de comprometer a própria investigação criminal, a transparência, o tratamento igualitário às partes, e a estabilidade do Estado Democrático de Direito.

18 WERNER, Guilherme Cunha. Isenção Política na Polícia Federal: A autonomia em suas dimensões administrativa, funcional e orçamentária. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 17-63, Edição Especial – jul./dez 2015. p. 18. DOI: <http://dx.doi.org/10.31412%2Frbcp.v6i2.383>. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/383/247>, Acesso em: 14 nov. 2021.

19 WERNER, Guilherme Cunha. Isenção Política na Polícia Federal: A autonomia em suas dimensões administrativa, funcional e orçamentária. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 17-63, Edição Especial – jul./dez 2015. p. 59. DOI: <http://dx.doi.org/10.31412%2Frbcp.v6i2.383>. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/383/247>, Acesso em: 14 nov. 2021.

20 WERNER, Guilherme Cunha. Isenção Política na Polícia Federal: A autonomia em suas dimensões administrativa, funcional e orçamentária. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 17-63, Edição Especial – jul./dez 2015. p. 18. DOI: <http://dx.doi.org/10.31412%2Frbcp.v6i2.383>. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/383/247>, Acesso em: 14 nov. 2021.

## REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 412/2009**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=453251>. Acesso em 30 out. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4621 Distrito Federal. Publicação. DJE
- DJE nº 227, divulgado em 24/10/2018. Decisão Monocrática. Disponível: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5262819>. Acesso em: 14 nov. 2021.
- FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Segurança pública**: fundamentos jurídicos para uma abordagem constitucional. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GALLINATI, Raquel Kobashi. A Polícia Judiciária no Estado de Direito e seus princípios fundamentais. **Sindesp, Palavra de Delegado**, 8 nov. 2018. Disponível em: [http://www.sindesp.org.br/noticias\\_det.asp?nt=1321](http://www.sindesp.org.br/noticias_det.asp?nt=1321). Acesso em: 15 nov. 2021.
- GALLINATI, Raquel Kobashi. Delegados.com.br – por um controle democrático da Polícia Judiciária. **Sindesp**, 06 jan. 2020. Disponível em: [http://www.sindesp.org.br/noticias\\_det.asp?nt=2477](http://www.sindesp.org.br/noticias_det.asp?nt=2477). Acesso em: 15 nov. 2021.
- GENOFRE, Roberto Maurício. O papel do juiz criminal na investigação criminal. **Boletim da Associação dos Juizes para a Democracia**, n. 23, jan./mar. 2001.
- GOLDSTEIN, Herman. **Policinando uma sociedade livre**. Tradução: Marcello Rollemberg. 9. ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2003. (Série Polícia e Sociedade, n. 9, p. 28 – Organização Nancy Candia).
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**: e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JÚNIOR, Jaime. **Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal**. Salvador: JusPodivm, 2018.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. Direito de Polícia Judiciária: introdução às questões fundamentais. **Corpus Delicti: Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, ano 1, n. 1, p. 25-58, jan./jul. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.31412%2Frdpj.v1i1.470>. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RDPJ/article/view/470/278>. Acesso em: 14 nov. 2021.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8 ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.
- PRADO, Geraldo, MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. **Decisão judicial** – a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1977-1978.
- WERNER, Guilherme Cunha. Isenção Política na Polícia Federal: A autonomia em suas dimensões administrativa, funcional e orçamentária. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 17-63, Edição Especial – jul./dez 2015. p. 18. DOI: <http://dx.doi.org/10.31412%2Frbcp.v6i2.383>. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/383/247>, Acesso em: 14 nov. 2021.
- ZACARIOTTO, José Pedro A. **Polícia judiciária no estado democrático de direito**. Sorocaba: Brazilian Books, 2005.

# CAPÍTULO 12

## ENTREVISTA: REPRESENTATIVIDADE DA MULHER NA POLÍCIA MILITAR

### ENTREVISTADA: ANA PAULA DE OLIVEIRA NASCIMENTO JANKAUSKAS

Michele Matias Malheiro Assad

*Entrevista concedida pela policial militar Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas, com roteiro prévio<sup>1</sup>*

**Michele Matias Malheiro Assad:** Por que a senhora resolveu ingressar na carreira militar? Foi influenciada por alguém nessa escolha?

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** O meu avô e o meu pai (3º Sargento da Polícia Militar Jankauskas, hoje reformado) seguiram carreira militar. Eu queria entrar na Polícia Militar (PM) desde muito cedo, sempre vislumbrei a profissão do meu pai. A PM até hoje tem alguns projetos para a sociedade e para as famílias dos policiais militares, dentre eles as visitas aos batalhões, com intuito de aproximar-se da sociedade civil. Lembro-me que quando criança fui conhecer o batalhão que meu pai trabalhava, andei no carro de bombeiro, conheci as viaturas e isso me influenciou muito. Fiz faculdade de letras, mas no último ano da graduação eu tinha certeza que eu queria entrar na PM. Na época, em 2010, tomei conhecimento de um concurso para ocupar um cargo de soldado temporário, no serviço auxiliar voluntário, que me permitiria trabalhar nos quartéis da PM na área administrativa. Passei na seleção e trabalhei no Corpo de Bombeiros perto da casa dos meus pais. Após concluído o período do serviço militar voluntário, em menos de um ano fui aprovada no concurso público da PM.

**Michele Matias Malheiro Assad:** Qual cargo a senhora ocupa hoje na Instituição?

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** O meu posto hoje é cabo da PM. Trabalho no 5º Batalhão de Polícia de Choque – Canil, responsável pela formação e condução dos cães e atuo na equipe de cães de faro de explosivos e invasão tática.

**Michele Matias Malheiro Assad:** Quais responsabilidades compõem esse cargo? Qual é a sua rotina de trabalho?

<sup>1</sup> Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas iniciou sua carreira em 2010 como Soldado Temporário da Polícia Militar do Estado de São Paulo, onde ocupou até 2012 posto administrativo no Corpo de Bombeiros de Cotia, município em que residia na época. Em 2013, foi efetivada por meio de concurso público da Polícia Militar do Estado de São Paulo, como Soldado PM, e após, formada pela Escola Superior de Soldados, classificou-se em um Batalhão da região central de SP (13º Batalhão de Polícia Militar), local que permaneceu por quase três anos. Desde 2017 pertence ao corpo de efetivo do 5º Batalhão de Polícia de Choque – Canil, atuando como condutora e treinadora de cães farejadores de explosivos. Única mulher K9 a compor a equipe de invasões táticas com cães, composta pelos 4º e 5º Batalhões de Policiamento de Choque da Polícia Militar.

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** Atualmente sou responsável por dois cães de função: Jack – da raça Pastor Belga Malinois e Maximus – da raça Labrador. Sou responsável pela formação e condução desses cães como farejadores de explosivos, bem como por sua manutenção diária que compreende o rasqueteamento (escovar os pelos), manutenção do espaço destinado aos cães etc.

**Michele Matias Malheiro Assad:** A senhora é a única mulher da sua equipe? Alguma outra mulher exerceu essa função anteriormente?

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** Em 1997, com a visita do então Excelentíssimo Senhor Presidente dos Estados Unidos, Bill Clinton, passou a ser necessária na Polícia do Estado a utilização de cães farejadores de explosivos. Como a PM não disponha dessa ferramenta, a empresa American Airlines doou 02 cães farejadores de explosivos devidamente treinados. Na época, a 3ª Sargento PM Célia e o Soldado PM Camargo, que participaram desse processo, iniciaram os trabalhos com esses cães. Em 2017, fui convidada a participar da equipe de cães faro de explosivos, e hoje na PM do Estado de São Paulo, sou a única mulher trabalhando nessa modalidade.

**Michele Matias Malheiro Assad:** Como foi sua trajetória na Polícia Militar? Quais cargos ocupou?

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** Inicialmente, fui auxiliar voluntária da Polícia Militar do Estado de São Paulo, como soldado temporário, de 2010 a 2012, trabalhando no 18º Grupamentos de Bombeiros em Cotia. Depois ocupei o posto de soldado PM, no 13º Batalhão de Polícia Militar, onde permaneci de 2014 a meados de 2017, no policiamento de área. No ano de 2016, tive a oportunidade de realizar, através de seleção, o Curso de Cinotecnia, ministrado pelo então 3º Batalhão de Polícia de Choque – companhia Canil, (hoje 5º Batalhão de Polícia de Choque). Somente em 2017, após um período de afastamento em razão de saúde, foi publicada minha transferência para o Batalhão Canil e em 2018 após um convite, ingressei na equipe de cães de faro de explosivos.

**Michele Matias Malheiro Assad:** Quando trabalhou na linha de frente, atendendo ocorrências, foi desrespeitada por algum civil pelo fato de ser mulher? Na sua opinião, a população respeita homens e mulheres fardados da mesma forma?

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** Sim, várias vezes. Infelizmente ainda há uma grande parcela da população que desrespeita a mulher em todos os segmentos. A mulher fardada perante a visão de alguns era só “mais uma mulher”, enquanto que para outros a mulher fardada é sinônimo de força e coragem. Mas sim, o homem fardado é mais respeitado do que as mulheres em sua maioria.

**Michele Matias Malheiro Assad:** O primeiro grupo escolhido para compor a Polícia Feminina do Brasil recebeu o nome de “As 13 mais corajosas de 1955<sup>2</sup>”. Considerando que a palavra “coragem” vem do latim e

<sup>2</sup> História da PM. Disponível: <https://www.policiamilitar.sp.gov.br/institucional/historia-da-pm>. Acesso em: 26 ago. 2021.



significa “agir com o coração”, na sua opinião existem ocorrências que deveriam ser necessariamente atendidas por policiais mulheres?

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** Sim, e já acontece. Quando uma equipe em que não há mulheres se depara com uma situação em que a presença feminina se faz necessária, é solicitado o apoio da policial feminina. Já presenciei e apoiei ocorrências de violência doméstica, por exemplo.

**Michele Matias Malheiro Assad:** Por que no patrulhamento de rua as duplas de policiais militares são compostas por dois homens, ou homem e mulher, mas nunca por duas mulheres?

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** Infelizmente, a visão da sociedade ainda, em sua maioria, é machista. O desrespeito às mulheres ainda é grande, e existem situações em que se faz necessário o uso moderado da força e por vezes a presença masculina é fundamental. Acredito que, por parte da Instituição, isso ocorre visando a preservação da policial feminina.

**Michele Matias Malheiro Assad:** Como é a divisão dos Batalhões de Policiamento de Choque da Polícia Militar do Estado de São Paulo? Sabe dizer se existem mulheres em todos os batalhões?

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** Dividem-se em:

- 1º Batalhão de Polícia de Choque (Rota) – dispõe de mulheres apenas nas funções administrativas, mas não nas operacionais;
- 2º Batalhão de Polícia de Choque – atua na segurança de grandes eventos e praças desportivas, dispondo de mulheres nas funções operacionais e nas administrativas;
- 3º Batalhão de Polícia de Choque (Controle de Distúrbios Cíveis – CDC) – tem mulheres nas funções administrativas e nos pelotões de escolta;
- 4º Batalhão de Polícia de Choque – centraliza o Grupo de Ações Táticas Especiais (Gate) e não tem mulheres nas funções operacionais, mas há no pelotão de negociação, e o Comando e Operações Especiais (COE), onde não há mulheres em nenhuma das funções;
- 5º Batalhão de Polícia de Choque – Canil – há presença feminina nas funções administrativas e operacionais;
- RPMon (Cavalaria) – dispõe de mulheres operacionais e administrativas.

**Michele Matias Malheiro Assad:** Em que consiste o Curso de Cinotecnia do 5º Batalhão de Choque? Homens e mulheres passam pelos mesmos tipos de testes físicos e psicológicos ou há alguma diferenciação?

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** Curso que habilita a condução de cães de polícia e estuda o adestramento e o comportamento canino. A duração do curso foi de 45 dias, sendo dispostas atividades sem distinções de sexo.

**Michele Matias Malheiro Assad:** Em algum momento pensou em desistir?

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** Na última semana do curso de canil sofri um acidente com um cão aposentado, da raça Pastor Belga Malinois. Passei por uma microcirurgia que deixou meu braço sem movimentos por um tempo. Fiquei diante do seguinte dilema: não concluir o curso e perder a oportunidade, ou finalizá-lo com risco de infecção dos pontos da cirurgia.

Optei por finalizar o curso, e logo após a formatura precisei ficar hospitalizada por 13 dias devido à infecção. Fiquei três meses passando por sessões de fisioterapia e seis meses afastada das atividades.

Depois de recuperada, fiquei no batalhão de área até que saiu a transferência para o Batalhão de Choque canil, aguardando por quase 02 anos na lista de espera. Quando fui transferida, deparei-me com o trauma que desenvolvi em relação aos cães da raça Pastor Belga Malinois. A princípio não conseguia chegar perto desses cães, mas precisei vencer dia a dia meu medo.

**Michele Matias Malheiro Assad:** O Estado de São Paulo foi pioneiro na inclusão de policiais do sexo feminino na PM ([Decreto 24.548 de 12/05/1955](#))<sup>3</sup> a partir da criação do Corpo de Policiamento Especial Feminino. Passados mais de 65 anos dessa conquista, ainda hoje as policiais militares em geral enfrentam resistências, em razão do gênero, dentro da Instituição?

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** Sim. Acredito que dia a dia a mulher, não somente na Instituição, mas em qualquer segmento, ainda tem que provar sua capacidade todos os dias e mostrar-se resiliente em situações que não deveria nem pensar em enfrentar.

**Michele Matias Malheiro Assad:** Ao ingressar em uma unidade de operações especiais a senhora se depa-rou com um espaço tradicionalmente ocupado por homens. Quais oposições enfrentou por ser mulher?

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** Quando ingressei nessa unidade especializada, por ser a única mulher na ocasião, precisei vencer a mentalidade ultrapassada de alguns policiais que acreditavam que mulher não poderia fazer parte de uma unidade especial de choque. Em alguns momentos senti que alguns policiais tentaram me fazer desistir.

**Michele Matias Malheiro Assad:** Na sua concepção, quais aspectos levam uma mulher a desejar o cargo de policial militar?

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** Entendo que a mulher que entra na PM enxerga a farda, a viatura, a instituição como uma forma de ascensão, pois traz uma sensação de capacidade e conquista. Muitas vezes fui parada na rua, por senhoras, que diziam achar lindo mulheres fardadas com batom. Entendo que uma policial militar pode sim ter vaidade, usar maquiagem, usar um batom e mesmo assim ter a mesma capacidade que um homem, sem a necessidade de precisar parecer ou agir igual a um homem para alcançar seu espaço.

<sup>3</sup> Mulheres policiais militares, 65 anos de história, realizações e conquistas em São Paulo – Associação dos Oficiais, Praças e Pensionistas da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Disponível: <https://www.aopp.org.br/mulheres-policiais-militares-65-anos-de-historia-realizacoes-e-conquistas-em-sao-paulo/>. Acesso em: 14 nov. 2021.

**Michele Matias Malheiro Assad:** Embora a presença feminina na PM tenha crescido significativamente nos últimos anos, estima-se que as mulheres representam somente 15% do efetivo nacional<sup>4</sup>. De acordo com o seu ponto de vista, por que existe essa discrepância?

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** A presença feminina na PM é muito menor do que a masculina, porque não faz muito tempo que foi unificado o quadro de carreira. Antigamente havia separação, sendo uma quantidade menor de vagas para mulheres e outra maior para os homens.

**Michele Matias Malheiro Assad:** Um estudo demonstra que as mulheres encontram mais dificuldades para avançar na carreira, em virtude das tarefas domésticas e de cuidado que desempenham, impedimentos não vivenciados pelos homens<sup>5</sup>. Existe algum programa específico de ascensão de mulheres na P.M.? Na sua percepção, as mulheres têm condições de liderar tão bem como os homens?

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** Não tenho conhecimento de nenhum programa. Com certeza as mulheres podem liderar tão bem ou até melhor. De fato, nossa capacidade física é menor que a do homem, mas não há nada que nos impeça de desempenhar grandes funções ou cargos.

**Michele Matias Malheiro Assad:** Em 2017 foi noticiado<sup>6</sup> o desconforto sofrido pelas Ministras do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia e Rosa Weber pelas interrupções promovidas pelos ministros durante a prolação de seus votos, fenômeno conhecido como *manterrupting* (quando um homem interrompe a fala de uma mulher). Na PM as mulheres são ouvidas? O ponto de vista feminino é considerado na tomada de decisões?

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** Acho que não posso responder por todas. Até hoje não vivenciei nenhum desconforto com relação a isso. Acredito que a equipe a qual pertença não compactua com essa distinção.

**Michele Matias Malheiro Assad:** A senhora foi escolhida para iniciar um projeto pioneiro na Polícia Militar. Fale sobre essa nova fase da sua carreira e o que representa a presença de uma mulher nessa iniciativa.

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** A equipe que pertença foi escolhida para este novo projeto que utiliza cães policiais (K9) na intervenção tática, como meio de contenção não letal, e sinto-me honrada em poder fazer parte disso. O ponto principal que fez com que chegássemos nesse nível é a forma coesa de pensamento, ressaltando sempre o nosso pilar, os cães. Sem eles, nossa equipe não existiria e nosso Batalhão não existiria. Quando repenso em tudo que passei para chegar onde estou e vejo o que estou alcançando em minha vida profissional, sinto orgulho da força e resiliência que me manteve. Provo a mim mesma e às pessoas com pensamentos antigos que o fato de ser mulher me colocou onde estou, a minha perseverança não me

4 Mulheres policiais militares, 65 anos de história, realizações e conquistas em São Paulo – Associação dos Oficiais, Praças e Pensionistas da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Disponível: <https://www.aopp.org.br/mulheres-policiais-militares-65-anos-de-historia-realizacoes-e-conquistas-em-sao-paulo/>. Acesso em: 14 nov. 2021.

5 Estudo feito pela economista Laisa Rachter, pesquisadora do Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas, citado nos comentários da página @elaspedemvista.

6 Carmen Lúcia, Rosa Weber e a desigualdade de gênero no STF. *Carta Capital*, 12 maio 2017. Disponível: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/carmen-lucia-rosa-weber-e-a-desigualdade-de-genero-no-stf/>. Acesso em: 26 ago. 2021.

deixou desistir. E a minha presença nesse projeto, nessa nova fase, acredito que só deixará portas abertas para outras mulheres que almejam alcançar patamares que diziam ser impossíveis para mulheres.

**Michele Matias Malheiro Assad:** Quais são os seus objetivos profissionais dentro da instituição?

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** Antigamente, eu tinha um sonho de fazer parte da Academia do Barro Branco, Escola de Oficiais, que formam os comandantes da PM. Mas, depois que fui para a unidade especializada e conheci o Sargento Irlan, passei a desejar ser sargento da equipe de cães de faro de explosivos. Quando ele se aposentar, quero dar continuidade ao seu serviço.

Gostaria de continuar quebrando paradigmas, fazer cursos que nenhuma outra mulher participou, viajar e trazer conhecimento sobre formação de cães em outros países, visando aperfeiçoar os da nossa equipe.

**Michele Matias Malheiro Assad:** Quem são as suas maiores inspirações?

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** Como líder, o Sargento Irlan, pela forma como gerencia sua equipe e luta pelos direitos e o bem-estar de todos. Também posso dizer que o meu marido André Luiz, com quem estou casada há 06 anos, é uma grande inspiração, porque ele sempre acreditou que eu conseguiria quebrar paradigmas e devo a ele muitas conquistas.

**Michele Matias Malheiro Assad:** Sua trajetória profissional demonstra que senhora foi a primeira mulher a realizar certas funções, mas com certeza não será a última. Como a senhora imagina que a PM será no futuro?

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** Imagino que igualitária. Teremos grandes mulheres em cargos de tomadas de decisões, a Instituição com pensamento ímpar em relação à capacidade, respeito e admiração à policial feminina.

**Michele Matias Malheiro Assad:** Finalizando esta entrevista, se senhora pudesse viajar no tempo, que conselho daria à profissional Ana Paula do passado?

**Ana Paula de Oliveira Nascimento Jankauskas:** Faça tudo de novo do mesmo jeito que foi feito, não mude nada, porque tudo que aconteceu, cada vírgula, me fez crescer e amar ainda mais a minha profissão e a formação que eu tenho hoje (trabalhar com cães). Tome as mesmas atitudes, haja da mesma maneira, saiba entrar e sair dos locais da mesma forma, porque você vai chegar onde você quer.

Na próxima página conheça alguns dos cães da Polícia Militar do Estado de São Paulo:



Ana Paula e cão Maximus – raça Labrador



Ana Paula e cão Jack – raça Pastor Belga Malinois

# SEÇÃO X

## A PARTICIPAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA

## SUMÁRIO SEÇÃO X

**INTRODUÇÃO**

A PARTICIPAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA ..... 2033

*RENATA MOTA MACIEL**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES**PATRICIA PACHECO RODRIGUES**SAMIRA RODRIGUES P. ALVES***CAPÍTULO 1**

IGUALDADE DE GÊNERO: O IMPACTO DA LEI DE COTAS NA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA FEMININA BRASILEIRA .....2034

*ENEIDA ORBAGE DE BRITTO TAQUARY***CAPÍTULO 2**

MULHERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ESPAÇO AINDA EM ABERTO ..... 2046

*KAMILE MOREIRA CASTRO***CAPÍTULO 3**

AS REGRAS DO JOGO CONSTITUCIONAL: FILIAÇÃO E CANDIDATURAS FEMININAS ..... 2052

*MARILDA DE PAULA SILVEIRA***CAPÍTULO 4**

O ABUSO DE PODER PARTIDÁRIO NO CONTEXTO DA SUB-REPRESENTAÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES ..... 2067

*MARGARETE COELHO***CAPÍTULO 5**

PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA POLÍTICA: VALORES E DIREITOS PARA PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO ELEITORAL..... 2079

*ISNAILDA DE SOUZA DA SILVA GONDIM**JOSÉ LUIZ GONDIM DOS SANTOS***CAPÍTULO 6**

FEMINIDAD VIOLENTADA: UNA HISTORIA LEGISLATIVA CONTRA MULIERIS..... 2089

*ROSALÍA RODRÍGUEZ LÓPEZ***CAPÍTULO 7**

MULHERES NA LINHA DE FRENTE: CONQUISTA DA CIDADANIA E ATUAÇÃO POLÍTICA NAS CONSTITUIÇÕES DE 1934 E 1988 ..... 2100

*ANA PAULA GIAMARUSTI CARVALHO**HANNAH MARUCI AFLALO***CAPÍTULO 8**

O DIREITO DAS MULHERES E A IGUALDADE: O DIREITO AO VOTO E A CIDADANIA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....2113

*MÁRCIA CRISTINA DE SOUZA ALVIM*

**CAPÍTULO 9**

POLITIZAÇÃO FEMININA – A INSERÇÃO DAS MULHERES NA POLÍTICA ..... 2122  
*SIDNEIA CATARINA TOBIAS*

**CAPÍTULO 10**

DIREITOS POLÍTICOS DAS MINORIAS POLÍTICAS: PERSPECTIVAS DE GÊNERO A LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL.....2140  
*CRISTINA MARIA GAMA NEVES DA SILVA*  
*EMMA ROBERTA PALÚ BUENO*

**CAPÍTULO 11**

OS GOVERNOS LIDERADOS POR MULHERES DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 SOB A PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA ..... 2152  
*NINA TRÍCIA DISCONZI RODRIGUES PIGATO*  
*KATIELE DAIANA DA SILVA REHBEIN*

**CAPÍTULO 12**

LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN CARGOS DE DECISIÓN EN ARGENTINA: LOGROS Y DESAFÍOS ..... 2167  
*LILIANA RONCONI*  
*AGOSTINA DANIELA GONZÁLEZ*

**CAPÍTULO 13**

NEM VEDAÇÃO, NEM MUTAÇÃO: UMA INTERPRETAÇÃO DO ART. 57, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO.....2179  
*ROBERTA SIMÕES NASCIMENTO*

**CAPÍTULO 14**

EDUCACIÓN FEMINISMO Y POLÍTICA – ISABEL KING Y FENIA CHERTCOFF: PIONERAS ..... 2192  
*CELIA GLADYS LÓPEZ*

**CAPÍTULO 15**

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE COMO FONTE PARA O COMBATE À SUB-REPRESENTAÇÃO DE MULHERES NA POLÍTICA: EM BUSCA DE UMA DEMOCRACIA FORTE .....2204  
*LAURA ASTROLABIO DOS SANTOS*

**CAPÍTULO 16**

PARIDADE DE GÊNERO E A REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA MULHER À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA.....2213  
*NICOLE GONDIM PORCARO*  
*POLIANNA PEREIRA DOS SANTOS*

**CAPÍTULO 17**

DERECHOS EDUCATIVOS, CIUDADANÍA Y COLECTIVOS DE MUJERES INVISIBLES: TRES CASOS DESDE LA TRANSICIÓN POLÍTICA ESPAÑOLA HASTA NUESTROS DÍAS..... 2232  
*ALBA SIERRA RODRÍGUEZ*  
*VICTORIA ROBLES SANJUÁN*



# INTRODUÇÃO

## A PARTICIPAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA

**Renata Mota Maciel**

**Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques**

**Patrícia Pacheco Rodrigues**

**Samira Rodrigues P. Alves**

A violência contra as mulheres é um fenômeno social atemporal e que tem sido reconhecida nas últimas décadas após a sua inclusão na agenda internacional dos direitos das mulheres, principalmente a partir da Conferência das Nações Unidas em 1993 sobre Direitos Humanos, que reconheceu pela primeira vez na história, a flagrante violação aos direitos humanos das mulheres, acontecendo em todos os espaços sociais: no doméstico, na comunidade, no trabalho e recentemente na esfera política.

No âmbito político as mulheres também são alvo de violência, pelo fato das instituições serem desenhadas por e para homens. A violência expressada é uma forma de manutenção das relações de poder já estruturadas.

Dessa forma a violência acaba por limitar o poder político das mulheres e a diminuição da participação feminina nas decisões, trazendo danos à democracia representativa. Se no âmbito privado a violência contra a mulher vem sendo combatida, mesmo ainda com muitos obstáculos a serem superados, a violência pública e política de gênero ainda carece de atenção.

Apesar de leis punindo a violência política e determinando quotas para as mulheres, no entanto observa-se na prática que as leis não são suficientes para enfrentar o problema, pois é sabido que a superação dessas violências se dará de forma completa mediante mudanças estruturais do contexto social.

Dessa forma, é mais que urgente contribuir para um debate visando desconstruir os paradigmas da violência e buscar reconhecimento e promoção de uma nova faceta que aceite as diferentes representatividades, sendo possível conviver com a existência política de grupos sociais diversos e viabilizar uma escuta política.

# CAPÍTULO 1

## IGUALDADE DE GÊNERO: O IMPACTO DA LEI DE COTAS NA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA FEMININA BRASILEIRA

Eneida Orbage de Britto Taquary

### 1 IGUALDADE DE GÊNERO: LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

A igualdade de gênero ainda hoje é um caminho a ser percorrido, em especial no tocante à representação política, se observadas a legislação brasileira que foi construída com exclusão da participação da mulher.

A afirmação acima decorre da análise da própria legislação brasileira, constitucional, civil, penal e eleitoral.

No âmbito constitucional, o direito da mulher de votar somente foi estabelecido na [Constituição Federal de 1937](#), sendo estabelecida no [Decreto nº 21.076](#), de 24.02.1932, que dispôs sobre o Código Eleitoral e foi sendo aprimorado até o advento da [Lei 9.504/1997](#) (Lei Das Eleições) que estabeleceu o sistema de quotas para candidaturas de gênero, aprimorada pela Lei 12.034/2009.

Observe que anteriormente ao Decreto acima referenciado, no âmbito infraconstitucional, na área dos direitos privados, o Código Civil de 1916 ([Lei nº3071, de 1º de janeiro de 1916](#)) já estava em vigor há dezesseis anos, e ainda trazia em seu bojo toda a herança portuguesa das Ordenações do Reino. O diploma foi a primeira legislação civil após as Ordenações Filipinas. A mulher vivia sob o sistema patriarcal. Devia obediência ao pai, e depois, quando se casava, ao marido. O marido exercia o pátrio poder e havia a colaboração da mulher. A mulher para exercer atos da vida civil deveria pedir autorização do marido.<sup>1</sup>

O [Código Civil](#) somente “deu voz” a mulher com o Estatuto da Mulher Casada, com a [Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962](#), que a possibilitou de exercer atos da vida civil quando exercesse profissão lucrativa e distinta do marido, e com a Lei do Divórcio, que possibilitou a dissolução do casamento pelo divórcio, retirando centenas de mulheres da marginalidade social, e devolvendo a elas alguma dignidade. A igualdade formal de gênero começou a evoluir.<sup>2</sup>

1 BRASIL. [Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916](#). Código civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

2 BRASIL. [Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962](#). Estatuto da mulher casada. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4121-27-agosto-1962-353846-norma-pl.html>. Acesso em: 22 set. 2020.

A referenciada lei estabeleceu, por intermédio da [Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977](#), no seu art. 175, § 1º da [Constituição Federal de 1967](#), a dissolução do casamento pelo divórcio, desde que houvesse prévia separação judicial por mais de três anos; ou por cinco anos, se anterior a emenda. A mulher teve parte de sua dignidade resgatada, porque como desquitada, vivia à margem da sociedade.

Na esfera penal não foi diferente. Talvez ainda o tratamento legislativo dado à mulher era mais danoso. Os crimes sexuais eram de ação privada e de 1940, data do nascimento do Código Penal, até a [Lei 13.718/2018](#), portanto, depois de setenta e oito anos foi necessário a ação passar a ser pública incondicionada para todos os crimes sexuais, desmitificando a ideia que a violência sexual deveria ser tratada na esfera privada da família.<sup>3</sup>

No tocante à legislação eleitoral, a [Lei 9.100/1995](#), que estabeleceu normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, estabeleceu cotas para mulheres, ineditamente, ao dispor no art. 1, § 1º: “[...] os partidos ou coligações poderão acrescer, ao total estabelecido no caput, candidatos em proporção que corresponda ao número de seus Deputados Federais, na forma seguinte: [...] e “§ 3º Vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres”. Esta legislação foi seguida pelas [Leis 9.504/97](#), [12.034/2009](#), [12.891/2013](#) e [13.165/2015](#).

A partir da análise da legislação, evidencia-se a problemática do artigo, que se refere-se à interpretação do art. 5º da Constituição Federal que estabelece a igualdade de gênero, previsto na [Constituição Federal de 1988](#), no tocante à representação política feminina, regulamentada pela [Lei 9.504/1997](#) (Lei Das Eleições) que estabeleceu o sistema de quotas para candidaturas de gênero, aprimorada pela [Lei 12.034/2009](#).

Os objetivos da pesquisa são: identificar as quotas como política afirmativa; identificar como as quotas são preenchidas por candidaturas de mulheres; conhecer a legislação sobre as quotas de candidaturas de mulheres; identificar mecanismos de fiscalização do cumprimento das quotas para mulheres na representação política.

Metodologicamente, a análise do tema será realizada em três etapas: a primeira será realizada pelo levantamento da legislação constitucional e infraconstitucional brasileiras; a segunda pela análise da legislação nacional sobre as cotas na participação político-partidária e, por fim pela análise de algumas decisões do Tribunal Superior Eleitoral sobre as cotas das candidaturas das mulheres na política brasileira.

Pretende-se, ao final, como resultado constatar que, por meio de quotas, há a necessidade de uma participação maior de mulheres na comissão de constituição e justiça, atuando intensamente no processo legislativo e na normatização de políticas públicas, como expressão da representatividade popular.

3 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

## 2 A LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL SOBRE O DIREITO AO VOTO DA MULHER

No âmbito constitucional, as Constituições Brasileiras de 1824 e 1891, não traziam proibição expressa, todavia, não estabeleciam o direito ao voto das mulheres. A Primeira Constituição conferia o direito ao voto de homens possuidores de renda e participantes das assembleias paroquiais,<sup>4</sup> enquanto na Segunda Constituição, apesar de ter havido o debate sobre o direito ao voto de mulheres diplomadas, como títulos científicos, e de professoras como economia própria, sem dependência paterna e marital, o direito ao voto da mulher não foi previsto.<sup>5</sup>

No período de 1891 até a edição do Decreto nº 21.076, de 24.02.1932, dois projetos foram discutidos sobre o direito ao voto da mulher, mas nenhum dos dois foi acolhido. Observe-se que as mulheres não estavam incluídas entre as inelegíveis, o que indicava a posição dos Constituintes em deixar a cargo da legislação ordinária disciplinar o direito ao voto da mulher, posição que foi ratificado à época pelo Senado Brasileiro, ao aprovar, em 1921, projeto de Lei nº 102, de autoria do Senador Justo Leite Chermont, representante do Pará, que previa direitos políticos da mulher, quando maior de 21 anos, que não foi convertido em lei.<sup>6</sup>

O projeto Chermont seria retomado apenas em 1927, quando Washington Luís, favorável ao voto feminino, determinou a retomada do referenciado projeto, cabendo ao presidente da Comissão de Justiça do Senado, Adolpho Gordo colocá-lo em pauta, sendo designado relator o senador Aristides Rocha, que elaborou relatório favorável, mas novamente foi engavetado, quando o senador Thomaz Rodrigues, em manobra exitosa, na seção de 10 de setembro de 1925, pediu vistas e impediu que o projeto fosse votado naquela legislatura.<sup>7</sup>

O outro projeto apresentado em 1924, somente conferia o direito de voto à mulher, caso houvesse autorização do marido da mulher casada. Bertha Lutz que liderava o movimento feminista e fundara a Federação Brasileira para o Progresso Feminino – FBPF – fundado em 9 de agosto de 1922, protestou pela inconstitucionalidade do projeto, juntamente com outras feministas.

O entendimento do Senado Federal sobre o Projeto Justo Chermont foi importante, porque determinou na esfera estadual, o estabelecimento do direito de voto à mulher no Rio Grande do Norte.<sup>8</sup>

4 BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

5 BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de Fevereiro de 1891)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

6 BRASIL. **Annaes do Senado Federal**: seções de 18 de abril a 31 de maio de 1921. Disponível em: [https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais\\_Republica/1921/1921%20Livro%201.pdf](https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1921/1921%20Livro%201.pdf). Acesso em: 22 set. 2020.

7 BRASIL. **Legislação eleitoral no Brasil**: do Século XVI a nossos dias. Outro autoeres: Nelson Jobim, Walter Costa Porto. Brasília: Senado Federal: Subsecretaria de Biblioteca, 1996. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224494>. Acesso em: 22 set. 2020.

8 VOTO da mulher. In: PORTO, Walter Costa. **Dicionário do voto**. Brasília: UnB, 2000. p. 427-436.

Neste interim, o projeto, no âmbito estadual, do Deputado Juvenal Lamartine de Faria que era favorável do direito ao voto feminino, foi sancionado pelo governador José Augusto Bezerra de Medeiros, do Rio Grande do Norte.<sup>9</sup>

Assim, em 1927, precursor do direito feminino ao voto, foram registradas as primeiras mulheres eleitoras, as professoras Júlia Barbosa e Celina Vianna, respectivamente de Natal e de Mossoró, ambas do Rio Grande do Norte.<sup>10</sup>

No ano seguinte, seria eleita a primeira prefeita do Brasil, Alzira Teixeira Soriano, eleita no município de Lages, em 1928, pelo Partido Republicano Federal.<sup>11</sup>

Todavia, o Senado continuou a entender que a matéria ainda estava tramitando, e no caso da votação realizada para o preenchimento da vaga da cadeira do Senado Federal do senador Juvenal Lamartine, os votos femininos foram rejeitados. A Federação Brasileira para o Progresso Feminino — FBPF reagiu e elaborou um manifesto reivindicando os direitos da mulher, em especial o direito de voto.<sup>12</sup>

O direito ao voto feminino somente viria com o estabelecimento da Justiça Eleitoral e do voto, sem distinção de sexo (denominação original do instrumento), com o [Decreto nº 21.076, de 24.02.1932](#), assinado pelo Presidente Getúlio Vargas, que tinha a seguinte redação: “[...] art. 2º é eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código[...]”.<sup>13</sup>

A Federação Brasileira para o Progresso Feminino – FBPF apoiou a indicação de Bertha Lutz para compor a Comissão de Elaboração do Anteprojeto à [Constituição de 1934](#), que resultou em inserir o art. 108, na Constituição de 1934, que estabelecia: “são eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei [...]” e estabelecendo no art. 109, o alistamento e o voto obrigatórios para homens e mulheres, quando no exercício de função pública remunerada.<sup>14</sup>

A Constituição de 1937<sup>15</sup>, no art. 117, persistiu na manutenção do direito ao voto feminino, utilizando o mesmo enunciado do art. 109, da Constituição de 1934, sendo regulamentada a matéria pelo [Decreto-Lei nº 7.586, de 28 de maio de 1945](#). Referido dispositivo normativo previa em seu art. 4º a obrigatoriedade do alistamento e do voto para brasileiros, de um e outro sexo, salvo para “ a) os inválidos; b) os maiores de 65 anos;

9 SOIHET, Rachel. A pedagogia da conquista do espaço público pelas mulheres e a militância feminista de Bertha Lutz. *Rev. Bras. Educ.*, Rio de Janeiro, n. 15, p. 97-117, dez. 2000. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-24782000000300007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782000000300007&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 22 set. 2020.

10 SOIHET, Rachel. A pedagogia da conquista do espaço público pelas mulheres e a militância feminista de Bertha Lutz. *Rev. Bras. Educ.*, Rio de Janeiro, n. 15, p. 97-117, dez. 2000. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-24782000000300007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782000000300007&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 22 set. 2020.

11 SOIHET, Rachel. A pedagogia da conquista do espaço público pelas mulheres e a militância feminista de Bertha Lutz. *Rev. Bras. Educ.*, Rio de Janeiro, n. 15, p. 97-117, dez. 2000. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-24782000000300007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782000000300007&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 22 set. 2020.

12 SOIHET, Rachel. A pedagogia da conquista do espaço público pelas mulheres e a militância feminista de Bertha Lutz. *Rev. Bras. Educ.*, Rio de Janeiro, n. 15, p. 97-117, dez. 2000. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-24782000000300007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782000000300007&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 22 set. 2020.

13 BRASIL. *Legislação informatizada* – Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932 – Publicação Original. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 set. 2020.

14 BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

15 BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

c) os brasileiros a serviço do País no estrangeiro; d) os oficiais das forças armadas em serviço ativo; e) os funcionários públicos em gozo de licença ou férias fora de seu domicílio; f) os magistrados; g) as mulheres que não exerçam profissão lucrativa”.<sup>16</sup>

A [Constituição Federal de 1946](#) previa em seu art. 133, a obrigatoriedade do alistamento e do voto para brasileiros, de ambos os sexos, e foi posteriormente, com a [Emenda Constitucional nº 13, de 1965](#), o art. 134, que estabelecia:” [...] o sufrágio é universal e, direto; o voto é secreto; e fica assegurada a representação proporcional dos Partidos Políticos nacionais, na forma que a lei estabelecer [...]”.<sup>17</sup>

A [Constituição de 1967](#), na mesma linha da [Constituição de 1946](#), estabeleceu no seu art. 142: “[...]são eleitores os brasileiros maiores de dezoito anos, alistados na forma da lei. § 1º – o alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei [...]” e ainda, no art. 143, que o sufrágio é universal e o voto direto e secreto, com exceção dos casos ressalvados e disciplinava que a representação dos Partidos Políticos era proporcional, na forma que a lei estabelecer.<sup>18</sup>

A [Emenda Constitucional-EC nº 1 de 17 de outubro de 1969](#), que editou, modificando o texto da Constituição de 1967, previu no seu art. 147, o direito ao voto da forma prevista anteriormente, utilizando inclusive a denominação preponderante de “ambos os sexos” Sem mencionar gênero destacando a representação proporcional dos Partidos Políticos, total ou parcial, na forma que a lei estabelecer.<sup>19</sup>

Observe-se, que apesar da conquista do direito ao voto da mulher, trinta e sete anos antes da EC1/1969, não se fazia alusão à igualdade de gênero e neste cenário a mulher vivia ainda sob a dominação do sistema patriarcal, apesar do Estatuto da Mulher casada já estar em vigor, não havia a Lei do Divórcio ([Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977](#)) e tampouco se pensava na união estável ([Lei nº 9278, de 10 de maio de 1996](#)), que somente seria estabelecida após o advento da [Constituição Federal de 1988](#).

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a igualdade formal no art. 5º: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”, e previu expressamente em seu inciso I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição [...]”.

A igualdade formal prevista na Constituição Federal, em consonância com o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor,

16 BRASIL. [Decreto-lei nº 7.586, de 28 de maio de 1945](#). Regula, em todo o país, o alistamento eleitoral e as eleições a que se refere o art. 4º da Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del7586.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del7586.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

17 BRASIL. [Constituição dos Estados Unidos do Brasil \(de 18 de setembro de 1946\)](#). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

18 BRASIL. [Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1967](#). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

19 BRASIL. [Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969](#). Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

idade e quaisquer outras formas de discriminação, e determinou duas consequências: o significado de gênero e a busca pela igualdade material.<sup>20</sup>

Após a [Constituição Federal de 1988](#), a participação feminina ainda muito pequena, em face do número de mulheres, 6 (seis) milhões de mulheres a mais que homens no Brasil, segundo o Instituto Brasileiro de Estatística e Geografia-IBGE (2018), e o Brasil no cenário internacional, se viu pressionado não apenas pela 4ª Conferência das Nações Unidas sobre a Mulher, realizada em Beijing, em 1995, que propugnou pela aplicação de políticas de cotas de gênero, e pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que impôs, dentre várias obrigações, a de desenvolver medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na vida política e pública do país, e garantir, em igualdade de condições com os homens, os seguintes direitos: votar em todas as eleições e referendos públicos e ser elegível para todos os órgãos cujos membros sejam objeto de eleições públicas; participar na formulação de políticas governamentais e na execução destas, e ocupar cargos públicos e exercer todas as funções públicas em todos os planos governamentais; e ainda participar em organizações e associações não-governamentais que se ocupem da vida pública e política do país.<sup>21</sup>

A legislação brasileira, constitucional e infraconstitucional, se mostravam ainda insuficientes a determinar a igualdade material na representação política da mulher brasileira. Em mais de 60 anos de legislação, o percentual de representatividade em 2014, (BRASIL.TSE. 2014) de mulheres era de 31% no quadro geral de candidaturas e situação das candidatas mulheres contra 69% de candidatos homens, e anda hoje temos no quadro geral de candidaturas femininas o percentual de 33.5% contra 66,5% de candidaturas masculinas (BRASIL.TSE. 2020).

Desta forma, por intermédio do projeto de [Lei nº 783/1995](#), de autoria de Marta Suplicy, iniciou-se a construção de uma política de quotas para proporcionar e ampliar a participação política feminina.

O sistema estabelecido no Brasil são o de cotas compulsórias e que se afiguram como política afirmativa, prestigiando o princípio da igualdade formal e material da mulher e do homem, inclusive na participação político partidária, conforme se analisará abaixo.

### 3 O SISTEMA DE COTAS FEMININAS NA REPRESENTAÇÃO POLÍTICO-PARTIDÁRIA

O sistema de cotas femininas na representação político-partidária passou a ser discutido, no âmbito do Legislativo Federal, com o projeto de [Lei nº 783/1995](#), acima referenciado, que visava modificar a [Lei 4.737, de 15 de julho de 1965](#), o Código Eleitoral, que passaria a ter o art. 92: “[...] para as eleições que obedecerem

20 BRASIL. [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988](#). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 nov. 2021.

21 BRASIL. [Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002](#). Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm). Acesso em: 20 set. 2020.

ao sistema proporcional, cada partido poderá registrar candidaturas, sendo no mínimo 30% de mulheres até o seguinte limite [...]”.<sup>22</sup>

O projeto foi transformado na [Lei nº 9100, de 29 de setembro de 1995](#), com a redução do percentual para 20 % (vinte por cento), no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação para serem preenchidas por candidaturas de mulheres, sendo que no cálculo as frações seriam desprezadas, se inferior a meio e igualada a um, se igual ou superior, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 11. Note-se, porém, que a lei referida tratava das eleições municipais e não significou avanço, mas retrocesso porque ao lado das cotas, houve aumento do percentual de vagas para os candidatos que poderiam ser indicados pelos partidos. Se por um lado criava as quotas, por outro aumentava o percentual de candidatos que cada partido poderia indicar.<sup>23</sup>

Em 1997, o Projeto de Lei, nº 2695, de iniciativa da Câmara dos Deputados foi convertido na [Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997](#), também denominada de Lei das Vagas das Mulheres, estabelecendo no art. 10, § 3º: “[...] número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo [...]”. Esta regra seria alterada posteriormente pela [Lei 12.034, de 2009](#), Lei da Minirreforma Eleitoral, que substituiu a expressão deverá reservar para preencherá, evitando a interpretação contrária ao direito de quota da candidatura feminina. A redação ficou assim: “[...] do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo [...]”.<sup>24</sup>

A [Lei 12.034, de 29 de setembro de 2009](#), alterou as [Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997](#), que estabelecia normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral.

O sistema de quotas edificado na [Lei 12034/2009](#) alterou dispositivos da [Lei nº 9.096/95](#), a Lei dos Partidos Políticos, para implementar políticas afirmativas para as mulheres, tais como a criação e a manutenção do valor de 5% (cinco por cento) do total para a “promoção e difusão da participação política das mulheres”, bem como o mínimo de 10% (dez por cento) de tempo de política partidária para as mulheres que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, impondo ao partido que não cumprir a regra “no ano subsequente, acrescentar o percentual de 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) do Fundo Partidário para essa destinação, ficando impedido de utilizá-lo para finalidade diversa.”<sup>25</sup>

22 BRASIL. [Projeto de lei 783/1995](#). Dispõe sobre o percentual mínimo de candidatas que deve constar da lista dos partidos políticos para as eleições que obedecerem ao sistema proporcional e da outras providências. Autor: Marta Suplicy (PT-SP). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/182361>. Acesso em: 15 nov. 2021.

23 BRASIL. [Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995](#). Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19100.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19100.htm). Acesso em: 20 set. 2020.

24 BRASIL. [Lei 12.034, de 29 de setembro de 2009](#). Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112034.htm). Acesso em: 20 set. 2020.

25 BRASIL. [Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015](#). Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm). Acesso em: 20 set. 2020.



Também a [Lei 12.891/2013](#) com a alteração da [Lei 13.165/2015](#), introduziu o artigo 93-A na Lei das Eleições. Admitiu ao legislador que o Tribunal Superior Eleitoral deverá realizar a propaganda institucional para incentivar a igualdade de gênero e participação da mulher na política.<sup>26</sup>

A Lei de quotas foi posteriormente complementada pela [Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015](#), que teve o mérito de trazer no seu art. 9º, a reserva de valores em “contas *específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei no 9.096, de 19 de setembro de 1995*”.<sup>27</sup>

Note-se que nos textos das leis foram utilizadas a expressão sexo, todavia a interpretação realizada pelo TSE, em 2018, nos autos da Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000, o termo deve ser entendido como gênero, em consonância com o art. 10, §3º, da Lei das Eleições.

*A legislação de quotas para a representação político partidária das mulheres representa uma política afirmativa relevante, mas que merece acompanhamento em face dos números de mulheres eleitas. Dois são os problemas principais: o primeiro referente às candidatas que se inscrevem, mas que não fazem campanha ou admitem ser figurantes no processo eleitoral.*

As Leis 12034/2009 e 13.165/2015, apesar de serem um avanço legislativo, não tornam a cenário de participação política desigual entre mulheres e homens, favorecendo as candidaturas e eleições de homens que acabam por definir e influenciar o processo político.

Observe-se que ao lado da legislação, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral tem sido fundamental para a interpretação da legislação eleitoral e também para a mudança da legislação.

A primeira e importante interpretação feita, refere-se ao termo sexo utilizado nas legislações eleitorais, que foi interpretado como gênero. Na expressão, cada sexo deve ser entendido como gênero e não sexo biológico: “de forma que tanto os homens como as mulheres transexuais e travestis podem ser contabilizados nas respectivas cotas de candidaturas masculina ou feminina[...]”.<sup>28</sup>

Considerou o Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto quando do julgamento da Consulta (11551) 0604054-58.2017.6.00.0000 acima mencionada, que a expressão utilizada no art. 10, § 3º, da [Lei nº 9.504/97](#), evidentemente, trata-se de ação afirmativa prevista com o objetivo de “superação do déficit democrático oriundo da sub-representação das mulheres nas casas legislativas, o que não guarda nenhuma incompatibilidade

26 JENSON, Jane. Políticas públicas e investimento social: quais as consequências para a cidadania social das mulheres. Tradução: Michèle Nahas. *Estud. sociol.*, Araraquara, v. 17, n. 32, p. 87-106, 2012. Disponível em <https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/4929>. Acesso em: 20 set. 2020.

27 BRASIL. [Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015](#). Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm). Acesso em: 20 set. 2020.

28 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. [Consulta Técnica. CTA \(11551\) 060405458](#). Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, julgado em 1/03/2018, Publicado no dje em 02/03/2018. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=295868&noCache=1317959381>. Acesso em: 20 set. 2020.

de com o reconhecimento dos direitos dos(as) candidatos(as) a serem computados nas cotas feminina ou masculina, de acordo com sua identidade de gênero”.<sup>29</sup>

O tema gerou ainda a Resolução nº 23.562, de 22.3.2018, do TSE que acrescentou o art. 9-A e seus parágrafos, 9-B, 9-C e 9-D à Res.-TSE 21.538/2003, para autorizar o registro do nome social e respectiva identidade de gênero da pessoa travesti ou transexual, por ocasião do alistamento ou de atualização de seus dados no Cadastro Eleitoral, considerando nome social “a designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida” e como identidade de gênero “a dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar necessária relação com o sexo biológico atribuído no nascimento”.<sup>30</sup>

O tempo de propaganda partidária também foi objeto de reafirmação das quotas como política afirmativa no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 181-10.2015.6.13.0000, que trouxe fundamento robusto da lavra do Ministro Herman Benjamin, que em seu voto asseverou que cabe à Justiça Eleitoral, fazer o protagonismo de na mudança da sub-representação das mulheres, como eleitoras e líderes. Asseverou ainda: “o incentivo à presença feminina constitui necessária, legítima e urgente ação afirmativa que visa promover e integrar as mulheres na vida político-partidária brasileira, de modo a garantir-se observância, sincera e plena, não apenas retórica ou formal, ao princípio da igualdade de gênero”<sup>31</sup>

Concluiu, no julgamento, no sentido de que “o desvirtuamento de propaganda partidária deve ser punido com perda de tempo equivalente a cinco vezes ao da inserção ilícita, e não ao do lapso temporal faltante para se atender à exigência do art. 45, IV, da [Lei nº 9.096/95](#)” e indicou precedentes no sentido de que a mera participação com a imagem ou presença da candidata, desvinculada de contexto “relacionado à inclusão das mulheres na política, não é suficiente para atender às finalidades legais”<sup>32</sup>

Quanto percentual de candidaturas, também o TSE decidiu que a cota de gênero implica duas consequências: o respeito ao mínimo exigido, de 30 % das vagas e que as candidaturas sejam reais, não sendo meros lançamentos forjados para cumprir o determinado pela lei, sob pena de prática de fraude que resultará na sanção, se comprovada, de inexigibilidade. (BRASIL.TSE. 2012).

E ainda, sobre as quotas das mulheres, o TSE se manifestou no Recurso Especial Eleitoral nº 29-39.2012.6.17.0134, no sentido de que há infração a Lei de Cotas, quando o partido ou a coligação preenche as vagas destinadas às mulheres, por candidatos homens, utilizando como argumento a ausência de candidatas do sexo feminino na circunscrição eleitoral. Nesse caso, o TSE entende que não havendo o registro de candi-

29 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta Técnica. CTA (11551) 060405458**. Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, julgado em 1/03/2018, Publicado no dje em 02/03/2018. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=295868&noCache=1317959381>. Acesso em: 20 set. 2020.

30 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta Técnica. CTA (11551) 060405458**. Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, julgado em 1/03/2018, Publicado no dje em 02/03/2018. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=295868&noCache=1317959381>. Acesso em: 20 set. 2020.

31 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta Técnica. CTA (11551) 060405458**. Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, julgado em 1/03/2018, Publicado no dje em 02/03/2018. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=295868&noCache=1317959381>. Acesso em: 20 set. 2020.

32 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta Técnica. CTA (11551) 060405458**. Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, julgado em 1/03/2018, Publicado no dje em 02/03/2018. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=295868&noCache=1317959381>. Acesso em: 20 set. 2020.

daturas femininas com o percentual mínimo de 30%, “a única alternativa que o partido ou a coligação dispõe é a de reduzir o número de candidatos masculinos para adequar os respectivos percentuais, cuja providência, caso não atendida, ensejará o indeferimento do demonstrativo de regularidade dos atos partidários (DRAP) [...]” (BRASIL.TSE. 2012).

Por fim, merece destaque também a matéria que versa sobre a aplicação de cota feminina na organização interna dos partidos, objeto a Consulta nº 0603816-39.2017, Brasília/DF, tendo como relatora a Min. Rosa Weber. O Plenário do TSE reconheceu a aplicação art. 10, § 3º, da [Lei nº 9.504/1997](#), para a composição de comissões executivas de partidos políticos, bem como de seus diretórios nacionais, estaduais e municipais, de suas comissões provisórias e demais órgãos equivalentes (BRASIL. TSE. 2020).

Observa-se que a legislação nacional e a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral estão em consonância com a promoção das quotas como ação afirmativa, incluindo a capacitação de mulheres, para que possam ter condições de ocupar os espaços partidários. Previsões de cotas compulsórias não são por si só suficientes para a participação efetiva das mulheres. Além disso é necessária a mudança de cultura, evitando-se assim a burla à lei e a sua mitigação.

## CONCLUSÃO

A igualdade de gênero apesar de prevista nas Constituições Brasileiras era apenas um princípio a ser construído, pois a mulher era tratada como incapaz perante a lei civil brasileira (Código Civil de 1916) e na área penal (Código Penal de 1940) como vítima, mas que dependia, para representar e solicitar a apuração de crimes da anuência do pai ou do marido.

Na área eleitoral, a mulher não tinha direito ao voto. O próprio homem somente era eleitor se tivesse dinheiro e conseqüentemente patrimônio.

O direito ao voto da mulher somente veio em 1932, depois de muitas lutas travadas pelo movimento feminista, sob a forma da Federação Brasileira para o Progresso Feminino, criada em 1922, onde Bertha Lutz lutava pelo direito à participação política. O Presidente Getúlio Vargas, por intermédio do [Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932](#), criava o Código Eleitoral e conferia às mulheres o direito ao voto.

Seguiram-se as [leis 9.100/1995](#); [9.504/97](#); [Lei 12.034/2009](#); [Lei 12.891/2013](#) e [Lei 13.165/2015](#). A [Lei nº 9100, de 29 de setembro de 1995](#) criou a política afirmativa, colocando o Brasil entre os países que estabelecem cotas compulsórias. As cotas inicialmente eram de 20% das vagas para as candidaturas de um e outro sexo, passou para 30% com advento da [Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997](#), também denominada de Lei das Vagas das Mulheres.

Posteriormente, tivemos quotas para a propaganda partidária e o financiamento de campanhas para as candidatas do gênero feminino, com a [Lei nº 12034/2009](#).

Agora que o arcabouço jurídico da participação compulsória da mulher está pronto, por intermédio da **Constituição Federal de 1988** e da legislação infraconstitucional, há a necessidade de se mudar a cultura da sociedade para não mitigar a aplicação da Lei de Cotas, para possibilitar a capacitação de mulheres; a ocupação dos espaços partidários; poder discutir e decidir as políticas para mulheres, como interessada principal; e enfim, participar dos rumos políticos do país, formulando políticas sob novos olhares sobre problemas antigos e recentes.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Annaes do Senado Federal**: seções de 18 de abril a 31 de maio de 1921. Disponível em: [https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais\\_Republica/1921/1921%20Livro%201.pdf](https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1921/1921%20Livro%201.pdf). Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de Fevereiro de 1891)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1967**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm). Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 7.586, de 28 de maio de 1945**. Regula, em todo o país, o alistamento eleitoral e as eleições a que se refere o art. 4º da Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del7586.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del7586.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. **Legislação eleitoral no Brasil**: do Século XVI a nossos dias. Outro autores: Nelson Jobim, Walter Costa Porto. Brasília: Senado Federal: Subsecretaria de Biblioteca, 1996. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224494>. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. **Legislação informatizada** – Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932 – Publicação Original. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. **Lei 12.034, de 29 de setembro de 2009**. Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112034.htm). Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015**. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos

Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113165.htm). Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Estatuto da mulher casada. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4121-27-agosto-1962-353846-norma-pl.html>. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995**. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9100.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9100.htm). Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm). Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Projeto de lei 783/1995**. Dispõe sobre o percentual mínimo de candidatas que deve constar da lista dos partidos políticos para as eleições que obedecerem ao sistema proporcional e da outras providências. Autor: Marta Suplicy (PT-SP). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/182361>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta Técnica. CTA (11551) 060405458**. Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, julgado em 1/03/2018, Publicado no dje em 02/03/2018. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=295868&noCache=1317959381>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Infomativo 31 de abril a 25 de maio de 2020. ano XXII– nº 5**. Disponível em: [https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/informativo-tse-1/arquivos/informativo/2020/tse-informativo-no-5-ano-22/at\\_download/file](https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/informativo-tse-1/arquivos/informativo/2020/tse-informativo-no-5-ano-22/at_download/file). Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 243-42.2012.6.18.0024** – Classe 32 – José de Freitas – Piauí Relator: Ministro Henrique Neves da Silva Recorrente: Coligação Vitória que o Povo Quer Advogados: Herman Ted Barbosa – OAB: I0001IDF e outros Recorridos: Coligação Por um Novo Tempo e outros Advogados: Edivaldo da Silva Cunha -1 OAB: 63191P1 e outros. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=24342&processoClasse=RESPE&decisaoData=20160816>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação nº 289-65.2016.6.00.0000** – Classe 42 – Brasília – Distrito Federal Relator: Ministro Herman Benjamin Representante: Ministério Público Eleitoral Representado: Partido dos Trabalhadores (PT) – Nacional Advogados: Márcio Luiz Silva – OAB: 124151DF e outra. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=127634&noCache=-705621456>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.562, de 22.3.2018**, processo administrativo nº 0600240-04/dfrelator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Informativo 19 de março a 8 de abril. ano xx. nº 4. Disponível em: [https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-informativo-tse-no-4-ano-20/at\\_download/file](https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-informativo-tse-no-4-ano-20/at_download/file). Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Voto da mulher**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/voto-da-mulher>. Acesso em: 22/09/2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Indicadores sociais das mulheres no Brasil**. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 20 set. 2020.

JENSON, Jane. Políticas públicas e investimento social: quais as consequências para a cidadania social das mulheres. Tradução: Michèle Nahas. **Estud. sociol.**, Araraquara, v. 17, n. 32, p. 87-106, 2012. Disponível em <https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/4929>. Acesso em: 20 set. 2020.

SOIHET, Rachel. A pedagogia da conquista do espaço público pelas mulheres e a militância feminista de Bertha Lutz. **Rev. Bras. Educ.**, Rio de Janeiro, n. 15, p. 97-117, dez. 2000. . Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-2478200000300007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-2478200000300007&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 22 set. 2020

SPOHR, Alexandre Piffero et al. Participação Política de Mulheres na América Latina: o impacto de cotas e de lista fechada. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 24, n. 2, p. 417-441, maio/ago. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/1805-9584-2016v24n2p417>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/XqvqGYBNTVmmM3BTY6GfbVHQ/?lang=pt>. Acesso em: 20 set. 2020.

VOTO da mulher. *In*: PORTO, Walter Costa. **Dicionário do voto**. Brasília: UnB, 2000. p. 427-436

XAVIER FONSECA, Júnior; FACHIN, Zulmar. A participação da mulher na política brasileira: obstáculos e desafios. **Revista Estudos Políticos**, v. 9, n. 2, p. 03 -23, dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.22409/rep.v9i18.40572>. Disponível em [https://periodicos.uff.br/revista\\_estudos\\_politicos/article/view/40572/23381](https://periodicos.uff.br/revista_estudos_politicos/article/view/40572/23381). Acesso em: 20 set. 2020.

## CAPÍTULO 2

### MULHERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ESPAÇO AINDA EM ABERTO

Kamile Moreira Castro

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

I – Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;  
([CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988](#))

Na [Constituição de 1988](#), ficou patente a isonomia de direitos entre homens e mulheres. Na seara jurídica remansou assegurada a equiparação entre os dois gêneros, nos diversos domínios da vida privada e pública. Assim, por exemplo, desde aí, ficou vedada qualquer discriminação entre homens e mulheres no trabalho ou na vida familiar, e, ao mesmo tempo, começa a ser erigido um conjunto de decisões que funcionam como regras específicas de apoio às mulheres. Atente-se para a noção de que, mais ou menos contemporaneamente à aprovação da Constituição Cidadã, diversos documentos internacionais eram publicados, com o intuito de “dar uma voz audível” às mulheres e redefinir-lhes o papel, social e político (refira-se, por exemplo, à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher da ONU– CEDAW– e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará da OEA).

Aliás, a célebre Lei “Maria da Penha” foi o resultado de uma análise do caso de violência doméstica, em face de Maria da Penha Fernandes, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Caso nº 12.051/OEA. Relatório 54/1). Nesse Relatório, o Brasil é acusado de omissão e aconselhado a rever as leis nacionais, de modo a adaptá-las às Convenções Internacionais que o Estado Brasileiro tinha acolhido. O certo é que a Lei conhecida como “Maria da Penha” ([Lei n. 11.340](#) – Decretada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 7 de agosto de 2006), entrou em vigor no dia 22 de setembro de 2006.

A [Lei n. 11.340](#) distingue violências de gênero, doméstica e contra as mulheres; tipifica que esta violência é susceptível de ter práticas efetivas diferentes: físicas, psicológicas, sexuais, morais e patrimoniais. Ao mesmo tempo, a Lei Maria da Penha altera o Código Penal, introduzindo, no seu Artigo 129, o parágrafo 9º, que passa a possibilitar que os agressores de mulheres, dentro do lar ou em família, sejam presos em flagrante ou tenham sua prisão preventiva decretada. O período de detenção do arguido condenado, vai até três anos

(e não um ano, como anteriormente), não havendo a hipótese de penas alternativas. A Lei prevê também a hipótese de outras medidas, como a retirada do agressor do domicílio e proibição de contato com a agredida.

A Lei Maria da Penha é considerada por muitos analistas, pela Igreja Católica e pela própria ONU, como uma das mais avançadas mundialmente, no tocante à proteção das mulheres. Importante realçar também, o fato de que, depois de esta Lei entrar em vigor, o número de denúncias de violência doméstica aumentou e criaram-se atendimentos policiais especializados para este tipo de crimes. Alguns criticam, entretanto, consequências nefastas da Lei, tais como: a possibilidade de denúncias falsas (para facilitar certos procedimentos legais, como o divórcio, ficar com a casa da família ou afastar o homem dos filhos), apontando uma possível inconstitucionalidade, dado que violaria o princípio da igualdade entre os sexos, ou, num outro viés, que poderia diminuir as queixas das mulheres que não queriam que os seus companheiros fossem efetivamente presos.

Importante será compreender que a violência contra as mulheres tem aspectos complexos e com fatores cruzados. Gomes da Silva<sup>1</sup>, fala assim sobre o assunto:

Do nosso ponto de vista, não compreendemos a violência contra as mulheres apenas como um ou vários atos sistematizados de agressão contra o seu corpo, seja da ordem do abuso sexual, seja do espancamento, da tortura física ou psicológica. No nosso entender, a violência que a mulher sofre está no seu dia a dia, incorporada e enraizada no imaginário social coletivo da nossa sociedade, de homens, mas também de mulheres, que legitimam a subordinação do sujeito feminino ao domínio do poder masculino. A violência contra as mulheres está velada no mascaramento e na subordinação da nossa linguagem cotidiana, no uso de expressões e de diversos jogos de linguagem, nas palavras de duplo sentido, na criação de referenciais para dar conta de uma realidade que não é a mais condizente com o seu papel na sociedade, também na criação de estereótipos que moldam formas singulares de preconceito e discriminação através de personagens da vida cotidiana, tais como: a *doméstica*, a *dona de casa*, a *professorinha*, a *mãe* e a *garota de programa estilo exportação*, entre tantos outros tipos, cuja imagem se transformou em um objeto tão vendável quanto qualquer outro produto de consumo, com o corpo explorado através da mídia, além de servir às leis imperativas do comércio e do turismo sexual.

Foi nos anos de 1987 e 1988 que o movimento reivindicativo das mulheres subiu de tom, querendo que a Carta Constitucional em gestação salvaguardasse as especificidades femininas, as 26 mulheres Constituintes lideraram um movimento de apoio às reivindicações feministas, que logrou na Constituição Cidadã garantir a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres perante a lei. Esse movimento ficou conhecido por Lobby do batom. Em 1986, foram eleitas 26 mulheres para a Câmara dos Deputados de 16 estados brasileiros, de um total de 166 candidatas. São Paulo, Rio de Janeiro e Amazonas elegeram o maior número delas, três representantes cada um. Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo e Rondônia, duas deputadas cada qual. E Acre, Amapá, Ceará, Goiás, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Roraima, uma deputada para cada Estado. A novidade representou um aumento de 1,9 % para 5,3% da representação feminina no Parlamento. As Constituintes formavam um grupo heterogêneo com representação partidária de amplo espectro, da direi-

<sup>1</sup> SILVA, Sérgio Gomes da. Preconceito e discriminação: as bases da violência contra a mulher. *Psicol. cienc. prof.* Brasília, v. 30, n. 3, p. 556-571, set. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-98932010000300009>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/rzhdT5gCxpq8sfQm4kzWZCw/?lang=pt>. Acesso em: 15 nov. 2021. p. 563.

ta à esquerda, representando oito partidos — PMDB, PT, PSB, PSC, PFL, PCdoB, PTB e PDT — a maioria do PMDB, 11 representantes, uma proporção de 42,3% em relação à bancada. Elas eram, principalmente, jornalistas, advogadas e professoras, mas também havia profissionais da área de saúde, uma pesquisadora, uma assistente social, uma empresária e uma atriz. A atuação da bancada atendeu às expectativas do movimento reivindicatório das mulheres brasileiras que participaram da campanha Mulher e Constituinte, promovida pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), criado dois anos antes, para estimular a participação do contingente feminino no processo e eleger maior número de parlamentares dessa vertente eleitoral.

Em março de 1987, a Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes foi entregue ao presidente da Assembleia Nacional Constituinte, deputado Ulysses Guimarães, pela presidente do CNDM, Jaqueline Pitanguy. O documento representava o resultado de uma intensa campanha nacional, em articulação com ativistas, movimentos feministas e associações diversas de todo o País durante dois anos. Com a peça, elas levavam ao Parlamento brasileiro a principal conclusão da campanha, que era também um slogan: “Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher”.

A [Constituição de 1988](#) foi a que mais contributos recebeu da sociedade brasileira e, por isso, exprime-se que a sua fonte de legitimidade é plena. É também neste sentido que se avalia a contribuição das mulheres para essa Constituição. De fato, se estas são agentes da transformação sociopolítica que a Constituição opera, também são pessoas cooperantes dessa mesma transformação.

A [Constituição de 1988](#), juridicamente, é com certeza um marco na proteção dos direitos humanos e abriu caminho para que o Brasil adotasse a maior parte dos documentos internacionais neste nível. Nas palavras de Leila Linhares Barsted<sup>2</sup>,

[...] nosso país não só assinou todos os documentos relativos ao reconhecimento e às proteções aos direitos humanos das mulheres, como apresenta um quadro legislativo bastante avançado no que se refere à igualdade de direitos entre homens e mulheres.

Saliente-se o fato de que a Constituição de 1988 foi a plataforma com base na qual se constituíram uma atitude política e um corpo legal, situando em atenção um necessário equilíbrio democrático, baseado nas preocupações sociais e na igualdade de direitos. E, se a Carta Grande tem em consideração etnias, grupos sociais, desequilíbrios econômicos e regionais, entre outros, tem também as questões de gênero sobre foco.

É evidente, e apoiado por todos os dados empíricos disponíveis, o fato de que as mulheres, e apesar do Texto Constitucional, continuam a ter um papel subalterno ao homem, em quase todos os domínios. Mesmo com a legislação infraconstitucional apoiando e detalhando os direitos proclamados pela Lei Maior, a situação das mulheres tem tido uma evolução, embora visível, lenta.

<sup>2</sup> BARSTED, Leila Linhares. A Legislação civil sobre família no Brasil. In: **As Mulheres e os direitos civis**. Rio de Janeiro: Cepia, 1999. (Coletânea Traduzindo a Legislação com a Perspectiva de Gênero). p. 34.



Os salários são desiguais entre homens e mulheres; os empregadores, em muitas situações, preferem os homens às mulheres; as mulheres são em menor número e têm pouca visibilidade no sistema político-partidário e na intervenção política em geral; e as mulheres estão menos comparecentes à vida social, sendo tal lista meramente indicativa e, de modo nenhum, exaustiva. Um aspecto a salientar, está no fato de que cada vez mais, as mulheres têm ocupado os assentos das instituições de ensino superior e saído com formação específica e de grau elevado, mas nem isso lhes garante o passaporte para as chefias das empresas e da administração pública. Parece assim, que elas têm uma dupla dificuldade de afirmação pessoal e social: as dificuldades equitativas no seu percurso pessoal/social/acadêmico/ laboral, acrescidas das dificuldades por serem mulheres, com toda a carga histórico/cultural e de preconceito, que tal significa.

Verdadeiro, então, é se afirmar a necessidade imperiosa, de políticas públicas afirmativas e de discriminação positiva, a fim de que se alcance a equidade. A chamada “neutralidade” do Estado será, neste caso, uma colocação ao lado do “favorecido”. O Estado brasileiro tem feito algumas ações neste sentido, em relação a alguns grupos minoritários, e terá que expandir esses atos com maior vigor para um grupo que não é minoritário, mas é aquilo a que alguém, um dia, chamou de “maioria minoritária”: as mulheres. De fato, uma minoria não pode ser entendida exclusivamente no sentido demográfico/populacional, mas, para utilizar as palavras de Heilborn<sup>3</sup>, a maneira como as “[...] relações sociais, expressando valores, definem a distribuição de prestígio, legitimidade e poder que organizam os vínculos entre homens e mulheres, somados a outros critérios de classificação social”.

Repare-se que as ações afirmativas configuram diversos formatos<sup>4</sup> como: as de ação voluntária; obrigatória ou mista; de iniciativa governamental ou de privados; por decisões jurídicas ou agências regulatórias. Uma ação afirmativa conhecida de todos é o sistema de cotas.<sup>5</sup> A [Constituição brasileira de 1988](#) privilegia a defesa da igualdade de todos perante a lei e incorporou uma série de ações afirmativas dos direitos das mulheres. Mais tarde, em 1996, com revisão em 2002, o Programa Nacional de Direitos Humanos foi no mesmo sentido, tal como o Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres, de 2007.

Assim, entende-se que a desigualdade, de fato, deve ser combatida por uma discriminação de direito, o que significa, na prática, que a adoção deste tipo de medidas visa a corrigir os efeitos negativos decorrentes da desigualdade material. Repare-se, entretanto, que estas correções são, ao fim e ao cabo, uma afirmação e ampliação da cidadania, já que sem esta as sociedades democráticas definham e morrem.

A vida nas modernas sociedades democráticas suscita a cidadania, quer dizer, situa na berlinda o modo como as pessoas passam da sua esfera privada para o âmbito público, onde se discute a totalidade das maté-

3 HEILBORN, M. L. Violência e mulher. In: VELHO, G.; ALVITI, M. **Cidadania e violência** Rio de Janeiro: Ed. da UFPRJ; 2000. p. 90.

4 VAZ, Gislene de Almeida. **A participação da mulher na política brasileira**: a lei de cotas. 65 f. Monografia apresentada para o curso de Especialização em Processo Legislativo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008.

5 Sistema que consiste em reservar, para uma determinada minoria ou grupo específico, um dado número de vagas numa determinada área.

rias que a todos dizem respeito.<sup>6</sup> Precisamente o conceito de cidadania envolve o aspecto dos direitos, que, a seu turno, é passível de ser de índole diversa, como os civis, políticos, sociais, econômicos etc. Aliás, o elenco destes tipos de direitos parece nunca estar fechado, e, progressivamente, sobra aumentado. Na verdade, direitos que anteriormente eram próprios de determinado grupo são estendidos, *pro rata temporis*, a outros grupos. Por conseguinte, não só a listagem dos direitos de cidadania tem sido aprofundada e incrementada, como também os que estão em curso cobrem, recorrentemente, um número cada vez maior de pessoas no contexto das sociedades.

Para que a cidadania das mulheres seja efetiva, e não apenas letras em papel, é necessário começar por uma reconfiguração de suas atribuições na sociedade, onde se aumente a comparência feminina na vida econômica, social e política. Já em 1890, Hubertine Auclert<sup>7</sup> dizia que o direito político é, para a mulher, a chave que lhe dará todos os outros, sublinhando, então, que seria com amparo na intervenção política e dos seus direitos políticos que os outros seriam assegurados.<sup>8</sup> Pensa-se, porém, que será mais eficaz, num mundo globalizado como o atual, a defesa dos direitos e da intervenção pública das mulheres, simultânea, nas diversas facetas que denota essa globalização. Não se deixará, no entanto, de exprimir que o sistema político-partidário brasileiro continua sendo um reduto masculino, dificultando, não só, a candidatura feminina, senão, também, a defesa dos interesses das mulheres em diversos níveis.

Resume-se, portanto, a ideia de que, malgrado as conquistas operadas pelas mulheres, e que têm tradução político-jurídica na Constituição e nas leis que lhes seguiram e concretizaram, tal não conseguiu acabar com os preconceitos e estereótipos em relação às mulheres. É neste sentido que se tem, como título deste artigo, Mulheres na Constituição de 1988: um espaço ainda em aberto. Certo é que o Texto Maior abriu possibilidades enormes e também reais para uma mudança radical do papel das mulheres. Observa-se que o Brasil tem um conjunto de valores de gênero ainda contraditórios: a par da realidade, que dá as mulheres quase 50% da força de trabalho do País e incentivo a ocuparem cargos políticos e públicos, existe outra que as identifica exclusivamente com os seus papéis de esposas e mães ou com outras relacionadas com a sexualidade.

Exprime-se, então, que há muito a fazer quanto à igualdade de gêneros. Muitos desafios são interpostos. Clara Araújo,<sup>9</sup> resume-os assim:

Um dos grandes desafios para o progresso das mulheres parece ser o de enfrentar a distância ainda grande entre o reconhecimento formal dos direitos à participação e a divisão de tarefas que efetivamente ocorre entre mundo público e vida privada. Um outro desafio pode ser o de encarar o poder e seus diversos espaços como algo positivo, e não apenas na sua condição de exterioridade para as mulheres. Incluir

6 ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

7 Considerada pioneira do feminismo, Hubertine Auclert, nascida em 10 de abril de 1848, em Saint-Priest-en-Murat (França), e falecida em 4 de agosto de 1914, em Paris, foi uma ativista feminista que lutou pelo direito de as mulheres serem eleitas e pelo direito destas ao voto.

8 PERROT, Michelle. Dramas e conflitos familiares. In: PERROT, Michelle (org.). **História da vida privada**: v.4. 5. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 285.

9 ARAÚJO, Clara. As mulheres e o poder político – desafios para a democracia nas próximas décadas. In: BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline. (org.) **O progresso das mulheres no Brasil – 2003–2010**. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011. p. 134.

como estratégia o estímulo e a disputa pela ocupação de cargos pelas mulheres nos espaços públicos e administrativos, espaços de interesse coletivo como sindicatos e associações ou mesmo espaços de decisão privada como empresas é parte da caminhada por equidade. Mas deve ser concomitante a um terceiro bloco: a mudança da cultura de gênero ainda tradicional quanto aos papéis e expectativas e que são disseminados explícita ou sutilmente na mídia, nas relações interpessoais e institucionais.

O *gap* principal a ultrapassar, passa, pois, no aspecto das mulheres no Brasil, por três vertentes básicas: a concordância entre a lei escrita e a sua prática; maior inclusão participativa feminina na vida pública; e mudança de cultura e de mentalidades na sociedade. Muito se tem a fazer, portanto.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Clara. As mulheres e o poder político – desafios para a democracia nas próximas décadas. *In*: BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline. (org.) . **O progresso das mulheres no Brasil – 2003–2010**. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011.
- ARENDETT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- BARSTED, Leila Linhares. A Legislação civil sobre família no Brasil. *In*: **As Mulheres e os direitos civis**. Rio de Janeiro: Cepia, 1999. (Coletânea Traduzindo a Legislação com a Perspectiva de Gênero).
- BEARD, Mary. **Mulheres e poder: um manifesto**. Lisboa: Bertrand, 2018.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- DAMATTA, Roberto. **A Casa & A Rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1991. 177 p.
- HEILBORN, M. L. Violência e mulher. *In*: VELHO, G.; ALVITI, M. **Cidadania e violência** Rio de Janeiro: Ed. da UFPRJ; 2000. p. 90-99.
- KOHEN, Beatriz. Family Judges in the city of Buenos Aires: a view from within. **International Journal of the Legal Profession**, v. 15, n. 1-2, p. 111-122, 2008. DOI: <https://doi.org/10.1080/09695950802439775>. Acesso em: 15 nov. 2021.
- PERROT, Michelle. Dramas e conflitos familiares. *In*: PERROT, Michelle (org.). **História da vida privada: v.4. 5. ed.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 263-285.
- PIMENTEL, Sílvia. **A Mulher e a Constituinte: uma contribuição ao debate**. 2. ed. São Paulo: Cortez Editora/EDUC, 1987.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Max Limonad, 2008.
- SEVERI, Fabiana Cristina. O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres. **Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 81-115, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/16716>. Acesso em: 15 nov. 2021.
- SILVA, Sérgio Gomes da. Preconceito e discriminação: as bases da violência contra a mulher. **Psicol. cienc. prof.** Brasília, v. 30, n. 3, p. 556-571, set. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-98932010000300009>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/rzhdT5gCxpg8sfQm4kzWZCw/?lang=pt>. Acesso em: 15 nov. 2021.
- VAZ, Gislene de Almeida. **A participação da mulher na política brasileira: a lei de cotas**. 65 f. Monografia apresentada para o curso de Especialização em Processo Legislativo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008.

# CAPÍTULO 3

## AS REGRAS DO JOGO CONSTITUCIONAL: FILIAÇÃO E CANDIDATURAS FEMININAS<sup>1</sup>

Marilda de Paula Silveira

### 1 INTRODUÇÃO: COMO CHEGAMOS NA ISONOMIA FORMAL

Poucos temas são tão consensuais na ciência política e no estudo do sistema eleitoral brasileiro quanto a predominância masculina no exercício dos mandatos, sejam eles eletivos ou estejam eles situados no âmbito interno da representação partidária. Os números, sempre citados, falam por si.

A despeito de serem responsáveis pela manutenção de cerca de 40% das famílias brasileiras, ocuparem 41,9% dos postos de trabalho e comporem 52% do eleitorado do país<sup>2</sup>, as mulheres representam apenas 15% do total de parlamentares da Câmara dos Deputados e do Senado<sup>3</sup>. Dos 33 partidos registrados no TSE, apenas 4 são presididos por mulheres<sup>4</sup>. Além do mais, dentre os 28 partidos que elegeram deputados federais, 11 não contam com nenhuma mulher entre os seus representantes e, nada menos do que 16 estados da federação não possuem representação feminina no Senado Federal<sup>5</sup>.

Analisando as Comissões Executivas dos dez partidos com maior representação na Câmara dos Deputados, verificou-se que apenas três deles possuem representantes do sexo feminino entre presidentes, vice-presidentes, secretários e tesoureiros<sup>6</sup>. Esse quadro se torna alarmante quando se nota que esses dirigentes, na maior parte das vezes, pouco sensíveis aos interesses das mulheres filiadas, são os responsáveis por definir o destino dos recursos, quais os candidatos irão aparecer na propaganda partidária e, em última instância, quais serão as candidaturas efetivamente apoiadas pelo partido.

1 Publicado anteriormente como artigo de periódico – SILVEIRA, Marilda de Paula. Democracia de gênero e seus desafios: como as ações afirmativas para participação feminina na política devem ser aprimoradas. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 75, p. 323-348, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2041>.

2 De acordo com os dados do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em: 11 mar. 2019.

3 77 deputadas federais e 12 senadoras AGÊNCIA SENADO. **Bancada feminina precisa ocupar espaço no Congresso, dizem senadoras**. 08 fev. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/02/08/bancada-feminina-precisa-ocupar-espaco-no-congresso-dizem-senadoras>. Acesso em: 11 mar. 2019.

4 PT, PCdoB, PODEMOS e PMB. <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>. Acesso em 11 de março de 2019 e 11 de maio de 2020 [em que pese a modificação do número e nome dos partidos, os dados relativos à direção feminina permaneceram idênticos em ambas as datas].

5 Dados fornecidos pela cartilha “+ Mulheres na Política”, desenvolvida em conjunto pela Procuradoria Especial da Mulher do Senado Federa e Secretaria da Mulher na Câmara. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/proc-publicacoes/livreto-mais-mulheres-na-politica>. Acesso em: 11 mar. 2019.

6 A análise foi realizada a partir dos dados constantes nas páginas das agremiações na internet. Verificou-se a composição das Comissões Executivas dos seguintes partidos: PMDB, PT, PP, PSDB, PR, PSD, PSB, DEM, PTB e PRB.

Tendo em vista que a organização das estruturas intrapartidárias varia significativamente entre as agremiações, para possibilitar uma análise comparativa foram considerados apenas os seguintes cargos de direção: presidente, vice-presidentes, secretários e tesoureiros.

Dentre os partidos analisados, apenas no PT, PSDB e PDT havia mulheres ocupando os cargos de direção acima apontados.

A discussão acerca da maior inclusão das mulheres entre os dirigentes partidários, foi submetida ao Tribunal Superior Eleitoral na Consulta 0603816-39.2017.6.00.0000 e ainda encontra-se pendente de julgamento. Caso conheça da consulta, o Tribunal deve responder se a previsão de reserva de vagas para as candidaturas proporcionais deve ser observada para composição das comissões executivas e diretórios partidários.

No âmbito estadual e municipal, a situação não é menos grave. Nas eleições de 2014, uma única mulher foi eleita governadora, e apenas 11% das cadeiras nas Assembleias Legislativas foram ocupadas por representantes do sexo feminino. Os dados do TSE apontam, ainda, que entre os 5.485 prefeitos eleitos em 2016, apenas 640 (12%) são mulheres e, no legislativo municipal, o percentual de representantes do sexo feminino não passa dos 14%<sup>7</sup>.

Felizmente, o cenário da representatividade feminina na política é bastante distinto em muitas nações estrangeiras, podendo-se destacar dentre elas Ruanda, Bolívia e os países nórdicos (Noruega, Suécia, Finlândia e Dinamarca), onde o percentual de mulheres no Parlamento chega a ultrapassar os 50%. Embora se localizem em diferentes regiões do globo e apresentem níveis de desenvolvimento socioeconômico bastante díspares, o traço comum entre essas nações é a adoção de medidas voltadas a promover maior igualdade de condições no jogo político, a partir de regras inseridas em seu sistema eleitoral.<sup>8</sup>

Apesar dos exemplos de sucesso na implementação de medidas efetivas para a maior inclusão de mulheres nos centros de poder, de acordo com a União Interparlamentar, em termos globais, a média de participação das mulheres ainda é de cerca de 23%<sup>9</sup>, percentual que evidencia que a sua sub-representação na política é uma questão extremamente disseminada, demandando reflexão e esforços conjuntos do legislador, dos agentes políticos e da sociedade para sua superação.

Diante desse cenário, e buscando fomentar o debate acerca da participação feminina na política, o presente artigo realizará uma análise acerca dos motivos que são apontados como causa desse quadro de sub-representação, das previsões normativas e decisões judiciais vigentes para as eleições 2020, no Brasil, que buscaram – ou ainda buscam – implementar ações afirmativas nesse sentido, especificamente nas candidaturas e filiações.

7 Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em: 11 mar. 2019.

8 Disponível em: INTER-PARLIAMENTARY UNION. **Women in politics**: 2017. Disponível em: [https://beta.ipu.org/resources/publications/infographics/2017-03/women-in-politics-2017?utm\\_source=Inter-Parliamentary+Union+%28IPU%29&utm\\_campaign=550dedbec7-EMAIL\\_CAMPAIGN\\_2017\\_02\\_23&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_d1ccee59b3-550dedbec7-258891957](https://beta.ipu.org/resources/publications/infographics/2017-03/women-in-politics-2017?utm_source=Inter-Parliamentary+Union+%28IPU%29&utm_campaign=550dedbec7-EMAIL_CAMPAIGN_2017_02_23&utm_medium=email&utm_term=0_d1ccee59b3-550dedbec7-258891957). Acesso em: 11 mar. 2019.

9 Disponível em: INTER-PARLIAMENTARY UNION. **Women in politics**: 2017. Disponível em: [https://beta.ipu.org/resources/publications/infographics/2017-03/women-in-politics-2017?utm\\_source=Inter-Parliamentary+Union+%28IPU%29&utm\\_campaign=550dedbec7-EMAIL\\_CAMPAIGN\\_2017\\_02\\_23&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_d1ccee59b3-550dedbec7-258891957](https://beta.ipu.org/resources/publications/infographics/2017-03/women-in-politics-2017?utm_source=Inter-Parliamentary+Union+%28IPU%29&utm_campaign=550dedbec7-EMAIL_CAMPAIGN_2017_02_23&utm_medium=email&utm_term=0_d1ccee59b3-550dedbec7-258891957). Acesso em: 11 mar. 2019.

## 2 SUBREPRESENTAÇÃO FEMININA: O QUE A LITERATURA APRESENTA COMO RAZÕES DE MANUTENÇÃO DO *STATUS QUO*

Há pouco mais de quatro décadas, o histórico de desequiparação legal entre homens e mulheres vem se dissipando. Esse quadro foi confirmado e ampliado pela [Constituição de 1988](#), que assegura igualdade independentemente do gênero.

Ocorre que o reconhecimento constitucional e legal dessa igualdade não foi suficiente para assegurar que as mulheres ocupassem o mesmo espaço que os homens na representação democrática. Diante dos índices expostos acima, não se pode deixar de indagar, por que a igualdade formal, não foi capaz de garantir que as mulheres ocupassem de forma equivalente os mandatos eletivos.

Essa não é uma análise pouco complexa. Repensar a origem do problema da sub-representação feminina na política, levantando suas causas, é certamente um passo de extrema importância para que se possa vislumbrar caminhos de superação. Somente assim, não se corre o risco de alcançar efeitos colaterais mais danosos que os benefícios alcançados com eventuais alterações legislativas.

Para compreender a sub-representação feminina na vida política brasileira, não se pode perder de vista que até 1962, a mulher era considerada relativamente incapaz e dependia do seu marido para exercer inúmeros direitos<sup>10</sup>. Foi com o estatuto da mulher casada, Lei 4.121/62, que parte das desigualdades e essa noção de incapacidade foi revogada. Não se tratava, portanto, de simples questão cultural, mas de opção normativa incorporada ao Estado de Direito vigente, amparada por política estatal que se pautava exclusivamente pelo gênero.

Há pouco mais de 30 anos, em 1985, as pesquisadoras Albertina de Oliveira Costa, Carmen Barroso e Cynthia Sarti, da Fundação Carlos Chagas, fizeram um levantamento bibliográfico das pesquisas sobre as mulheres, realizadas no Brasil, entre 1976 e 1985, e apontam como fatores que dificultaram o trabalho: a “novidade relativa do assunto” e o “terreno de convergência possível entre diferentes disciplinas e terra de ninguém”<sup>11</sup>

No mesmo período, em 1987, a Professora Titular de História da FFLCH escreveu um artigo em que explicava como era difícil estudar a história da mulher brasileira<sup>12</sup> porque a “estrutura universitária [era] demasiadamente conservadoras”. Naquele momento, narrava a professora que “a História da Mulher ainda é encarada

10 Maria Lygia Quartim de Moraes: “Com o casamento, a mulher perdia sua capacidade civil plena. Cabia ao marido a autorização para que ela pudesse trabalhar, realizar transações financeiras e fixar residência. Além disso, o Código Civil punia severamente a mulher vista como ‘desonesta’, considerava a não virgindade da mulher como motivo de anulação do casamento [...] e permitia que a filha suspeita de ‘desonestidade’, isto é, manter relações sexuais fora do casamento, fosse deserdada”. Moraes, Maria Lígia Quartim – “Cidadania no feminino”: In Pinsky, J. e Pinsk, C B, História da Cidadania, Ed. Contexto, SP, 2003.

11 COSTA, Albertina de Oliveira, BARROSO, Carmen Barroso e SARTI, Cynthia. Pesquisa sobre mulher no Brasil do limbo ao gueto. *Cad. Pesquisa*, São Paulo, v. 54, n. 5-15. p. 5, ago. 1995. Disponível em: <http://publicacoes.fcc.org.br/index.php/cp/article/view/1389>. Acesso em: 03 jun. 2018.

12 Logo no início do artigo a Professora Maria Beatriz Nizza da Silva relata: “Área do saber ainda imprecisamente demarcada, pretendendo-se interdisciplinar, os estudos sobre a mulher dificilmente se impõem e ganham autonomia na estrutura universitária brasileira, demasiado conservadora para abandonar as disciplinas a muito cristalizadas. De todas as Universidades talvez a Universidade de São Paulo seja a mais difícil de abalar. Enquanto em outras, mais flexíveis, já existem desde 1981 núcleos de estudos sobre a mulher (nas Universidades Federais do Ceará, Paraíba, Bahia, Minas Gerais e Rio Grande do Sul e nas Universidades Católicas do Rio de Janeiro e São Paulo), só em 1985 docentes pesquisadores da Universidade de São Paulo se reuniram para fazer um levantamento de todos os cursos e pesquisas que tivessem como objeto a mulher e as relações de gênero. Constituiu-se então o núcleo Mulher que lançou o seu primeiro Boletim em maio de 1986, com informações sobre os seminários organizados nesse ano (“A mulher em sociedades negro-africanas”, “A violência contra a mulher”, “O aborto”, “Igreja, concubinato, bastardos e mães solteiras”) e também sobre cursos ministrados no Departamento de Ciências Sociais especificamente sobre a mulher (“Mulher, trabalho e participação política” e “Mulher, sexualidade e trabalho”).”

como ‘coisa de feminista’ ou então como simples curiosidade fútil num leque de disciplinas que se propõe transmitir o essencial do saber histórico”<sup>13</sup>.

Não é irrelevante, nesse contexto, o fato de que nossa sociedade é composta por aqueles que viveram, foram criados ou são herdeiros do que previa o Código Civil de 1916. Essa constatação reflete a posição cultural de 81% dos homens brasileiros, os quais consideram viver em uma sociedade machista que reforma estereótipos do que seria papel do homem e da mulher.<sup>14</sup>

Não surpreende, portanto, que a sociedade não tenha absorvido culturalmente esse critério de igualdade e que as normas que prevejam requisitos de acesso a partir de uma igualdade formal, acabem por aprofundar a exata medida da desigualdade.

É possível que as mulheres não queiram ocupar espaços de poder, ainda que eles estejam tão disponíveis quanto para os homens? É possível que a natureza da atividade política afaste as mulheres dos mandatos eletivos? É possível que as diferenças próprias do gênero impulsionem escolhas profissionais diversas<sup>15</sup>? É possível que a corrupção afaste as mulheres da política<sup>16</sup>?

Não há dúvida de que as respostas a essas questões podem ser positivas. Contudo, o acesso às respostas somente seria possível se os mandatos eletivos fossem, de fato, acessíveis às mulheres em igualdade de condições com os homens. De modo que a decisão por disputar um mandato eletivo fosse realmente viável, sem que a questão de gênero se apresentasse, nela, como fator de desequilíbrio.

A literatura apresenta explicações de natureza, as mais diversas para essa sub-representação<sup>17</sup>, incluindo a dupla jornada de trabalho, os baixos incentivos<sup>18</sup> e o ambiente corrupto. A questão que se coloca, portanto, é saber se esse cenário decorre de diferenças naturais e deveria ser aceito (tolerado) ou se é fruto de uma história cujos atores são capazes de perpetuar uma desequiparação que não se justifica em nenhuma medida.

A escassez de mandatos, os quais historicamente sempre foram ocupados por homens, é o primeiro fator de estabilidade que dificulta a participação feminina. A partir dessa premissa forma-se um ciclo vicioso: o grupo que ocupa uma posição de poder não quer deixá-la; esse grupo detém competência constitucional para

13 SILVA, Maria Beatriz Nizza da. A história da mulher no Brasil: tendências e perspectivas. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, São Paulo, n. 27, p. 75-91, dec. 1987. ISSN 2316-901X. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-901X.v0i27p75-91>. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rieb/article/view/69910>. Acesso em: 11 mar, 2019.

14 81% dos homens consideram o Brasil um país machista, aponta pesquisa inédita da ONU Mulheres. [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Relatorio\\_UNU\\_ElesporElas\\_PesquisaQuantitativa2016.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Relatorio_UNU_ElesporElas_PesquisaQuantitativa2016.pdf).

15 Sacchet (2011, p. 167): “Na fase infantil (anos de socialização na família e nas escolas) e na fase adulta, a experiência de exclusão política e de modelos e/ou imagens pouco desviantes do padrão aprendido contribuem para que as mulheres se interessem menos pela política formal e, também, sintam-se inseguras e despreparadas para a execução da função pública. Na disputa eleitoral, elas são foco de críticas morais e têm sua vida privada mais abertamente exposto que a dos homens, questões que tendem a impactar de forma diferente sua vida. Ou seja, fatores culturais influenciam a visão das mulheres e o seu interesse pela política.”

16 Esarey e Chirillo apontam que a participação política feminina é maior em democracias menos corruptas. ACKERMAN, Susan Rose; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*. Second edition. Cambridge, 2016. p. 244.

17 Costa *et al.* 2013. Incluindo razões de ordem biológica cuja exposição (sobretudo pelo conteúdo da fala) levou à demissão de Sundar Pichai da posição que ocupava na empresa Google. O fato gerou grande repercussão.

18 Norris1997; Norris & Lovenduski 1995. Há quem aponte razões de ordem biológica que fundamentariam a diferença das escolhas profissionais masculinas e femininas. Sundar Pichai publicou o que seria um manifesto intitulado “a bolha ideológica do Google”, em que afirma que homens e mulheres não têm as mesmas habilidades, inquietações e ambição no campo tecnológico e laboral. Esse debate (não só pelo mérito, mas pelo conteúdo da fala) levou à demissão do ex-executivo e gerou grande repercussão. Rosa Jiménez Cano. *Vaza manifesto machista de engenheiro do Google contra igualdade de gênero*, 08 ago. 2017. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/06/tecnologia/1502006187\\_214063.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/06/tecnologia/1502006187_214063.html). Acesso em: 15 nov. 2021.

produzir as normas que regulam o acesso às posições de poder; as regras favorecem à manutenção do *status quo*; a composição de forças não se renova.

A dificuldade se agrava pelo fato de ser sensivelmente mais difícil eleger um candidato pela primeira vez do que reeleger alguém que já ocupa mandato eletivo. Em 2016, a taxa de reeleição de prefeitos alcançou o menor número da história recente e foi de impressionantes 47%<sup>19</sup>. Em 2008 essa taxa era de 66%.

Isso ocorre porque os titulares de mandato são conhecidos do público, executam políticas públicas e, no geral, suas plataformas políticas já estão bem definidas. É também um consenso o fato de que a posição de ocupante de uma função pública favorece, significativamente, as chances de êxito em uma nova disputa eleitoral. Nosso sistema, embora busque combater a perpetuação daqueles que estão no poder, não impõe limitação à reeleição para cargos do poder legislativo. Fato que, também, favorece a perpetuação de homens já ocupantes de mandatos no legislativo.

Pode-se afirmar, portanto, que o atual cenário político brasileiro dificulta a substituição de um homem que já seja titular de mandato por uma mulher. Disso também resulta a escassez de espaços de poder que constitui uma das barreiras à maior participação feminina na política.

O segundo fator que estaciona a participação feminina na política é a leitura que sempre se fez da autonomia partidária (art. 17 da CR/88), somada ao monopólio constitucional outorgado aos partidos políticos para lançar candidaturas. Em que pese tenha sido ampliada a discussão sobre democracia intrapartidária<sup>20</sup>, as decisões internas dos partidos ainda são consideradas interna corporis e sujeitam-se, como regra, aos estatutos. Estes, por sua vez, atribuem competência aos seus dirigentes cuja composição é basicamente masculina. Os homens que já ocupam as posições de poder, não têm nenhum incentivo para alterar o cenário de representação desigual.

Um terceiro fator que até então afetou a participação feminina na política foram os altos custos de uma campanha eleitoral. A partir da decisão do STF na ADI 4650, a captação de recursos de pessoas jurídicas foi vedada, restando aos candidatos: as doações de pessoas físicas e as doações dos partidos (advindas de recursos próprios, do fundo partidário e do FEFC), além do tempo de propaganda eleitoral. Parte significativa dos recursos, portanto, passa por um filtro partidário que, sem democracia interna, ainda depende de decisões majoritariamente masculinas.

<sup>19</sup> De acordo com dados do TSE (Tribunal Superior Eleitoral 2.945 prefeitos se candidataram à reeleição e 1.385 foram reeleitos.

<sup>20</sup> As decisões partidárias (escolha dos candidatos, das coligações, da distribuição de recursos nas campanhas e do tempo de propaganda) são tomadas nos termos dos estatutos que, em sua grande maioria, atribuem à tomada de decisão aos dirigentes (sobre o tema, conferir: CAMPOS NETO, Raymundo. **A Democracia interna nos partidos políticos brasileiros**. Belo Horizonte: De Plácido, 2016). E estes, por sua vez – como destacado no início do trabalho – são homens em sua destacada maioria.



Recente decisão do STF na ADI 5717<sup>21</sup> e na Consulta 252-18<sup>22</sup>, pretendeu alterar esse cenário a partir das eleições de 2018. O STF decidiu que a distribuição de recursos do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais direcionadas às candidaturas de mulheres deveria ser feita na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos, respeitado o patamar mínimo de 30% de candidatas mulheres e o TSE estendeu a decisão para o fundo especial de campanha.

Apesar da polêmica que cercou a destinação dos recursos para candidatas a vice e suplentes, a alteração produziu efeitos: na Câmara Federal foram eleitas 77 deputadas, um aumento de 51% em relação a 2014. O número de deputadas estaduais também cresceu 35%.

Até então, os dados apontavam que as mulheres, em geral, possuem menos recursos próprios para investir, recebem menos incentivo da iniciativa privada e também são desfavorecidas na distribuição de recursos pelos partidos políticos<sup>23</sup>.

Além das dificuldades no financiamento de campanha, a participação das mulheres na política é permeada ainda de diversos outros desafios, como a falta de apoio no bojo das agremiações partidárias, o qual fica evidente quando se verifica, por exemplo, os baixos índices de indicação de candidatas para concorrer a cargos eletivos majoritários e o pouco espaço que lhes é conferido nas propagandas políticas.

Verifica-se, portanto, que as barreiras à participação feminina na política possuem diferentes ordens, perpassando questões i) sistêmicas, tendo em vista a escassez de espaços a serem ocupados; ii) culturais, eis que ainda vivemos sob uma sociedade altamente patriarcal, em que a prescrição de papéis sociais não favorece a ocupação de espaços de poder pelas mulheres e iii) institucionais, conforme se verifica pela falta de espaço conferido às mulheres no seio das instituições que compõem o sistema político do país.

Delineados os principais empecilhos à entrada das mulheres na política, passa-se a analisar a maneira como a legislação pátria vem tratando o tema, para que em seguida, seja possível averiguar a efetividade dessas normas na busca pela superação desse grave quadro de sub-representação feminina que atualmente marca a democracia brasileira.

21 deu “interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido, para eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhe seja alocado na mesma proporção”.

22 “A distribuição dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei das Eleições, e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, regulamentada nos arts. 47 e seguintes do mesmo diploma legal, deve observar os percentuais mínimos de candidatura por gênero, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, na linha da orientação firmada na Suprema Corte ao exame da ADI 5617. No caso de percentual superior de candidaturas, impõe-se o acréscimo de recursos do FEFC e do tempo de propaganda na mesma proporção”.

23 SACCHET, T. Partidos políticos e sub-representação feminina: um estudo sobre recrutamento legislativo e financiamento de campanhas no Brasil. In: PAIVA, D.; BEZERRA, H. D. (org.). **Mulheres, política e poder**. Goiânia: Cãnone Editorial, 2011. p. 163.

### 3 CANDIDATURAS E FILIAÇÃO PARTIDÁRIA DAS MULHERES NO BRASIL

A Lei Internacional de Direitos Humanos (ONU, 1948) e Convenção da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre Direitos Políticos da Mulher (ONU, 1954), já defendiam, no âmbito internacional, o princípio da igualdade política entre os sexos, requerendo dos Estados signatários que assegurassem a igualdade entre homens e mulheres frente aos direitos civis e políticos. O objetivo das normas era derrubar as barreiras legais à participação política feminina. Todavia, elas não previam instrumentos voltados a fomentar diretamente a presença de mulheres nos núcleos de poder.

No ano de 1979, com a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher<sup>24</sup>, a ONU lançou efetivamente uma agenda internacional voltada ao combate da discriminação de gênero. A Convenção não só reforça o direito das mulheres ao exercício de sua capacidade eleitoral ativa, por meio do voto, mas também fomenta a participação na vida pública. Além de incentivar a participação das mulheres, ocupando cargos públicos eletivos ou não, inova-se ao propor que a adoção de políticas afirmativas voltadas à promoção da igualdade material entre homens e mulheres não será considerada discriminatória.

#### Artigo 4º

1. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher, não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.

Na mesma direção, a chamada Plataforma de Pequim, elaborada durante a IV Conferência Mundial sobre a Mulher no ano de 1995, também defende claramente a adoção de ações afirmativas em favor da maior inclusão de mulheres na política.

Dentre as medidas propostas pelo documento estão ainda a necessidade de alcançar uma representação isonômica entre homens e mulheres em todos os postos governamentais e da administração, a adoção de medidas que estimulem os partidos políticos a incorporar as mulheres em postos eletivos e não eletivos e examinar o impacto dos sistemas eleitorais sobre a representação política das mulheres para que se possa analisar a necessidade de reforma desses sistemas.

O legislador pátrio não ficou alheio a esse cenário de baixa representatividade feminina na política, tendo implementado, ao longo das últimas duas décadas, alterações nas normas que disciplinam o processo eleitoral, que têm como objetivo ampliar a participação das mulheres na vida política, conforme se passa a demonstrar.

<sup>24</sup> A Convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002.

### 3.1 DA RESERVA DE VAGAS PARA CANDIDATURAS

Apesar de as reformas eleitorais com imposição de quotas estarem previstas na Lei 9.504/1997, somente depois de 2009, com a alteração de posicionamento do TSE, é que se tornaram mais efetivas. De lá para cá, a cada eleição, uma nova modificação ampliando a ação afirmativa foi feita: indeferimento do registro de todos os candidatos do partido ou coligação que não cumpriram a quota; reconhecimento de fraude por candidaturas laranja; imposição de destinação de recursos financeiros para candidaturas de mulheres; penalização dos partidos que não atenderam a obrigação de reservar tempo de propaganda para o incentivo à participação feminina.

Nesse contexto, com o objetivo de conferir maior espaço para a participação feminina nas disputas eleitorais, foi criado no Brasil um regime de cotas para candidatos a partir da inclusão na Lei 9.504/97, de dispositivo que determina que cada partido ou coligação deverá reservar um percentual mínimo de 30% (trinta por cento) de sua lista eleitoral para os candidatos de cada sexo. Vejamos:

Art. 10. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher, salvo: (...)

§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.

Como se verifica, o legislador brasileiro optou por estabelecer um modelo de reserva de vagas neutra de gênero, ou seja, a norma não especifica um percentual mínimo de vagas a serem preenchidos por mulheres. Todavia, no cenário atual da política brasileira, não restam dúvidas de que a regra foi pensada para garantir um mínimo de participação feminina nas eleições. Nessa direção, leciona Gomes<sup>25</sup>:

Note-se que, conquanto se aplique indistintamente a ambos os sexos, a regra em apreço foi pensada para resguardar a posição das mulheres, que tradicionalmente não desfrutam de espaço relevante no cenário político, em geral controlado por homens. Também nesses domínios, a discriminação contra a mulher constitui desafio a ser superado.

Acerca da relevância da adoção dessa política de reserva de vagas para candidaturas, Costa<sup>26</sup> afirma:

As cotas retiram o fardo do recrutamento político que pesa sobre as mulheres (como indivíduos) e o coloca sobre aqueles que controlam o processo de seleção dos candidatos, ou seja, os partidos políticos principalmente.

Destarte, as cotas forçam responsáveis pela indicação e nomeação dos candidatos a se empenharem no recrutamento de mulheres, conferindo-lhes chances de participação que elas não teriam de outra forma. A nor-

25 GOMES, José Jairo. *Curso de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 367

26 COSTA, T. C. Cotas de participação e eleições no Brasil. In: PAIVA, D.; BEZERRA, H. D. (org.). *Mulheres, política e poder*. Goiânia: Cànone Editorial, 2011. p. 192.

ma, portanto, adota ação afirmativa voltada a conferir maior espaço para a participação feminina no processo eleitoral.

A despeito de a lei não estabelecer diretamente punições aos partidos que não preencherem as cotas, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral firmou-se no sentido de que o não atendimento aos percentuais mínimos estabelecidos pela norma implica no indeferimento do demonstrativo de regularidade dos atos partidários (DRAP). Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. DRAP. PERCENTUAIS DE GÊNERO. NÃO OBSERVÂNCIA. REEXAME. SÚMULA 7/STJ.

1. A norma prevista no art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97, tem caráter objetivo e o seu descumprimento impede a regularidade do registro da coligação ou do partido interessado em participar das eleições.

2. No caso, facultou-se à coligação, no prazo legal, adequar o DRAP aos percentuais de gênero, mas a determinação não foi atendida oportunamente.

3. Inviável a análise documental em recurso de natureza extraordinária para se aferir a suposta adequação do DRAP aos percentuais de gênero. Incidência, na espécie, da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(Recurso Especial Eleitoral nº 11781, Acórdão, Relator(a) Min. Fátima Nancy Andrichi, Publicação: PSESS – Publicado em Sessão, Data 06/11/2012).

Para evitar que partidos e coligações tentassem burlar a norma, sob o argumento de não possuírem candidatas em número suficiente para preencher o mínimo legal, a Corte Eleitoral passou a adotar também o entendimento de que a única alternativa cabível nesse caso é a redução do número de candidatos masculinos, para que haja adequação do percentual previsto em lei. Nesse sentido:

Registro de candidaturas. Percentuais por sexo.

1. Conforme decidido pelo TSE nas eleições de 2010, o § 3º do art. 10 da Lei nº 9.504/97, na redação dada pela Lei nº 12.034/2009, estabelece a observância obrigatória dos percentuais mínimo e máximo de cada sexo, o que é aferido de acordo com o número de candidatos efetivamente registrados.

2. Não cabe ao partido ou coligação pretender o preenchimento de vagas destinadas a um sexo por candidatos do outro sexo, a pretexto de ausência de candidatas do sexo feminino na circunscrição eleitoral, pois se tornaria inócua a previsão legal de reforço da participação feminina nas eleições, com reiterado descumprimento da lei.

3. Sendo eventualmente impossível o registro de candidaturas femininas com o percentual mínimo de 30%, a única alternativa que o partido ou a coligação dispõe é a de reduzir o número de candidatos masculinos para adequar os respectivos percentuais, cuja providência, caso não atendida, ensejará o indeferimento do demonstrativo de regularidade dos atos partidários (DRAP).

Recurso especial não provido.

(Recurso Especial Eleitoral nº 2939, Acórdão, Relator(a) Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, Publicação: PSESS – Publicado em Sessão, Data 06/11/2012)

Ocorre que, longe de aproveitarem a exigência legal como ponto de partida para uma maior inclusão feminina na política, as agremiações partidárias passaram empregar meios para burlar a norma insculpida no art. 10, §3º da Lei 9.504/97. Esse cenário deu origem às chamadas “candidaturas laranja”, que consistem no regis-

tro de candidatas que não fazem campanha, não recebem sequer um voto, e em muitos casos não têm conhecimento de que foram registradas para concorrer à eleição.

A Corte Eleitoral não se quedou inerte diante desse cenário e evoluiu sua jurisprudência, passando a adotar o entendimento de que a burla à lei perpetrada por meio de candidaturas fictícias, caracteriza-se como fraude, podendo ser analisada no âmbito da ação de impugnação de mandato eletivo – AIME.

Essa mudança jurisprudencial ocorreu no ano de 2015, com o julgamento do REsp 149/PI<sup>27</sup>, cujo acórdão destacou a necessidade de se superar a jurisprudência segundo a qual a fraude a que se refere o art. 14, §10, da CF, apta ensejar o ajuizamento de AIME, seria apenas aquela relativa ao processo de votação. Na ocasião, ressaltou-se que a AIME deve ser admitida como instrumento de salvaguarda da legitimidade e da normalidade das eleições contra toda sorte de abuso, corrupção e fraude, inclusive a fraude à lei, como ocorre nos casos de registro de candidatura fictícia.

Um ano mais tarde, no julgamento do REsp 24342/PI<sup>28</sup>, o TSE novamente se debruçou sobre o tema relativo às ações cabíveis para a apuração das chamadas “candidaturas laranja”. Discutia-se se a fraude na indicação de candidatas para atender ao percentual mínimo de candidaturas por gênero poderia ser examinada também no âmbito de ação de investigação judicial eleitoral.

O Tribunal, à unanimidade, entendeu pela necessidade de superar a interpretação até então conferida ao art. 22 da LC 64/90, que disciplina as hipóteses de cabimento da AIJE, consignando que a interpretação das regras previstas na Lei de Inelegibilidades, e no ordenamento jurídico eleitoral como um todo, devem ser realizadas a partir dos mandamentos constitucionais, que impõem a preservação da normalidade e legitimidade dos pleitos e a possibilidade de cassação de mandatos em razão de abuso, fraude ou corrupção. Assim, concluiu-se pela possibilidade de apuração de fraude eleitoral no preenchimento de vagas destinadas a candidaturas femininas também por meio de AIJE.

27 RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. CORRUPÇÃO. FRAUDE. COEFICIENTE DE GÊNERO.

1. Não houve violação ao art. 275 do Código Eleitoral, pois o Tribunal de origem se manifestou sobre matéria prévia ao mérito da causa, assentando o não cabimento da ação de impugnação de mandato eletivo com fundamento na alegação defraude nos requerimentos de registro de candidatura.  
2. O conceito da fraude, para fins de cabimento da ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, § 10, da Constituição Federal), é aberto e pode englobar todas as situações em que a normalidade das eleições e a legitimidade do mandato eletivo são afetadas por ações fraudulentas, inclusive nos casos de fraude à lei. A inadmissão da AIME, na espécie, acarretaria violação ao direito de ação e à inafastabilidade da jurisdição.

Recurso especial provido.

(Recurso Especial Eleitoral nº 149, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Data 21/10/2015, Página 25-26)

28 RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. FRAUDE. PERCENTUAIS DE GÊNERO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO.

(...)

4. É possível verificar, por meio da ação de investigação judicial eleitoral, se o partido político efetivamente respeita a normalidade das eleições prevista no ordenamento jurídico – tanto no momento do registro como no curso das campanhas eleitorais, no que tange à efetiva observância da regra prevista no art. 10, § 3º, da Lei das Eleições – ou se há o lançamento de candidaturas apenas para que se preencha, em fraude à lei, o número mínimo de vagas previsto para cada gênero, sem o efetivo desenvolvimento das candidaturas.

5. Ainda que os partidos políticos possuam autonomia para escolher seus candidatos e estabelecer quais candidaturas merecem maior apoio ou destaque na propaganda eleitoral, é necessário que sejam assegurados, nos termos da lei e dos critérios definidos pelos partidos políticos, os recursos financeiros e meios para que as candidaturas de cada gênero sejam efetivas e não traduzam mero estado de aparências.

Recurso especial parcialmente provido.

(Recurso Especial Eleitoral nº 24342, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Tomo 196, Data 11/10/2016, Página 65-66).

Não se desconhece a relevante produção acadêmica – nem a divergência jurisprudencial – a respeito do cabimento das ações de impugnação de mandato eletivo (AIME) e nas ações de investigação judicial eleitoral (AIJEs) que buscam apurar e sancionar a prática de fraude no lançamento de candidatas. Contudo, essa questão processual não é objeto de análise nesse artigo (por todos, citam-se ANDRADE NETO; GRESTA et SANTOS, 2018. p. 277). Parte-se do pressuposto da jurisprudência vigente para as eleições de 2016 (TSE, REspE 149, rel. min. Henrique Neves da Silva), segundo a qual essa investigação é cabível por esses meios processuais.

Diante desse pressuposto, outro precedente, também de Valença do Piauí, levou ao Tribunal Superior Eleitoral – e ainda aguarda posição do STF – as seguintes questões: i) identificada a fraude, quais as consequências da ação? ii) sendo inelegibilidade, a quem deve ser imputada? iii) sendo a cassação do mandato dos eleitos, quem deve ser cassado? iv) havendo candidatas eleitas, considerando que são as destinatárias da proteção da ação afirmativa, seus mandatos devem ser preservados? v) concluindo-se pela cassação de mandatos eleitos, como devem ser ocupadas as cadeiras vagas, pela recontagem dos votos ou pela realização de novas eleições?

Confirmando o acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí<sup>1</sup>, o Tribunal Superior Eleitoral concluiu ter havido candidaturas fictícias para preencher a cota de gênero nas eleições para vereador em 2016 e, como consequência, por maioria apertada de 4 votos a 3, determinou a cassação de todos os candidatos que se lançaram nas duas coligações investigadas, incluindo as duas candidatas eleitas ainda que sem participação na fraude. Para preencher a vacância decidiu a c. Corte Superior que novo resultado deveria ser calculado apenas com os votos remanescentes.

Após concluir, por unanimidade, pela ocorrência de fraude nas candidaturas femininas, instalou-se divergência relativamente às consequências da decisão. Como bem resumiu o e. Relator, “a controvérsia que reside neste tópico pode ser resumida pelo seguinte questionamento: reconhecida a fraude quanto a algumas das candidaturas femininas das duas coligações, a sanção de perda dos registros incide apenas perante elas – e aos candidatos excluídos a partir do recálculo da cota de gênero – ou alcança indistintamente toda a aliança proporcional?”

A maioria concluiu pela cassação da totalidade das coligações, com a anulação de todos os votos recebidos e pelo recálculo do resultado com os votos remanescentes [dados à coligação remanescente] embora representasse menos de 50% dos votos válidos para o legislativo local:

CASSAÇÃO. TOTALIDADE DAS CANDIDATURAS DAS DUAS COLIGAÇÕES. LEGISLAÇÃO. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. Caracterizada a fraude e, por conseguinte, comprometida a disputa, não se requer, para fim de perda de diploma de todos os candidatos beneficiários que compuseram as coligações, prova incontestada de sua participação ou anuência, aspecto subjetivo que se revela imprescindível apenas para impor a eles inelegibilidade para eleições futuras. Precedentes. Indeferir apenas as candidaturas fraudulentas e as menos votadas (feito o recálculo da cota), preservando-se as que obtiveram maior número de votos, ensejaria inadmissível brecha para o registro de “laranjas”, com verdadeiro incentivo

a se “correr o risco”, por inexistir efeito prático desfavorável. O registro das candidaturas fraudulentas possibilitou maior número de homens na disputa, cuja soma de votos, por sua vez, contabilizou-se para as respectivas alianças, culminando em quociente partidário favorável a elas (art. 107 do Código Eleitoral), que puderam então registrar e eleger mais candidatas. O círculo vicioso não se afasta com a glosa apenas parcial, pois a negativa dos registros após a data do pleito implica o aproveitamento dos votos em favor das legendas (art. 175, §§ 30e 40, do Código Eleitoral), evidenciando-se, mais uma vez, o inquestionável benefício auferido com a fraude. 12. A adoção de critérios diversos ocasionaria casuismo incompatível como regime democrático. 13. Embora o objetivo prático do art. 10, §3º da Lei 9.504/97, seja incentivar a presença feminina na política, a cota de 30% é de gênero. Manter o registro apenas das candidatas também afrontaria a norma, em sentido contrário ao que usualmente ocorre.

As conclusões desse julgamento foram objeto de inúmeros debates relacionados aos incentivos ou desincentivos que levam às candidaturas femininas e ainda aguardam apreciação do Supremo Tribunal Federal<sup>29</sup>.

## CONCLUSÃO

A adoção de ações afirmativas é sempre acompanhada de grande polêmica e algum desconforto, sobretudo por parte daqueles que não se encontram no núcleo de proteção. Não se pode perder de vista, contudo, que devem ter duração temporária com o único objetivo de corrigir injustiças históricas que, de outra maneira, não sairiam do ciclo de desigualdade. Essa a posição do Supremo Tribunal Federal nos casos julgados a respeito da matéria<sup>30</sup>.

Não é necessário grande aprofundamento histórico, como visto, para que se possa concluir que a sub-representação feminina em mandatos eletivos decorre de uma desequiparação histórica imposta às mulheres não apenas pela cultura, mas pelo próprio Estado de Direito, até há bem pouco tempo.

Mesmo as recentes decisões do STF na ADI 5717 e do TSE na Consulta 252-18<sup>31</sup> impõe dúvidas sobre sua capacidade de converter os recursos empregados em um maior número de mulheres em cadeiras no parlamento, senão vejamos: i) os valores gastos pelas candidatas a vice e suplementes devem ser considerados no percentual destinado às mulheres? ii) a destinação de recursos poderá ser feita livremente pelos partidos para as candidaturas proporcionais e majoritárias? iii) se houver substituição de candidatura ou renúncia de candidatas eleitas, o valor empregado ainda será considerado válido?

Nessa direção, uma primeira proposta a ser considerada é a adoção de um sistema de cotas de representação, que consiste, basicamente, no estabelecimento de um percentual mínimo de cadeiras nas Casas legisla-

29 SILVEIRA, Marilda de Paula Silveira. **As consequências da identificação de candidaturas fictícias**: cassação das eleitas e desincentivos à representatividade feminina na política. Homenagem ao Min. Luiz Fuz. Org. Carlos Eduardo Frazão e outras. Brasília: Migalhas, 2020. Ana Santano, Tailane Costa e Luiz Magno publicaram artigo em que compartilham as mesmas preocupações quanto à ação afirmativa sancionadora das mulheres que são o objeto da proteção. <https://www.conjur.com.br/2019-mai-27/opiniao-consequencias-fraudes-candidaturas-femininas>. Ainda Raquel Machado, Jessica Almeida e Isadora Alves: <https://www.focus.jor.br/fraude-as-cotas-de-genero-na-visao-de-tres-advogadas/e> Raquel Machado: <http://genjuridico.com.br/2019/06/06/fraude-cotas-de-genero/>. Extraídos em: 01 set. 2019.

30 ADC 41, Rel. Luís Roberto Barroso, DJe 8.6.2017; ADPF 186, j. em 26/4/2012, e RE 597.285, j. em 9/5/2012, ambos de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski.

31 “A distribuição dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei das Eleições, e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, regulamentada nos arts. 47 e seguintes do mesmo diploma legal, deve observar os percentuais mínimos de candidatura por gênero, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, na linha da orientação firmada na Suprema Corte ao exame da ADI 5617. No caso de percentual superior de candidaturas, impõe-se o acréscimo de recursos do FEFC e do tempo de propaganda na mesma proporção”.

tivas a serem ocupadas por mulheres, em substituição à atual, e ineficiente, reserva de vagas de candidatura. Essa política é defendida por Eneida Desiree Salgado e Renata Caleffi<sup>32</sup>.

A medida tem como objetivo acelerar o processo de inserção das mulheres no cenário político partidário, tornando a representação no parlamento mais condizente com a distribuição de gênero verificada na sociedade, e pode ser gradualmente extinta conforme for se consolidando um quadro de igualdade de oportunidades entre os gêneros.

Apesar de haver diferenças na forma de operacionalização, essa política é hoje aplicada em mais de 180 (cento e oitenta) países ao redor do mundo<sup>33</sup>. Nesse contexto, vale citar a proposta elaborada pelas professoras Eneida Desiree Salgado e Renata Caleffi,<sup>34</sup> para a adaptação da medida à realidade do sistema político brasileiro. Em artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Minas Gerais, Silveira<sup>35</sup> analisou o panorama sobre a legislação brasileira, as principais inovações normativas e as alterações jurisprudenciais voltadas a promover uma maior participação das mulheres na vida política. Naquele trabalho, também busquei identificar como a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo inovaram na implementação de ações afirmativas, com o objetivo de ampliar a representação feminina nas esferas democráticas, os efeitos dessas normas e as propostas que vêm sendo apresentadas como alternativa para se alcançar maior isonomia entre os gêneros nas esferas político-decisórias.

Essa não é uma análise pouco complexa. Repensar a origem do problema da sub-representação feminina na política, levantando suas causas é certamente um passo de extrema importância para que se possa vislumbrar caminhos de superação. Para compreender a sub-representação feminina na vida política brasileira, não se pode perder de vista que até 1962 a mulher era considerada relativamente incapaz e dependia do seu marido para exercer inúmeros direitos.

Daí para frente o histórico de desequiparação legal entre homens e mulheres vem diminuindo em todas as áreas, menos na política. A se considerar as pesquisas atuais, essa sub-representação não decorre de um fator natural simplesmente porque as mulheres não querem participar da política. Esse cenário decorre dessa complexidade de fatores e, sobretudo, de uma história que posicionou os homens em grande vantagem frente às mulheres.

32 CALEFFI, Renata; SALGADO, Eneida Desiree. Propostas para aumentar participação feminina na política brasileira. **ConJur: Consultor Jurídico**, 02 maio 2015. Participação da Mulher. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-02/propostas-aumentar-participacao-feminina-politica>. Acesso em: 14 ago. 2017.

33 De acordo com dados da cartilha “+ Mulheres na Política”, desenvolvida em conjunto pela Procuradoria Especial da Mulher do Senado Federal e Secretaria da Mulher na Câmara. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/proc-publicacoes/livreto-mais-mulheres-na-politica>. Acesso em: 11 ma. 2019. p. 29

34 CALEFFI, Renata; SALGADO, Eneida Desiree. Propostas para aumentar participação feminina na política brasileira. **ConJur: Consultor Jurídico**, 02 maio 2015. Participação da Mulher. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-02/propostas-aumentar-participacao-feminina-politica>. Acesso em: 15 nov. 2021.

35 SILVEIRA, Marilda de Paula. Democracia de gênero e seus desafios: como as ações afirmativas para participação feminina na política devem ser aprimoradas. **Revista da Faculdade de Direito**, da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 75, 2019. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2041>. Acesso em: 15 nov. 2021.



Como, claro, quem ocupa posição de poder não quer sair e as regras são definidas por quem lá está, o ciclo de desequiparação nunca será interrompido a não ser por uma decisão externa a esse ciclo vicioso. Exatamente aqui, como fator de ruptura, entra a importância das ações afirmativas (como as quotas de gênero).

Não há solução fácil e única para um problema tão profundo e complexo. Mas é certo que essas medidas devem ser mantidas e ampliadas até que a disputa por uma cadeira no poder executivo ou no poder legislativo seja equilibrada. A supressão de qualquer ação afirmativa nesse momento seria um absoluto retrocesso, incompatível com a pretensão constitucional.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, C. Cotas femininas e financiamento de campanha. **Cadernos Adenauer**, ano 14, n. 3, p.11-29, [199-?].
- BALLINGTON, J.; KAHANE, M. Mulheres na política: financiamento para a igualdade de gênero. *In*: FALGUERA, E.; OHMAN, M.; JONES, S. (org.) **Financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais**. São Paulo: International IDEA/FGV, 2015. p. 399-455.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ação de impugnação de mandato eletivo. Corrupção ou fraude. Recurso Especial Eleitoral nº 149. Coligação vitória que o povo quer e José Luiz de Souza. Relator Min. Henrique Neves da Silva. Diário de Justiça Eletrônico 21 out 2015.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ação de investigação judicial eleitoral. Abuso de poder econômico e político. Recurso Especial Eleitoral nº 24342. Coligação vitória que o povo quer e Coligação por um novo tempo. Relator Min. Henrique Neves da Silva. Diário de Justiça Eletrônico 11 out 2016.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Impugnação ao registro de candidatura. Recurso Especial Eleitoral nº 11781. Coligação Ribeira no Coração e Ministério Público Eleitoral. Relatora Min. Nancy Andrighi. Publicado em sessão: 06 nov. 2012.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Registro de candidatura. Recurso Especial Eleitoral nº 2939. Coligação Frente Renovadora pela Decência Política e Justiça Social e Ministério Público Eleitoral. Relator Min. Arnaldo Versiani. Publicado em sessão 06 nov 2012.
- CALEFFI, Renata; SALGADO, Eneida Desiree. Propostas para aumentar participação feminina na política brasileira. **ConJur: Consultor Jurídico**, 02 maio 2015. Participação da Mulher. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-02/propostas-aumentar-participacao-feminina-politica>. Acesso em: 15 nov. 2021. Acesso em: 14 ago. 2017.
- COSTA, T. C. Cotas de participação e eleições no Brasil. *In*: PAIVA, D.; BEZERRA, H. D. (org.). **Mulheres, política e poder**. Goiânia: Cânone Editorial, 2011.
- DAHLERUP, D. El Uso de cuotas para incrementar la representación política de la mujer. *In*: MENDÉZ-MONTALVO, M.; BALLINGTON, J. **Mujeres en el Parlamento. Más allá de los números**. Estocolmo: International IDEA, 2002. p.159-172.
- GOMES, J. J. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Fraude às cotas de gênero: nota aos (às) ministros (as) do Tribunal Superior Eleitoral (RESPE nº 193-92.2016.6.18.0018). **GenJurídico**, 06 jun. 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/06/06/fraude-cotas-de-genero/>. Acesso em: 01 set. 2019.
- MACHADO, Raquel Ramos; ALMEIDA, Jéssica Teles de; ALVES, Isadora Mourão Gurgel Peixoto. Fraude às cotas de gênero na visão de três advogadas. **Focus.jor**, 09 jun. 2019. Disponível em: <https://www.focus.jor.br/fraude-as-cotas-de-genero-na-visao-de-tres-advogadas/>. Acesso em: 01 set. 2019.
- SACCHET, T. Partidos políticos e sub-representação feminina: um estudo sobre recrutamento legislativo e financiamento de campanhas no Brasil. *In*: PAIVA, D.; BEZERRA, H. D. (org.). **Mulheres, política e poder**. Goiânia: Cânone Editorial, 2011.
- SALGADO, Eneida Desiree; GUIMARÃES, Guilherme Athaides; MONTE-ALTO, Eric Vinicius Lopes Costa. Cotas de Gênero na política: entre a história, as urnas e o parlamento. **Gênero e Direito**, João Pessoa, v. 4. n. 3, p. 156-182, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/25973>. Acesso em: 15 nov. 2021.
- SANTANO, Ana Claudia; COSTA, Tailaine Cristina; BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. Um debate sobre as consequências das fraudes em candidaturas femininas. **ConJur: Consultor Jurídico**, 27 maio 2019. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-27/opinio-consequencias-fraudes-candidaturas-femininas>. Acesso em: 01 set. 2019.

SILVEIRA, Marilda de Paula. Democracia de gênero e seus desafios: como as ações afirmativas para participação feminina na política devem ser aprimoradas. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 75, p. 323-348, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2041>.

## CAPÍTULO 4

# O ABUSO DE PODER PARTIDÁRIO NO CONTEXTO DA SUB-REPRESENTAÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES

Margarete Coelho

Quando uma mulher assume uma posição de poder, é comum que ela seja questionada sobre como será capaz de dar conta das responsabilidades públicas, dos afazeres domésticos e dos cuidados com maridos e filhos. Há exemplos que se tornaram emblemáticos: ao ser eleita pela primeira vez à presidência do Chile em 2006, Michelle Bachelet, no dia de sua posse, foi indagada por um jornalista chileno como ela faria para dar conta do governo e de sua casa ao mesmo tempo, ao que ela retrucou: “Não lhe responderei à sua pergunta, pois a mesma você não o faria se fosse um homem que estivesse, hoje, em meu lugar”, assumindo o governo do Chile. Outro exemplo: a cientista política mexicana Denise Dresser, ao ter seu nome ventilado para uma possível candidatura à presidência do México em 2018, um repórter lhe perguntou: o México está preparado para ter uma mulher na presidência da república? E ela respondeu: “Estará no dia em que você não mais fizer uma pergunta como essa”.

O problema da baixa representação das mulheres nos cargos eletivos há muito vem aquecendo os debates sobre a qualidade da democracia no Brasil. Em distintos países, ainda hoje, o que se observa é a pouca tolerância com a ocupação das mulheres nos espaços públicos. A elas cabem somente os espaços privados, domésticos. Como assevera a antropóloga Mexicana Marta Lamas, os costumes machistas não se eclipsam graciosamente com a força de uma lei: “temos hábitos mentais e formas de entender o lugar da mulher e do homem na sociedade que, dificilmente, irá mudar simplesmente pela força de uma lei”.<sup>1</sup>

De fato, uma democracia representativa, na qual um enorme contingente de cidadãs, correspondente à maioria da população e também do eleitorado, não consegue se fazer representar igualitariamente nos espaços do poder e nem nos cargos eletivos denuncia que algo precisa ser (re)visto nesse sistema. As estratégias adotadas pelo Brasil tendo em vista estimular a participação da mulher na política, desde a sua participação na IV Conferência das Nações Unidas, realizada em Pequim, em setembro de 1995,<sup>2</sup> não têm se mostrado satisfatórias para atingir o fim almejado.

<sup>1</sup> LAMAS, Marta. *Corpo*: diferença sexual e gênero. Madri: Taurus, 2002.

<sup>2</sup> A IV Conferência das Nações Unidas sobre a Mulher, conhecida como Conferência de Pequim, desnudou a magnitude da feminização da pobreza, da violência contra as mulheres e sua exclusão das esferas de poder. O Brasil também é signatário do Protocolo Facultativo da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher – CEDAW, que foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1999. O Governo brasileiro assinou o Protocolo Facultativo à CEDAW em março de 2001 e o ratificou através do Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, que promulgou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

E para que se entendam os motivos desse insucesso, há que se fazer aqui um pequeno recuo no tempo. De princípio, a ação positiva eleita foi a de inserir na legislação eleitoral uma cota de 20% para as mulheres nas chapas dos cargos Legislativos (Lei nº 9.100/95, art. 11, §3º). Posteriormente, a Lei nº 9504/1997, a denominada Lei Geral das Eleições, por meio de regra inserida no seu Art. 10º § 3º, passou a estabelecer que os Partidos e as Coligações “deveriam reservar” o mínimo de 30% e o máximo de 70% das vagas de candidaturas para cada sexo. Entretanto, quando dos registros das candidaturas, os Partidos e as Coligações apresentavam chapas compostas fora desses parâmetros, sob a singela justificava de que haviam “reservado” as vagas, mas as mulheres não haviam manifestado interesse em candidatar-se.

O suposto desinteresse das próprias mulheres calhou como a justificativa perfeita para que os líderes partidários não realizassem qualquer esforço para incentivar suas filiadas a participarem da política a ponto de quererem ser candidatas. E como a disputa por candidaturas nos partidos e nas coligações sempre foi bastante acirrada, se não havia vagas suficientes para acolher a todos os homens que desejavam participar do pleito, a concessão de espaço para as mulheres se tornou algo perturbador, como um direito que lhes havia sido solapado (justo por elas que não gostam de política e nem querem se candidatar), não despertando nos partidos (território tradicionalmente masculino) qualquer simpatia e atuação no sentido de estimular, recrutar e preparar candidaturas femininas.

E se a Lei deixava uma “brecha”<sup>3</sup> (a expressão “deverá reservar” era meramente indicativa, portanto, não impunha qualquer obrigatoriedade além dessa de “reservar as vagas”), a mesma não demorou em ser aproveitada com tentativas dos partidos e coligações de preencherem as vagas de mulheres que sobejavam com mais candidaturas masculinas. Mas a Justiça Eleitoral se posicionou contra tal possibilidade<sup>4</sup> e o legislador procurou sanar a suposta lacuna, através da publicação da Lei nº 12.034/2009, que alterou a Lei nº 9.504/97, dando uma redação mais clara e enfática ao § 3º, do seu art. 10, que passou a estabelecer que os partidos políticos “preencherão” as chapas com no mínimo 30% e no máximo 70% de candidaturas de cada sexo.

A partir de então, superada estaria a questão da aplicação efetiva da Lei. O legislador teria proporcionado um incentivo capaz de levar os partidos a recrutar mulheres para preencherem ao menos o percentual mínimo de vagas por sexo, uma vez que, por ser uma obrigatoriedade, certamente as chapas que não cumprissem tal requisito teriam seus pedidos de registro indeferidos. Entretanto, os partidos lançaram mão de outro estratégia que lhes permitiria atender à regra da cota mínima sem terem que ceder espaço de poder para as mu-

3 Lei n. 9.504/97, art. 10º, § 3º – Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento de candidaturas para cada sexo (BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm). Acesso em: 12 abr. 2020).

4 “Candidatos para as eleições proporcionais. Preenchimento de vagas de acordo com os percentuais mínimo e máximo de cada sexo. 1. O § 3º do art. 10 da Lei nº 9.504/97, na redação dada pela Lei nº 12.034/2009, passou a dispor que, „do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo”, substituindo, portanto, a locução anterior „deverá reservar” por „preencherá”, a demonstrar o atual caráter imperativo do preceito quanto à observância obrigatória dos percentuais mínimo e máximo de cada sexo. 2. O cálculo dos percentuais deverá considerar o número de candidatos efetivamente lançados pelo partido ou coligação, não se levando em conta os limites estabelecidos no art. 10, caput e § 1º, da Lei nº 9.504/97. 3. Não atendidos os respectivos percentuais, cumpre determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional Eleitoral, a fim de que, após a devida intimação do partido, se proceda ao ajuste e regularização na forma da lei. [...]” (Ac. de 12.8.2010 no REspe nº 78432, rel. Min. Arnaldo Versiani.) (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Jurisprudência por assunto. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>. Acesso em: 10 fev. 2020).

heres nas suas chapas. Surgiram, assim, as candidaturas fictícias de mulheres, ou “candidaturas laranjas”, que consistem, basicamente, na composição das chapas proporcionais com candidatas que não possuem qualquer capital eleitoral, que não têm qualquer intenção ou condição de concorrerem efetivamente aos cargos para os quais são candidatas, geralmente, recrutadas entre familiares de líderes partidários ou até mesmo de outros candidatos, ou entre as servidoras dos partidos (algumas sem sequer se saberem candidatas).

Deferidos os registros, tais “candidatas” desaparecem da cena política como personagens que já cumpriram seus papéis naquele drama, deixando o “palco das disputas” para os homens, os candidatos da vida real. Como “fantasmas” que retornam para seus mundos, fora da vida pública. Muitas delas logo retornam à cena, agora para desempenharem outro papel: o de cabos eleitorais dos filhos, maridos, chefes, patrões, ou seja, dos reais candidatos, todos do sexo masculino. Tal fenômeno, uma clara fraude à legislação, que pretende estimular candidaturas e não meros registros, é facilmente perceptível durante as campanhas eleitorais, após vencida a fase de impugnações dos pedidos de registros: elas não fazem campanha, não pedem votos, não arrecadam recursos financeiros e nem realizam despesas. E não há na legislação de regência, previsibilidade de qualquer instrumento legal manejável para apurar e nem para punir tal prática, visto que a única sanção prevista para a incompletude das chapas é, tão somente, o indeferimento do pedido de registro, fase essa já então suplantada.

Assim, até a bem pouco tempo, seguia-se com uma clara burla à lei das cotas, praticadas impunemente por quase a totalidade dos Partidos que, mais uma vez, lançavam mão de artifícios para frustrar a efetividade da lei, distorcendo o seu sentido e a sua possibilidade de aplicação, negando às mulheres importante instrumento impulsionador de suas participações na política, sob o argumento fácil de que elas não estavam dispostas a se candidatarem e de fato a concorrerem. Como se todas as mulheres nascessem sem qualquer vocação, ou ambição, para o exercício do poder. Entretanto, tal argumento é infirmado pelo expressivo número de mulheres filiadas a partidos políticos.<sup>5</sup>

Surgiram diversas ações eleitorais Brasil afora denunciando tal fraude. Entretanto, as mesmas sempre esbarraram na ausência de ação típica para seu processamento. E de fato, como já se alertou acima, a lei que estabeleceu a cota de gênero, não previu os meios jurídicos a serem manejados quando do seu descumprimento. E, por consequência, se não havia a via processual cabível, também não havia definição dos legitimados para os polos ativos e passivos, nem de qual seria a sanção aplicável. Conforme já se mencionou acima, o legislador previu um único momento para se denunciar o descumprimento da cota de candidatura por sexo: o do pedido de registro de candidaturas, através de Ação de Impugnação ao Pedido de Registro de Candidatura – AIRC, manejável contra o candidato, se inelegível, ou contra o partido ou coligação se não atendidas as condições de registrabilidade (dentre elas o cumprimento da cota), cuja sanção é o indeferimento do pedido de

<sup>5</sup> Segundo os dados atualizados do Tribunal Superior Eleitoral, 7.395.660 (sete milhões, trezentos e noventa e cinco, seiscentos e sessenta) dos filiados a Partidos Políticos se declaram do sexo feminino, o que representa 44,27% do total de filiados informados por partidos políticos (FILIAWEB. Consulta de relação de filiados. Disponíveis em: <https://www.tse.jus.br/partidos/filiacao-partidaria/relacao-de-filiados>. Acesso em: 17 fev. 2020).

registro. Portanto, tinha-se uma regra jurídica, cujo descumprimento não podia ser apurado e nem punido, em nítida violação ao direito de ação e ao Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

Tal entendimento só foi suplantado quando do julgamento Respe nº 1– 49.2013.6.18.0024/PI pelo TSE, que reconheceu que o termo “fraude”, incluído pelo legislador dentre as causas de pedir da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (CF, art. 14, § 10) “encerra um conceito aberto, a englobar todas as situações de fraude – inclusive a de fraude à lei – que possam afetar a normalidade das eleições e a legitimidade do mandato obtido”.<sup>6</sup> Posteriormente, em outro processo com a mesma origem e os mesmos fatos, reconheceu a Corte Eleitoral também a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE 24342), como manejável em tais situações.

As duas ações são originárias do Município de José de Freitas/PI, em que a Coligação Vitória que o Povo Quer e Outra, lançou mão de inusitada estratégia: propôs todas as ações eleitorais previstas no repertório legal e o fez incluindo nos polos ativos e passivos todos os partidos e todos os candidatos registrados nas chapas impugnantes e impugnadas, respectivamente, forçando a Justiça Eleitoral a se debruçar sobre cada uma delas e suas condições de prosseguimento. Todas elas foram julgadas inadequadas nas instâncias iniciais, sob o fundamento de inadequação. Entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral, após muitas discussões e pedidos de vistas de Ministros, entendeu que, realmente, tal prática se tratava de uma fraude à lei, apurável por meio de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo e Ação de Investigação Judicial Eleitoral e, uma vez comprovada, deveriam ser cassados todos os registros dos candidatos ou os mandatos de todos os eleitos, uma vez que haviam se beneficiado de uma fraude para obterem registro e “concorrerem”.

Era de se esperar que a Lei das Cotas, garantindo um espaço mínimo de participação e de visibilidade para as mulheres em chapas proporcionais, fosse o incentivo necessário para promover uma representação das mulheres no Legislativo, mais consentânea com a sua representação na sociedade. No caso específico do objeto desse estudo, esperava-se, ainda, que a criação de uma determinação legal operasse nos partidos e no eleitorado brasileiro como uma orientação convincente de escolha dos votantes, que fosse capaz de fazê-los despertar para a opção das mulheres como candidatas nas chapas eleitorais, conforme sugere o movimento iniciado por Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein: o “paternalismo libertário” (ou “paternalismo liberal”, em outras traduções).<sup>7</sup>

O aspecto libertário consiste em crer que as pessoas são livres para tomarem as próprias decisões, escolhendo o que considerarem melhor para si. E o aspecto do paternalismo consiste em influenciar, de alguma forma, para que as pessoas façam as melhores escolhas, as escolhas certas para elas. Nesse caso, esperava-se que a edição da lei garantisse o reforço da presença de mulheres nas chapas eleitorais e que, também, despertasse

6 Acórdão nº 1-49.2013. 6. 18.0024 – CLASSE 32-JOSE DE FREITAS/PI. Esclareça-se que, até então, conforme aponta o relator do referido Recurso Especial Eleitoral, o conceito de fraude para fins de cabimento de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo era “restrito a atos tendentes a afetar a vontade do eleitor, o que não seria o caso do eventual descumprimento do percentual de gênero previsto no art. 10, § 3º, da Lei nº

9.504/97” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 14 fev. 2020).

7 THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Eisevier, 2009. p. 5.

nos partidos e na sociedade o interesse pelo debate que levaria ao esclarecimento dos eleitores de que a participação das mulheres na política fortalece a democracia e que a escolha de candidatos ou candidatas deve ser feita pelo discurso, proposta, posicionamento político e atuação pública de cada um, e não pelo gênero. Essa deveria ser a ideia que conduziria a opção pelo paternalismo libertário, ou seja, a oportunidade de oferecer ao eleitorado outras opções de escolhas e que a eleição de uma mulher, não se dê apenas, em razão do regramento legal, mas por uma escolha consciente da cidadania.

Portanto, partindo-se de tais convicções, era possível admitir-se que a legislação em comento era o incentivo que faltava para que a relação de igualdade participativa das mulheres nas chapas eleitorais fosse paulatinamente sendo assimilada pelos partidos e eleitorado brasileiro. Mas o quadro mostrou-se totalmente desalentador. Muito embora nas Eleições Gerais de 2018 tenha se percebido que a garantia de percentual dos fundos partidários equivalente ao número de candidatas tenha elevado a representação das mulheres na Câmara dos Deputados de cerca de dez para quinze por cento, permanece ínfima a sua participação nos demais Legislativos e em cargos de chefia do Executivo Federal, Estadual e Municipal, sejam eles eletivos ou de livre nomeação.

Aqui, propõe-se mais um pequeno recuo no tempo, para se examinar, desta feita, o percurso traçado para a adoção das cotas de gênero no Brasil. Ele será necessário para que se demonstre com mais clareza onde se localiza, neste caso, uma outra “pegadinha” do legislador. Pois, bem antes da adoção das cotas de gênero, os partidos ou coligações (ainda possíveis) poderiam registrar candidatos até o número equivalente ao de cadeiras em disputa. Após a adoção das cotas para atender às mulheres,<sup>8</sup> aumentou-se o número de candidatos por chapa, passando-se à possibilidade de registrar até o equivalente a 120% das vagas em disputa. Anote-se, ainda, que o dispositivo legal (art. 11, § 3º, da [Lei nº 9.100/95](#)) que previu a criação da cota foi exatamente o mesmo que também aumentou o número de candidatos, deixando clara a correlação entre as duas alterações.<sup>9</sup>

Ou seja, não houve uma reserva de vagas no número de candidaturas para mulheres. O que houve foi a criação de um novo espaço, e para além do número de vagas, para elas. O aumento do número de candidatos promoveu uma pulverização no eleitorado, o que favorece as candidaturas estabelecidas, quais sejam, as masculinas. Anote-se que o legislador se referiu de início, expressamente, a um percentual mínimo reservado às mulheres, o que, posteriormente, foi considerado inconstitucional e corrigido na Lei Geral das Eleições, que passou a estabelecer o mínimo de 30% e o máximo de 70% para cada sexo e, mais uma vez, aumentou o nú-

<sup>8</sup> A cota de mulheres foi adotada no Brasil inicialmente pela Lei nº 9.100/95, que estabeleceu as normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e estabeleceu no caput de seu Art. 11 que “cada partido ou coligação poderá registrar candidatas para a Câmara Municipal até cento e vinte por cento do número de lugares a preencher”. No § 3º, do mesmo artigo, diz: “Vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres”.

<sup>9</sup> Cabe aqui um rápido esclarecimento: até as eleições municipais de 1996, as legislações eleitorais eram casuísticas, posto que só valeriam para aquela eleição. Eram as Leis do Ano. A partir daí, com o advento da Lei nº 9.504/97, que passou a ser denominada Lei Geral das Eleições, o sistema eleitoral brasileiro passou a contar com uma lei que deveria vigor para todas as eleições. Embora, na prática, não seja isto o que se observa, tendo-se em vista todas as reformas e minirreformas, que se observam a cada pleito eleitoral.

mero de candidaturas para 150% e 200% (conforme o número de eleitores da circunscrição eleitoral) das vagas a preencher.<sup>10</sup>

Portanto, manteve-se o legislador na estratégia de ampliar a cota mínima (na prática, sempre a destinada às mulheres) e criar “novas vagas” de candidaturas para elas. Como o percentual mínimo, até agora, tem sido preenchido por mulheres, tem-se que elas concorrem com 30% das candidaturas e os homens com os 70% restantes. Então, se são menos candidatas, serão menos eleitas. A conta é simples; o raciocínio também.

Além disso, não há uma preocupação com o preparo das candidaturas, como já se anotou anteriormente. As mulheres terminam por ser recrutadas na undécima hora, já quando da formação das chapas, geralmente dentre parentes e familiares ou mesmo dentre aquelas que trabalham no partido nas instâncias burocráticas, mas sem qualquer militância política ou capital eleitoral. São candidatas fictícias, pois estão ali somente para atender à cota e não para concorrerem. E, ainda, há aquelas que são incluídas nas listas sem sequer tomarem conhecimento ou autorizarem a sua inclusão, em clara demonstração de má fé e de atentado à dignidade e à lisura do pleito.

Pode-se, assim, pensar em concluir que há poucas mulheres eleitas, por que também há poucas mulheres efetivamente candidatas, já que elas ocupam apenas 30% das candidaturas e muitas não estão ali para concorrer: não fazem campanha, não pedem votos e muitas não recebem sequer os próprios votos. Diversos estudos se dedicaram a avaliar os impactos das políticas de cotas para inclusão de mulheres na política, como os trabalhos de Pippa Norris (2006), Nelida Archenti e María Inés Tula (2008) e María del Rosario Varela Zúñiga (2013). Tais reflexões indicam que não há uma única razão que explique a exclusão das mulheres da política. Com efeito, Clara Araujo conclui em suas análises que o problema da representação das mulheres envolve dimensões analíticas distintas, que vão desde antecedentes comuns de exclusão histórica, passando pelas suas trajetórias sociais marcadas pela condição de gênero e por aspectos relacionados com as condições socioeconômicas, até aspectos do sistema político tais como a cultura política e os sistemas partidário e eleitoral.<sup>11</sup>

Sobre o tema, Araujo afirma que “as cotas constituem hoje um dos principais emblemas de compromissos partidários com as mulheres”,<sup>12</sup> e disso decorre que as cotas “vêm-se transformando numa das estratégias privilegiadas na luta das mulheres por inserção nas esferas de poder”, com isso, “gerando impactos simbólicos importantes ao contribuir para alterar determinadas percepções sobre o lugar da mulher na política”.<sup>13</sup> Como

10 Lei nº 9.504/97, Art. 10. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher, salvo: I – nas unidades da Federação em que o número de lugares a preencher para a Câmara dos Deputados não exceder a doze, nas quais cada partido ou coligação poderá registrar candidatos a Deputado Federal e a Deputado Estadual ou Distrital no total de até 200% (duzentos por cento) das respectivas vagas; II – nos Municípios de até cem mil eleitores, nos quais cada coligação poderá registrar candidatos no total de até 200% (duzentos por cento) do número de lugares a preencher.

11 ARAUJO, Clara. Construindo novas estratégias, buscando novos espaços políticos: as mulheres e as lutas por presença. *In*: MURARO, Rose Marie; PUPPIN, Andréa Brandão (org.). **Mulher, gênero e sociedade**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, FAPERJ, 2001. p. 239.

12 ARAUJO, Clara. Partidos Políticos e gênero: mediações nas rotas de ingresso das mulheres na representação política. **Rev. Sociol. e Polit.**, n. 24, p. 193-214, set. 2005, p. 209. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782005000100013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/tGtdSWCqjLRJX4cSsLDHfDb/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 15 nov. 2021.

13 Id. Construindo novas estratégias, buscando novos espaços políticos: as mulheres e as lutas por presença. *In*:

MURARO, Rose Marie; PUPPIN, Andréa Brandão (org.). **Mulher, gênero e sociedade**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, FAPERJ, 2001. p. 232.



sugere Esperanza Palma, “as cotas reforçam a representação descritiva; a maior presença numérica da mulher traz maior visibilidade pública e, muito provavelmente, as empodere socialmente”.<sup>14</sup>

María Luisa Tarrés, nessa temática, percebe que “a produção das estruturas que discriminam as mulheres está arraigada nos partidos políticos”.<sup>15</sup> Uma vez que as mulheres conseguem se eleger, encontram dificuldades para ocupar espaços de poder centrais da vida parlamentar, como a presidência de comissões, de forma que “a classe política que hoje aceita o pluralismo e a competência eleitoral não se diferencia da anterior ao privilegiar a reprodução de seus membros e seus discursos”, e sob o signo da indiferença, “mostra-se resistente para renovar seus quadros, diversificar sua agenda e integrar de forma igualitária os diferentes, como as mulheres”.<sup>16</sup> Os obstáculos para que as mulheres alcancem centralidade na vida política sugerem que “o incremento quantitativo, não se tem traduzido em ações e propostas a favor dos principais problemas que afetam neste momento as mulheres, por exemplo, nos casos mais graves: a violência, tema concreto do feminicídio”.<sup>17</sup>

Nessa quadra, José Eustáquio Alves observa que ainda: “são os homens que controlam os principais cargos dentro dos partidos e espaços públicos de poder. Controlam também os recursos financeiros e o processo de escolha de candidatos”.<sup>18</sup> Por isso, segundo opina, “para aumentar a participação feminina na política no Brasil é preciso alterar a participação das mulheres na estrutura de poder dos partidos políticos”.<sup>19</sup> Célia Amorós chama esses movimentos de solidariedade masculina de boicote às candidaturas de mulheres, que criam uma espécie de “pacto entre varões”, que permite que os homens “dominem o conjunto das mulheres” e controlem sua força de trabalho.<sup>20</sup> Lúcia Avelar também identifica certo veto que impede as mulheres de ascender politicamente nas esferas partidárias: vemos, claramente, um veto à entrada das mulheres, o que configura, no plano eleitoral, uma representação não democrática. O veto nos reporta ao conjunto de regras e normas do sistema eleitoral que preserva a continuidade da “velha elite” ou oligarquias partidárias.<sup>21</sup>

Avelar evidencia que “a entrada de outros postulantes é vista como um conflito, uma competição entre grupos, mais uma entre as que já existem internamente nos partidos”.<sup>22</sup> Maria Isabel da Cruz destaca que “os

14 PALMA, Esperanza. Candidaturas femeninas y reclutamiento legislativo en México: el impacto de las cuotas de género en la composición de la LXI legislatura. In: SERRET, Estela (coord.). **Democracia y ciudadanía: perspectivas críticas feministas**. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012. p. 125.

15 TARRÉS, María Luisa. Participación política de las mujeres en el México contemporáneo, 1980-2000. In:

RANDALL, Laura (coord.). **Reinventar México: estructuras en proceso de cambio: perspectiva política, social y económica**. México: Siglo XXI, 2006. p. 428

16 Id. ¿Una ecuación injusta o un mal cálculo político? La movilización de las mexicanas por la democracia a fines del siglo XX y su magra representación en el sistema político. In: CEJAS, Mónica (coord.). **Igualdad de género y participación política: Chile, China, Egipto, Liberia, México y Sudáfrica**. México, El Colégio de México, Centro de Estudios de Asia y Africa, 2008. p. 118.

17 TÉLLEZ, Josefina Hernández. Los derechos de las mujeres, su status como ciudadanas y su representación legislativa. In: GARCIA, Maria Aidé Hernández; ALONSO, Jesús Alberto Rodríguez (coord.). **Entre guijarros: avances y retrocesos de la participación política de las mujeres en México**. México: Porrúa, 2013. p. 59.

18 ALVES, José Eustáquio Diniz. O avanço das mulheres nas eleições de 2012 e o déficit democrático de gênero, **EcoDebate**, Rio de Janeiro, 17 out. 2012. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2012/10/17/o-avanco-das-mulheres-nas-eleicoes-de-2012-e-o-deficit-democratico-de-genero-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso em: 15 mar. 2020. p. 10.

19 ALVES, José Eustáquio Diniz. O avanço das mulheres nas eleições de 2012 e o déficit democrático de gênero, **EcoDebate**, Rio de Janeiro, 17 out. 2012. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2012/10/17/o-avanco-das-mulheres-nas-eleicoes-de-2012-e-o-deficit-democratico-de-genero-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso em: 15 mar. 2020.

20 AMORÓS, Célia. **Mujeres e imaginários de la globalización: reflexiones para una agenda teórica global del feminismo**. Rosário (Argentina): Homo Sapiens Ediciones, 2008. p. 40.

21 AVELAR, Lúcia. Mulheres e Política em Perspectiva. In: VENTURI, Gustavo e GODINHO, Tatau (org.). **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado: uma década de mudanças na opinião pública**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo/Edições Sesc SP, 2013. p. 300-301.

22 AVELAR, Lúcia. Mulheres e Política em Perspectiva. In: VENTURI, Gustavo e GODINHO, Tatau (org.). **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado: uma década de mudanças na opinião pública**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo/Edições Sesc SP, 2013. p. 300-301.

homens, publicamente, até admitem a importância da participação feminina nas esferas públicas, mas na prática têm muita dificuldade em compreender ou conviver com essa realidade”.<sup>23</sup> O incremento da participação de mulheres na política significa que menos homens serão eleitos, uma vez que a quantidade de vagas disponíveis é limitada, de modo que a luta das mulheres raramente é acompanhada pela solidariedade masculina. Astelarra constata que “no caso da política há um número fixo de parlamentares; se queremos mais mulheres há homens que terão que deixar seu posto e, em geral, lhes custa bastante abandonar a sala”.<sup>24</sup> Os homens lutam para manter suas posições de privilégio, enquanto as mulheres lutam para superar o sistema de exclusão que lhes afastam da política.

Luana Pinheiro deixa patente que “a atuação de homens e mulheres na esfera política institucional guia-se, dentre inúmeros outros fatores, pela preocupação masculina em manter sua posição dominante, excluindo outros grupos dos polos de poder”, e ao contrário, pela feminina, a atenção está “em subverter a sua posição de dominada”.<sup>25</sup> No entanto “a incompletude da cidadania feminina, mesmo que a maioria masculina não aceite ou pretenda ignorar esse fato, é a incompletude da cidadania humana, da experiência humana de direitos numa dimensão de emancipação e justiça”, ressalta Marlise Matos.<sup>26</sup>

Drude Dahlerup relaciona “os argumentos favoráveis e contrários às cotas de participação política para mulheres”.<sup>27</sup> Dentre os argumentos contrários estão: “as cotas violam o princípio da igualdade de oportunidade para todos, já que as mulheres têm tratamento preferencial”; “a representação política deve implicar uma escolha entre ideias e plataformas partidárias, não entre categorias sociais”; “as cotas são antidemocráticas, pois os eleitores devem poder decidir quem será eleito”; “as cotas sugerem que políticos são eleitos devido ao seu sexo, não devido a suas qualificações, e, por consequência, candidatos mais bem qualificados são preteridos”; “a introdução de cotas cria conflitos significativos dentro da organização partidária”; e “as cotas para mulheres serão seguidas por demandas de cotas para outros grupos, o que resultará em uma política deletéria de representação de interesses de grupos”.<sup>28</sup>

Dentre os argumentos favoráveis que Drude Dahlerup categoriza estão: “cotas para mulheres não discriminam, mas compensam as atuais barreiras que impedem que as mulheres tenham acesso a sua parcela justa dos assentos parlamentares”; “cotas requerem que hajam várias mulheres juntas em um comitê ou assembleia,

23 CRUZ, Maria Isabel da. **A mulher na igreja e na política**. São Paulo: Outras Expressões, 2013, p. 68.

24 ASTELARRA, Judith. Democracia, Género y Sistema Político. In: MEENTZEN, Angela; GOMÁRIZ, Enrique. **Democracia de género, una propuesta inclusiva**: contribuciones desde América Latina y Europa. El Salvador: Fundación Heinrich Böll, 2003. p. 34.

25 PINHEIRO, Luana Simões. **Vozes femininas na política**: uma análise sobre mulheres parlamentares no pós- Constituinte. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007. p. 43.

26 MATOS, Marlise. Mulheres em busca de cidadania política: paradoxos de uma incompletude. VENTURI, Gustavo; GODINHO, Tatau (org.). **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado**: uma década de mudanças na opinião pública. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo/Edições Sesc SP, 2013. p. 232.

27 DAHLERUP, Drude. Increasing women’s political representation. In: BALLINGTON, Julie; KARAM, Azza. **Women in Parliament**: Beyond Numbers. Stockholm: IDEA, 2005, p. 143-145 e COSTA, Thiago Cortez. **Representação política feminina**: modelos hierárquicos para análise dos resultados eleitorais de 2006. Rio de Janeiro: ENCE, 2008. p. 45-47.

28 DAHLERUP, Drude. Increasing women’s political representation. In: BALLINGTON, Julie; KARAM, Azza.

**Women in Parliament**: Beyond Numbers. Stockholm: IDEA, 2005. p. 143-145.

desse modo minimizando a pressão frequentemente experimentada por mulheres em números reduzidos ou isolados”; “as mulheres têm o direito, enquanto cidadãs, de ter igual representação”; “a experiência feminina é necessária na vida política”; “os homens não podem representar o interesse das mulheres. Apenas mulheres conseguem representar a diversidade feminina”; “eleições são matéria de representação, não de qualificação educacional”; “mulheres são tão bem qualificadas quanto homens, mas as qualificações de mulheres são subestimadas e minimizadas em um sistema político dominado por homens”; “cotas não discriminam homens individualmente”, e “ao invés disso, as cotas limitam a tendência dos partidos políticos em nomear apenas homens. Para os eleitores, as oportunidades são expandidas, já que assim se torna possível também votar em mulheres”; “introduzir cotas pode causar conflitos, mas eles são apenas temporários”; “várias reconhecidas convenções internacionais sobre gênero fixaram objetivos para a representação política de mulheres”, até mesmo “a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, da qual 185 países são signatários”, e aqui se inclui “a Plataforma de Ação de Pequim, de 1995”; “Não é justificável que as mulheres, que representam cerca de 50% da população mundial, ocupem menos de 20% das vagas nos parlamentos ao redor do globo”.<sup>29</sup>

Há, ainda, um argumento que é sempre invocado, e com muita eloquência, quando se discute a cota de gênero como norma impositiva de regras sobre tipos de candidaturas: a de que tal cláusula afrontaria a autonomia partidária, expressa no art. 17, §1º, [da Constituição Federal](#). Entretanto, conforme defende Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro, muito embora a cláusula da autonomia seja inerente ao próprio estatuto constitucional dos partidos políticos, conferindo-lhe uma esfera de privacidade e intimidade dogmática e institucional/organizacional que é infensa à intervenção estatal, isso não significa que tais corpos intermediários sejam integralmente imunes às regras e aos princípios fundamentais constantes da Carta Política, tal como o é o princípio da igual dignidade de todos e o da não discriminação entre sexos.<sup>30</sup>

Bucchianeri anota ainda que, além da autonomia partidária não eximir as agremiações dos seus compromissos com os direitos fundamentais da pessoa humana, insertos também na Carta Magna, no art. 17, caput, é inquestionável, ainda, a oponibilidade também a eles, mesmo na condição de entidades privadas, dos direitos fundamentais, por consequência natural do efeito externo ou eficácia horizontal desses direitos, que são dotados do atributo da fundamentalidade e, assim, não podem ser “analisados em sua dimensão unicamente voltada às relações travadas entre indivíduos e o poder público, para condicionarem, de igual modo, os relacionamentos firmados entre particulares”.<sup>31</sup> Portanto, descabe invocar-se a autonomia partidária nessa seara, visto que

29 DAHLERUP, Drude. Increasing women’s political representation. In: BALLINGTON, Julie; KARAM, Azza.

**Women in Parliament: Beyond Numbers.** Stockholm: IDEA, 2005. p. 143-145.

30 PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. O Problema da (Sub)Representação Política da Mulher: um tema central na agenda política nacional. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; AGRA, Walber de Moura (coord.). **Direito eleitoral e democracia: desafios e perspectivas.** Brasília: OAB, Conselho, 2010. p. 215-216.

31 PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. O Problema da (Sub)Representação Política da Mulher: um tema central na agenda política nacional. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; AGRA, Walber de Moura (coord.). **Direito eleitoral e democracia: desafios e perspectivas.** Brasília: OAB, Conselho, 2010. p. 216

a mesma não tem o condão de isentar os partidos do dever constitucional de observância aos direitos fundamentais insculpidos no caput do art. 17, da CF.

A questão da resistência partidária masculina restou bem destacada em julgamento recente e paradigmático para a questão das cotas de gênero nas chapas proporcionais, como se perceberá, especialmente no voto do Ministro Luís Roberto Barroso. De fato, o Tribunal Superior Eleitoral, em Sessão dia 17 de setembro de 2019, ao julgar o Recurso Especial Eleitoral nº 193-92.2016.6.18.0018 – CLASSE 32, originário de Valença do Piauí (PI), sob a relatoria do Ministro Jorge Mussi, estabeleceu um avanço significativo no combate às chamadas candidaturas “laranjas”. No precedente em tela, decidiu o TSE, por maioria de votos, manter a cassação de seis vereadores eleitos em duas chapas nas Eleições 2016, dentre os quais duas mulheres, sob o fundamento de que as chapas em questão haviam se beneficiado de candidaturas fictícias de mulheres, usadas para alcançar o percentual mínimo de 30% previsto na [Lei nº 9.504/1997](#).

Ao todo, dentre eleitos e não eleitos, 29 candidatos registrados pelas duas coligações tiveram os registros cassados pelo mesmo motivo. Além disso, um candidato eleito e outro não eleito, foram declarados inelegíveis por oito anos, visto que o Tribunal reconheceu que ambos contribuíram diretamente para a fraude, uma vez que possuem vínculo de parentesco com as titulares das candidaturas fictícias (filho e marido respectivamente), que também ficaram inelegíveis. No seu voto, acompanhando o relator, o ministro Barroso destacou que a cota de gênero existe desde 1997, portanto, há mais de 20 anos no Brasil, e que a medida ainda não produziu nenhum impacto no Parlamento brasileiro, atribuindo tal fato a um evidente descompromisso dos partidos políticos. Na verve do Ministro:

No Brasil, porém, na contramão da experiência dos nossos países vizinhos, embora a quota de gênero de 30% para Câmara dos Deputados seja adotada desde 1997, a política não produziu impacto verdadeiro na representação das mulheres no parlamento. Os resultados ruins da reserva de candidaturas femininas parecem advir da falta de comprometimento efetivo dos partidos políticos em promover maior participação política feminina. E isso é demonstrado pela recalcitrância dos partidos políticos e das lideranças partidárias em empregar os recursos destinados por lei à difusão da participação política feminina para atrair mais mulheres para seus quadros e promover sua capacitação; em dar espaço a mulheres em seus órgãos diretivos; em dar pleno cumprimento à cota de gênero, não apenas como a escolha em convenção de mulheres que queiram concorrer efetivamente, mas também com a alocação de recursos e tempo de propaganda eleitoral na TV e no rádio para que elas tenham chances efetivas de se elegerem.

Quanto à possibilidade de haverem candidaturas femininas cassadas em razão da fraude à cota, o Ministro Tarcísio Vieira foi enfático ao declarar não ver com qualquer perplexidade o fato, pois as candidaturas femininas fictícias propiciaram uma falsa competição pelo voto popular. Embora o legislador, ao estabelecer a regra da cota, não tenha feito previsão expressa do instrumento jurídico a ser manejado quando do seu descumprimento,

mento, nem da penalidade a ser aplicada em casos que tais, entende-se que a aplicação da pena de cassação de registro de toda a chapa beneficiada pela fraude encontra respaldo no próprio repertório eleitoral. Com efeito, se as candidaturas fictícias redundam em incompletude da chapa, a consequência jurídica do fato é o indeferimento do pedido de registro da mesma, “ainda que após a proclamação dos eleitos”, como prevê especificamente no art. 22, da LC 64/90, que estabelece o rito de processamento das AIJE e da AIME. O mesmo dispositivo legal determina, ainda, que, uma vez julgada procedente a demanda, deverá ser declarada a inelegibilidade do representado e “de quantos hajam contribuído para a prática do ato”. Além disso, é incontroverso que a consequência para comprovação da prática de fraude no processo eleitoral é a cassação do registro ou do diploma do candidato diretamente por ela beneficiado.

As fraudes às candidaturas femininas constituem nova modalidade de abuso de poder político, pois afetam a normalidade das eleições, afrontam o princípio da igualdade de oportunidades na competição, o que, *per se*, já constitui um abuso de poder e, por isso, podem ser punidas com cassação de mandato e inelegibilidades, mediante ajuizamento de Ação de Investigação Judicial Eleitoral ou Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. E o efeito imediato dessa forma de abuso de poder repercute na ressentida ausência da mulher nos espaços de poder, o que inviabiliza um debate adequado em torno de questões fundamentais, como segurança, educação e saúde, além de proporcionar um maior diálogo mais abrangente em torno de questões que estejam relacionadas às pautas femininas.

Essa nova modalidade de abuso de poder ocorre no interior dos partidos políticos, que detêm, por escolha do legislador constitucional, a exclusividade para pedir o registro de candidaturas, mas ao comporem suas chapas, além de destinarem o percentual mínimo às mulheres, o preenchem negando efetividade à norma, mediante fraude, visto que utilizam candidaturas fictícias, ou candidaturas laranjas para atenderem ao comando legal. Ao invés de incentivar a participação feminina nos partidos e nas eleições, as siglas utilizam candidaturas fictícias para preencher os requisitos da lei eleitoral. É comum que dirigentes e lideranças partidárias, majoritariamente masculinas, relatem dificuldades no recrutamento de mulheres para compor as chapas de candidaturas ou mesmo para os cargos de direção do partido. Entretanto, razões outras explicam a sub-representação feminina nos espaços de poder, e têm mais a ver com estereótipos sexistas, machistas e patriarcais, segundo os quais o lugar da mulher é o espaço doméstico, cabendo ao homem o espaço público.

Modificar essas estruturas e alterar esse quadro, no qual às mulheres cabe o espaço doméstico e aos homens o espaço público, que vem desenhando o mapa da política, deixando as mulheres praticamente de fora, deveria ser uma agenda que convocasse não só as mulheres, mas a cidadania como um todo, uma vez que vai muito além das regras do jogo eleitoral e da lei das cotas de gênero, importando na necessidade urgente de se reconhecer que o fortalecimento das democracias contemporâneas passa pela reconfiguração do mapa mental de sua população e, especialmente, de suas instituições, como os partidos políticos.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, José Eustáquio Diniz. O avanço das mulheres nas eleições de 2012 e o déficit democrático de gênero, *EcoDebate*, Rio de Janeiro, 17 out. 2012. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2012/10/17/o-avanco-das-mulheres-nas-eleicoes-de-2012-e-o-deficit-democratico-de-genero-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso em: 15 mar. 2020.
- AMORÓS, Célia. **Mujeres e imaginários de la globalizacion**: reflexiones para una agenda teórica global del feminismo. Rosario (Argentina): Homo Sapiens Ediciones, 2008.
- ARAUJO, Clara. Construindo novas estratégias, buscando novos espaços políticos: as mulheres e as lutas por presença. In: MURARO, Rose Marie; PUPPIN, Andréa Brandão (org.). **Mulher, gênero e sociedade**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, FAPERJ, 2001.
- ARAUJO, Clara. Partidos Políticos e gênero: mediações nas rotas de ingresso das mulheres na representação política. *Rev. Sociol. e Polit.*, n. 24, p. 193-214, set. 2005, p. 209. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782005000100013>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/tGtdSWCqjLRJX4cSsLDHfdB/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 15 nov. 2021.
- ASTELARRA, Judith. Democracia, Género y Sistema Político. In: MEENTZEN, Angela; GOMÁRIZ, Enrique. **Democracia de género, una propuesta inclusiva**: contribuciones desde América Latina y Europa. El Salvador: Fundación Heinrich Böll, 2003.
- AVELAR, Lúcia. Mulheres e Política em Perspectiva. In: VENTURI, Gustavo e GODINHO, Tatau (org.). **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado**: uma década de mudanças na opinião pública. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo/Edições Sesc SP, 2013.
- COSTA, Thiago Cortez. **Representação política feminina**: modelos hierárquicos para análise dos resultados eleitorais de 2006. Rio de Janeiro: ENCE, 2008.
- CRUZ, Maria Isabel da. **A mulher na igreja e na política**. São Paulo: Outras Expressões, 2013.
- DAHLEUP, Drude. Increasing women's political representation. In: BALLINGTON, Julie; KARAM, Azza. **Women in Parliament: Beyond Numbers**. Stockholm: IDEA, 2005.
- LAMAS, Marta. **Corpo**: diferença sexual e gênero. Madri: Taurus, 2002.
- MATOS, Marlise. Mulheres em busca de cidadania política: paradoxos de uma incompletude. VENTURI, Gustavo; GODINHO, Tatau (org.). **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado**: uma década de mudanças na opinião pública. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo/Edições Sesc SP, 2013.
- PALMA, Esperanza. Candidaturas femeninas y reclutamiento legislativo en México: el impacto de las cuotas de género en la composición de la LXI legislatura. In: SERRET, Estela (coord.). **Democracia y ciudadanía**: perspectivas críticas feministas. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.
- PINHEIRO, Luana Simões. **Vozes femininas na política**: uma análise sobre mulheres parlamentares no pós-Constituinte. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007.
- PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. O Problema da (Sub)Representação Política da Mulher: um tema central na agenda política nacional. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; AGRA, Walber de Moura (coord.). **Direito eleitoral e democracia**: desafios e perspectivas. Brasília: OAB, Conselho, 2010.
- TARRÉS, María Luisa. ¿Una ecuación injusta o un mal cálculo político? La movilización de las mexicanas por la democracia a fines del siglo XX y su magra representación en el sistema político. In: CEJAS, Mónica (coord.). **Igualdad de género y participación política**: Chile, China, Egipto, Liberia, México y Sudáfrica. México, El Colegio de México, Centro de Estudios de Asia y Africa, 2008.
- TARRÉS, María Luisa. Participación política de las mujeres en el México contemporáneo, 1980-2000. In: RANDALL, Laura (coord.). **Reinventar México**: estructuras en proceso de cambio: perspectiva política, social y económica. México: Siglo XXI, 2006. p. 428.
- TÉLLEZ, Josefina Hernández. Los derechos de las mujeres, su status como ciudadanas y su representación legislativa. In: GARCIA, Maria Aidé Hernández; ALONSO, Jesús Alberto Rodríguez (coord.). **Entre guijarros**: avances y retrocesos de la participación política de las mujeres en México. México: Porrúa, 2013.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Eisevier, 2009.

# CAPÍTULO 5

## PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA POLÍTICA: VALORES E DIREITOS PARA PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO ELEITORAL

Isnailda de Souza da Silva Gondim

José Luiz Gondim dos Santos

### INTRODUÇÃO

A conquista de igualdade de gênero é uma pauta sempre moderna em se tratando da participação da mulher na política, a questão se qualifica pela relevância de se concretizar direitos fundamentais da dignidade e isonomia por meio da proteção institucional, da formação, engajamento e sororidade no contexto da vida política e partidária no Brasil.

Historicamente, as mulheres têm uma luta por conquista de seus direitos de dignidade e isonomia em sociedade, com questões que vão desde a sua defesa pessoal até a sua autonomia econômica. A crise de pandemia de Sars-Cov-2 (coronavírus) fez com que parlamentares brasileiras se unissem para a defesa dos direitos das mulheres do Brasil, com uma ampliação da pauta de gênero em todos os aspectos da atuação estatal.<sup>1</sup>

A mulher superou obstáculos de vieses religiosos, culturais, econômicos e afetivos para ocupar espaços públicos, exercer postos de comando em poderes estatais e usufruir de sua autonomia e autodeterminação, sendo, ainda, necessária muita evolução para a real dignidade e isonomia na representatividade do gênero na esfera pública.<sup>2</sup>

No contexto da participação política, apesar dos avanços, a exemplo da frente parlamentar de deputadas federais<sup>3</sup>, há lacunas estruturantes a serem preenchidas para que a mulher, de fato e de direito, possa participar de agremiações partidárias, claramente pleitear seus interesses e equilibrar o gênero no exercício de poderes em sociedade.

De acordo com a iniciativa Me Farei Ouvir e #ElasNoPoder, com base em pesquisa que analisa a participação da mulher na política, considerando as eleições de 2018, 40% da mulheres que foram consideradas

1 ONU Mulher Brasil. **Deputadas federais unem esforços e defendem direitos das mulheres na resposta do Brasil à pandemia Covid-19**. 22 abr. 2020. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/deputadas-federais-unem-esforcos-e-defendem-direitos-das-mulheres-na-resposta-do-brasil-a-pandemia-covid-19/> Acessado em: 19 out. 2020.

2 FRANCO, Mariana de Medeiros Costa; DE OLIVAS, Marcos Antônio. Análise da participação da mulher na política brasileira: Do Estado Novo à atualidade. **Revista Científica da FEPI-Revista Científica@ Universitas**, v. 3., n. 2, 2016. Disponível em: <http://revista.fepi.br/revista/index.php/revista/article/view/452> Acessado em: 19 out. 2020.

3 ONU Mulher Brasil. **Deputadas federais unem esforços e defendem direitos das mulheres na resposta do Brasil à pandemia Covid-19**. 22 abr. 2020. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/deputadas-federais-unem-esforcos-e-defendem-direitos-das-mulheres-na-resposta-do-brasil-a-pandemia-covid-19/> Acessado em: 19 out. 2020.

inaptas para registro de candidatura tiveram como motivo a inconsistência de documentação; 40% das mulheres creem não terem o perfil para a política; 93% das entrevistadas destacaram que os partidos dificultam a participação delas na política; 87% das mulheres entrevistadas são a favor da política que reserva 30% das vagas entre os candidatos para o gênero feminino; 85% das mulheres entrevistadas são a favor da política que reserva 30% do fundo partidário para financiamento de candidaturas femininas.<sup>4</sup>

O estudo visa analisar a Resolução TSE nº 23.607, de 17 de dezembro de 2019<sup>5</sup> enquanto mecanismo de igualdade de gênero e concretização da dignidade e isonomia da participação da mulher no processo político brasileiro. Utiliza-se o método indutivo, com adoção de abordagem de pesquisa de revisão bibliográfica e documental. A revisão bibliográfica inclui livros referenciados, doutrinas jurídicas, bem como artigos do banco de dados SciELO e Google Acadêmico.

Na questão, o TSE atua para equacionar pontos específicos das lacunas de gênero quanto à participação na política brasileira e, representa forte e relevante contribuição para o fortalecimento da mulher na política.

As questões envolvendo valores constitucionais, concretização e exercício de direitos fundamentais e proteção de interesses da mulher nos mais variados aspectos econômicos, políticos, éticos, jurídicos e sociais, destacam o estudo como uma contribuição salutar no desenvolvimento dos direitos fundamentais.

O estudo é exploratório e utiliza-se o método indutivo, partindo-se do problema de uma situação específica para adoção de posições gerais. As abordagens de pesquisa são de revisão bibliográfica e documental.<sup>6</sup>

Na abordagem bibliográfica é importante que o pesquisador verifique a veracidade dos dados obtidos, observando as possíveis incoerências ou contradições que as obras possam apresentar, incluindo livros e artigos de banco de dados SciELO e Google Acadêmico, com utilização dos descritores: direitos fundamentais, bioética, pandemia, coronavírus, teoria da argumentação jurídica.

Por sua vez, a abordagem documental, baseada na Resolução TSE nº 23.607, de 17 de dezembro de 2019, pois não recebeu tratamento analítico de acordo com os objetivos da pesquisa. O procedimento de busca se deu no site: [www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br) : aba legislação compilada – Resolução – 2019 – filtro Base: Resolução nº 23.607, de 17 de dezembro de 2019.

O trabalho é estruturado, além da introdução, considerações gerais e referências, com o item 1) abordando a participação da mulher na política: evidências empíricas das eleições de 2018; em seguida o item 2) analisando os valores e direitos constitucionais da pauta de gênero, com ênfase na dignidade da pessoa humana e isonomia; no item 2.a) aborda-se o ativismo institucional de gênero na Resolução TSE nº 23.607, de 17 de de-

4 ELAS NO PODER, ME FAREI OUVIR. **Pesquisa Perfil da Mulher na Política**. 2020. Brasília: Me Farei Ouvir e #ElasNoPoder, 2020. Disponível em: [https://www.mefareiouvir.com.br/wp-content/uploads/2020/02/ENP\\_MFO\\_RELATÓRIO\\_PESQUISA\\_V4.pdf](https://www.mefareiouvir.com.br/wp-content/uploads/2020/02/ENP_MFO_RELATÓRIO_PESQUISA_V4.pdf). Acesso em: 19 out. 2020.

5 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução TSE nº 23.607, de 17 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-607-de-17-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 19 out. 2020.

6 PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. [Novo Hamburgo, RS]: Editora Feevale, 2013.



zembro de 2019; por conseguinte no item 2.b) conceitos como sororidade, mulher vota em mulher, são apresentados como componente essencial para o fortalecimento da participação da mulher na política; e no item 3) a participação da mulher na política enquanto uma revolução cognitiva aborda as lutas, adaptações e mecanismos que ainda devem ser trabalhados para que as mulheres gozem da real participação digna e isonômica da mulher na política pública.

## 1 PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA POLÍTICA: EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS DAS ELEIÇÕES DE 2018

No pleito eleitoral de 2018, realizado no Brasil, foi possível identificar claramente os pontos de tensão quanto à participação da mulher na política no Estado Brasileiro.

De acordo com pesquisa efetuada pela iniciativa Me Farei Ouvir, realizada numa amostra de 4.111 mulheres em todas as regiões do Brasil, os principais motivos que distanciam a mulher e refletem o tratamento desigual da mulher na área política são: crença de que não tem perfil (40,6%); não está no foco dos interesses (20,10%); não se interessa (13,70%); não está alinhada a sua visão de futuro (9,70%) e tem medo (5,50%). De todo modo, dentre aquelas mulheres que possuem motivos para se candidatarem, tendo como principal motivação sua vontade própria, observa-se que: 12% foi convidada por um partido político; 24% foi incentivada por familiares/amigos; 52% sempre tiveram vontade de se candidatar; 33% foram incentivadas por grupos ou associações das quais faziam parte; observando-se que 98% das entrevistadas acreditam que são necessárias mais mulheres na política.<sup>7</sup>

Um fato importante destacado na pesquisa é a posição favorável das entrevistadas quanto à reserva de vagas (30%) para candidaturas de mulheres ao legislativo, e que essas reservas de lei sejam ampliadas para a forma de financiamento do fundo partidário (30%) e para promoção de candidaturas femininas (3%).<sup>8</sup>

A igualdade de gênero é uma constante busca em sociedade. Obstáculos morais, religiosos, políticos, econômicos e sociais são vencidos a cada processo eleitoral, e a mulher cada vez mais vem ganhando consciência do que é, em termos eleitorais, contando com maior número, podendo se posicionar de forma mais efetiva quanto aos seus interesses sociais. A Declaração dos direitos da mulher e da cidadã, de 1791, a Primeira Convenção dos Direitos das Mulheres em 1848, o Dia Internacional da Mulher, que se comemora todo dia 8 de março, são marcos da evolução de reconhecimento de direitos e da participação da mulher na política pelo mundo.

No Brasil, em 1934, foi inserido na Carta Magna brasileira, o direito ao voto da mulher e, como uns dos extremos das conquistas, a Assembleia Constituinte de 1987-1988, com a participação de 26 parlamentares à

7 ELAS NO PODER, ME FAREI OUVIR. **Pesquisa Perfil da Mulher na Política**. 2020. Brasília: Me Farei Ouvir e #ElasNoPoder, 2020. Disponível em: [https://www.mefareiouvir.com.br/wp-content/uploads/2020/02/ENP\\_MFO\\_RELATÓRIO\\_PESQUISA\\_V4.pdf](https://www.mefareiouvir.com.br/wp-content/uploads/2020/02/ENP_MFO_RELATÓRIO_PESQUISA_V4.pdf). Acesso em: 19 out. 2020.

8 ELAS NO PODER, ME FAREI OUVIR. **Pesquisa Perfil da Mulher na Política**. 2020. Brasília: Me Farei Ouvir e #ElasNoPoder, 2020. Disponível em: [https://www.mefareiouvir.com.br/wp-content/uploads/2020/02/ENP\\_MFO\\_RELATÓRIO\\_PESQUISA\\_V4.pdf](https://www.mefareiouvir.com.br/wp-content/uploads/2020/02/ENP_MFO_RELATÓRIO_PESQUISA_V4.pdf). Acesso em: 19 out. 2020.

época, conhecida como o Lobby do Batom, conquistou os seguintes direitos: Licença maternidade de 120 dias; Direito à posse de terra por mulheres, e não apenas por homens, como era previsto anteriormente; Igualdade de direitos e salários entre homens e mulheres; Estabelecimento de mecanismos para lutar contra a violência doméstica; Confirmação da Lei do Divórcio, formulada em 1977; e Garantia do direito à creche, que foram direitos reconhecidos e que refletiram os interesses do movimento social de mulheres naquela época.<sup>9</sup>

O Lobby do Batom, por ocasião da Constituição de 1987-1988, é um histórico exemplo de como a participação efetiva da mulher na indução do processo político e na tomada de decisões, pode alterar a vida da mulher brasileira para melhor, com reconhecimento de direitos e remetendo a obrigação social de uma constante leitura de realidade para que a mulher tenha a evolução do reconhecimento de seus direitos e interesses.<sup>10</sup>

Diante desses exemplos históricos de fatos, articulações e conquistas por direitos, tendo a mulher como protagonista de sua realidade e, em um contraponto, considerando os achados da pesquisa do perfil da mulher na política, reconhece-se os avanços da participação da mulher na política, mas é necessário garantir maiores condições de participação, engajamento, identidade e condições reais de atuação da mulher na participação de arranjos de agremiação e ocupação de postos políticos na contemporaneidade.

A mulher precisa enfrentar os novos desafios sociais de gênero e conduzir os processos de solução adequada às suas necessidades sociais, como: enfrentamento a violência doméstica, inserção no mercado de trabalho com autoestima e autodeterminação, disseminação de informação e formação sobre direitos das mulheres em escolas, instituições e, principalmente, como um componente a ser considerado no “desenho” de políticas públicas de crescimento econômico e desenvolvimento social.

Os dados das eleições de 2018, permitiram a atuação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que editou a Resolução TSE nº 23.607, de 17 de dezembro de 2019<sup>11</sup> trouxe regras de reserva de gênero para composição de órgãos partidários, concorrência à vagas de candidatura, bem como reserva de gênero para financiamento de campanhas e, além disso, criou por meio da Portaria TSE nº 791, de 11 de outubro de 2019, a Comissão Gestora de Política de Gênero, vinculada à Presidência da República, para atuar no planejamento e acompanhamento da mulher na política e em espaços institucionais.

9 AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. “Lobby do Batom”: uma mobilização por direitos das mulheres. *Revista Trilhas da História*, v. 3, n. 5, p. 72-85, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://trilhasdahistoria.ufms.br/index.php/RevTH/article/view/444>. Acesso em: 15 nov. 2021.

10 CARVALHO, Liandra Lima. A influência do “Lobby do Batom” na construção da Constituição Federativa de 1988. *Revista Eletrônica do Instituto de Humanidades*, v. 18, n. 44, p. 136-150, 2017. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/reihm/article/view/3996>. Acesso em: 15 nov. 2021.

11 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução TSE nº 23.607, de 17 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-607-de-17-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 19 out. 2020.

## 2 VALORES E DIREITOS CONSTITUCIONAIS DA PAUTA DE GÊNERO

A participação da mulher na política está relacionada aos valores da dignidade da pessoa humana e à isonomia constitucional, nos termos do art. 1º, inciso III e art. 5º, inciso I, da [Constituição Federal de 1988](#).<sup>12</sup>

O princípio da dignidade humana é um valor supremo na democracia<sup>13</sup> e, em se tratando da pauta de gênero, a isonomia entre homens e mulheres deve ser compreendida onde se dá a distribuição equitativa de poder na sociedade, sendo necessária a compreensão do conceito de gênero para superar as desigualdades expostas em indicadores sociais.<sup>14</sup>

Não compreender a pauta de gênero, sob o aspecto da dignidade humana, reflete a aceitação social de desigualdades entre homens e mulheres, na ocupação de postos de poder Estatal; diferenças salariais de até 40% menos para mulheres em funções que são exercidas igualmente por homens e mulheres; bem como construções de políticas públicas que subvalorizam a condição da mulher enquanto sujeito do direito e obrigações na sociedade brasileira.<sup>15</sup>

A dignidade humana, é um fundamento da república e um valor da democracia e, no contexto do gênero, se traduz nos elementos mínimos que o Estado tem que assegurar à mulher para que ela possa exercer suas potencialidades, ter uma vida digna com reconhecimento de direitos e acesso a eles e, acima de tudo, lhe seja dada liberdade para optar por exercer esses direitos ou não.

No que tange à participação política, a dignidade humana dispensada à mulher, devem ser assegurados direitos de participação no processo político e ao mesmo tempo os meios para o exercício e, apesar dos esforços e da construção da pauta, o meio político ainda é muito hostil à inserção da mulher e dos seus interesses.<sup>16</sup>

Como corolário do fundamento e valor da dignidade humana, o princípio da isonomia constitucional, normatiza e visa concretizar construções normativas e posições estatais/institucionais que visem igualar, formal e materialmente, a condição da mulher e do homem na sociedade.

12 BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm) Acesso em: 21 out. 2020.

13 SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v212.1998.47169>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>. Acesso em: 21 out. 2020.

14 BARSTED, Leila L. Os direitos humanos na perspectiva de gênero. Colóquio de Direitos Humanos, 1. [Anais...]. São Paulo, Brasil, 2001. Disponível em: [http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/detalhes.asp?cod\\_dados=1116](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/detalhes.asp?cod_dados=1116). Acesso em: 15 nov. 2021.

15 BARSTED, Leila L. Os direitos humanos na perspectiva de gênero. Colóquio de Direitos Humanos, 1. [Anais...]. São Paulo, Brasil, 2001. Disponível em: [http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/detalhes.asp?cod\\_dados=1116](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/detalhes.asp?cod_dados=1116). Acesso em: 15 nov. 2021.

16 FRANCO, Mariana de Medeiros Costa; DE OLIVAS, Marcos Antônio. Análise da participação da mulher na política brasileira: Do Estado Novo à atualidade. **Revista Científica da FEPI-Revista Científica@ Universitas**, v. 3., n. 2, 2016. Disponível em: <http://revista.fepi.br/revista/index.php/revista/article/view/452> Acesso em: 19 out. 2020.

O princípio da isonomia é diretamente instado quando se está diante das diferenças salariais em condições de trabalho semelhantes<sup>17, 18</sup>, diante das diferenças de exercício de direitos<sup>19</sup>, seja no trato do enfrentamento da violência doméstica e na sua persecução penal.<sup>20</sup>

No contexto da participação política da mulher, o ambiente hostil da política, cujas posições de decisão e poder são essencialmente preenchidas por homens, a dignidade e a isonomia são valores e preceitos norteadores para construções normativas e posicionamentos estatais-institucionais ativistas, no sentido de fortalecer direitos e garantir meios para a participação da mulher na vida e processo políticos.

## 2.1 ATIVISMO INSTITUCIONAL DE GÊNERO E PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA POLÍTICA

A Resolução TSE nº 23.607, de 17 de dezembro de 2019, é um bom exemplo de ativismo institucional de gênero enquanto coalisão de forças e grupos sociais nas instâncias de parlamento<sup>21</sup>, bem como nas posições daqueles que ocupam posição de decisão em instituições e órgãos públicos.<sup>22</sup>

A Resolução TSE nº 23.607/2019 o TSE normatizou regras de garantia da participação da mulher na política, por meio de mecanismos de cotas em espaço de atuação e disputa, bem como pelos meios de financiamento de campanhas e disseminação e fortalecimento de campanhas de participação da mulher no processo eleitoral. A normatividade das regras de gênero no processo eleitoral, reconhece a dignidade da mulher no processo político e o estabelecimento de cotas de espaço, financiamento, formação e informação equilibram as forças sociais e econômicas que por ventura poderiam trazer diferenciação no tratamento entre homens e mulheres.

O órgão de cúpula do Poder Judiciário valoriza a participação da mulher na política em verdadeira atuação legítima de ativismo institucional<sup>23</sup>, nesse caso, com estrado na condição de protetor dos valores constitucionais e da legalidade e legitimidade do processo eleitoral brasileiro, em busca de uma sociedade mais justa e igualitária.

17 OLIVEIRA, Ana Paula Batista Guimarães de; BERTOTTI, Daniela. O princípio da isonomia e a diferença salarial entre gêneros. **Augusto Guzzo Revista Acadêmica**, n. 11: p. 147-165, 2013. DOI: <https://doi.org/10.22287/ag.v1i11.159>. Disponível em: [http://fics.edu.br/index.php/augusto\\_guzzo/article/view/159/230](http://fics.edu.br/index.php/augusto_guzzo/article/view/159/230). Acesso em: 15 nov. 2021.

18 SANTOS, Denise Tatiane Girardon dos; CANCIANI, Pamela Maiara Chaves. A concretização do princípio da igualdade nas questões de gênero: as mulheres e as relações de trabalho. Congresso Latino-Americano de Gênero e Religião. 4., 2016. São Leopoldo. **Anais...** 2016. p. 133-146. Disponível em: <http://www.anais.est.edu.br/index.php/genero/article/viewFile/668/349>. Acesso em: 15 nov. 2021.

19 LEITE, Mauricio Sousa; SOUZA, Paula Corrêa Ferreira; SILVA, Rodolfo Normandio Souza da; SOUZA, André Ricardo Gomes de; MARTINZEZ, Adilsen Claudia. Princípio da isonomia e a equiparação da licença maternidade à licença paternidade. **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Brazcubas**, v. 1, n. 1, maio 2017. Disponível em: <https://revistas.brazcubas.br/index.php/revdubc/article/view/249>. Acesso em: 15 nov. 2021.

20 KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. **Boletim do IBCCRIM**, v. 14, n. 168, p. 6-7, 2006.

21 O ativismo institucional de coalizão de organizações do movimento feminista foi o responsável pela indução e concretização do processo de tramitação da Lei Maria da Penha no Congresso Nacional.

22 PEREIRA, Matheus Mazzilli. Ativismo Institucional no Poder Legislativo: confrontos políticos, assessores ativistas e frentes parlamentares. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, v. 31, p. 301-338, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-335220203108>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/nPf9M9mdLSQYFJC3kYwqCy/?lang=pt>. Acesso em: 15 nov. 2021.

23 PEREIRA, Matheus Mazzilli. Ativismo Institucional no Poder Legislativo: confrontos políticos, assessores ativistas e frentes parlamentares. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, v. 31, p. 301-338, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-335220203108>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/nPf9M9mdLSQYFJC3kYwqCy/?lang=pt>. Acesso em: 15 nov. 2021.

A **Resolução TSE**, no artigo 17, dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos, bem como sobre a prestação de contas nas Eleições 2020 – estabelece que as agremiações devem destinar no mínimo 30% do montante do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), também conhecido como Fundo Especial, para ampliar as campanhas de suas candidatas (reserva das cotas de gênero do FEFC). Os ministros, também entenderam que o mesmo percentual deveria ser considerado em relação ao tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, bem como sobre a definição de órgãos partidários.<sup>24</sup>

Não é coincidência o alinhamento das deliberações do TSE na pauta de gênero e política, quando compreendendo a necessidade de regular a obrigatoriedade da reserva de vagas para candidaturas de mulheres ao legislativo, e essas reservas de lei sejam ampliadas para a forma de financiamento do fundo partidário e para promoção de candidaturas femininas<sup>25</sup>.

Todavia, a participação da mulher na política é uma constante. Apesar dos esforços promovidos pela Resolução TSE, no intuito de aumentar a participação feminina, impondo aos partidos a aplicação mínima de 30% das verbas públicas para esta finalidade, estas alterações por si só, não bastam para garantir a representatividade feminina, deve-se propor um percentual de ocupação mínima de mulheres em cadeiras no Congresso Nacional, em cadeiras da Câmara de Vereadores, bem como um percentual mínimo nas candidaturas.<sup>26</sup>

No processo de desenvolvimento da participação da mulher na política o incremento legislativo e de recursos públicos, o financiamento das campanhas eleitorais continuam concentrados nas mãos de alguns candidatos e a mudança pouco impactou no aumento da representatividade dos grupos minoritários nos poderes legislativo e executivo.<sup>27</sup>

A participação da mulher no parlamento brasileiro ainda é baixa (16%) e as razões sociais, econômicas e de desenvolvimento de massa críticas na política ainda são fatores que devem ser trabalhados por meios que elevem a dignidade, a isonomia, a união e o desenvolvimento de capacidade e habilidade da mulher no processo de formação e exercício de poder político.

Duas variáveis que podem ser trabalhadas para o desenvolvimento da participação da mulher na política são: a) o conceito de Sororidade; e b) de revolução cognitiva.

24 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ações do TSE valorizam a participação da mulher na política**. 10 ago. 2020. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Agosto/acoes-do-tse-valorizam-participacao-da-mulher-na-politica-e-incentivam-candidaturas-femininas> Acessado em: 22 out. 2020.

25 A Corte Eleitoral também atua na promoção de campanhas como “*Mais mulheres na política: a gente pode, o Brasil precisa*”, para incentivar a participação da mulher na política; e na criação do site #ParticipaMulher, em homenagem às mulheres que fizeram e ainda fazem história na vida política e na Justiça Eleitoral.

26 MEDEIROS, Liege Lykawka; AGUIAR, Cristiano Santiago. Fundo especial de financiamento de campanha – uma análise nas eleições de 2018 no Rio Grande do Sul. **Revista do TRE-RS**, Porto Alegre, ano 25, n. 48, p. 261-276, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/7314>. Acesso em: 15 nov. 2021.

27 MEDEIROS, Liege Lykawka; AGUIAR, Cristiano Santiago. Fundo especial de financiamento de campanha – uma análise nas eleições de 2018 no Rio Grande do Sul. **Revista do TRE-RS**, Porto Alegre, ano 25, n. 48, p. 261-276, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/7314>. Acesso em: 15 nov. 2021.

## A SORORIDADE: NÃO A RIVALIDADE

Uma das razões apontadas para a não participação da mulher na política é sua crença de que não tem perfil para o exercício de cargos políticos e para o processo de acessibilidade deles. Essa crença é, por si só, uma sabotagem que a mulher faz a si mesma e, acima de tudo, uma construção machista a patriarcal da sociedade que afeta diretamente a dignidade da mulher e os preceitos de isonomia constitucionais.

Na pesquisa quanto ao perfil da mulher na política 40,6% das mulheres responderam que creem não ter “perfil” para política.<sup>28</sup> Essa descrença é uma das variáveis que deve ser desconstruída e posta em seu lugar a coragem e, acrescente-se, o apoio da própria mulher, enquanto classe majoritária em sociedade, mas paradoxalmente vulnerável aos preconceitos históricos.

Um conceito que deve ser incorporado na classe feminina para o enfrentamento da descrença na participação na política é a sororidade. Nos termos do dicionário on line de português,<sup>29</sup> sororidade é substantivo feminino que expressa uma relação de irmandade, união, afeto ou amizade entre mulheres, assemelhando-se àquela estabelecida entre irmãs. (grifo nosso).

Em termos gerais, a sororidade funciona como componente essencial nas relações sociais entre mulheres que, no processo de construção da participação política, dever ser condutora de dignidade, isonomia e união de esforços para defesa de direitos e ocupação de espaço de manifestação e reivindicação de políticas públicas que proporcionem melhorias sociais para as mulheres.

No processo de participação política da mulher, a dignidade e isonomia, devem se associar à sororidade para fortalecimento da pauta, excluindo do processo todo e qualquer sentimento de rivalidade.

## B PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA POLÍTICA: UMA REVOLUÇÃO COGNITIVA

O conhecimento é um fator que tem relação direta, ou ao menos indireta com a ausência de foco de interesse da mulher na política (20,10%), pela falta de interesse (13,70%), pela falta de alinhamento de visão de futuro (9,70%) e, principalmente, pelo medo (5,50%).

A preparação e formação política da mulher por meio da inserção em órgãos partidários e sua vivência, bem como campanhas educativas sobre a participação da mulher na política, são instrumentos e espaços essenciais para uma visão de horizonte, desenvolvimento de capacidades e superação das inseguranças de sua participação nos processos de disputa e acessibilidade de espaço de poder.

A revolução cognitiva da mulher no contexto político requer apoio institucional, como se deu pela atuação do TSE e suas normatizações, bem como pela participação no processo político desde os movimentos de

28 ELAS NO PODER, ME FAREI OUVIR. *Pesquisa Perfil da Mulher na Política*. 2020. Brasília: Me Farei Ouvir e #ElasNoPoder, 2020. Disponível em: [https://www.mefareiouvir.com.br/wp-content/uploads/2020/02/ENP\\_MFO\\_RELATÓRIO\\_PESQUISA\\_V4.pdf](https://www.mefareiouvir.com.br/wp-content/uploads/2020/02/ENP_MFO_RELATÓRIO_PESQUISA_V4.pdf) Acesso em: 19 out. 2020.

29 DICIONÁRIO ON LINE DE PORTUGUÊS. *sororidade*. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/sororidade/>. Acesso em: 22 out. 2020.

base até a ocupação espaços partidários (comissões e órgãos) nos partidos políticos – a pauta da mulher se delinea na sociedade e a prática e vivência partidária são mecanismos de formação da mulher na política.

A formação da mulher por meio de participação no processo político partidário, o acesso a campanhas de educação e esclarecimentos quanto aos direitos políticos da mulher, a permite criar condições para defender interesses e direitos em sociedade, com formação de massa crítica com estrado nas suas necessidades sociais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A participação da mulher na política tem fundamento na dignidade da pessoa humana e nos preceitos de isonomia em sociedade, como fundamentos e valores constitucionalmente estabelecidos em um estado republicano e democrático.

Todavia, a dignidade e isonomia da participação da mulher na política, somente são possíveis por meio do ativismo institucional compreendido na coalizão de medidas delineadas para efetivamente assegurar direitos e meios de participação, financiamento e formação da mulher no processo político.

A Resolução TSE nº 23.607, de 17 de dezembro de 2019, inseriu regras ao processo eleitoral enquanto reserva de gênero para buscar a participação efetiva da mulher no processo eleitoral, assegurando espaço de participação, meios de financiamento e atuação no apoio de campanhas de incentivos, como mecanismo de equilíbrio de desigualdades historicamente firmadas.

Apesar dos esforços legais, é preciso uma mudança de estratégia da atuação da mulher no processo político, com engajamento e união insculpida na sororidade, excluindo qualquer tipo de rivalidade entre mulheres, na busca do bem comum e no exercício livre e regular de seus direitos de participação e efetiva manifestação e ocupação de espaço na política.

Somente pelo conhecimento, pela união e pela visão estratégica que a mulher poderá vencer os desafios e obstáculos que a impedem de se autodeterminar politicamente digna, e igualitariamente exerça suas potencialidades para sua segurança, autonomia econômica e política, bem com exercício de direitos.

## REFERÊNCIAS

- AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. “Lobby do Batom”: uma mobilização por direitos das mulheres. **Revista Trilhas da História**, v. 3, n. 5, p. 72-85, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://trilhasdahistoria.ufms.br/index.php/RevTH/article/view/444>. Acesso em: 15 nov. 2021.
- BARSTED, Leila L. Os direitos humanos na perspectiva de gênero. Colóquio de Direitos Humanos, 1. [Anais...]. São Paulo, Brasil, 2001. Disponível em: [http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/detalhes.asp?cod\\_dados=1116](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/detalhes.asp?cod_dados=1116). Acesso em: 15 nov. 2021.
- BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm) Acesso em: 21 out. 2020.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ações do TSE valorizam a participação da mulher na política**. 10 ago. 2020. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Agosto/acoes-do-tse-valorizam-participacao-da-mulher-na-politica-e-incentivam-candidaturas-femininas> Acessado em: 22 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução TSE nº 23.607, de 17 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-607-de-17-de-dezembro-de-2019> Acesso em: 19 out. 2020.

CARVALHO, Camila Flávia Lins Livino de. **Violência contra a mulher e aplicação da lei Maria da Penha**: análise de constitucionalidade sob a ótica do princípio da igualdade de gênero. [2012]. Monografia (Bacharem em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Brasília, DF: 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/123456789/321>. Acesso em: 15 nov. 2021.

CARVALHO, Liandra Lima. A influência do “Lobby do Batom” na construção da Constituição Federativa de 1988. **Revista Eletrônica do Instituto de Humanidades**, v. 18, n. 44, p. 136-150, 2017. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/reihm/article/view/3996>. Acesso em: 15 nov. 2021.

DICIONÁRIO ON LINE DE PORTUGUÊS. **sororidade**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/sororidade/>. Acesso em: 22 out. 2020.

ELAS NO PODER, ME FAREI OUVIR. **Pesquisa Perfil da Mulher na Política**. 2020. Brasília: Me Farei Ouvir e #ElasNoPoder, 2020. Disponível em: [https://www.mefareiouvir.com.br/wp-content/uploads/2020/02/ENP\\_MFO\\_RELATÓRIO\\_PESQUISA\\_V4.pdf](https://www.mefareiouvir.com.br/wp-content/uploads/2020/02/ENP_MFO_RELATÓRIO_PESQUISA_V4.pdf) Acesso em: 19 out. 2020.

FRANCO, Mariana de Medeiros Costa; DE OLIVAS, Marcos Antônio. Análise da participação da mulher na política brasileira: Do Estado Novo à atualidade. **Revista Científica da FEPI-Revista Científic@ Universitas**, v. 3., n. 2, 2016. Disponível em: <http://revista.fepi.br/revista/index.php/revista/article/view/452> Acesso em: 19 out. 2020.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. **Boletim do IBCCRIM**, v. 14, n. 168, p. 6-7, 2006.

LEITE, Mauricio Sousa; SOUZA, Paula Corrêa Ferreira; SILVA, Rodolfo Normandio Souza da; SOUZA, André Ricardo Gomes de; MARTINZEZ, Adilsen Claudia. Princípio da isonomia e a equiparação da licença maternidade à licença paternidade. **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Brazcubas**, v. 1, n. 1, maio 2017. Disponível em: <https://revistas.brazcubas.br/index.php/revdubc/article/view/249>. Acesso em: 15 nov. 2021.

MEDEIROS, Liege Lykawka; AGUIAR, Cristiano Santiago. Fundo especial de financiamento de campanha – uma análise nas eleições de 2018 no Rio Grande do Sul. **Revista do TRE-RS**, Porto Alegre, ano 25, n. 48, p. 261-276, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/7314>. Acesso em: 15 nov. 2021.

OLIVEIRA, Ana Paula Batista Guimarães de; BERTOTTI, Daniela. O princípio da isonomia e a diferença salarial entre gêneros. **Augusto Guzzo Revista Acadêmica**, n. 11: p. 147-165, 2013. DOI: <https://doi.org/10.22287/ag.v1i11.159>. Disponível em: [http://fics.edu.br/index.php/augusto\\_guzzo/article/view/159/230](http://fics.edu.br/index.php/augusto_guzzo/article/view/159/230). Acesso em: 15 nov. 2021.

ONU Mulher Brasil. **Deputadas federais unem esforços e defendem direitos das mulheres na resposta do Brasil à pandemia Covid-19**. 22 abr. 2020. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/deputadas-federais-unem-esforcos-e-defendem-direitos-das-mulheres-na-resposta-do-brasil-a-pandemia-Covid-19/> Acessado em: 19 out. 2020.

PEREIRA, Matheus Mazzilli. Ativismo Institucional no Poder Legislativo: confrontos políticos, assessores ativistas e frentes parlamentares. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, v. 31, p. 301-338, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-335220203108>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/nPf9M9mdLSQYFJC3kYwqqCy/?lang=pt>. Acesso em: 15 nov. 2021.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. de. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. [Novo Hamburgo, RS]: Editora Feevale, 2013.

SANTOS, Denise Tatiane Girardon dos; CANCIANI, Pamela Maiara Chaves. A concretização do princípio da igualdade nas questões de gênero: as mulheres e as relações de trabalho. Congresso Latino-Americano de Gênero e Religião. 4., 2016. São Leopoldo. **Anais...** 2016. p. 133-146. Disponível em: <http://www.anais.est.edu.br/index.php/genero/article/viewFile/668/349>. Acesso em: 15 nov. 2021.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v212.1998.47169>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>. Acesso em: 21 out. 2020.



# CAPÍTULO 6

## FEMINIDAD VIOLENTADA: UNA HISTORIA LEGISLATIVA CONTRA MULIERIS<sup>1</sup>

Rosalía Rodríguez López

### I EN PRO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

El próximo 6 de Diciembre se conmemora el aniversario de la ratificación popular de la Constitución española de 1978. No obstante, distintos sectores sociales y políticos vienen demandando desde hace años una necesaria modificación y actualización de puntos concretos de su articulado, comenzando por el cuestionamiento de “las mimbres” en las que se gestó el texto legislativo; subrayando el hecho de que los llamados “padres de la constitución” fueran todos hombres; denunciando el lenguaje patriarcal que allí se plasma, la ausencia de figuras como el divorcio o el aborto<sup>2</sup>. Las estructuras políticas, económicas y sociales androcentricas estaban intactas, y hubo de esperar a la Ley contra la violencia de género, LO/1/2004, y a la Ley para la Igualdad efectiva entre Hombres y Mujeres; LO/3/2007, para hacer frente a una violencia contra mulieris, así como también en patente en la desigualdad laboral, educacional, civil y política<sup>3</sup>.

Ahora bien, mi colaboración en esta magnífica obra colectiva “A Constituição por elas”, como romanista va en la línea de subrayar la importancia de tener presente el proceso histórico de no participación y discriminación de las mujeres en pro de una interpretación constitucional que transforme el presente desde una perspectiva paritaria entre mujeres y hombres. La violencia contra la mujer, independientemente de la cultura, o de los parámetros espacio-temporales en los que nos situemos, es omnipresente y ampliamente tolerada, por lo que puede utilizarse la expresión de ‘violencia institucionalizada’; de ahí el interés en retrotraernos hasta las raíces de esta violencia, la lucha emancipadora femenina -seguida siempre de constantes contra reacciones masculinas para deshacer dichas conquistas de derechos-, y en detectar los atemporales -siempre nuevos y renovados- micro-machismos.

1 Versão de capítulo publicado em RODRÍGUEZ LÓPEZ, Rosalía. La interculturalidad del patriarcado: la simbología violenta contra las mujeres. In: SARMENTO, Clara (coord.). **Intercultural routes across multicultural spaces: from theory to dialogue**. Porto: Centro de Estudos Interculturais, 2020. p. 131-152. *E-book*.

2 La constitución española dedica sólo los artículos 32 (derecho a contraer matrimonio) y 57 (prelación del hombre sobre la mujer en el acceso a la jefatura del Estado); otros dos artículos ayudaron a desarrollar normativamente los avances jurídicos (art. 14 -principio de igualdad entre hombres y mujeres- y art. 35 -derecho al trabajo, a la remuneración y a la promoción, prohibiendo taxativamente la discriminación por razón de sexo-).

3 Sevilla Merino, J., “Derechos, Constitución y lenguaje”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario* 31 (2018) pp. 81-104; Zoco Zabala, C., “Igualdad entre mujeres y hombres tras 40 años de Constitución Española”, *Revista de derecho político* 100 (2017) pp. 211-256; y la bibliografía en ellas contenida.

## II LA VIOLENCIA INSTITUCIONALIZADA CONTRA LAS MUJERES

En la Antigüedad es crucial el antropocentrismo de la sociedad griega, donde el hombre era eje y medida de lo jurídico y de lo social; los filósofos griegos ahondaron en esta visión, que llegaría a la cultura romana a través de sus escritos en diversos momentos históricos<sup>4</sup>. Los romanos y los latinos, a diferencia de los etruscos, fueron permeables -por su propia masculinización institucionalizada- a estas influencias, que marcaron las costumbres (mores) y las leyes desde los remotos tiempos de la monarquía romana<sup>5</sup>; así el patriarcado surgió tomando como figura central al paterfamilias, único sui iuris del grupo familiar<sup>6</sup>.

Tales costumbres fueron fuente del Derecho en los primeros tiempos, y valoradas por el consejo de familia (consilium domesticum), y más tarde por el Censor a través de las notas censorias. Ahora bien, incluso allí donde se establecía paridad jurídica, las prácticas sociales impregnadas del más rancio patriarcado desequilibraban la vida cotidiana. Así ocurría, por ejemplo, en el ámbito matrimonial, donde el Derecho romano estableció el consentimiento (affectio maritalis) de ambos contrayentes para la validez del matrimonio celebrado, siendo susceptible de impugnación si concurría algún vicio en la conformación o exteriorización de la voluntad de alguna de las partes (error, dolo, fuerza o miedo)<sup>7</sup>; pero en numerosos casos, las prometidas, conforme a su educación, asumían la decisión paterna que en virtud de su auctoritas velaba por la supervivencia y prosperidad de los integrantes del grupo familiar, lo que primaba en la elección del futuro marido.

La presión ejercida sobre las mujeres en su imagen era muy fuerte, y esa imposición de un aspecto exterior impecable, las obliga a ejercer el autocontrol en su expresión y movimiento<sup>8</sup>. Ligada con lo anterior, la identificación de la mujer con el impreciso campo del “pudor” es una cuestión intangible que incide en lo jurídico, actuando en detrimento de la capacidad femenina, y por tanto haciéndola más vulnerable a la violencia masculina; por ese sentimiento la mujer romana se autocastigaba, infringiéndose deberes de recato, modestia, vergüenza y honestidad. Esta violencia se ejercía desde la presión física, entrando en el campo de lo íntimo, del pudor<sup>9</sup>; cuestión esta última sobre la que los romanos llegaron a elaborar una construcción jurídica tal que califica al ‘sexo femenino’ como seres de cristal, quebradizos y débiles<sup>10</sup>.

Otras dos cuestiones son de interés a la hora de analizar el fenómeno de la violencia contra el género femenino en el mundo romano: De un lado, los atentados físicos contra las mujeres se perseguían judicialmente

4 Al respecto, Barcia Lago, M., “Feminismo e isonomía cívica. Lecciones del patriarcalismo griego, *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*, Madrid 2010, pp. 25-50. Véase también Barcia Lago, M., *Género y ciudadanía. Un debate actual iluminado por las estrellas de la noche griega*, Pontevedra 2014, pp. 111-314. Sobre esos antecedentes griegos, véase Madrid, M., *La misoginia en Grecia*, Madrid 1999; Metro, A., “La misoginia dall’Antichità ai nostri giorni”, *No tan lejano. una visión de la mujer romana a través de temas de actualidad*, I, Valencia 2017, pp. 250-251. Giunti, P., “Il ruolo sociale della donna romana di età imperiale: tra discriminazione e riconoscimento”, Milano 2014, p. 100.

5 Peppe, L., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano 1984, p. 10.

6 Esta investigación que aquí se expone toma como referencia la obra de Rodríguez López, R., *La violencia contra las mujeres en la antigua Roma*, Madrid 2018.

7 Paulo, *Comentarios al edicto, libro XXXV*, D. 23,2,2; Terencio Clemente, *Comentarios a la ley Julia y Papia*, D. 23,2,21; Juliano, *Digesto, libro XVI*, D. 23,2,18.

8 Ivv. 10, 292-295. Véase Bravo Bosch, M.J., *Mujeres y símbolos en la Roma republicana. Análisis jurídico-histórico de Lucrecia y Cornelia*, Madrid 2017.

9 Fusco, A., “*Edictum de adtemptata pudicitia*”, *Diritto @ Storia* 9 (2010) p. 6, n. 19.

10 Véase al respecto, Bravo Bosch, M.J., “Lenguaje y género. *Infirmis sexus*”, *No tan lejano. una visión de la mujer romana a través de temas de actualidad*, I, Valencia 2017, pp. 13-45.

en tanto atentados al grupo familiar y a la institución matrimonial, no a la víctima en sí misma. Por ello también la violencia en el interior del grupo familiar quedaba en un silencio cómplice, que hasta nuestros días normalmente ha sido calificada como ‘violencia doméstica’<sup>11</sup>. De otra, la concepción de la violencia masculina como signo de pasión y deseo sexual. Aún en nuestros días en el imaginario colectivo, incluso en el lenguaje, se habla de pasión para describir el culmen de la atracción en el marco de las relaciones de pareja; nefastamente el término lleva implícita la semilla del mal, puesto que a partir de su raíz griega (pathos) los latinos formularon el verbo latino “patior”, que significa ‘sufrir’. De ahí que la pasión amorosa se concibiese con altas dosis de sufrimiento, y tradicionalmente la literatura haya sublimado esta malsana identificación lingüística; en los textos antiguos, incluidos los griegos, no los latinos, el uso de la fuerza masculina se percibía como algo erótico, generalmente considerada normal, y apreciada como signo de ardor y virilidad; por ello en dichos textos será difícil distinguir entre el carácter consensual o forzado de una relación sexual<sup>12</sup>.

A veces incluso, cuando la formación y la emancipación de éstas aumentaba cualitativamente, como llegó a suceder a finales de la República romana, las cotas de violencia masculina se acervaron. Mucho de lo que en estas líneas se ha apuntado, desgraciadamente aún se cuentan en tiempo presente. A medida que la República llegaba a su fin, y una nueva era comienza, el emperador Augusto se encargó durante su gobierno de dejar todo “atado y bien atado” por lo que respecta a la condición de la mujer; el Princeps, no sólo detuvo sus avances emancipatorios, sino que trágicamente las retrocedió en un proceso de involución jurídico y social, con un paquete de medidas de incentivación de la institución matrimonial, punición del adulterio, y fomento de la natalidad.

La poesía combativa apostó por el amor libre, auspiciado por el dios griego Eros (Ἔρως), del amor; y no por su casi equivalente romano, Cupido (Cupidus), dios del deseo, la atracción sexual; pero incluso entonces en las relaciones de pareja seguían las actuaciones de fuerza y sometimiento femenino, incluso de adoctrinamiento, adornados de una gran carga poética. Además, la legislación augustea en el s. I d.C., mediante la recomendación de un determinado atuendo, justificaba la protección de la matrona frente a intenciones adúlteras de terceros: velo, túnica que caía hasta los talones, grandes capas que todo lo ocultan, peinados; guardias, literas, y parásitos<sup>13</sup>: vestuario y todo un séquito de acompañamiento, impensables para la mujer trabajadora<sup>14</sup>. Y este recato la preservaba frente a la violencia sexual<sup>15</sup>. Además, los literatos alababan a fortaleza de ánimo como virtud, y ésta siempre era masculina, esto es, de viri; sólo las mujeres que se comportan como hombres podían ser virtuosas<sup>16</sup>.

11 Marugán Pintos, B., **Domesticar la violencia** contra las mujeres, una forma de desactivar el conflicto intergéneros”, *Investigaciones Feministas* 3 (2012) pp. 160-161.

12 Lucrezi, F., “**Auferes malum** de Israel (Deut. 22.22). Sulla violenza sessuale nel diritto biblico”, *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, Lecce 2011, pp. 8-9; 19; 34; Lucrezi, F., *La violenza sessuale in diritto ebraico e romano. Studi sulla Collatio*, II, Torino 2004, p. 12.

13 Sanna, M.V., “**Donne ‘honoratae’**”, *Mujeres en tiempos de Augusto. Realidad social e imposición legal*, Madrid 2015, pp. 555-584.

14 Puerta Montoya (de la), D., *Estudio sobre el Edictum de adtemptata pudicitia*, Valencia 1999, pp. 84-87. Marrone, M., “Considerazioni in tema di iniuria”, *Syntheleia Arangio-Ruiz I*, Napoli 1964, pp. 480 ss.; Cantarella, E., *Según Natura: la bisexualidad en el mundo antiguo*, Madrid 1988, p. 155.

15 Rizzelli, G., *In has servandae integritatis custodias cit.*, pp. 149-199.

16 Frente a la misoginia, Cic. Tusc. 4,11,25. Véase la Lex Oppia en Liv. 34,3.

Aún a finales del s. II d.C.-principios del s. III d.C., no hubo correspondencia entre las figuras del pater familias y la mater familias; el primero era el exponente sui iuris de la institución familiar, con efectos jurídicos y sociales<sup>17</sup>. Por el contrario, la casada no tenía tal reconocimiento social por ser mujer, sino con un comportamiento diligente; y estas exigencias específicamente también se extendían a la vestimenta, dando por sentado que el paterfamilias tenía un saber estar propio de su masculinidad y estatus<sup>18</sup>.

Igualmente se ha de analizar la importancia de la etimología y de las imágenes en el arte romano; y respecto a estas últimas con su contemplación los espectadores se educaban en la idea de que las mujeres eran simplemente objetos sexuales, a los que se las engañaba y perseguía, quedando claro que para acceder a tales cuerpos no era siempre necesario llegar a negociar con ellas<sup>19</sup>.

También se crearon *specula feminarum* (mujeres ejemplares que se ponían como ejemplo, espejos para las demás conciudadanas), pero también antimodelos (magas y envenenadoras, prostitutas y adúlteras, actrices y mesoneras, borrachas, ambiciosas y oradoras, (...), que servían para reforzar los patrones culturales; así, por ejemplo, en Séneca sus obras de teatro sobre historias griegas: Medea y Fedra. Algunos de los casos concretos de antimodelos han terminado con la propia autodestrucción femenina, pero otros simplemente son mujeres que pretendían ejercer su libertad, jugando un rol distinto al que la sociedad le ha atribuido; han de incluirse, pues, en esta categoría a aquellas mujeres a las que a comienzos del s. XX se les denominó “femme fatale”, y a las que también se les ha colgado el sambenito de que por su personalidad arrebatadora llevan a los hombres a su perdición. Patrones culturales que están tan enraizados en la sociedad que han llegado a normalizarse, por considerarse “naturales”<sup>20</sup>. Por ello, es importante analizar los variados prismas con los que se nos presenta la mujer, en el ámbito jurídico, en la literatura romana<sup>21</sup> -y de la misoginia de la literatura de la Antigüedad-<sup>22</sup>, y en la historiografía contemporánea<sup>23</sup>.

### III UN BREVE REPASO HISTORICO-ROMANO A LA *VIS CONTRA MULIERI*

El espacio temporal del Imperio romano es muy amplio y lleno de matices. Así pues, siendo conscientes de la inmensidad del tema, parece conveniente acotar el estudio de violencia contra las mujeres a los orí-

17 Ulpiano, *Comentarios al Edicto*, libro LXXI, D. 43,30,3,6.

18 Ulpiano, *Comentarios al Edicto*, libro LXXVII, D. 47,10,15,15.

19 Mañas, I., “Representaciones culturales de la violencia de género: acoso, rebeldía y sumisión en el mosaico romano”, *Representaciones de mujeres en los mosaicos romanos y su impacto en el imaginario de estereotipos femeninos*, Madrid 2011, pp. 61-65.

20 Maqueda Abreu, M.L., “La violencia de género, entre el concepto jurídico y la realidad social” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2 (2006) p. 6.

21 Al respecto, Pociña, A., “*Mulier est: errat*. Literatura masculina y mujer en el Imperio romano. Propuestas metodológicas”, *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, Granada 1990, pp. 193-217; López López, A., “La mujer en la sátira romana”, *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, Granada 1990, pp. 169-191; Pérez Gómez, L., “Roles sociales y conflictos de sexo en la comedia de Plauto”, *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, Granada 1990, pp. 137-167.

22 Molina Torres, M.P., “La matrona ideal según las fuentes literarias grecorromanas de finales de la República al s. I d.C.”, *Espacio, Tiempo y Forma: Historia Antigua* 29 (2016) p. 70, subraya las continuas contradicciones entre los referentes morales que inspiraron la historiografía grecorromana y las prácticas cotidianas.

23 Cid López, R.M., “Mujeres ‘poderosas’ del Imperio romano en la historiografía moderna. Algunas notas críticas a las visiones de la Ilustración y su influencia”, *Dialéctica histórica y compromiso social*, Zaragoza 2010, pp. 685-701.

genes, pues es ahí, en el caso de la cultura occidental, donde se puede reconocer el germen de lo que ha sido la Historia de esta lacra *contra mulieris*.

En todo momento ha de tenerse presente la relación violenta de Roma y sus ciudadanos, frente a latinos, peregrinos y bárbaros, y la que se ejerce sobre las mujeres romanas. Se analizan diversas temáticas misóginas fundamentalmente en dos coordenadas temporales: la Monarquía y la República, que abarcan entre ambas aproximadamente siete siglos; de ahí que incluso en mi monografía, citada en la primera nota a pie de página, haya considerado fraccionar estos periodos históricos en sub-etapas, de perfiles no difícilmente distinguibles. Igualmente he estimado pertinente titular cada violencia y cada micro agresión, con el fin de que sean fácilmente visualizables las problemáticas perpetuadas en los siglos; no obstante, enmarcar cada periodo con unos enunciados de género puede llevarnos a pensar que las manifestaciones del patriarcado son compartimentos estancos, sin capacidad de interconexión y supervivencia más allá del periodo descrito. Así pues, el criterio fundamentalmente utilizado para insertarlos en la monografía ha sido la cronología del argumento de cada fuente, no obstante, muchas de las violencias o micro-agresiones se encadenan o trasmutan a modo de bucle interminable.

En el reinado romano-sabino se modeló el patriarcado, como estructura de superioridad masculina, y a partir de ahí se desencadenaron otros elementos-clave *contra mulieri*; así, la institucionalización del amor forzado, la exaltación de la castidad y la potencia impúdica del alcohol, la etiqueta de ‘la codicia femenina’, la turpitud de las mujeres sin honor matrimonial, el castigo familiar a la mujer casada que actuaba *contra mores*, y del marido a través del repudio; la prostitución es género femenino y violación impune; y el carácter peyorativo de la actividad sanadora femenina que ha marcado lo femenino de magia y brujería, entre otros temas y subtemas. Muchas de las cuestiones son fundamentalmente una construcción jurídica, y así se establece la figura del *paterfamilias* como prototipo ciudadano, y el matrimonio se concibe como una institución *pro virem*. Las amplias facultades paternas le daban el *ius vitae ac necis*, que trágicamente se constata en el filicidio de Horacia, e incluso le permitían el *tollere filium*. Las mujeres eran *alieni iuris* y carecían de apellido, quedándoles vetados los *tria nomina* masculinos. De su condición de casada, ya desde los inicios de la historia romana su dependencia total al esposo se percibía en la indisolubilidad de la *manus* (*confarreatio*), y en la compra simbólica que de ella hacía el marido (*coemptio*).

La virilidad es virtud, y por tanto sólo aquellas mujeres ejemplares conforme a parámetros masculinos podían ser virtuosas. El ideal de feminidad romana comenzaba con la castidad y culto a la diosa Pudicitia; represión de la palabra, al igual que Tácita, la musa callada. Se exalzaba la juventud, tanto como para aspirar a una impúber como esposa. La belleza contenida proporcionaba armonía que refrenaba la lujuria. En tanto sufridoras, las romanas expresaban el dolor social y el luto familiar. La sospecha es inabarcable e incontenible, de ahí que fueran vigiladas por su sexo. La maternidad se expresaba como un instinto natural, pero también

como un deber social que tenía consecuencias jurídicas. Los usos y modos extranjerizantes eran aptos sólo para hombres. La diosa Viriplaca daba ‘inteligencia’ a la esposa para aplacar la ira del cónyuge.

En el reinado etrusco, la mujer gozaba de mayor libertad y estatus. Numerosos pueblos de la Antigüedad referían en sus escritos la libertad de movimiento de las etruscas en sus relaciones sociales, participaban en banquetes, no sentadas como las romanas, sino recostadas en los triclinios; eran mujeres cultivadas, que sabía leer y escribir, y tenían nombre propio a diferencia de las romanas<sup>24</sup>. Sin embargo, son violentadas en su imagen para la Historia romana. Más aún, se forja el mito romano de Lucrecia para destacar el carácter despótico de estos últimos reyes y la justificación de la rebelión popular que inicia un nuevo periodo, la República. Como reflexiona Bravo Bosch, el dolor de Lucrecia por la afrenta la llevó a su suicidio<sup>25</sup>. Esto es, la autocensura de la mujer la llevaba no sólo a ‘inmolarse’ para solucionar el conflicto sobre atentado al honor que, tras la violación, se le planteaba a la Familia en mayúscula, esto es, como grupo: sin pudicitia no podía ser la madre de la descendencia de su futuro esposo; sino que conforme a su educación ella entendió que debe castigarse a sí misma en su estima hasta el punto de autoculparse, tal cual hubiérase comportado como una adúltera. Los escritores latinos de todos los tiempos alabaran a Lucrecia, y con ello la auto-lesión femenina<sup>26</sup>.

En los s. V-IV a.C. durante la República se observa una involución social que demandó esposas obedientes, y púdicas hasta la exaltación heroica, y aunque en este periodo se perfiló la tutela mulieris, en situaciones de especial gravedad política, por incapacidad masculina, se las empujaba a la escena pública para que salvaran la familia y la patria<sup>27</sup>. En los s. III-II a.C., se observan diferentes temas: el censor en defensa del patriarcado, el adorno femenino como recompensa, las envenenadoras, las mujeres agredidas sexualmente, la intensidad del activismo femenino, las adúlteras, la violencia conforme a mores, el maltrato en el ámbito rural, la agresión sexual como persecución política, las matronas en escándalo público, la disminución de su dote a la mala esposa, la que no está domesticada, la esposa ignora el adulterio masculino, o las fuentes literarias nos describen con admiración aquellas mujeres valientes que por salvar la imagen familiar son violentadas.

Sobre las últimas seis décadas del s. I a.C., se aborda el drama de la casada-niña, con lo que implica la atribución del adjetivo viripotens (esto es, que físicamente puede soportar la potencia masculina) en el sentido de ‘muchacha casadera’; y de entre los temas que merecen ser tratados singularmente como más identificativos de este periodo, señalar: los “vientres” cedidos por la familia, la influencia de misoginia extranjera, la violencia institucionalizada sobre las mujeres, las familias pluriparentales como efecto de la vis mulieri, las terribles madrastras, los prejuicios contra la libertad y poder femeninos, las mujeres-víctimas de la dominación erótica,

24 Martínez-Pinna, J., “In convivio luxuque: mujer, moralidad y sociedad en el mundo etrusco”, *Brocar* 20 (1996) pp. 31-56; Elvira Barba, M.A., “Dos miradas sobre la mujer etrusca”, *Anales de Historia del Arte* 17 (2007) pp. 7-24.

25 Bravo Bosch, M.J., *El mito de Lucrecia y la familia romana y la familia romana*, *Mulier: algunas historias e instituciones de Derecho romano*, Madrid 2013, p. 20.

26 Amunátegui Perelló, C.F., “Lucrecia y la Noxalidad”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Alejandro Guzmán Brito* 1 (2011) pp. 101, 110-111; Cid López, R.M., “Madres para Roma. Las ‘castas’ matronas y la Res pública”, *Madres y maternidades: construcciones culturales en la civilización clásica*, Oviedo 2009, p. 175; Bartolomé Gómez, J., “La leyenda de la violación de Lucrecia y la articulación del reinado de Tarquinio el Soberbio en Tito Livio (“Ab Vrbs Conditā 1.49-60)”, *Veleia: Revista de prehistoria, historia antigua, arqueología y filología clásicas* 10 (1993) pp. 258-259.

27 Raga Gimeno, F., “Silencio, género e imagen social: una aproximación desde la etnografía de la comunicación” *Dossiers feministes* 3 (1999) pp. 95-96.

la sospecha, el aborto contra mores, o las mujeres supersticiosas. Teóricamente con la República termina el relato, pero no sería adecuado si no se queda apuntado algunas de las claves del Principado, que tan fuertemente arremetió contra el proceso de emancipación femenina. Así, mostrar la violencia soterrada que subyace en las leyes caducarias, o en los medios de comunicación de la época, que manipulaban la valoración colectiva de la mujer, y por último, citar la formulación del patrón jurídico al tomar como referencia al diligens paterfamilias<sup>28</sup>. Mucho queda en el tintero sobre las mujeres en ese funesto gobierno de Augusto.

Excede del marco de esta exposición cinco siglos de la historia de la cultura romana, los que abarcan desde el Alto imperio hasta la época protobizantina; igualmente la violencia ejercida sobre la mujer cristiana durante el paganismo, y en el Imperio romano-cristianismo; al respecto sólo apuntaré aquí que alguna de las inscripciones conservadas sobre violencia contra las mujeres, s. II d.C.<sup>29</sup>, y IV d.C.<sup>30</sup>, relataron uxoricidios fruto de matrimonios infelices en los que el hombre, optó por el asesinato, y ello pese a las facilidades con que en Derecho romano se articulaba el divorcio (se requería solamente para disolver el matrimonio que el marido dejase a su mujer, y devolviese la dote); incluso en algún papiro del Egipto romano en el s. IV d.C., se recogía, como delito de iniuria, el caso de una mujer que denunció a su marido por haberla insultado, y actuado con violencia contra sus esclavos; además de torturar a sus hijas de acogida<sup>31</sup>.

#### IV LA VIOLENCIA PATRIARCAL PROVOCA DAÑOS COLATERALES A LOS HOMBRES

Las fronteras no sólo se desdibujan respecto al modelo de mujer, sino también al de hombre, y la violencia del sistema patriarcal también recae sobre aquellos que no se posicionan debidamente en el perfil de masculinidad. Las actitudes, que con nuestro lenguaje actual llamamos ‘machistas’, o incluso podrían calificarse de ‘intromachismo’ o ‘automaschismo’, repliegan a los varones en el reforzamiento de sus virtudes masculinas; hay que evitar la sospecha de ser tachado de muliebriter, con la misma intensidad y alerta permanente que las hembras la de ser acusadas de impudicitia. La expresión muliebriter, que aún se sigue utilizando como arma arrojadiza en nuestra lengua (‘lloras como una niña’, ‘nenaza’, ‘afeminado’ ...)

En el ejemplo que cito seguidamente las fuentes denostan a un político y militar romano de la gens Papiria; partidario de Cayo Mario frente a Sila, fue derrotado y trató de huir, pero fue ejecutado en el año 81 a.C. por Pompeyo en la dictadura de Sila; los escritores antiguos (Liv. Perioch. 89) escribieron que murió cautivo y llorando como una mujer (muliebriter). Medio siglo después de los hechos descritos sobre las proscripciones silianas, Cicerón nuevamente utilizó esta expresión ‘muliebriter’ en relación con el llanto, y como opuesto a

28 Rivera Garretas, M.M., “La capacidad femenina de ser dos: su dignidad y su padecimiento”, *Dossiers feministes* 5 (2001) p. 108.

29 En IPOstie-A, 210 = ISIS 321, se informa de que Restuto Piscineso y Prima Restuta hicieron este monumento a Prima Florentia, hija queridísima, que vivió dieciséis años, y fue arrojada al Tiber por su marido Orfeo. Procede de Portus y, en este caso, quienes dedican el monumento son los padres de la víctima. El nombre del asesino, Orfeo, fue inscrito para señalar directamente su culpabilidad.

30 *CIL* XIII 2182.

31 Oxyrhynchus Papyri, VI 903. Véase al respecto, Pavón Torrejón, P., “El uxoricidio de *Ivlia Maiana*, *manv mariti interfecta* (*CIL* XIII, 2182)”, *Habis* 42 (2011) pp. 253-262.

firmeza y a calma, subrayando el carácter voluble y excitado de la naturaleza femenina. El llanto, en tanto falta de control femenino, es un gesto vergonzante, es decir, incomoda al que lo observa; y por ello merece la custodia estricta de amigos y familiares, como una atadura que le impida tales desordenes. Además, incidía en esta idea al referir que un ciudadano no debía hacer nada que sea propio de un esclavo o de una mujer; y en su explicación situaba en un mismo grado de condición vil -la servil y la femenina-: el hombre ante algún dolor no lanzaría gritos como una mujer (Cic. Tusc 2,23,55), sino que lo soportaría con firmeza y con calma (Cic. Tusc. 2,20,46); en caso de que su debilidad lo hiciese comportarse vergonzosamente, abandonándose a lamentos y lágrimas como hacen las mujeres, habría que atarlo y encadenarlo bajo la custodia estricta de amigos y familiares (Cic. Tusc. 2,21,48).

Como noción antagónica del varonil imperium, se alzaba la femenina incontinentia: autoindulgencia y carencia de autocontrol de las propias pasiones y apetitos corporales; de ahí los vicios de afeminamiento (mollitia) y el exceso (luxuria) tanto suntuario como sexual. El romano atentaba a su romanidad cuando se le acusaba tanto de someterse sexualmente a otro ciudadano adulto, a cualquier otro sujeto inferior en la escala social, y al poseer un deseo sexual descontrolado, inclusive por las mujeres. Hacia fines de la República, en el ámbito político los romanos lanzaban contra sus adversarios acusaciones de afeminamiento, como estrategia de descrédito, de anteponer la satisfacción de sus pasiones (lo privado e individual) a sus deberes públicos como ciudadano<sup>32</sup>.

Ovidio, en su Arte de amar criticaba al torpe varón (male vir) que era coqueto, o en lenguaje más actual, ‘metrosexual’, o homosexual. Plinio en su Historia Natural criticó el lujo excesivo de las mujeres adornadas con materiales preciosos, como el oro o la plata<sup>33</sup>. Señala Vizcaíno una amenaza latente para la virilidad, la superioridad femenina conllevaba otros peligros como el afeminamiento del varón que podía acabar bajo las riendas de las mujeres<sup>34</sup>; concretamente se centraba en el perfume, señalando que es quizás la herramienta más alarmante, bien para construir, o destruir una imagen, y todo cuanto ello significa<sup>35</sup>. Más aún se recomendaba el aspecto monocorde de la vestimenta masculina, la toga, como en la actualidad es el traje, y que vaya inmaculadamente limpia<sup>36</sup>; la belleza del hombre debía ser sobria y por tanto ceñirse a cuerpos higiénicos y curtidos por el sol; de nuevo se percibía aquí algo que ya se ha observado en la pintura, y es la exaltación del género a través del color: los hombres, seres sociales y líderes de la naturaleza, debían mostrar un aspecto fuertemente bronceado, frente a la blancura femenina, símbolo de su domestica pudicitia.

32 Palacios, J., *Miradas romanas sobre lo femenino: discurso, estereotipos y representación*, *Asparkía* 25 (2014), pp. 96-97.

33 Plin. nat. 33,12,40.

34 Palacios, J., *Miradas romanas sobre lo femenino cit.*, p. 100.

35 Sobre el adorno y el perfume, véase Vizcaíno Sánchez, J., “El negocio de la imagen: la industria de la belleza femenina”, *No tan lejano. una visión de la mujer romana a través de temas de actualidad*, Valencia 2017, pp. 473-502.

36 Ov. ars 1,505-524; al respecto, véase López, V.C., *Publio Ovidio Nasón, Amores. Arte de amar. Sobre la cosmética del rostro femenino. Remedios contra el amor, (introducción, trad., y notas)*, Madrid 1989, pp. 374-375.



En las leyes contra el adulterio y de fomento del matrimonio y de la natalidad, el emperador Augusto apelaba a la moral para salvar los valores patriarcales que están en peligro, utilizando así un arma letal para el proceso de emancipación femenina. Estas leyes augústeas son el ejemplo más palmario de mutación de los mecanismos de defensa del sistema patriarcal en pro del sometimiento femenino, y de la penalización de aquellos hombres que bien se feminizaban, o bien que defendían a las mujeres contra dicho sistema. Para los hombres la toga y para las mujeres la stola y la palla<sup>37</sup>. Augusto garantiza para la posteridad el patriarcalismo en todos sus ordenes<sup>38</sup>.

A la par se amenazaba con una condena por proxenetismo (*accusatio lenocinii*), y, consecuentemente pérdida del honor, a familia y vecinos que no denunciaran los adulterios<sup>39</sup>. Dado que las adúlteras eran equiparadas a las prostitutas, tenían prohibido la boda con su cómplice<sup>40</sup>. Esta ley fue desarrollada jurisprudencialmente durante los siglos venideros hasta devenir un corpus normativo que violentó con virulencia a las mujeres en su potencialidad de actuación<sup>41</sup>.

La Ley julia de ordenación de los matrimonios promulgada por Augusto, en su cuerpo normativo establecía que los varones entre 25 y 60 años, y las hembras entre 20 y 50 estaban obligados a procrear; de este modo se penalizaba a determinados grupos de individuos: no podían ser instituidos herederos las personas solteras (*caelibes*) y los viudos (*orbi*), el casado sin hijos. La mujer con ‘pureza de sangre’ (*ingenua*) que tuviese menos de tres hijos, o ‘libre con sangre servil’ (*liberta*) con menos de cuatro, sólo podían recibir la mitad de la herencia<sup>42</sup>.

Otra tensión añadida, más allá de los muros de la casa imperial, venía dada por las sanciones que se establecían para los estériles por las leyes augústeas; de modo que muchos maridos incapaces soportaban o bendecían que otros engendrasen hijos con sus esposas<sup>43</sup>.

También hay que tener presente, que pese a todo lo anterior, existieron oasis familiares en los que los duros patrones del patriarcado no se aplicaban. Así, véase el caso de un esposo, Paulo Emilio Lépido, censor en el 22 a.C., quien aparece con rasgos para nada propios del modelo patriarcal. Propercio dedicó una apología fúnebre a su esposa Cornelia, hija de Escrubonia, por su fallecimiento prematuro en el 16 a.C.<sup>44</sup>; y en esa elegía destacó varias ideas: mujer univira y sin tacha, pues la genética familiar había pesado más en su conducta que el miedo a la represión judicial, censoria o social. Cornelia convivía con un marido que era capaz de ex-

37 Cantarella, E.– Jacobelli, L., *Un giorno a Pompei. Vita quotidiana, cultura, società*, Napoli 1999, pp. 22-23.

38 Véase, simplemente a modo de ejemplo, la retroalimentación patriarcal en la batería de medidas que a finales del s. I d.C. adopta el emperador Domiciano. Suet. Dom., 8; así, prohibió a las mujeres deshonradas el uso de litera y el derecho a recibir legados o herencias; eliminó de la lista de jueces a un caballero romano que, después de repudiar a su esposa y llevarla ante los tribunos como adúltera, la había recibido de nuevo; condenó, en virtud de la ley Scantinia a muchos ciudadanos de las dos órdenes; estableció castigos diferentes, pero siempre severos, contra los incestos de las vestales, ante los que su padre y su hermano habían cerrado los ojos. Estos castigos fueron primera la muerte, y más adelante el suplicio ordenado por las leyes antiguas.

39 En el 19 d.C., en tiempos del emperador Tiberio, según cuenta Tácito, Tac. ann. 2,85,3; al respecto, véase Moralejo, J.L., *Cornelio Tácito, Anales, I-VI cit.*, pp. 192-193.

40 Herrerros González, C.– Santapau Pastor, M.C., “Prostitución y matrimonio en Roma: ¿Uniones de hecho o de Derecho?”, *Iberia* 8 (2005) p. 95.

41 Rizzelli, G., “*Adulterium. Immagini, ética, diritto*”, *Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell’età del principato*. Relazioni del convegno internazionale di diritto romano. Copanello, 4-7 giugno 2008, pp. 145-322.

42 Fernández de Buján, A., “La legislación de Augusto”, *Gerion* 35 (2017) pp. 95-96.

43 Véase los cambios normativos en Coppola Bisazza, G., “La posizione giuridica della donna in epoca augustea”, *Mujeres en tiempos de Augusto cit.*, pp. 27-52.

44 Prop. 4,11,70,36-90; véase al respecto, Ramírez de Verger, A., *Propercio, Elegías (introducción general, traducción y notas)*, Madrid 2001, p. 186-188.

presar sus sentimientos, incluso llorar, y que ‘como hombre’ ejerció doblemente de padre al fallecer su esposa. Un marido, pues, en quien el modelo patriarcal aparece debilitado, emergiendo una relación de pareja cómplice en la corresponsabilidad de las funciones que tradicionalmente se han atribuido a la paternidad y a la maternidad<sup>45</sup>. Es, en cierto modo, un nuevo modelo de relación matrimonial entre los cónyuges.

## V NOTAS CONCLUSIVAS

Desenterrar estas huellas del mundo romano, que ha sido el más próximo -jurídica y culturalmente-, a la historia europea<sup>46</sup>, y visibilizarlas, nos permitirá estar proactivos contra tales agresiones, y desterrar los comportamientos pasivos de autoafirmación “de género dominante”<sup>47</sup>. Evidentemente la violencia que se trata aquí es la ejercida sobre mujeres libres, y no esclavas; un tema este, que sin dejar de tener mucho interés, desfocaliza el centro del estudio que versa sobre las claves de antropología jurídico-social y económicas de la violencia de la mujer libre en el ámbito fundamentalmente familiar, e indirectamente comunitario<sup>48</sup>.

Evidentemente queda muchísimo por hacer en el ámbito de esterilización de la violencia de género, pues los micro y macro machismos son fecundos, y parecen mutar de una generación a otra, porque su carácter elástico favorece la transversalidad, de modo que tiende a invadir cualquier esfera de relación y de poder<sup>49</sup>. Conocer más el pasado de esta violencia nos sensibiliza y nos fortalece, puesto que ello nos ayuda a captar más rápidamente sus metamorfosis, y a prepararnos, más que para combatir las, para desmontarlas y neutralizarlas. Además, muchos de los clichés, de los abusos y de las violencias permanecen desgraciadamente con el mismo formato de Roma a nuestros días. En las noticias se comenta los efectos de una nueva droga que anula la voluntad, pues en la antigüedad se idealizaba la imagen Flora drogada por Hipnos para que apareciese dormida, Eros le quitaba la ropa, mostrando su pálido cuerpo, ofrecido para la exhibición al pretendiente (Cefiro) que apareció llevado en vuelo por pequeños amorcillos<sup>50</sup>.

Ahora bien, en nuestros días los atentados más graves cada vez pertenecen a nuevas esferas<sup>51</sup>, mientras que el peligro exponencial viene a través del mundo de la publicidad, de manos por regla general de las instancias tradicionales; así, leyendo la definición de la violencia estructural de Arias Bautista, creo que se puede afirmar que la violencia estructural ha encontrado a través de la era de la imagen y de la publicidad un campo

45 Francia Somalo, R., “La mujer romana y los ideales de la *Humanitas*”, *Bien enseñada: La formación de Roma y el Occidente moderno*, Málaga 2001, pp. 59-60.

46 Blanch Nougues, J.M., “Cristianismo y Derecho romano: una relación controvertida”, *Traditio Catholica en torno a las raíces cristianas de Europa*, Madrid 209, p. 107, refiere, siguiendo al filósofo Zubiri, que Europa se sustenta en tres pilares: la filosofía griega, el derecho romano y la tradición judeocristiana.

47 Zamora Calvo, M.J.- Ortiz, A., “Presentación”, *Espejo de brujas: mujeres transgresoras a través de la Historia*, Madrid 2012, p. 5.

48 Contra la violencia sobre las esclavas, véase Gregorio Navarro, M.C., “Violencia de género y privación de libertad en el mundo clásico”, *Género y enseñanza de la Historia. Silencios y ausencias en la construcción del pasado*, Madrid 2015, pp. 269-290.

49 Otra clasificación distingue entre violencia particular y estructural; esta última, escribe Arias Bautista, M.T., “Identidad femenina y violencia”, *Epistemología femenina: Mujeres e identidad*, Sevilla 2011, p. 118, surge a partir del modelo sociocultural, y se expresa en las múltiples formas de violencia particular del día a día.

50 *Ov. fast.* 5,195-213; al respecto, Segura Ramos, B., *Publio Ovidio Nasón, Fastos*, Madrid 1988, pp. 177-178.

51 Cobo, R., “Nuevas formas de violencia patriarcal”, *Hacia una nueva política sexual*, Madrid, 2011, pp. 1-43, se refiere a la renaturalización de las mujeres como grupo oprimido con el fin de naturalizar la desigualdad hombre/mujer.

de revitalización y proyección impresionante<sup>52</sup>. E igualmente las estructuras del patriarcado se han posicionado en otro campo han logrado instalarse cómodamente en lo que ha venido en llamarse ‘era digital’: un mundo aún sin identidades y por construir; así, las mujeres están infrarrepresentadas en el tejido tecnológico y muy reducido en los puestos de toma de decisión empresarial. Por tanto, como advierte Martínez Alvaro: “el sistema patriarcal ha echado raíces en ese otro mundo virtual, las jerarquías y los privilegios establecidos se perpetúan e invisibilizan a las mujeres”<sup>53</sup>.

Los hombres nuevos, como señala Lorente, tienen que serlo más por su transformación profunda que por su renovación externa, y así en vez de perpetuar la sociedad homolítica con el histórico “renovar para que todo permanezca”, ha de neutralizarse con algo realmente distinto, proponiendo como principio “igualdad para seguir cambiando”. Y yo añadiría con la reeducación en igualdad de las tradicionales ‘colaboradoras necesarias del patriarcado’, que han actuado como víctimas del ‘síndrome de Estocolmo’, defendiendo la causa masculinizante, frente a lo que debía de haber sido un sentimiento de sororidad con sus propias congéneres. Consecuentemente, es necesario deconstruir un modelo patriarcal, e ir construyendo uno basado en la igualdad<sup>54</sup> y en el fomento de una sociedad en redes de gestión y de auctoritas<sup>55</sup>.

52 Arias Bautista, M.T., “Identidad femenina y violencia”, *Epistemología femenina cit.*, pp. 120-122; Alfaya-Lamas, E.– Villaverde Solar, M.D., “Deshumanizando a la mujer en la publicidad: un análisis de los nombres de imágenes de perfumes”, *Dossiers feministes* 18 (2014) pp. 93-108.

53 Martínez Álvaro, L., “La digitalización del patriarcado: retención del talento femenino en las empresas tecnológicas”, *Dossiers feministes* 22 (2017) pp. 29-48.

54 Lorente Acosta, M., *Los nuevos hombres nuevos. Los miedos de siempre en tiempos de igualdad, Barcelona 2009*, p. 275; Lorente Acosta, M., “Violencia de género, educación y socialización: acciones y reacciones”, *Revista de Educación* 342. Enero-abril (2007) p. 29.

55 Martínez Cano, S., “Procesos de empoderamiento y liderazgo de las mujeres a través de la sororidad y la creatividad”, *Dossiers feministes* 22 (2017) pp. 49-72.

# CAPÍTULO 7

## MULHERES NA LINHA DE FRENTE: CONQUISTA DA CIDADANIA E ATUAÇÃO POLÍTICA NAS CONSTITUIÇÕES DE 1934 E 1988

Ana Paula Giamarusti Carvalho

Hannah Maruci Aflalo

### INTRODUÇÃO

A conquista dos direitos das mulheres se deu por meio de intensas contendas, nas quais muitas vezes tiveram de lutar para serem ouvidas. Escrever sobre a Constituição sob a ótica das mulheres, só é possível porque este caminho foi aberto ao longo da história por muitas mulheres e aliados que se posicionaram de forma ativa, afirmando que não se aceitaria menos que a igualdade entre os gêneros.

A igualdade é valor fundamental para uma democracia e assim é tratada pela [Constituição Federal de 1988](#), na qual se destaca no preâmbulo<sup>1</sup> e no caput do artigo 5º, e também como cláusula pétrea (artigo 60, §4º, IV)<sup>2</sup> goza da proteção de não ser abolida por emenda. O direito à igualdade entre gêneros, por sua vez, está no inciso I do artigo 5º. Nos artigos 1º e 3º<sup>3</sup> da Constituição Federal estão estabelecidos que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, sendo um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, sem distinção de sexo, e dentre seus objetivos fundamentais estão a construção de uma sociedade livre e justa, redução a desigualdade social e promoção ao bem de todos, sem preconceitos de sexo.

Entretanto, sabe-se que apenas a garantia de um direito como valor fundamental não é sinônimo de seu cumprimento concreto, como assim desejou a Assembleia Constituinte. E a igualdade entre homens e mulheres, no que diz respeito às conquistas políticas, foi – e continua sendo – alvo de grandes disputas.

A história da participação das mulheres na política eleitoral no Brasil se iniciou com a luta pelo direito ao voto. O desafio enfrentado por elas não era apenas no âmbito legal, mas também social:

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

2 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:(...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.

3 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...) III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

As lutas sufragistas buscaram agir diretamente sobre as barreiras formais que incidiam sobre a participação feminina, ao reivindicarem o direito ao voto. No entanto, é inevitável que elas tivessem de lutar contra as barreiras difusas, as quais postulam que o lugar da mulher não é na política.<sup>4</sup>

Nesse processo, fica clara a mistura entre as barreiras visíveis e invisíveis sobre a participação política de mulheres. Curiosamente, um dos principais desafios enfrentados por aquelas que lutavam pelo direito de votar era o fato de que “não havia um artigo da [Constituição de 1891](#), que excluía expressamente as mulheres da participação dos pleitos eleitorais”. Ou seja, como não havia impedimento expresso em relação ao gênero na lei, que afirmava que o eleitor era o “cidadão” genérico, em tese não havia motivo para reivindicar. Por outro lado, muitas mulheres que tentaram se alistar antes de 1932, tiveram esse suposto direito negado. Essa situação nos mostra que a “barreira à participação política feminina tanto não era exclusivamente formal, que não era nem ao menos formalizada na legislação eleitoral. Assim, quando o direito ao voto feminino era reivindicado, a resposta dada era a de que as mulheres não estavam privadas do direito ao voto”.<sup>5</sup> Ainda que as mulheres tenham conseguido superar as barreiras e garantir o voto e o direito de se eleger pelo Código Eleitoral de 1932, consagrado constitucionalmente em 1934, o fato de o cenário resultante das Eleições de 2018, mais de oito décadas depois, ser em média apenas 15% (quinze por cento) de mulheres eleitas para o Poder Legislativo, mostra que há uma distância considerável entre a letra da lei e a realidade. No entanto, reconhecemos que a igualdade de direitos formalizada na Constituição, e que daí se espraia no arcabouço legislativo e jurisprudencial, é indispensável para concretizar a igualdade prática que se almeja.

Como as lutas e reivindicações de mulheres na política brasileira são afetadas pelas intrincadas estruturas sociais? A garantia de direitos entre os gêneros foi historicamente suficiente para garantir a igualdade plena? Quais são as barreiras “invisíveis” que dificultam o alcance dessa igualdade? Essas são algumas das perguntas que guiarão esse capítulo. Iniciamos com um panorama histórico que toma como principais marcos da demanda das mulheres pela cidadania no Brasil a luta pelo sufrágio feminino garantido pela [Constituição de 1934](#) e a articulação pela garantia de direitos na [Constituição de 1988](#). Posteriormente, realizamos uma análise da divisão entre os espaços público e privado como balizadora das desigualdades de gênero e raça, olhando especificamente para o caso brasileiro. Por fim, identificamos as principais barreiras “invisíveis” ou difusas que caminham em conjunto com as lutas contra as barreiras formais, e tecemos algumas considerações sobre caminhos futuros possíveis em busca de maior igualdade.

4 AFLALO, Hannah Maruci. Basta Votar? A luta pelo voto feminino e o controle sobre a participação política das mulheres no Brasil. *Estudos de Sociologia*, v. 2, n. 23, p. 313-364, jun. 2018. ISSN 2317-5427. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revsocio/article/view/237062>. Acesso em: 24 out. 2020. p. 336.

5 AFLALO, Hannah Maruci. Basta Votar? A luta pelo voto feminino e o controle sobre a participação política das mulheres no Brasil. *Estudos de Sociologia*, v. 2, n. 23, p. 313-364, jun. 2018. ISSN 2317-5427. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revsocio/article/view/237062>. Acesso em: 24 out. 2020. p. 338.

## A LUTA SUFRAGISTA NO BRASIL: ELEGER E SER ELEITA

A primeira evidência que se tem da luta pelo sufrágio feminino no Brasil foi uma tentativa individual de alistamento feita por Isabel de Mattos Dillon, que conseguiu se alistar como eleitora e votar por possuir título científico em 1888, mais de quarenta anos antes desse direito se tornar lei. Há registros, de que na Constituinte de 1890, houve intensos debates sobre a questão do voto feminino, mas o texto final da [Constituição de 1891](#) acabou por afirmar, em seu artigo 70, que eram eleitores “os cidadãos maiores de 21 anos” que se alistassem na forma da lei. Embora alguns deputados fossem a favor da legalização do direito ao voto para as mulheres, como o deputado César Zama, a visão que prevaleceu foi a da maioria, reforçada pelo deputado Moniz Freire, de que o voto concedido à mulher representaria a “dissolução da família brasileira”.

Apesar da decisão desfavorável às mulheres, outras tentativas de alistamento se seguiram posteriormente, mas nem todas tiveram sucesso. Foi o que aconteceu com Diva Nolf Nazario, que solicitou alistamento eleitoral em 1922, mas teve seu pedido rejeitado. Esse caso é particularmente interessante, pois todo o processo de tentativa de alistamento feito por Nazario foi registrado, revelando assim a síntese dos argumentos contrários à legalização do direito ao voto feminino utilizados na época:

- (i) o problema da divisão sexual do trabalho, segundo o qual o trabalho doméstico seria reservado às mulheres, enquanto caberia aos homens proverem economicamente o lar, sem inversão de papéis;
- (ii) o imposto de sangue, argumento que recaía sobre a prestação de serviço militar pelos homens como preço a se pagar por sua participação política, e que era impraticável às mulheres;
- (iii) a ideia de que as mulheres perderiam sua influência social ao se tornarem eleitoras;
- (iv) a inoportunidade da medida no Brasil, pois alegavam que o país não estaria preparado para tal mudança;
- (v) a inconstitucionalidade do projeto, que iria contra a Constituição de 1891.<sup>6</sup>

Ao analisarmos esses argumentos fica evidente como as questões jurídicas e sociais se confundem. Dentre as cinco razões trazidas pelo juiz que rejeitou o alistamento de Diva, apenas uma diz respeito puramente à questão legal, que trata da inconstitucionalidade da norma. As outras referem-se justamente ao que chamamos de barreiras difusas, ou seja, dizem respeito ao fato da mulher “ser mulher”. Em outras palavras, de acordo com aqueles que eram contrários ao sufrágio feminino, as mulheres não deveriam votar porque esse ato não condizia com o papel social que se esperava que uma mulher desempenhasse.

Ainda que o cenário não parecesse favorável, algumas mulheres decidiram se empenhar na luta pelo voto. A primeira organização política coletiva registrada que reivindicava a participação política de mulheres foi a fundação do Partido Republicano Feminino, no Rio de Janeiro, em 1910, pela professora Leolinda Daltro. O nome que recebeu maior destaque nesta militância foi o de Bertha Lutz, que em 1919 criou a Liga para a Emancipação Intelectual da Mulher, embrião da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino (FBPF) e, em 1932, a Liga Eleitoral Independente. Bertha é reconhecida como a maior líder na luta pelos direitos políticos

<sup>6</sup> NAZARIO, Diva Nolf. *Voto feminino & Feminismo*. Imprensa oficial. São Paulo, 1923. p. 22.

das mulheres brasileiras e sua FBPF fazia grandes esforços junto a políticos, para que fosse concedido às mulheres o direito ao voto e também o de serem candidatas.

É interessante notar, que uma das principais estratégias empregadas tanto por Bertha Lutz e pela FBPF quanto por outras defensoras do sufrágio feminino consistiu no reforço do que hoje chamamos de estereótipos de gênero, ao sempre vincular “o papel de mãe e educadora” a essa reivindicação<sup>7</sup>. Uma vez que os argumentos mais recorrentes utilizados pelos antissufragistas era o receio de que o “lar” seria prejudicado com o direito do voto às mulheres, Lutz optou pelo caminho de “acentuar o papel” familiar da mulher, não contestando seu papel na sociedade da época, mas vindicando uma reforma nesse papel, sendo este um dos segredos do seu sucesso<sup>8</sup>. Por um lado, essa posição pode ser lida como conservadora por não atacar a estrutura da desigualdade entre os gêneros: a divisão sexual do trabalho. Por outro, foi uma posição tática, que optou por dialogar com as barreiras difusas para alcançar seu objetivo: o voto para as mulheres.

O pioneirismo na legislação veio do Estado do Rio Grande do Norte, em 1927, que em sua lei eleitoral estadual decorrente da revisão constitucional de 1926, teve incluída uma emenda que constou das disposições transitórias: “Artigo 17. No Rio Grande do Norte, poderão votar e ser votados, sem distinção de sexos, todos os cidadãos que reunirem as condições exigidas por esta lei.”

Essa inclusão foi feita pelo governador José Augusto Bezerra, a pedido do candidato à sua sucessão, Juvenal Lamartine, que intercedeu nesse sentido porque havia incluído em sua plataforma a participação das mulheres nas eleições e também nos cargos eletivos. Mas essa inclusão só foi possível devido ao empenho de Bertha Lutz junto ao candidato por essa pauta. Como resultado dessa lei, vinte eleitoras se inscreveram no Rio Grande do Norte, e quinze mulheres votaram na eleição de 15 de abril de 1928, na qual Juvenal Lamartine foi eleito governador.

Ainda no ano de 1928, há o registro da primeira judicialização da questão das mulheres nas eleições: a advogada mineira Maria Ernestina Carneiro Santiago Manso Pereira, conhecida como Mietta Santiago, impetrou um Mandado de Segurança alegando que a proibição do voto feminino contrariava o artigo 70 da [Constituição de 1891](#), pois “cidadãos maiores de 21 anos que se alistavam na forma da lei” não fazia distinção entre homens e mulheres. Seu Mandado de Segurança foi julgado procedente e ela conseguiu o direito de votar e também o de concorrer ao cargo de Deputada Federal.

A primeira prefeita eleita na América Latina foi Alzira Soriano, do Partido Republicano, na cidade de Lages, Rio Grande do Norte, em 1928.

7 KARAWEJCZYK, Mônica. *As filhas de Eva querem votar: dos primórdios da questão à conquista do sufrágio feminino no Brasil*. 2013. 398 f. Tese (Doutorado em História). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2013. p. 61.

8 KARAWEJCZYK, Mônica. *As filhas de Eva querem votar: dos primórdios da questão à conquista do sufrágio feminino no Brasil*. 2013. 398 f. Tese (Doutorado em História). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2013. p. 331.

Apenas em 1932, durante o governo de Getúlio Vargas, através do Código Eleitoral ([Decreto nº 21.076](#)), é que foi garantido às mulheres o direito ao voto<sup>9</sup>. Ainda assim, com restrições: somente mulheres casadas autorizadas pelos maridos e viúvas que tivessem renda própria poderiam votar. E a lei, ainda lhes permitia isenção de qualquer tipo de obrigação ou serviço eleitoral, em qualquer idade; já para os homens essa isenção só era válida aos que tivessem mais de 60 (sessenta) anos<sup>10</sup>.

Finalmente, na [Constituição de 1934](#), ficou assegurado o direito das mulheres ao voto, sem restrições. Entre as três pioneiras eleitas no país após essa mudança legal está a primeira deputada estadual negra, pelo estado de Santa Catarina: Antonieta de Barros. Eleita menos de cinquenta anos após a abolição da escravatura, Antonieta nasceu em 1901, filha de uma escrava liberta e sem registro do pai em seus documentos. Há registros de sua luta pelo direito das mulheres ao voto – incluindo diversas cartas trocadas com Bertha Lutz na década de 1930 – e de inúmeras conquistas suas, tais como a fundação, com apenas dezessete anos, de um curso particular para alfabetização de adultos<sup>11</sup>.

Em 1946, enfim, a [Constituição](#) determinou a obrigatoriedade do voto às mulheres.

## A CONSTITUIÇÃO DE 1998 E A FORÇA DO ASSOCIATIVISMO DE MULHERES

Importante contextualizar que a [Constituição Federal de 1988](#), foi redigida após um longo período de ditadura militar e a Assembleia Nacional Constituinte refletia essas questões, pois muitos políticos haviam passado por exílios, torturas e prisões arbitrárias. Daí, resulta o protagonismo concedido aos direitos fundamentais no ideal democrático que se construía naquele momento.

A igualdade de gênero, os direitos da mulher e os valores do denominado Estado Democrático de Direito são citados por Luis de Velasco e José Antonio Gimbernat, ao relatarem a situação das mulheres na ditadura espanhola e como esse quadro mudou com o estabelecimento da democracia no país<sup>12</sup>:

La mujer era doblemente discriminada durante la dictadura franquista: como súbdita y como mujer. La democracia la ha situado como ciudadana y ha ido eliminando trabas, limitaciones y agravios de la legislación hasta entonces vigente. Ese cambio normativo ha ido acompañado de un cambio, mucho mayor, en las actividades, comportamientos y valores de la mujer así como del resto de la sociedad hacia ellas. Cambios profundos, importantes y democráticos, aunque todavía insuficientes porque se actúa sobre mucho tiempo, muchos prejuicios y muchos hábitos culturales basados en la discriminación. La formación educacional que todavía incorpora prácticas sexistas, el desigual acceso al mercado de trabajo y la desigual remuneración para iguales cometidos, la persistencia de comportamientos machistas en

9 Art. 2º É eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código. Fonte: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 19 nov.2020.

10 Art. 121. Os homens maiores de sessenta anos e as mulheres em qualquer idade podem isentar-se de qualquer obrigação ou serviço de natureza eleitoral. Fonte: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em 19.Nov.2020.

11 NUNES, Karla Leonora Dahse. **Antonieta de Barros: uma história**. 2001. 159 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em História. Florianópolis, 2001. Fonte: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/81514?show=full> Acesso em 27.Nov.2020.

12 CARVALHO, Ana Paula Giamarusti. **As cotas de gênero eleitoral nas eleições brasileiras**. 2020. 114 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Nove de Julho. São Paulo, 2020.



segmentos importantes de la sociedad, la brutal práctica de los malos tratos que llegan hasta el crimen y su casi impunidad, son algunas de las lacras antidemocráticas que todavía subsisten.<sup>13</sup>

Ronald Inglehart, Pipa Norris e Christian Welzel, no artigo “Gender equality and democracy”, ressaltam que a norma que institui a igualdade de gênero está intimamente relacionada aos processos de democratização dos países, além de produzir uma mudança cultural naquelas comunidades<sup>14</sup>.

A instituição da democracia e sua prática, as questões de cidadania e a representatividade de todos os grupos que formam uma comunidade estão entrelaçados, por mais diversos que sejam os grupos e a história do país.

Nesse sentido, a importante articulação de mulheres na Assembleia Nacional Constituinte convocada em 1986 e sancionada em 1988 foi um marco. Naquele momento, havia apenas vinte e seis mulheres eleitas no Congresso Federal, o que representava apenas 5% (cinco por cento) dos representantes eleitos, e apesar da diversidade de vivências, partidos e ideologias, todas se uniram para reivindicar a igualdade de direitos:

Elas atuaram unidas entre si a despeito de diferenças partidárias e em diálogo com organizações de mulheres, reunidas sob o slogan Viva a diferença, com direitos iguais, num movimento de articulação e pressão pró-direitos (advocacy) que se popularizou chamar de Lobby do Batom.<sup>15</sup>

Essa organização das mulheres Constituintes para efetivar na letra da lei a igualdade entre os gêneros, foi essencial para pavimentar os avanços legais e jurisprudenciais decorrentes da IV Conferência Mundial da ONU sobre a Mulher: Igualdade, Desenvolvimento e Paz, de 1995, cujo resultado foi a Plataforma de Ação de Pequim<sup>16</sup>, da qual o Brasil é signatário, e é a base da transformação na legislação eleitoral do país a partir de então, sempre no sentido de assegurar a participação das mulheres nas eleições. A partir dela foi criada a **Lei nº 9.100, de 1995**, que passou a prever uma cota de gênero para a participação nos pleitos a partir de 1996<sup>17</sup>, iniciando então o contemporâneo capítulo no histórico de lutas para a participação política das mulheres. Alertamos, porém, que nenhuma das conquistas nessa trajetória foi concedida por iniciativa espontânea da elite política do país. A força do associativismo das mulheres, dentro dos partidos políticos, mas também de forma muito relevante na sociedade civil, em movimentos de mulheres, nos espaços acadêmicos, em pesquisas e instituições, foi e continua sendo imprescindível para todas os avanços legais e também na jurisprudência relacionada à igualdade de direitos políticos entre homens e mulheres. Planos de ação, acordos, tratados, protocolos,

13 VELASCO, Luis de; GIMBERNAT, José Antonio. **La democracia plana: debilidades del modelo político español**. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva; 1999. p. 142-143.

14 INGLEHART, Ronald; NORRIS, Pipa; WELZEL, Christian. **Gender equality and democracy**. *Comparative Sociology*. Leidein: Brill, v. 1, ed. 3-4, p. 235-265, 2002. Disponível em: [https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/814\\_gender\\_equality\\_democracy.pdf](https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/814_gender_equality_democracy.pdf). Acesso em: 18 set. 2019.

15 RANGEL, Patrícia Duarte. **Movimentos feministas e direitos políticos das mulheres**: Argentina e Brasil. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Instituto de Ciência Política, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, 2012. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/10817>. Acesso em: 15 nov. 2021. p. 98.

16 Texto completo em: **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**.

[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao\\_pequim.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf) Acesso em: 20 nov. 2020.

17 A Lei nº 9.100/95 determinava as regras para as eleições municipais subsequentes e determinava o mínimo de 20% de candidatas em cada partido ou coligação. Texto completo em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19100.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19100.htm) Acesso em: 20 nov. 2020.

leis, resoluções e decisões dos Tribunais que tratam de garantir às mulheres o direito à participação política são frutos diretos do empenho e da mobilização desses atores sociais, conforme Léa Epping e Jussara Reis Prá<sup>18</sup>.

Além disso, é importante ressaltar que direitos assim conquistados, muitas vezes são alvos de tentativas sociais, legais e jurídicas para revertê-los ou mesmo acabar com tais tutelas. No que diz respeito à garantia da participação política das mulheres, temos como exemplo atual um projeto de lei proposto por um Senador, em 2019, com o objetivo de revogar a norma da legislação eleitoral que assegura a proporcionalidade de gênero nas candidaturas dos partidos, para que nenhum tenha mais de 70% (setenta por cento) nas chapas. A justificativa apresentada: muitos partidos não conseguem cumprir a regra e por isso fraudam os registros. Por isso, concluiu o Senador que o melhor a ser feito seria acabar com a política afirmativa de cotas nas eleições<sup>19</sup>. O projeto de lei foi rejeitado, mas destacamos o absurdo de ter sido proposto como solução.

Também em 2019, uma deputada apresentou o [Projeto de Lei nº 2.996](#)<sup>20</sup>, para alterar o §3º do artigo 10 da [Lei nº 9.504/1997](#) (o que define o percentual de cotas), para que não fosse mais obrigatório o preenchimento das vagas destinadas à minoria, prevendo que se as vagas não fossem preenchidas, que ficassem vazias. Alegou, na justificativa, que o uso das cotas é uma “medida extrema” para garantir mulheres candidatas, e que tal recurso não seria mais necessário, além de defender que os partidos não podem ser penalizados por não conseguirem preencher tais vagas.

Ressalte-se aqui a força do associativismo de mulheres em defesa dos direitos políticos, pois houve uma reação considerável da sociedade civil, de outras parlamentares e grupos como a Comissão da Mulher Advogada da Ordem dos Advogados do Brasil, no sentido de que tais projetos de lei só seriam benéficos para os partidos e seus dirigentes, sendo um retrocesso às mulheres que querem participar da política partidária.

Outro exemplo dessa prática de retrocesso em direitos conquistados foi a [Lei nº 13.831, de Maio de 2019](#)<sup>21</sup>, que entre outros temas anistiou os partidos – em nosso entendimento, de forma inconstitucional – sobre os valores não utilizados mas previstos como obrigatórios no inciso V do artigo 44 da [Lei nº 9.096/95](#), que determina que no mínimo 5% (cinco por cento) dos recursos do Fundo Partidário (dinheiro público destinado aos partidos) sejam investidos “na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres”. A lei prevê: que se o partido não investir esse montante nesta destinação, que o saldo seja transferido para conta específica e utilizado no exercício financeiro subsequente, sob pena de multa. Ainda assim, caso o partido não cumpra essa determinação, suas contas serão rejeitadas e serão devolvidos os valores utilizados irregularmente, além da multa de 20% (vinte por cento) sobre o valor não utilizado. Neste caso,

18 EPPING, Léa; REIS PRÁ, Jussara. Cidadania e Feminismo no Reconhecimento dos Direitos Humanos das Mulheres. *Estudos Feministas*, v. 20, n. 1, p. 33-51, jan./abr. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2012000100003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ef/a/s3wGPJ9MM3JKRHPn5MW6CS/?lang=pt>. Acesso em: 15 nov. 2021.

19 Projeto de Lei nº 1.256 de 2019. Fonte: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135505> Acesso em: 20 nov. 2020.

20 Fonte: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2204052> Acesso em: 20 nov. 2020.

21 Lei nº 13.831, de 17 de Maio de 2019. Altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), a fim de assegurar autonomia aos partidos políticos para definir o prazo de duração dos mandatos dos membros dos seus órgãos partidários permanentes ou provisórios; e dá outras providências. Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13831.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13831.htm) Acesso em 20 nov. 2020.

a Justiça Eleitoral retira esse valor dos futuros repasses do Fundo Partidário. Mas a lei aprovada em Maio de 2019 vetou a rejeição das contas ou a imposição de qualquer outra penalidade aos partidos que não tenham cumprido essa norma nos exercícios anteriores a 2019. Essa lei transmite uma mensagem muito clara: apesar dos dirigentes partidários reclamarem do fato de não haver mulheres preparadas para serem candidatas, não é importante investir na formação das mulheres, perpetuando tal situação. Lamentável decisão política, tomada para anistiar os partidos, o que configura inegável retrocesso. Entendemos tais disposições inconstitucionais (artigos 55-A e 55-C da [Lei nº 9.096/95](#) introduzidos pela [Lei nº 13.831/2019](#)), pois esse percentual está inserido na política de ação afirmativa das cotas de gênero nas eleições, e não se pode retroceder na promoção da igualdade, num processo contínuo de combate<sup>22</sup> à “misoginia das estruturas partidárias e, notadamente, de suas direções”.<sup>23</sup>

## O ESPAÇO PÚBLICO E O ESPAÇO PRIVADO COMO DEFINIDOR DAS LIBERDADES DAS MULHERES

A mulher não se tornou um sujeito de direitos sem um processo contínuo de lutas, pois sua existência jurídica sempre foi subordinada a uma figura masculina, pai, marido ou algum outro familiar, e apesar de serem campos de atuação diversos, público e privado, na política partidária essa subordinação não foi completamente superada. As estruturas sociais estão alicerçadas em conceitos seculares, que sempre mantiveram a mulher confinada ao espaço privado e responsável pela gestão dos cuidados das questões familiares e de seu entorno, mesmo no momento em que pôde se firmar no âmbito profissional.

Mas quando falamos das opressões derivadas da separação entre público e privado, precisamos lembrar que elas são consideravelmente distintas entre mulheres brancas e negras. Davis<sup>24</sup> afirma que a divisão público/privado nunca se aplicou às mulheres negras, para as quais o movimento é inverso. As mulheres negras sempre estiveram no ambiente público, pois eram obrigadas a trabalhar. Paradoxalmente é no espaço privado, de onde as mulheres brancas querem se libertar, que as negras desfrutavam de maior liberdade, uma vez que se viam temporariamente livres do trabalho.

Angela Davis<sup>25</sup> mostra que, durante o período industrial, essa inversão se concretiza. As máquinas, especialmente os eletrodomésticos, tiram parte da importância da mulher branca no mundo doméstico, que perde o valor. As mulheres negras passam então a ingressar no ambiente privado como empregadas domésticas, para que as mulheres brancas possam recuperar sua utilidade por meio do trabalho fora de casa. Essa diferença é estrutural e “joga luz” sobre como grande parte da teoria feminista produzida por mulheres brancas, não dá

22 CARVALHO, Ana Paula Giamarusti. *As cotas de gênero eleitoral nas eleições brasileiras*. 2020. 114 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Nove de Julho. São Paulo, 2020.

23 Conforme manifestação da Procuradoria Regional Eleitoral de São Paulo, Julho/2019. Fonte: <http://www.presp.mpf.mp.br/index.php/noticias/2089-pre-sp-sustenta-a-inconstitucionalidade-da-anistia-dada-aos-partidos-que-nao-investiram-na-participacao-politica-feminina> Acesso em: 31 ago. 2019.

24 DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe* [recurso eletrônico]/Angela Davis; tradução Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.

25 DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe* [recurso eletrônico]/Angela Davis; tradução Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.

conta de explicar ou mesmo incluir a experiência da mulher negra, uma vez que seu ponto de partida é justamente o confinamento da mulher no espaço privado. Dessa forma, trazemos aqui essa reflexão para que se pondere que as conquistas das mulheres, no mundo contemporâneo, não podem mais ignorar essas questões que subjagam e criam diferentes camadas de opressões sobre os corpos de mulheres negras. Além dos marcadores tradicionais de gênero, também é preciso que as lutas e os estudos contemplem as barreiras e dados referentes às mulheres negras, que afinal são 27,8% (vinte e sete por cento e oito décimos) da população brasileira.<sup>26</sup>

Ainda assim, apesar das diferenças estruturais entre as experiências de mulheres brancas e negras, existe um fator comum em sua exclusão dos espaços de poder: a perpetuação dos estereótipos de gênero. Não se ignora a evolução da conquista dos direitos das mulheres ao longo da história, mas a entrada da mulher para o mercado de trabalho não as desvinculou de um ideal “feminilizado”, relacionado aos cuidados. Mesmo na política partidária, Assembleias Legislativas e Governos, elas ainda são responsáveis, em sua maioria, pela execução de questões relacionadas aos bastidores, pelas tarefas executórias ou a “assuntos do universo feminino” e não são as principais lideranças que discutem e decidem temas amplos e questões estruturais determinantes, como finanças, infraestrutura e planejamento.

## BARREIRAS INVISÍVEIS?

No ano de 2008 a maioria dos eleitores brasileiros já eram mulheres: dos 130 (cento e trinta) milhões, 51,7% (cinquenta e um por cento e sete décimos), e em 2018 atingiu os 52% (cinquenta e dois por cento).

Entretanto, apesar desse expressivo número em relação ao eleitorado, ele não se reflete na composição das Casas Legislativas nem no comando do Poder Executivo municipal, estadual ou federal. As eleições municipais de 2020 tiveram 34,60% (trinta e quatro por cento e sessenta décimos) de candidatas mulheres. Mas os percentuais das eleitas são muito distantes disso: no primeiro turno das eleições apenas 12,2% (doze por cento e dois décimos) de mulheres foram eleitas para as prefeituras, contra 11,57% (onze por cento e cinquenta e sete décimos) na eleição de 2016<sup>27</sup>. Na vereança, as mulheres passaram a representar 16% (dezesesseis por cento) dos eleitos, sendo que em 2013 eram 13,5% (treze por cento e cinco décimos). E entre mulheres negras esse número é ainda mais baixo: apenas 6,3% (seis por cento e três décimos) das vereadoras eleitas em 2020<sup>28</sup>.

Esses números são visíveis e explícitos, e se materializam em fotos dos representantes eleitos, durante séculos. Esse cenário, porém, é resultado de uma conjunção de fatores que nem sempre são trazidos à vista. Precisamos olhar para os bastidores: quem constrói as candidatas e candidatos, quem decide para onde vai o dinheiro do financiamento de campanha, quem está por trás das mais importantes decisões dos partidos polí-

<sup>26</sup> Fonte: BOND, Letycia. Negras são 28% dos brasileiros, mas têm baixa participação política. **Agência Brasil**, 07 out. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.abc.com.br/eleicoes-2020/noticia/2020-10/negras-sao-28-dos-brasileiros-mas-tem-baixa-participacao-politica>. Acesso em: 19 nov. 2020.

<sup>27</sup> Dados do Tribunal Superior Eleitoral. Cresce número de mulheres candidatas e eleitas no pleito de 2020. **Agência Senado**, 16 nov. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/11/16/cresce-numero-de-mulheres-candidatas-e-eleitas-no-pleito-de-2020>. Acesso em: 20 nov. 2020.

<sup>28</sup> Dados do Tribunal Superior Eleitoral. Mulheres representam 16% dos vereadores eleitos no País. **Agência Câmara de Notícias**, 17 nov. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/708248-mulheres-representam-16-dos-vereadores-eleitos-no-pais/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

ticos? A resposta é simples: os mesmos que estão sendo eleitos. Um retrato dessa realidade é a pesquisa realizada pelo jornal O Estado de São Paulo que apontou que dos trinta partidos que elegeram deputados federais em 2018, em dezenove as mulheres representam apenas 1/3 (um terço) da executiva nacional, órgão de direção no partido. O partido com mais mulheres nos cargos de direção tem vinte e oito dirigentes, dos quais treze são mulheres (o que representa 46% – quarenta e seis por cento) e no segundo, há oito mulheres dentre dezenove diretores, ou seja, 42% (quarenta e dois por cento). O partido que possui mais homens nos cargos tem apenas duas mulheres em meio a 34 dirigentes (6% – seis por cento). De todos os partidos que possuem representação no Congresso Nacional, apenas quatro possuem mulheres como Presidentes, sendo que em um deles esse cargo é dividido com um homem.<sup>29</sup>

Em trabalho realizado na assessoria jurídica para políticas públicas na Procuradoria Regional Eleitoral de São Paulo, no Ministério Público Federal, durante pesquisa empírica através de entrevistas com candidatas e filiadas a partidos políticos das mais variadas ideologias, constatou-se que as estruturas de tais entidades são ambientes que carecem enormemente de democracia e igualdade de gênero. Enquanto convidadas a se filiar ou se candidatarem, os partidos são mostrados a essas mulheres como locais de amplo respeito às diversidades, uma vez que isso os interessa diretamente, pois se reverte em poder político e possibilidades de acesso a recursos materiais e humanos, mas ao almejam figurar nos espaços de poder, serem candidatas e terem voz ativa nas decisões partidárias, a realidade muda e se verifica que as oportunidades não são amplas, exceto se forem como coadjuvantes ou em papéis de alguma forma invisibilizados, tais como secretárias e assessoras, ou até mesmo candidatas fictícias, popularmente conhecidas como “laranjas”, a fim de burlar a lei eleitoral.<sup>30</sup>

Apesar das diferenças entre a estrutura de um partido político e a família, no que diz respeito ao campo de atuação e à inserção na sociedade, essa tradição da cultura patriarcal se perpetua – se origina e retroalimenta – no ambiente familiar, e apesar de dados coletados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) apontarem que em 2015, o percentual de famílias chefiadas por mulheres era de 40% (quarenta por cento), ainda assim há um silenciamento do trabalho das mulheres, que as torna invisíveis ou submissas, dentro da esfera privada<sup>31</sup>. Como colocamos anteriormente, o privado, historicamente o espaço “natural” das mulheres, se beneficia de seu trabalho e silencia suas vozes no espaço político. Essa realidade tem se confirmado durante o período da pandemia de Covid-19, sobre o qual pesquisas demonstram<sup>32</sup> que o excessivo sobrecarregamento das mulheres não atinge os homens dessa mesma forma, mesmo para aqueles que são os chefes da família.

29 Fontes: VENCESLAU, Pedro; BERALDO, Paulo; CARVALHO, Ana Luiza de. Mulheres são minorias na cúpulas dos partidos. *O Estado de S.Paulo*, 21 jun. 2019, 05h24. Disponível em: [https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,mulheres-sao-minoria-nas-cupulas-dos-partidos,70002881815?fbclid=IwAR1MJFwGWn-W34WrYvz1g9m9SWm2YdINFrUR9ciJSEiEy9\\_uJ-jojKL8ytY](https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,mulheres-sao-minoria-nas-cupulas-dos-partidos,70002881815?fbclid=IwAR1MJFwGWn-W34WrYvz1g9m9SWm2YdINFrUR9ciJSEiEy9_uJ-jojKL8ytY) Acesso em: 01 jul. 2019. Idem. .Correção: Mulheres são minorias nas cúpulas dos partidos. 21 jun. 2019, 05h29. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2019/06/21/correcao-mulheres-sao-minoria-nas-cupulas-dos-partidos.htm> Acesso em: 02 set. 2020.

30 CARVALHO, Ana Paula Giamarusti. *As cotas de gênero eleitoral nas eleições brasileiras*. 2020. 114 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/2167>. Acesso em: 15 nov. 2021.

31 Conforme pesquisa *Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça no Brasil em 20 anos*. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_acymaili ng&ctrl=archive&task=view&listid=10](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_acymaili ng&ctrl=archive&task=view&listid=10)– Acesso em: 04 set. 2020.

32 LEÃO, Natália. SANTOS, Thandara. MORENO, Tica. *Sem Parar: o trabalho e a vida das mulheres na pandemia*. Disponível em: <http://mulheresnapanemia.sof.org.br/> Acesso em: 24 out. 2020.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso das mulheres à política e aos espaços de poder é historicamente marcado por resistências e obstáculos que dificultam e regulam sua entrada no espaço público. No entanto, esses entraves não foram suficientes para desmobilizar a luta das mulheres por seus direitos e participação política. Destacamos aqui dois momentos relevantes na história brasileira: as Constituições de 1934 e 1988. Em ambas, direitos políticos e sociais foram conquistados como fruto da organização e associativismo entre mulheres, que lutaram intensamente para garantir a igualdade de gênero e de raça em nossa sociedade.

Essas conquistas se deram em meio a inúmeras barreiras, mais ou menos explícitas. Entendemos que para combater esses entraves é preciso trazê-los à tona. A divisão entre os espaços público e privado foi utilizada com frequência como forma de afastar as mulheres da política, tendo sido um dos argumentos centrais entre os parlamentares que, na década de 1930, eram contrários ao sufrágio feminino. Ainda hoje, há a disseminação dessa ideia, que entende que o lugar da mulher é apenas dentro de casa ou cuidando de assuntos “de seu universo”.

Destacamos, porém, que a dicotomia entre o público e o privado operou de forma distinta entre as mulheres brancas e as mulheres negras. Por isso, ao pensarmos a desigualdade de gênero, não podemos deixar em segundo plano as opressões de raça, que tornam a experiência da mulher negra diferente da mulher branca em inúmeros aspectos. No entanto, a perpetuação dos estereótipos de gênero é um mecanismo comum de exclusão de todas as mulheres dos espaços de decisão, uma vez que afirmam que a mulher não é adequada para a política e a política não é benéfica para a mulher.

Os entraves à participação das mulheres ainda estão presentes em nossa sociedade, e isso se reflete-se na composição das Casas Legislativas e dos demais espaços de poder, que se distanciam vividamente da composição real da população. A articulação entre barreiras visíveis, como a disseminação explícita de estereótipos de gênero, e a barreiras “invisíveis” (que destacamos entre aspas porque são invisíveis apenas para quem não as quer ver), tais quais a ausência de mulheres nos espaços de tomada de decisão dentro dos partidos, faz com que ainda estejamos distantes da almejada igualdade de gênero.

No entanto, não adotamos uma visão fatalista e optamos por destacar as conquistas da luta de mulheres ao longo de nossa história, que não foram poucas. Nas eleições municipais de 2020, apesar de termos visto um crescimento tímido das porcentagens de mulheres eleitas, presenciamos Câmaras que não possuíam nenhuma mulher ou pessoas negras, elegendo-as pela primeira vez, um crescimento de 200% (duzentos por cento) na eleição de pessoas trans e mulheres negras como as mais bem votadas em diversos municípios. Esses avanços são muito significativos e caminham na direção da trilha iniciada pelas mulheres que lutaram pelo direito ao voto, na década de 1930, e pelas mulheres que lutaram por nossos direitos sociais, na Constituinte de 1988.

Vale trazer aqui a potência exercida pelo mandato popular, os caminhos e as possibilidades que uma eleição traz para a pessoa eleita, que a partir da escolha de seus iguais a elegem para exercer sua voz em defesa dos valores compartilhados. A liberdade se concretiza através da ação política e da cidadania exercida no espaço público. A voz, por mais potente que seja, se não ouvida, não concretiza os efeitos que poderia alcançar se tivesse como ecoar. E o espaço público, o espaço da ação, do agir, onde se faz a política, é o local que as mulheres precisam conquistar em igualdade com os homens, que há tanto tempo dominam esse recurso. As transformações necessárias ao mundo dependem de capital político para acontecerem, e as pessoas capazes para isso devem ter potência e estruturas suficientes para atingir o espaço público e os espaços de poder. De acordo com Hannah Arendt, não há poder real se essa potência está silenciada. Para isso se concretizar, entendemos que não pode haver retrocessos nas conquistas e direitos estabelecidos, e que se tornem acessíveis, de forma democrática, os instrumentos necessários para tal: recursos públicos destinados aos partidos políticos divididos de forma democrática entre as candidaturas, espaços de decisão partidária com acesso amplo e não apenas aos “caciques” que sempre dominaram tais locais, cursos de formação política e informações sobre legislação eleitoral e regras de campanha acessíveis a todas e todos e apoio material – seja através de recursos financeiros ou acesso à profissionais especializados – para que todas as pessoas possam ser cidadãos ativos e conscientes, e não sejam apenas espectadores instados a votar, de tempos em tempos. Nosso país precisa de maturidade política, e isso só se conquista com a prática da cidadania pelo maior número possível de brasileiros e brasileiras, independente de raça, origem, sexo, profissão, CEP ou classe social. É nisso que reside nossa esperança: a efetivação da [Constituição de 1988](#).

## REFERÊNCIAS

- AFLALO, Hannah Maruci. Basta Votar? A luta pelo voto feminino e o controle sobre a participação política das mulheres no Brasil. *Estudos de Sociologia*, v. 2, n. 23, p. 313-364, jun. 2018. ISSN 2317-5427. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revsocio/article/view/237062>. Acesso em: 24 out. 2020.
- ARENDRT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- ARENDRT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e política: uma introdução*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2015.
- CARVALHO, Ana Paula Giamarusti. *As cotas de gênero eleitoral nas eleições brasileiras*. 2020. 114 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/2167>. Acesso em: 15 nov. 2021.
- DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe* [recurso eletrônico]/Angela Davis; tradução Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.
- EPPING, Léa; REIS PRÁ, Jussara. Cidadania e Feminismo no Reconhecimento dos Direitos Humanos das Mulheres. *Estudos Feministas*, v. 20, n. 1, p. 33-51, jan./abr. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2012000100003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/s3wGPJ9MM33JKRHPn5MW6CS/?lang=pt>. Acesso em: 15 nov. 2021.
- INGLEHART, Ronald; NORRIS, Pipa; WELZEL, Christian. *Gender equality and democracy. Comparative Sociology*. Leidein: Brill, v. 1, ed. 3-4, p. 235-265, 2002. Disponível em: [https://wcfa.harvard.edu/files/wcfa/files/814\\_gender\\_equality\\_democracy.pdf](https://wcfa.harvard.edu/files/wcfa/files/814_gender_equality_democracy.pdf). Acesso em: 18 set. 2019.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça no Brasil em 20 anos*. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_acymailing&ctrl=archive&task=view&listid=10](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_acymailing&ctrl=archive&task=view&listid=10)– Acesso em: 04 set. 2020

KARAWEJCZYK, Mônica. **As filhas de Eva querem votar:** dos primórdios da questão à conquista do sufrágio feminino no Brasil. 2013. 398 f. Tese (Doutorado em História). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2013.

LEÃO, Natália. SANTOS, Thandara. MORENO, Tica. **Sem Parar:** o trabalho e a vida das mulheres na pandemia. Disponível em: <http://mulheresn pandemia.sof.org.br/> Acesso em: 24 out. 2020.

NAZARIO, Diva Nolf. **Voto feminino & Feminismo.** Imprensa oficial. São Paulo, 1923.

NUNES, Karla Leonora Dahse. **Antonieta de Barros: uma história.** 2001. 159 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em História. Florianópolis, 2001.

RANGEL, Patricia Duarte. **Movimentos feministas e direitos políticos das mulheres:** Argentina e Brasil. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Instituto de Ciência Política, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, 2012. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/10817>. Acesso em: 15 nov. 2021.

SCHUMAER, Schuma; CEVA, Antônia. **Mulheres no Poder:** trajetórias na política a partir da luta das sufragistas do Brasil. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015.

VELASCO, Luis de; GIMBERNAT, José Antonio. **La democracia plana:** debilidades del modelo político español. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva; 1999. p. 142-143.



# CAPÍTULO 8

## O DIREITO DAS MULHERES E A IGUALDADE: O DIREITO AO VOTO E A CIDADANIA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Márcia Cristina de Souza Alvim

### 1 INTRODUÇÃO

O presente capítulo tem por objetivo refletir sobre o direito das mulheres em breves linhas históricas, com destaque ao exercício da cidadania e ao direito ao voto.

Analisaremos os conceitos de igualdade e liberdade do ponto de vista filosófico, que são fundamentais para a existência de um Estado Democrático e para tratarmos do conceito de cidadania, em especial ao exercício da cidadania pelas mulheres, com foco na [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988](#).

Importante salientar a educação, como ponto fundamental para o exercício da cidadania e sua plena concretização para o desenvolvimento integral da pessoa humana.

A educação de uma sociedade deve ser pautada pelos pilares da igualdade, do exercício da cidadania, da liberdade e do respeito aos direitos humanos.

A metodologia utilizada no presente artigo é a dedutiva, com pesquisa bibliográfica.

### 2 O DIREITO DAS MULHERES NA HISTÓRIA: BREVES CONSIDERAÇÕES

Na Antiguidade clássica as mulheres não participavam de ações no espaço público, mas somente no espaço privado. As mulheres não exerciam a cidadania, que era realizada somente por homens, e ainda de forma bem selecionada.

Nas discussões travadas entre os filósofos, somente homens participavam. As mulheres possuíam as funções de reprodução e deviam obediência e subordinação aos homens.

Historicamente, as sociedades eram formadas com base no modelo patriarcal, isto é, havia a preponderância do homem na organização social. As mulheres permaneceram por vários séculos excluídas da vida social, política, econômica, religiosa e cultural.

Na Idade Média as mulheres passaram a ser aceitas em algumas áreas do mercado de trabalho, mas sem posição de destaque, como os trabalhos artesanais e mais tarde ocupando lugares nas fábricas.

Durante o século XVIII a sociedade foi impactada pela Revolução Industrial e esse período ficou marcado pela desvalorização da mão de obra dos homens e as mulheres começaram a ser mais procuradas pelo mercado de trabalho.

O crescimento descontrolado das cidades, o aumento das doenças e acidentes do trabalho, decorrentes das precárias condições de trabalho foram alguns dos efeitos do período da Revolução Industrial.<sup>1</sup>

Com a primeira Guerra Mundial (1914 a 1918), e a saída dos homens para as batalhas as mulheres se viram obrigadas a buscar o seu sustento e dos familiares e começaram a trabalhar fora de casa e a ocupar alguns postos de trabalhos de homens.

Nas regiões agrícolas, comandaram a produção agrícola e a criação de animais e nas zonas urbanas foram trabalhar no comércio e em algumas atividades como: enfermeiras, cozinheiras, motoristas de ambulância e outras atividades necessárias a época.

As mulheres operárias trabalhavam de forma exaustiva, sem limitação de jornada de trabalho, sem qualquer respeito aos direitos trabalhistas e humanos.

Podemos afirmar que após a Primeira Guerra Mundial a situação das mulheres começou a se modificar, pois houve inserção maior de atividades econômicas sendo realizadas por mulheres, que começaram a deixar os afazeres domésticos como únicas atividades desenvolvidas.

Após a Segunda Guerra Mundial foi fundada a Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo de se tornar um órgão capaz de discutir soluções para problemas sociais, econômicos e humanitários mundiais.

Em 1946, a OIT passou a ser vinculada pela ONU para que houvesse a regulamentação de direitos essenciais para os direitos trabalhistas.

Em 1948, foi publicada a Declaração Universal dos Direitos Humanos que propiciou a igualdade entre homens e mulheres, reconheceu vários direitos básicos do ser humano e estabeleceu diretrizes para o avanço em relação aos direitos humanos.

Depois das breves linhas traçadas sobre os direitos trabalhistas das mulheres voltamos ao foco do presente artigo, que é discorrer sobre a participação das mulheres na política e, especificamente, em relação ao voto feminino.

Observamos, na história da humanidade, que o espaço público sempre foi ocupado muito mais por homens do que por mulheres. Às mulheres sempre foi destinado os espaços privados. Podemos dizer que esta situação começou a sofrer alterações no século XX.

A luta das mulheres por liberdade, igualdade e participação na política têm sido constante na conquista da ocupação dos espaços públicos pelas mulheres.

<sup>1</sup> BARRETO, Gabriella Pereira Barreto. **A evolução histórica do direito das mulheres**. Disponível em: <https://gabipbarreto.jusbrasil.com.br/artigos/395863079/a-evolucao-historica-do-direito-das-mulheres>. Acesso em: 09 dez. 2020.

No Brasil, o direito ao sufrágio foi concedido em 1932, mas a participação política das mulheres casadas não foi garantida, ficando na dependência das decisões de seus maridos nas três décadas seguintes. O direito pleno à participação feminina foi obtido em 1965.<sup>2</sup>

A *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, é marco jurídico na concepção da igualdade entre homens e mulheres. Destacamos a evolução dos direitos trabalhistas e da participação política das mulheres. Há mudança de paradigma na sociedade brasileira na posição da mulher, na ocupação dos espaços públicos pelas mulheres. No entanto, ainda há muito a ser alcançado para a verdadeira efetividade da igualdade de direitos entre homens e mulheres, por ser questão histórica e cultura que está arraigada no comportamento dos seres humanos.

A seguir, trataremos da igualdade, liberdade e cidadania como fundamentos de um Estado Democrático, que são fundamentais para a promoção da igualdade de gênero na sociedade brasileira.

### **3 A IGUALDADE, A LIBERDADE E A CIDADANIA COMO FUNDAMENTOS DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO.**

As sociedades são compostas por seres humanos que convivem e possuem objetivos comuns. Na convivência humana identificamos diferentes espécies de sociedades, com diferentes objetivos. Numa visão histórica, as sociedades humanas necessitam de organização, pois os conflitos são inerentes à convivência humana, decorrentes da diversidade humana, daí o surgimento do Estado com as características atuais.

Jean-Jacques Rousseau, em sua obra “Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens”, concebeu na espécie humana dois tipos de desigualdade: uma física e a outra moral e política.<sup>3</sup> Através do mundo cultural evidencia-se uma desigualdade maior no aspecto da desigualdade moral e política. Essa desigualdade sempre vai existir entre os seres humanos, pois não conseguimos trabalhar com a ideia de igualdade absoluta entre os seres humanos, mas sempre devemos minimizar as diferenças e buscar um tratamento igualitário entre seres humanos, sem qualquer espécie de discriminação.

Há que se fazer prevalecer a igualdade entre homens e mulheres e daí a necessidade de trabalharmos com ações distintas diante das mais diversas situações que nos são apresentadas.

Para a busca da igualdade entre os seres humanos surgiu a ideia de Estado, através da justificativa de Contrato Social de Rousseau, em que os homens cedem a liberdade em troca de proteção e segurança do Estado para atingir a igualdade entre os homens.

2 LIMONGI, Fernando; OLIVEIRA, Juliana de Souza; SCHMITT, Steganie Tomé. Sufrágio Universal, mas... só para homens. O voto feminino no Brasil. *Rev. Sociol. Polít.*, v. 27, n. 70, e003, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/1678-987319277003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/FYkrhym6TpRzRf78q7F7Mmq/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 09 dez. 2020.

3 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 235.

A partir das ideias citadas, o Estado pode ser definido como sociedade política caracterizada pela presença de poder soberano, de território delimitado, formada por homens com vínculo neste território, que denominamos de cidadania, que apresenta objetivos comuns, o bem comum.

Com a necessidade de organizar a convivência humana surgiu a ideia de Direito, isto é, conjunto de normas jurídicas, de direitos e deveres, criados pelo Estado para estabelecer o comportamento mínimo ético esperado pelos homens em sociedade.

O Direito tem a finalidade de organizar a sociedade através dos seus poderes, que cria, executa e aplica as leis na solução dos conflitos existentes na sociedade e apresentados ao Estado.

Em relação a igualdade e liberdade entre homens e mulheres destacamos o disposto no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a saber: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Etimologicamente, da origem do latim *aequalitate*, significa equidade, justiça, qualidade ou estado de igual ou de paridade.

O conceito de igualdade pode ser desenvolvido nas ideias de paridade ou igualdade absoluta, mas não exclusivamente, pois também traz a noção de proporcionalidade, por exemplo, quando estamos diante de questões que não nos possibilitam tratar a igualdade de forma aritmética, mas sim dentro de uma proporção, de acordo com uma distribuição equitativa.

Podemos atrelar o conceito de igualdade ao de justiça e citamos Aristóteles para afirmar que a justiça é a maior virtude, é a busca pelo meio-termo, a busca pela mediania.<sup>4</sup>

Ousamos afirmar que um dos maiores desafios da humanidade é buscar o meio-termo entre as ações, pois agir de forma correta, no momento certo e na medida certa não é para qualquer homem, mas para aqueles que buscam trilhar o caminho do equilíbrio, o caminho da justiça, isto é, o caminho da igualdade.

O caput do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelece que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]” e o inciso I destaca que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição”.

Um dos objetivos da República Federativa do Brasil é concretizar a igualdade, esta reconhecida entre homens e mulheres, um dos maiores desafios a ser alcançado.

A liberdade do homem está na capacidade de exercer sua racionalidade, seus pensamentos e realizar suas ações.

4 ARISTÓTELES. *Ética à Nicômacos*. 3. ed. Brasília: UnB, 1999. *passim*.

Rousseau traz ensinamentos sobre a natureza do homem, sobre a liberdade humana, sobre as relações entre os homens no meio social e nos apresenta a justificativa contratual da existência do Estado, com a finalidade de minimizar as desigualdades entre os homens, conforme exposto anteriormente.

Na obra: “Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens” Rousseau trata do homem em estado natural e do homem no estado social.

No estado natural o homem possui liberdade natural, é bom, suas necessidades são facilmente satisfeitas, possui os instintos semelhantes aos dos animais e as desigualdades neste estado natural são apenas físicas, típicas de uma seleção natural.

Com o surgimento da propriedade privada inicia o aparecimento das desigualdades morais, sociais e/ou políticas.

O homem em estado social vive em conflito, em estado de guerra, pois surgem as desigualdades decorrentes do desenvolvimento psicológico do homem, as desigualdades do aperfeiçoamento da linguagem, da busca pela perfectibilidade humana.<sup>5</sup>

E falar de liberdade nos remete ao pensamento de Hannah Arendt, pensadora da liberdade, que vivenciou as transformações do século XX. Seu pensamento pode ser dividido em três fases: a primeira em que estudou os fenômenos modernos do totalitarismo e do imperialismo; a segunda em que contribuiu para a reflexão do homem e nos deixou um grande legado com a obra “A Condição Humana” e a terceira fase em que contribuiu com o pensamento político.<sup>6</sup>

A base do pensamento de Hannah Arendt é Aristotélica e podemos afirmar que também, como Aristóteles, sempre se preocupou com as reflexões e com a ação em sociedade.

Esta pensadora faz uma divisão entre esfera privada e esfera pública e destaca a importância do agir bem na esfera pública, do agir de forma cidadã, na preocupação de atender ao bem coletivo em detrimento do bem individual.

Em sua obra a Condição Humana nos apresenta a distinção entre labor e trabalho, destacando que o labor é o que o homem realiza para sua subsistência e o trabalho é quando há produção de algo. É importante que o homem saiba até que momento o trabalho dignifica e onde ele pode passar a ser um fator de alienação, fazendo com que o homem pare de refletir sobre as consequências dos seus atos, e ela afirma que quando o homem deixa de refletir, regimes totalitários podem se instalar em determinada sociedade.<sup>7</sup>

5 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Abril Cultural, 1978. *passim*.

6 ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. *passim*.

7 ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. *passim*.

Para Hannah Arendt a maior liberdade do homem é a política, em que há a capacidade da interação entre os homens, da escolha dos governantes que farão as leis para os homens obedecerem.<sup>8</sup>

Hannah Arendt destaca a importância da comunicação, a importância de refletir bem e disseminar as ideias para um maior número de pessoas, através da comunicação eficaz, isto é, valoriza a singularidade do homem, sua individualidade e a comunicação eficaz, em que através de sua singularidade, da ação, participa no gênero humano.<sup>9</sup>

Destacamos que de acordo com os pensamentos filosóficos desenvolvidos até aqui a liberdade faz parte da natureza humana e é esta liberdade que propicia aos homens a possibilidade de exercer a sua racionalidade. E parece-nos que, para o exercício da racionalidade é fundamental a educação, o desenvolvimento do homem de forma plena, com o desenvolvimento de todas as suas potencialidades.

A seguir, passaremos a tecer considerações sobre a educação, partindo do pressuposto que a liberdade, a autonomia do indivíduo é fundamental para o pleno desenvolvimento dos homens e a educação é imprescindível para que o homem exerça a sua liberdade de forma consciente e plena.

Os seres humanos devem ser educados para agir em sociedade e esta educação deve ser global, de forma a desenvolver todas as habilidades humanas, sejam as cognitivas, as emocionais, as sociais e as políticas, através da formação para cidadania, onde pressupõe a participação do homem em sociedade, nas questões políticas e sociais.

Para que a educação com qualidade seja efetivada é imprescindível a participação da família, da sociedade e do Estado, isto é, o ser humano necessita do pleno desenvolvimento de suas habilidades, do preparo para o exercício da cidadania e da sua inserção no meio social e do trabalho.

Um dos grandes desafios do século XXI, é a educação de homens que realizem ações éticas, ações voltadas para o outro, conceito que está diretamente atrelado ao de cidadania.

A reflexão sobre as ações justas, também traz reflexões sobre o processo da invisibilidade. Quem é o outro? Como eu vejo o outro? Como eu reconheço o outro perante a sociedade.

Não podemos deixar de fazer referência ao exercício da cidadania, que é dever de todos os homens que fazem parte de uma sociedade e mais ainda o dever daqueles que buscam a concretização da justiça, valor supremo de nossa sociedade.

Cidadania requer sentimento comunitário, representa a concretização de direitos dos cidadãos em todas as esferas: política, social, econômica e cultural. Cidadania significa participação ativa e responsável pela construção de uma realidade social. Sabemos que num país das dimensões que o Brasil possui, não é tão simples o exercício da cidadania, mas um desafio que todos devem enfrentar.

8 ARENDT, Hannah. **O que é política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. *passim*.

9 ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. *passim*.

A cidadania não pode ser dissociada da ideia de igualdade, de justiça. A igualdade jurídica consiste em um dos objetivos fundamentais do Estado democrático de direito e a despeito de ser um direito individual ela serve de sustentação ao exercício de inúmeros direitos sociais.

Afirmamos que cidadania é uma conquista, pois não se nasce cidadão, torna-se cidadão e no processo de construção da cidadania a educação é fundamental.

Salientamos que para vivermos numa sociedade desenvolvida, com paz e harmonia, é necessário que os homens ajam com ética, com justiça e de forma cidadã.

A educação baseada na ética e na virtude é fundamental aos homens e mulheres para a participação nos espaços públicos, nas práticas sociais que precisam ser realizadas através de ações justas, visando ao benefício da coletividade em detrimento aos interesses privados.

Conforme o disposto no artigo 205, da Constituição da República Federativa do Brasil, destacamos o papel da família, da sociedade e do Estado para o pleno desenvolvimento dos homens e, se qualquer um desses agentes falhar, haverá reflexos negativos na sociedade, surgindo a violência, as agressões, os crimes e os conflitos sociais, nos mais diferentes graus.

Para que tenhamos um verdadeiro estado Democrático é fundamental que homens e mulheres sejam educados para agir com liberdade, de forma cidadã e através da realização de atos justos para que a nossa sociedade seja verdadeira harmônica e promova a igualdade entre os seres humanos.

#### **4 O EXERCÍCIO DA CIDADANIA PELAS MULHERES: DIREITO AO VOTO**

Na antiguidade a ideia de cidadania estava relacionada exclusivamente à participação dos homens livres.

De acordo com o pensamento de Maria Noemi Castilho Brito:

A ideia de cidadania como atributo de homens livres, que seriam as pessoas aptas para as atividades políticas, ficando as mulheres, os servos e os escravos relegados a um lugar à margem dos assuntos de interesse público. Historicamente, a construção das identidades de homens e mulheres se tem configurado a partir da dicotomia entre as esferas públicas e privada, com atribuições de papéis, atitudes e valores previamente definidos segundo modelos naturais.<sup>10</sup>

Hoje, buscamos entender a relação homens e mulheres de forma global, cabendo às mulheres a participação na vida política, tanto com o exercício do direito ao voto, como com o direito a ser votada.

A seguir, com base no artigo intitulado: “O voto feminino no Brasil”, de Rodrigo Rodrigues Pereira e Teófilo Tostes Daniel abordaremos o voto feminino no mundo e no Brasil, em breves linhas, sem a intenção de esgotar o assunto.<sup>11</sup>

10 BRITO, Maria Noemi Castilho. Gênero e cidadania: referenciais analíticos. *Rev. Estud. Fem.*, v. 9, n. 1, p. 291-298, 2001. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2001000100017>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/m7gc5gR8tTmN9RcQmcfSQR/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 09 dez. 2020.

11 PEREIRA, Rodrigo Rodrigues; DANIEL, Teófilo Tostes. *O voto feminino no Brasil*. [S. l.: s. n., 199-?]. *passim*.

A Nova Zelândia foi o primeiro país do mundo a reconhecer o direito ao voto feminino, em 1893. Em 1902, com algumas restrições a Austrália concedeu o direito do voto às mulheres.

A Finlândia foi o primeiro país europeu a conceder o voto feminino, em 1906.

No início do século XX os protestos públicos de mulheres se intensificaram e resultaram em várias prisões das ativistas, que eram denominadas de “sufragettes”. Em 1918, na Inglaterra foi dado o direito de votar às mulheres inglesas com mais de 30 anos, e dez anos mais tarde a idade foi reduzida para 21 anos.

Em 1916, Jeannette Rankin é eleita a primeira mulher para o Congresso norte-americano, pelo Estado de Montana. Em 1920 proibiu-se a discriminação política, com base no sexo, nos Estados Unidos da América.

Na América Latina o primeiro país a reconhecer o voto feminino foi o Equador, em 1929.

A fundadora da “Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, Bertha Lutz, tornou-se Secretária do Museu Nacional do Rio de Janeiro em 1919, mesmo ano em que criou a “Liga para a Emancipação Intelectual da Mulher”.<sup>12</sup>

Várias conquistas em relação à inserção do trabalho das mulheres ocorreram neste período, mas sabemos que as mulheres ainda enfrentam muitas barreiras no mercado de trabalho.

A participação política também ainda é muito pequena, nas representações dos poderes da República Federativa do Brasil, mas a luta é contínua para a ocupação de mais postos pelas mulheres.

Por fim, destacamos que a [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988](#), foi um avanço nos direitos das mulheres, em vários seguimentos, como a inserção das mulheres no mercado de trabalho, várias leis e ações surgiram para combater a violência contra as mulheres, no papel da mulher na instituição família e também em relação à participação política, ao efetivo exercício da cidadania.

## 5 CONCLUSÃO

O presente capítulo tem por objetivo refletir sobre o direito das mulheres em breves linhas históricas, com destaque ao exercício da cidadania e ao direito ao voto.

Analisamos os conceitos de igualdade e liberdade do ponto de vista filosófico, que são fundamentais para a existência de um Estado Democrático e para tratarmos do conceito de cidadania, em especial ao exercício da cidadania pelas mulheres, com foco na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Conforme o disposto no artigo 205, da Constituição da República Federativa do Brasil destacamos o papel da família, da sociedade e do Estado para o pleno desenvolvimento dos homens e, se qualquer um desses agentes falhar, haverá reflexos negativos na sociedade, surgindo a violência, as agressões, os crimes e os conflitos sociais, nos mais diferentes graus.

<sup>12</sup> PEREIRA, Rodrigo Rodrigues; DANIEL, Teofilo Tostes. *O voto feminino no Brasil*. [S. l.: s. n., 199-?]. *passim*.



Para que tenhamos um verdadeiro Estado Democrático é fundamental que homens e mulheres sejam educados para agir com liberdade, de forma cidadã e através da realização de atos justos para que a nossa sociedade seja verdadeira harmônica e promova a igualdade entre os seres humanos.

Por fim, destacamos que a [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988](#), foi um avanço nos direitos das mulheres, em vários seguimentos, como a inserção das mulheres no mercado de trabalho, várias leis e ações surgiram para combater a violência contra as mulheres, o papel da mulher na instituição família e também a participação política, ao efetivo exercício da cidadania.

A luta continua para a concretização da igualdade entre homens e mulheres na sociedade brasileira e para inserção cada vez maior das mulheres nos espaços públicos e com respeito aos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

ARENDDT, Hannah. **O que é política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômacos**. 3. ed. Brasília: UnB, 1999.

BARRETO, Gabriella Pereira Barreto. **A evolução histórica do direito das mulheres**. Disponível em: <https://gabipbarreto.jusbrasil.com.br/artigos/395863079/a-evolucao-historica-do-direito-das-mulheres>. Acesso em: 09 dez. 2020.

BERTOLIN, Patrícia; ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. **Mulher, sociedade e direitos humanos**. São Paulo: Rideel, 2010.

BRITO, Maria Noemi Castilho. Gênero e cidadania: referenciais analíticos. **Rev. Estud. Fem.**, v. 9, n. 1, p. 291-298, 2001. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2001000100017>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/m7gc5gR8tTmN9RcQmcfstQR/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 09 dez. 2020.

LIMONGI, Fernando; OLIVEIRA, Juliana de Souza; SCHMITT, Steganie Tomé. Sufrágio Universal, mas... só para homens. O voto feminino no Brasil. **Rev. Sociol. Polit.**, v. 27, n. 70, e003, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/1678-987319277003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/FYkrhym6TpRzRf78q7F7Mmq/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 09 dez. 2020.

PEREIRA, Rodrigo Rodrigues; DANIEL, Teófilo Tostes. **O voto feminino no Brasil**. [S. l.: s. n., 199-?].

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

# CAPÍTULO 9

## POLITIZAÇÃO FEMININA A INSERÇÃO DAS MULHERES NA POLÍTICA

Sidneia Catarina Tobias

Este capítulo tem o intuito de esclarecer e encaminhar uma possibilidade de solução para a politização da mulher e toda a história de luta pelas conquistas que ainda não chegaram à isonomia esperada, mas a conscientização vem aumentando e estamos no caminho esperado, porém ainda é preciso que o padrão de justiça da eficiência seja moldado por todos e não por apenas um gênero. Quando chegarmos a esse patamar, nenhuma cota ou lei será necessária mais para garantia de direitos.

Nossos atos, nossas escolhas, nossas isenções, são passíveis de todas as consequências possíveis. Em uma sociedade patriarcal, é óbvio que o homem vai favorecer a si mesmo. A criação e o meio o colocam como protagonista, onde ele lidera e é responsável por tudo e todos. Essa ideia praticada ostensivamente nos meios sociais, não levou em conta a igualdade até essa ser imposta por lei recentemente. A mulher só começou a ter voz e lugar a partir da [Constituição de 1988](#). Porém, conhecendo o mínimo da História da Humanidade, é possível afirmar que a Mulher é o ser humano mais político que sobrevive no planeta Terra, onde a desigualdade lhe foi imposta. Esse é o paradigma da eficiência brasileira. O padrão de justiça criado no Brasil não inclui as mulheres.

Houve avanços e retrocessos durante a História da Humanidade em relação a Mulher, mas sua participação nas decisões dos rumos da sociedade já passou nas mãos de rainhas, faraós mulheres, primeiras-ministras e presidentes femininas com o padrão de justiça, e sua eficiência sempre atenuando a desigualdade entre homens e mulheres. Quando não apagadas dos registros, elas sofreram todos os reveses e dificuldades não sofridas pelos homens. Esta desigualdade não está prevista em nenhuma lei democrática ou religiosa, pelo menos não mais, mas, mesmo assim a mulher precisa provar ser tão eficaz e até além do que qualquer gênero.

A partir da Bíblia ou a partir da História, a mulher sempre foi metade ou maioria da população mundial. Poucos períodos tratam com igualdade as mulheres, todavia muitas passagens bíblicas revelam diferente: “Não há judeu nem grego, escravo nem livre, homem nem mulher; pois todos são um em Cristo Jesus. (Gálatas 3:28), ou “Pois em Deus não há parcialidade.” (Romanos 2:11), ou então “E, abrindo Pedro a boca, disse: Reconheço por verdade que Deus não faz acepção de pessoas; Mas que lhe é agradável aquele que, em qualquer nação, o

teme e faz o que é justo.” (Atos 10:34,35), ou “Mas, se tratarem os outros com parcialidade, estarão cometendo pecado e serão condenados pela Lei como transgressores.” (Tiago 2:9).

Somente nossa [Constituição de 1988](#), tornou lei a igualdade. O art. 5º, caput e inciso I, determina: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;” O art. 226 determina que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Hoje quase metade dos lares brasileiros são sustentados por mulheres, de acordo com levantamento da Consultoria IDados, realizado com base nos números do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). De 10 milhões em 1996, foram para 18 milhões em 2006. Em 2018, última data do levantamento do IBGE, as chefes de família chegaram a 34,4 milhões. A pesquisadora do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Luana Simões, acredita que os números são devido a ocupação feminina. “As mulheres ocupam um espaço cada vez maior do mercado de trabalho e vêm alcançando maiores remunerações, apesar de a desigualdade salarial entre gêneros ainda persistir. Por isso, contribuem cada vez mais com a renda das famílias”, explicou a pesquisadora.

O Ipea aponta na matéria: *Quase metade dos lares brasileiros são sustentados por mulheres* do Estado de Minas, que entre 2014 e 2019, quase 10 milhões de mulheres assumiram o posto de gestora da casa, enquanto 2,8 milhões de homens perderam essa posição no mesmo período. “A participação feminina entre os chefes de domicílio evolui desde 2012, ao passo que a masculina cai. Mas cresceu especialmente durante a crise, porque na recessão, os homens sofreram mais com a perda de emprego e com a redução salarial, fazendo com que mais mulheres se tornassem as responsáveis por prover a renda de casa”, explicou a pesquisadora da consultoria IDados Ana Tereza Pires.

Ainda na mesma matéria utilizando dados do Ipea, 43% das mulheres que são chefes de domicílio hoje no Brasil vivem em casal – sendo que 30% têm filhos e 13% não. Já o restante das 34,4 milhões das responsáveis pelo lar se dividem entre mulheres solteiras com filho (32%), mulheres que vivem sozinhas (18%) e mulheres que dividem a casa com amigos ou parentes (7%). A conclusão da repórter é que além delas responderem por 43,8% dos brasileiros que estavam trabalhando em 2018, elas ainda ganham 20,5% a menos que os homens. Isso nos faz lembrar de comunidades comandadas por mulheres: as matriarcas.

## MATRIARCAS

Existem comunidades matriarcais no reino animal, como a das abelhas, formigas (todos hymenopteros), das formigas-brancas ou cupim, elefantes, suricatos, saguis e baleias. Ou seja, há naturalidade na mulher ser

a chefe e a líder de sociedades, e há fatores históricos que corroboram a mulher na política. A mulher líder. O Matriarcado existe em quatro sociedades e não há criminalidade nesses lugares. Um deles é Minangkabau, Indonésia. De acordo com as matérias sobre o assunto publicada no portal Uol, essa é a maior sociedade matriarcal do mundo com cerca de 4 milhões de pessoas. Lá as mulheres são donas de todas as propriedades e têm o direito de herança por elas. A mãe é a figura central da sociedade. Lá os homens cuidam da política e as mulheres do lar, contudo ambos são tratados iguais, têm a mesma importância. Os líderes são homens escolhidos por mulheres e podem ser depostos dependendo da atuação.

Na China, na divisa com o Tibete, fica Mosuo onde a comunidade milenar sempre foi chefiada por mulheres que tomam todas as decisões. Não existe a palavra “pai” na comunidade. Também não existe guerra, assassinato e estupro. As mulheres podem fazer o que querem sem julgamentos. Lá não existem prisões. Na Índia, em Garo, no estado de Meghalaya, é outro local matriarcal que quando as mulheres se casam, é o homem quem adota o nome da mulher e vai viver na casa da sogra com a esposa. Já na República Democrática do Congo, em Aka, os filhos são criados igualmente por mães e pais. Lá, enquanto os homens cozinham, as mulheres caçam. Elas mandam em tudo na tribo. Uma curiosidade é que os homens passam cinco vezes mais tempo com seus bebês do que em qualquer outra sociedade.

Concretamente restaram na história egípcia cerca de 10 faraós femininas, mas eram muito mais. Os seus sucessores sempre trabalharam para “apagá-las” completamente. As com registros comprovados são: Hatchepsut (a mais poderosa), Arsínoe IV, Berenice IV, Cleópatra, Cleópatra Berenice, Cleópatra III, Cleópatra IV, Cleópatra V, Cleópatra VI e Tausserte. A mais conhecida é Cleópatra. Inteligente, de caráter e carisma notórios, mas diferente dos filmes e livros, tinha uma beleza comum. Ela se preocupava com o bem-estar público, falava árabe e egípcio. Mesmo poderosa e praticante de políticas públicas, gastou 50% da riqueza em beleza, mas era uma química poderosa, dona de fábrica de perfumes com receitas próprias.

Já Hatchepsut, era Filha de Tutmés I, que a designou como herdeira. Mas para reinar teve de se casar com o irmão Tutmés II e conformar-se com um papel secundário por um período até a morte do esposo. Aos poucos ela assumiu o poder e tornou-se faraó. No Antigo Egito, esse líder tinha o poder absoluto com autoridade política e religiosa, no entanto a função era natural para ser realizada por homens. Ela herdou o título de Esposa de Deus. Para ela, era natural que fosse faraó, já que seu pai sempre a incentivou e disse que ela seria sua sucessora. Hatchepsut cresceu com o reinado na mente e no coração. Ela se submeteu mais uma vez ao outro meio-irmão Tutmés III, antes de aos 25 anos, assumir a regência e adotar o título de faraó. Ela foi coroada. Não era apenas ambição e não era um projeto de poder. Ela queria realizar o desejo do pai e o seu próprio. Ela fez tantos templos, artes e obras contando sua história, para não ser apagada e esquecida. Esse ato raro foi apoiado pela classe responsável pela condução do Egito, juntos aos nobres e os tão poderosos sacerdotes que não acreditavam que uma criança daria conta de consolidar um império. Para conseguir tal feito, a estratégia

elaborada para que Hatchepsut fosse aceita pelo povo e legitimada foi vestir-se com atributos femininos: barba real, saiote e a cobertura divina do faraó.

Provavelmente, o que funcionou de fato foi a teogamia, ou seja, a ideia de que a rainha era filha da sua mãe com o deus Amon, a principal divindade do panteão egípcio na XVIII. Assim, ela foi aceita e recebeu as bênçãos de todos os deuses e foi a que por mais tempo reinou no Egito, foram mais de 20 anos. Hatchepsut foi responsável pelas condições que permitiram o país viver no apogeu. Mesmo assim, a rainha, um dos faraós mais importantes que já existiu, não consta na Lista real de Abido que mostra todos os soberanos daquele local.

Mas ao redor deste reino cheio de mistérios, uma civilização composta por muitas tribos vivia em igualdade de gêneros. Os celtas, que inclusive tiveram a rainha Boudica da tribo dos icenos, que liderou uma ofensiva contra os romanos, e mesmo perdendo, foi descrita pela história como uma mulher de muita capacidade de comando. Os celtas não faziam diferenciação. Homens e mulheres tinham o mesmo status e poder. Ambos treinavam para a guerra, podiam fazer o que bem quisessem com os bens herdados, sempre foram descritas como insubmissas aos homens, além de livres e sem sofrerem nenhuma discriminação, mesmo se divorciando e mudando de status. Desta civilização conhece-se principalmente: os batavos, belgas, bretões e gauleses.

Voltando para anos mais perto de nós, vamos à Inglaterra onde teve início a luta da mulher moderna por seus direitos perdidos, esquecidos e apagados na história. As inglesas, no início do ano 1910, começaram a luta pelo direito ao voto. Conhecidas como sufragetes, elas realizaram grandes manifestações em Londres, foram presas diversas vezes e até elaboraram uma greve de fome. Talvez o mais marcante ato tenha sido quando Emily Davison se jogou na frente do cavalo do rei e morreu, isso em 1913, na corrida de cavalo em Derby. Apenas cinco anos depois o direito ao voto foi reconhecido no Reino Unido. Nesta época, o mesmo acontecia no Brasil com a bióloga e cientista renomada Bertha Lutz, à frente das reivindicações pelo direito de as mulheres exercerem a cidadania em 1910.

Esses dados, do artigo Dossiê Teoria Política Feminista – feminismo, história e poder, de Céli Regina Jardim Pinto, dão mais informações sobre as sufragetes brasileiras. Bertha Lutz foi uma das que fundaram a Federação Brasileira pelo Progresso Feminino. Esta organização fazia campanha pública pelo direito da mulher de escolher seus governantes e, em 1927, entregou um abaixo-assinado ao Senado. Esse pedia a aprovação do direito de voto às mulheres por meio do Projeto de Lei, do senador Juvenal Larmartine. Mas, como sabemos, a conquista veio parcial cinco anos depois no Novo Código Eleitoral Brasileiro.

Nesse período ainda existia a “União das Costureiras, Chapeleiras e Classes Anexas”. Ela cita Pinto, 2003, p. 35, sobre um manifesto de 1917: “Se refletirdes um momento, vereis quão dolorida é a situação da mulher nas fábricas, nas oficinas, constantemente amesquinhas por seres repelentes”. Depois disso, foram mais cerca de 13 anos de luta antes de mais uma vez a luta ser descaracterizada e esquecida, voltando 30 anos depois

na década de 1960. Porém, não houve um total esquecimento por causa do livro “Segundo Sexo”, de Simone de Beauvoir, de 1949. É dela a tão conhecida frase: “não se nasce mulher, se torna mulher”.

Décadas depois, em 1976, o Círculo da Mulher em Paris mostrou a realidade da época por meio de uma Carta Política e mais uma vez, Célia cita Pinto:

Ninguém melhor que o oprimido está habilitado a lutar contra a sua opressão. Somente nós mulheres organizadas autonomamente podemos estar na vanguarda dessa luta, levantando nossas reivindicações e problemas específicos. Nosso objetivo ao defender a organização independente das mulheres não é separar, dividir, diferenciar nossas lutas das lutas que conjuntamente homens e mulheres travam pela destruição de todas as relações de dominação da sociedade capitalista.<sup>1</sup>

Pulando mais alguns anos, chegamos a 1984 com a criação do Conselho Nacional da Condição da Mulher (CNDM). Sua titular era considerada uma ministra e junto com o Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA), de Brasília, realizaram uma forte campanha pelo Brasil de inclusão dos direitos das mulheres na nova carta constitucional. Tudo isso valeu a pena, porque a [Constituição de 1988](#), está entre as melhores na garantia dos direitos femininos. Os presidentes que vieram em seguida tiraram a importância do Conselho. Até que surgiu a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, valendo como um ministério e o Conselho voltou a ser o que era.

Perto de começarmos o século XXI, mais mudanças no foco da luta pelas mulheres. Desta vez, por meio de Organizações Não-Governamentais (ONGs), a luta era intervir junto ao Estado para criação de medidas protetoras para as mulheres e espaço para igualdade de participação política. Fato que arrastamos até hoje sem uma resolução concreta. A principal luta ainda é contra a violência doméstica e por igualdade política. Vem daí as Delegacias Especiais da Mulher e a Lei Maria da Penha ([Lei n. 11 340, de 7 de agosto de 2006](#)). A partir daí a mulher ganhou aparatos e amparos jurídicos para se livrar da violência. Hoje a questão é ainda aquém do que deveria, porque o gênero feminino é, na maioria das vezes, usado nas cotas e para fundo específicos sem ter real representatividade.

Célia Pinto ainda levanta as seguintes questões em seu artigo:

Uma das questões mais centrais quando o tema é a presença da mulher na arena pública de decisão, em geral, ou na política, em particular, é a seguinte: que mulheres queremos nos cenários políticos? Todas as mulheres, independente de classe, posição política, comprometimento com as questões de reconhecimento das minorias sem poder? Ou estamos lutando para elegermos nos parlamentos e nas posições-chave de poder, mulheres feministas que defendam as grandes causas do movimento?<sup>2</sup>

A partir destas questões, pressupõem-se que as poucas mulheres eleitas defenderiam a causa da mulher, ou seja, espaço, igualdade salarial, igualdade de gênero e respeito, mas a relutância da maior parte do eleitora-

1 PINTO, Célia Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003. p. 54.

2 PINTO, Célia Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

do composto de 52% a 54%, por mulheres votarem em mulheres, revela o fato de tão baixa representatividade. Mas, a candidatura de mulheres também é mínima, que é possível contar a quantidade de mulheres eleitas em Campo Grande, Mato Grosso do Sul (apenas uma) entre as 282 ou 34,6%, das candidatas diante dos 65,4% ou 533 homens, dos quais é preciso calcular quantos foram eleitos (30 incluindo a reeleição do prefeito). O preparo é um dos fatores ou seria o despreparo? Já em relação às eleitoras da Capital Morena, são 331.490 (54,12%) contra 280.997 (45,88%), de homens. As discrepâncias são grandes e ainda a questão dos 30% da cota é distorcida, porque não é para mulheres, é por gênero. Como fazer as brasileiras se interessarem mais por política e se envolverem?

Com o crescimento das mulheres candidatas, falta o aumento de preparo dessas, porém, o que falta realmente é preparar os eleitores e, principalmente, as eleitoras que são maioria em toda parte do Brasil. Essa é a Justiça e o padrão de eficiência? A consciência política seria um primeiro passo, mas as eleitas, como diz Célia Pinto, estarem “em um quadro maduro de concorrência eleitoral, é muito revelador da posição ocupada pela mulher no espaço público da sociedade”. A fala é diferente onde os movimentos feministas tiveram uma longa história. Nesses locais, o número de mulheres candidatas e eleitoras preparadas é expressivo em todos os Poderes: Judiciário, na disputa eleitoral, Executivo e Legislativo.

Não é muito comum para pessoas sem atributos descritivos representarem uma perspectiva. [...] Um homem asiático-americano que cresceu em um bairro predominantemente afro-americano, que tem muitos amigos afro-americanos e que trabalha em um serviço comunitário com afro-americanos, por exemplo, pode ser capaz de representar uma perspectiva afro-americana em muitas discussões, mas a maioria dos homens asiático-americanos não poderia, porque eles são muito diferentemente posicionados.<sup>3</sup>

A reflexão óbvia que amedronta homens no poder e toda a estrutura criada nas instituições sociais é a mudança de comportamento da mulher quando pode fazer o que bem entender. Quando ela entende que quando assume um posto visado diante das classes, gênero e etnia, por exemplo, a mera sugestão de igualdade parece afrontar nossa sociedade que tanto lutou para manter a desigualdade entre ricos e pobres, reproduzida em todas as esferas da sociedade brasileira. Há abismos por toda parte impossibilitando a máxima da lei brasileira: todos são iguais perante a lei. Junto a isso, há uma deturpação a qual os direitos das pessoas mais pobres são retratados como favores e reforçados por quem não necessita. As leis são tratadas como benefícios.

Os termos reducionistas utilizados formam personagens superficiais presos a estereótipos, que muitas vezes, eles mesmos acreditam e reproduzem. Isto foi analisado por Butler no livro: Problemas de gênero.

Se alguém ‘é’ mulher, isso certamente não é tudo o que esse alguém é; o termo não logra ser exaustivo, não porque os traços pré-definidos de gênero da ‘pessoa’ transcendam a parafernália específica de seu gênero, mas porque o gênero nem sempre se constitui de maneira coerente ou consistente nos diferentes

3 PINTO, Célia Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

contextos históricos, porque o gênero estabelece interseções com modalidades raciais, classistas, étnicas, sexuais e regionais de identidades discursivamente constituídas.<sup>4</sup>

Essa análise conversa com a já citada Young, que descreve sobre a rigidez desta situação de conceito de diferença. Para ela, a separação em grupos une semelhantes e nega haver semelhança com quem não é do grupo, além disso há negação também que há elementos de diferenciações graduais entre os membros do mesmo grupo. A autora ainda levanta três formas de representação: interesse, opinião e perspectiva dentro da Justiça e padrão de eficiência de cada grupo formado. Porém, só o fato de caracterizar estas representações, já enfatiza a diferenciação entre amigos, grupos e familiares.

Young<sup>5</sup>, explica que interesse é o que afeta ou é importante para a perspectiva de vida dos indivíduos ou para os objetivos das organizações e tem um fim específico. Já a opinião, ela descreve como princípios, valores e prioridades de uma pessoa que condiciona seus julgamentos sobre quais políticas devem ser perseguidas e que fins atingidos. Para finalizar, a autora afirma que perspectiva são experiências diferentes, histórias e conhecimento social derivados de suas posições na estrutura social. Na página 136, Young destaca que diferenciação é sinônimo de perspectiva. O mesmo trecho chama atenção de Célia Pinto.

Contrariamente àqueles que pensam que políticas de diferenciação de grupos somente criam divisão e conflito, eu argumento que diferenciação de grupo oferece recursos para um público comunicativo democrático que objetiva a justiça, porque pessoas diferentemente posicionadas têm experiências diferentes e conhecimento social e histórico derivado deste posicionamento, e eu chamo isto de perspectiva.<sup>6</sup>

A estrutura de dominação na qual está inserida a mulher no Brasil, influencia diretamente seu posicionamento e participação na vida política. O acesso a direitos e a desigualdade social ficam em um abismo gigantesco tentando excluir as mulheres. Assim, fortalecendo o processo de assimilação de padrões comportamentais, ou seja, um papel secundário. A Revista Escola, esclarece a desigualdade de gênero, que afirma que trata-se de como as relações sociais enquadram em padrões o comportamento esperado de cada sexo. Não se trata de sexo biológico. Mas essa desigualdade equilibrada com medidas judiciais protetivas é teoricamente igual ao exterior. Porém, na prática o número de mulheres violentadas, estupradas e mortas por maridos, namorados, e ex está apenas aumentando. No entanto, o aumento estático é resultado do aumento de denúncias, mas ainda é insuficiente. A eficácia está na resposta imediata das autoridades e na preservação físico-psicológica da vítima. Há lei sobre botão do pânico, medida protetiva de distanciamento, e por falta de fiscalização e eficiência, óbitos e óbitos vêm acontecendo de forma brutal. Nossa [Constituição de 1988](#), é um exemplo mundial, mas infelizmente só teoricamente.

4 BUTLER, J. **Problemas de gênero**. Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

5 YOUNG, I. M. **Inclusion and democracy**. Oxford: Oxford University, 2000.

6 PINTO, Célia Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.



Aqui, traz-se novamente Simone de Beauvoir, no seu livro *O Segundo Sexo*, utilizada para explicar na matéria da Revista Escola já citada a frase:

Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam o feminino.<sup>7</sup>

Ela reforça, que gênero é uma performance ensinada para o comportamento das pessoas na sociedade, principalmente, do homem e da mulher, do rico e do pobre. O que dificulta termos um parâmetro real válido sobre o padrão da justiça e sua eficiência, levando em consideração já ser manipulado e condicionado a um pré-estabelecimento de ações e funções onde não há igualdade, e portanto, não há justiça. É preciso um passo por vez e para isso é preciso buscar e aceitar conhecimento, além de vivências e diálogos. Por exemplo, o vestibular 2020, da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB), trouxe o tema: **“Só existe justiça onde a equidade opera. Igualdade não é justiça!”**

A pesquisadora da área de Direito Humanos e professora da UESB, Luciana Silva, explica que enquanto a igualdade traz que todos devem ser tratados de forma igual, a equidade indica que, para atingir a igualdade, as desigualdades precisam ser levadas em consideração. Por isso a importância da política de cotas e proteção especial para as minorias. Ou seja, precisamos trazer à tona as desigualdades, o que significa equidade, e depois sim, a igualdade. A professora ainda analisa que minoria nunca foi um conceito relacionado à quantidade. Ela lembra, em reportagem na revista eletrônica da UESB, que nas Ciências Sociais, as minorias são grupos marginalizados e inferiorizados, enquadrando drasticamente as mulheres. Silva cita ainda a Constituição Federal de 1988, objeto onde temos referência para a Justiça e o padrão da eficiência. “Apesar da Constituição Federal determinar que todos são iguais perante a lei, trazendo o imperativo da igualdade, é preciso que as diferenças entre as pessoas sejam observadas.”<sup>8</sup>

Sobre as discussões do assunto, Silva ainda orienta a possibilidade de discutir políticas específicas de proteção das minorias e as resistências de implementação das mesmas, como forma de manutenção das assimetrias. Aqui, lembro do presidente Africano, Nelson Mandela, o Madimba, que em 2 de julho de 2005, em um ato contra a pobreza na Praça Mary Fitzgerald de Johannesburgo, maior cidade da África do Sul e capital da província de Gauteng disse:

Vivemos em um mundo em que os conhecimentos e a informação avançaram a passos gigantes, porém milhões de crianças não vão à escola. Vivemos em um mundo em que a epidemia de Aids põe em perigo o próprio tecido de nossas vidas, mas gastamos mais dinheiro em armas do que para garantir o tratamento e o apoio para as milhões de pessoas infectadas com HIV. É um mundo de grandes promessas e

7 BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. A Experiência Viva. v. 2. Tradução Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira. 1999.

8 MORAES, Patrick. O que poderia ser abordado na redação do vestibular. Entrevistadas: Luciana Silva e Gabriela Silveira. *Revista Eletrônica da UESB*, 02 fev. 2020. Disponível em:

<http://www2.uesb.br/revistaeletronica/o-que-poderia-ser-abordado-na-redacao-do-vestibular-2020/>. Acesso em: 02 nov. 2020.

esperanças, mas também é um mundo de desesperança, enfermidade e fome. A eliminação da pobreza não é um gesto de caridade. É um ato de justiça.

Voltando a Beauvoir, o estatuto de segundo sexo, imposto e interiorizado às mulheres, só enfatiza o justificado e falado desde as últimas gerações: a mulher sofre todo tipo de restrição na sociedade e o homem aproveita todo tipo de liberdade. Por isso, conhecimento e politização é poder, é liberdade. Assim, a sociedade comportamentalmente vem oprimindo a mulher a esse segundo espaço, a essa minoria marginalizada, morrendo diariamente nas mãos da própria sociedade cultivadora do machismo e fruto do paternalismo. Esses padrões exploram o trabalho feminino que, de acordo com dados de 13 anos atrás utilizados na revista Brasil Escola, naquela época, a mulher trabalhava só em afazeres domésticos cerca de 22 horas semanais. Estamos falando da mulher italiana. Lá seriam três jornadas de trabalho. Se fosse remunerado, a receita para o país seria aproximadamente de 10 trilhões de dólares por ano, equivalente a 13% do Produto Interno Bruto (PIB) do mundo todo.

Como esperar a politização de mulheres, tanto eleitoras, quanto políticas eleitas, diante de tantos obstáculos, além das constantes violências sofridas? Pesquisa do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese), indicou que no 4º trimestre de 2019, as mulheres receberam salários menores que os dos homens, mesmo ocupando cargos iguais e ainda que o desemprego entre elas é maior. O estudo mostra que em Mato Grosso do Sul, 8,4% delas estão sem emprego, enquanto eles estão em 5%. No estado elas ganham -30% do que eles. De todo o Centro Oeste, MS tem os piores números no qual as mulheres recebem uma média de R\$ 1.820,00, enquanto os homens cerca de R\$ 2.051,00. São ainda 46,1% do trabalho formal, mesmo passando de 52% de eleitoras, de acordo com o TRE (Tribunal Regional Eleitoral) e 37,2%, são de mulheres empregadas que não contribuem com a Previdência Social. No Brasil, os dados mostram que o desemprego para elas é de 13,1%, enquanto para eles é de 9,2%. O agravante é que 37% delas estão “desocupadas” há mais de 1 ano, mas em busca de ocupação.

Os direitos vêm sendo conquistados sim, mas a fiscalização e a conscientização são mínimas. O desrespeito às mulheres é estampado em violências inomináveis diariamente em todos os jornais do Brasil. A quantidade de mulheres mortas covardemente por companheiros e ex-companheiros ou por rejeitados ao quererem algum tipo de relação, são as principais notícias a aterrorizar o cotidiano de tantas mulheres infelizmente aguardando o momento de serem vítimas de alguma violência seja ela de onde for.

No local de trabalho há muito preconceito e discriminação também. Não apenas assédios, importunações sexuais e crimes mais graves, mas também no salário. Mulheres ocupando os mesmos cargos, segundo dados do DIEESE, ganharam R\$ 29,00 por hora enquanto os homens receberam R\$ 40,00. Além disso, entre dez diretores e gerentes, apenas quatro são mulheres. Se compararmos ao padrão de igualdade exigido pela nossa Constituição, inclusive no lar e criação dos filhos, também pode ser considerado inexistente, já que gastaram

95% mais tempo com tarefas domésticas e cuidados com os filhos que os homens. Isto dá uma média de 541 horas a mais por ano ou 68 dias, na jornada de trabalho normal de 8 horas/dia.

As poucas provas de existência de sistemas sociais de equidade ou matriarcados já citadas foram estudadas a fundo pela mestre em ciências sociais, Marcele Juliane Frossard de Araújo. No artigo publicado sobre o tema Matriarcado e acessado no dia 02 de novembro de 2020, ela explica o significado do termo da seguinte forma:

designa sociedades que foram social, econômica, política e culturalmente criadas por mulheres. Essas sociedades não são espelhos das sociedades patriarcais, invertendo o gênero dominante. São igualitárias no que se refere ao gênero, mesmo quando as mulheres estão na liderança.<sup>9</sup>

Referência para tratar do tema, o grupo “Modern Matriarchal Studies” (Estudos Matriarcais Modernos) foi a escolha de Frossard para ter respaldo no assunto. Ele informa que a principal pesquisadora deste grupo é a alemã Heide Göttner-Abendroth. Esse grupo não busca sociedades criadas por meio do poder feminino.

A palavra grega ‘arché’, que compõe a etimologia das palavras patriarcado e matriarcado, possui dois significados: dominação e início. Os estudiosos do patriarcado preferem o uso do significado dominação, e esta talvez seja a causa de desacreditarem da possibilidade de sociedades matriarcais, porque buscavam sociedades lideradas por mulheres, como base no poder de dominação. Os estudos recentes sobre matriarcado utilizam o segundo significado, traduzindo a palavra como ‘as mães do começo’.<sup>10</sup>

Dentro dessa linha é muito mais fácil entender o motivo da maioria das mulheres na liderança, por conquista solitária e por meio de eleição, mudar o ambiente ao qual estão inseridas e expandir a mudança. A autora, Frossard, reflete sobre o significado dado pelos estudiosos. Ela diz que esse significado permite pensar nas mulheres como mães no sentido biológico e como mães no sentido cultural, enquanto criadoras do início, do começo. “Por esta virtude, de dar a luz, de fazer nascer, as mulheres são detentoras de um poder que é superior ao poder de dominação, característico do patriarcado, o poder da criação.”<sup>11</sup>

Trazendo a Justiça para um outro padrão de eficiência, focado no poder de criação da mulher, pode-se falar da evolução histórica feminina a partir das conquistas na legislação civil dentro de tudo que foi falado até agora. Desde o direito romano vem se pregando a inferioridade da mulher deixando ficar entendido que ela é incapaz juridicamente. Colocada como acessório, adorno e mero objeto, ela era posse do pai, depois do marido e, se viúva, era propriedade da família do pai do marido morto. Graças a conscientização e luta das mulheres tudo foi melhorando na legislação. Primeiro com o Estatuto da Mulher Casada, que mesmo sendo ainda um absurdo, melhorou os direitos femininos alterando o Código Civil. Isso resultou nas Consolidações das Leis do Trabalho e da Leis da Previdência Social, Cartas Magnas e, finalmente, na nossa [Constituição Federal](#).

9 ARAÚJO, Marcele Juliane Frossard de. **Matriarcado**. Disponível em: <https://www.infoescola.com/sociologia/matriarcado/>. Acesso em: 02 nov. 2020.

10 ARAÚJO, Marcele Juliane Frossard de. **Matriarcado**. Disponível em: <https://www.infoescola.com/sociologia/matriarcado/>. Acesso em: 02 nov. 2020.

11 ARAÚJO, Marcele Juliane Frossard de. **Matriarcado**. Disponível em: <https://www.infoescola.com/sociologia/matriarcado/>. Acesso em: 02 nov. 2020.

Esse resumo precisa dos detalhes do princípio. Toda esta trajetória veio evoluindo conforme o poder masculino aumentava, porque no princípio a divisão de tarefas era igual, enquanto um caçava e pescava o outro desenvolvia a agricultura e as tarefas domésticas. A mulher sempre fez o trabalho mais duro. A falta de discernimento religioso também impôs a separação entre o homem e a mulher. A desigualdade jurídico-social virou um abismo com o aumento individual da riqueza masculina, a monopolização da política e, claro, a perda do direito materno. Neste levantamento de Antonio Carlos Olivieri na revista eletrônica *Pedagogia e Comunicação* com o título *Mulheres – Uma longa história pela conquista de direitos iguais*, baseia-se nesta história e ainda reforça a educação diferenciada da mulher que a mesma aprendia a ser uma boa esposa e dona de casa. A mulher existia para servir ao homem. Enquanto este era educado para fazer o que quisesse e ser o poderoso.<sup>12</sup>

A mulher era vigiada pelo pai ou pelos irmãos e quando casava o pai passava a autoridade ao marido da filha. Havia, e há culturas, em que o marido escolhe o próximo marido da viúva, caso morra antes dela. Ele deixa escolhido. Em outros locais, quando morre o marido, a mulher é morta e enterrada junto ao esposo para continuar servindo este no outro mundo. A dominação sempre foi tão imensa, que a educação para a mulher já citada só começou em 1824, e era totalmente dedicada a trabalhos manuais como corte e costura, cânticos e instrução primária para ser professora. Nada de frequentar escolas masculinas por total discriminação. A instrução aos homens era de um nível mais elevado e a igreja acreditava que o convívio entre homens e mulheres provocava relacionamentos degenerados. Só no início do século XX isso mudou. Os indícios já vinham no fim do século XIX, quando em 1890 o [Decreto nº 181](#), retirou o direito do marido de bater na mulher e no filho, porém seguiu com o poder de domínio. No entanto, não foi de imediato como se sabe. A mulher não tinha emancipação no Código Civil de 1916, que também dava razão ao marido em caso de discordância no matrimônio, esse era o artigo 186. Alguns artigos depois, o 380, dá total poder ao pai sob o filho e, cinco artigos depois, a administração dos bens do filho. À mãe? Nada.

Voltando alguns artigos, o 240 resigna a mulher à escravidão. “A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família”. A mulher não tinha direito à personalidade. Realmente a mulher era tratada como escrava porque não podia, segundo dois artigos depois: Praticar atos que este não poderia sem o consentimento da mulher; alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis do seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens; alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem; aceitar ou repudiar herança ou legado; aceitar tutela, curatela ou outro múnus públicos; Litigar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251; exercer profissão; contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal e aceitar mandato.

Cerca de 16 anos depois, o [Código Eleitoral de 1932](#), começou a dar alforria às mulheres lhe concedendo o direito ao voto a partir dos 21 anos. Em 1934, com a Constituição Federal, mudou para 18 anos. Chegando a

12 OLIVIERI, Antonio Carlos. *Mulheres – Uma longa história pela conquista de direitos iguais*, da página 3 *Pedagogia & Comunicação*. Disponível em: <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/mulheres-uma-longa-historia-pela-conquista-de-direitos-iguais.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 02 nov. 2020.

1962, foi criada a controversa [Lei nº 4.121/62](#) (Estatuto da Mulher Casada). Aqui a mulher já não perde os filhos se contrair novas núpcias e também tem direitos e deveres com os filhos, porém ainda prevalece a vontade do marido em caso de discordância, não obstante, a mãe pode recorrer a um juiz para a solução da divergência. A mulher ainda não pode realizar sozinha “atos que o cônjuge está impedido de realizar sem a assistência da mulher”.

Tanta repressão e humilhação sofrida de todas as formas pela mulher, era a limitação da individualidade dentro da dominação do pai de família, julgador do certo, do errado, o futuro e destino da mulher e dos filhos. As necessidades individuais só eram importantes se fossem do pai. A importância da mulher era um bom casamento (com sobrenomes de poder e riqueza), o celibato ou a vida religiosa. O objetivo era aumentar patrimônio e moral familiar. Só não era possível dominar a mente da mulher, que segue na ânsia pela liberdade, pelo fim da desigualdade e pela equidade. O direito à escolha, o direito a amar e ser amada, de seguir seus sonhos, conquistas, suas batalhas e ter sua profissão. As mulheres de poder do último século eram exiladas ou simplesmente esquecidas pelas famílias, simplesmente por buscar a liberdade e a igualdade.

Unidas, as mulheres não só foram vias das conquistas das Constituições passadas como toda, principal motivo do muito que ainda estão conquistando. A liberdade que grita a cada crime extremo, ameaça conjugal ou conjunção carnal forçada por um ente supostamente querido, é por moral, intelectual, social, física e emocional. Pelo simples direito de ser um ser livre, pensante, com direito a decidir tudo sobre si mesma e seu destino. Assim, o voto é a melhor arma desarmando aquele pai, marido e irmão mais velho dominante de pouco tempo atrás e ainda ecoando drasticamente hoje.

Essa família conservadora era baseada apenas na transmissão de valores econômicos e sociais. Inexistia a preocupação de crescimento psicológico, emocional e cultural. Com este desagrilhoar feminino, as desculpas para como a mulher era tratada e ainda é de maneira velada e descarada, tentando seguir uma justiça e um paradigma da eficiência totalmente ineficaz e injusto ao que a definição de minoria descrita lá atrás, ainda cabe. O tratamento inferior com opressão, subordinação e a afirmação de fragilidade, além de incapacidade intelectual, soma-se a uma suposta situação econômica desfavorável da mulher. Pois bem, se a mulher não tinha permissão de ter uma profissão, sua situação econômica é a situação econômica da família. A sociedade determinou aceitando os papéis do homem e da mulher, obrigando educação e preparo diferenciado juntamente para manter a mulher com o papel de objeto e de “pedaço de carne”, de mero objeto sexual. Isso a sociedade patriarcal machista aceita, comanda e tenta perpetuar. Isso é totalmente invenção do homem, nem Deus, nem a ciência relega o papel de inferior e escravo a ninguém, pelo contrário.

Para reivindicar tais direitos, alguns acontecimentos históricos exigiam memória e comemoração marcada para a luta seguinte. A Revolução Industrial recorrente da Revolução Francesa, vem aí da Inglaterra e França aumentando a mão de obra feminina na indústria têxtil, de onde culminaram as conquistas em grupos,

na Grande Primeira Guerra 1914 – 1918, já colocavam a mulher em quase todas as profissões, injetando ainda mais consciência na mulher, enquanto o homem estava na guerra. Foi uma “bola de neve” reforçada na II Guerra Mundial de 1939 a 1945. A ação feminina revelou que a exclusão da mulher da sociedade a impedia de produzir riqueza e, conseqüentemente, participar efetivamente da mesma. Foi nesse período que surgiu no Brasil o Código Comercial, que a mulher conquista o direito de ser comerciante. Ou seja, atividades lucrativas são iguais às ações de poder. Roberta Maria Fernandes de Moura David, diz em seu texto: Mulher custe o que custar: vanguarda, transgressão e evolução legislativa:

A luta pela sobrevivência e o crescente desenvolvimento capitalista impeliram a mulher à participação direta na produção social, através da grande indústria mecanizada, que acelerou o processo de ascensão social e independência econômica das operárias, ampliando-lhes as perspectivas e criando novas condições de existência, infinitamente superiores ao confinamento patriarcal e artesanal pré-capitalista.<sup>13</sup>

Foi preciso provar na prática que não havia diferença de aptidão mental entre homens e mulheres. A produtividade feminina levou a agregar direitos e profissões. Isso inevitavelmente motivaria a real independência que ainda não existe de maneira plena. Mas nossa lei, em todas as Constituições, fortalece o princípio da igualdade da mesma maneira que não inclui as mulheres. Isso cria o padrão da eficiência da nossa Justiça. Em 1824, no artigo 178, XXII, diz: “A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.” A [Constituição de 1891](#), artigo 72, reforça que todos são iguais perante a lei. “A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho”. A mesma “frase jurídica” se repete no próximo século no artigo 113 da [Constituição de 1934](#), que mais uma vez diz que todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou do país, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas.

“Todos são iguais perante a lei”, se repete nas Constituições de [1937](#), [1946](#) e [1967](#), com a inclusão de credo religioso, convicções políticas e tal qual o sexo, afirmando que o preconceito de raça será punido pela lei. Em 1969, é igual. Mas, gradualmente a forma genérica foi sendo excluída até ser totalmente detalhada na nossa atual [Constituição de 1988](#).

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

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

A discriminação função do sexo acabou, certo? Sabe-se que não. Só ficou mais evidente mesmo a lei destacando a igualdade com o parágrafo único do artigo 183 que, finalmente, faz-se valer que o título de domínio

13 DAVID, Roberta Maria Fernandes de Moura. Mulher custe o que custar: vanguarda, transgressão, e evolução legislativa. *Conteúdo Jurídico*, 15 out. 2020. Temas diversos, interdisciplinar. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/21844/mulher-custe-o-que-custar-vanguarda-transgressao-e-evolucao-legislativa>. Acesso em: 16 nov. 2021.

e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei. O artigo 201, onde a pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedece ao disposto no § 5º e no art. 202. Ou ainda do artigo 226, amparando os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. O direito de ser mãe e trabalhar também está claramente amparado pelo artigo 7º: “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.”

A dependência total masculina, deveria ter acabado por lei. Mas, socialmente, é preciso praticar a legislação e fazer valer. Para tanto é preciso quebrar definitivamente o papel da justiça e o paradigma da eficiência. Não se trata de disputa ou “guerra de sexos”. É lei. É igualdade. É direito. Para funcionar é preciso consciência, é preciso conhecimento e, por fim, aplicação. Assim, faz-se necessário seguir o raciocínio do texto *Evolução histórica da mulher na Legislação Civil* quando cita Paulo Luiz Netto Lôbo com um princípio de duas dimensões:

- a) igualdade de todas perante a lei, a saber, a clássica liberdade formal, que afastou os privilégios medievais dos estamentos e dos locais sóciojurídicos (corporações de ofício ou guildas), e dotou todos os homens de direitos subjetivos iguais, ou seja, aqueles que a lei considera iguais;
- b) igualdade de todos na lei, amplificando o alcance, para vedar a discriminação na própria lei, como por exemplo a diferenciação entre direitos e deveres de homens e mulheres, na sociedade conjugal.<sup>14</sup>

Com isso, a própria mulher precisa se libertar desse papel imposto e apoiado por lei por tanto tempo. Esse chamado conservadorismo nada mais era que dominação e escravização sem uma evolução evidente do núcleo individual e familiar. Por isso, o mesmo texto citado agora há pouco, relata que as normas jurídicas afirmando igualdade entre os sexos, preconceitos de toda a ordem determinam comportamentos retrógrados. Dessa forma, a lei se torna ineficaz quando preceitos legais mascaram injustiças que acontecem em plena luz do dia. Ou seja, enquanto não prepararmos a sociedade para indivíduos iguais, seja convivendo em família, em grupos ou sozinhos, as leis serão apenas punitivas e não disciplinares capazes de ensinar a igualdade e o extermínio da desigualdade entre os sexos. Nossa sociedade atual reclama do conservadorismo e ao mesmo tempo ostenta pessoas em busca de riqueza e conforto em troca da própria identidade. Trilhamos o caminho antigo do ópio com outras drogas e bebidas alcoólicas nos levando a aceitação ou negação da realidade que ajudamos a manter.

Isso não significa um ocupar o papel do outro porque não há papéis. É o respeito mútuo e a soma para igualdade. Por isso, indo à conclusão, é bom trazer de novo nossa história recente de 73 anos atrás, quando a primeira mulher foi eleita e depois perdeu seu direito. De acordo com o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), pegando como fonte o Tribunal Regional Eleitoral (TRE) de Santa Catarina, a professora Celina Guimarães Viana, foi a primeira eleitora do Brasil. Ela tinha 29 anos, quando conseguiu o feito em 1927, em Mossoró (RN). No ano seguinte, o voto de 15 mulheres elegeu a primeira prefeita da América Latina em Lajes (RN):

14 MUNDO VESTIBULAR. *Evolução histórica da mulher na Legislação Civil*. Disponível em: <https://www.mundovestibular.com.br/estudos/historia/evolucao-historica-da-mulher-na-legislacao-civil>. Acesso em: 16 nov. 2021.

Luiza Alzira Soriano de Souza, aos 32 anos. Fizemos história e a desfizemos meses depois, quando uma comissão do Senado pediu anulação do mandato e do voto das mulheres. Um desfavor à democracia. Em 1933, uma das responsáveis pela [Constituição de 1934](#), foi a médica, escritora e pedagoga Carlota Pereira de Queiróz, a única mulher a tomar posse. “Privilégio” do estado de São Paulo.

Essas lutas solitárias também incluem a catarinense Antonieta de Barros, que foi a primeira deputada estadual de Santa Catarina por duas vezes. Já Campo Grande, conforme matérias do site Campo Grande News, nunca teve uma mulher eleita governando, quem mais se aproximou em mais de 120 anos de história foi a ex-vereadora Nelly Bacha, mas por nomeação ao cargo de prefeita da Capital Morena, o que durou só 2 meses, de março a maio de 1983. Apenas duas das que já disputaram chegaram ao segundo turno em 1992 e 2016. No decorrer dos anos foram: Maria Tereza Rojas (PC do B) em 1988, Marilu Guimarães (PFL) na eleição de 1992, Mônica Schrader (PV) já em 2000, Ira Costa (PMN) no pleito de 2008. Duas candidatas em 2016: Rose Modesto (PSDB) e Rosana Santos (PSOL). E em 2020 Delegada Sidneia Tobias (Podemos) e Cris Duarte (PSOL).

A que isso se deve? O principal motivo foi revelado em 1999, por Simone de Beauvoir em seu famoso *Segundo Sexo*:

Vimos que, originalmente, os homens escravizaram a mulher; a desvalorização da feminilidade foi uma etapa necessária da evolução humana; mas teria podido engendrar uma colaboração dos dois sexos. A opressão explica-se pela tendência do existente para fugir de si, alienando-se no outro, que ele oprime para tal fim.<sup>15</sup>

Por isso, deve-se fazer um 8 de março diário. Uma data de um compilado de acontecimentos iniciados no século XIX, com uma série de greves diárias das mulheres operárias em busca da redução das cerca de 15 horas de trabalho/dia junto ao fim do trabalho infantil em 1857, em Nova York, quando o movimento grevista feminino reprimido pela polícia terminou em um incêndio com a morte de 129 operárias, justamente no dia 08 de março, porém, há quem diga que aconteceu realmente no dia 25 de março de 1911.

Já em 1908, aconteceu a primeira celebração do Dia Internacional dos Direitos da Mulher nos Estados Unidos, com protestos já acontecendo antes da data e seguindo até 1909, quando uma greve longa fechou quase 500 fábricas. Durante a Primeira Guerra Mundial houve mais protestos pelo mundo, mas em 08 de março de 1917, com 90 mil operárias manifestando-se contra o Czar Nicolau II, pelas más condições de trabalho, fome e a guerra, aconteceu a oficialização, só consagrada mesmo em 1921. O protesto é conhecido como “Pão e Paz”.

Devem-se honrar as mortes e os sacrifícios de tantas mulheres para chegar até o direito ao voto, hoje, junto a toda a liberdade da mulher. Porém, dentro da Justiça e o paradigma da eficiência vimos que o padrão ainda precisa ser mudado, porque está enraizado tanto em homens quanto em mulheres esta retirada da identidade feminina. Conclui-se, que para mudar é preciso verdadeira representatividade e, portanto, conscientiza-

15 BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. A Experiência Vivida. v. 2. Tradução Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira. 1999.



ção e conhecimento tanto da mulher, quanto da sua própria história para assim politizar-se e transformar este mundo de dominação em um mundo de criação.

Assim, é urgente a solução que se mostra aparente nestas linhas finais, após refletir todo o enredo a nos trazer pela mão até aqui: a isonomia. Essa vejo como irreversível e sim, precisamos de leis para garantir que isso aconteça num futuro próximo. O Estado já tem leis que surgiram para evitar esta discriminação histórico-cultural, porém é preciso que tenha expiração, ou seja, prazo para se encerrar e está se dará quando não for mais necessária. Por isso, a cota que reserva 30% das cadeiras para cada sexo, a PL 4.391/2020, projeto de lei da senadora Simone Tebet (MDB-MS), precisa ser aprovada e dar mais força para que o indivíduo (homem e mulher) se capacite mais para votar da melhor forma e depois ser nome politizado e consciente para ser opção no pleito.

A ação das mulheres (por direitos legítimos) nunca passou de uma agitação simbólica, só ganhou o que os homens concordaram em lhes conceder, elas nada tomaram, elas receberam [...]. Recusar a cumplicidade com o homem, seria para elas renunciar a todas as vantagens que a aliança pode conferir-lhes. Está é mais uma reflexão da já citada Simone de Beauvoir, ainda no seu livro *Segundo Sexo de 1949*. Não vejo outra forma de obter as “vantagens” mencionadas pela autora, a não ser pela ação e inserção da mulher na política tanto como votante consciente como com o nome disponível para os poderes legislativos ou executivos, visto que os homens sempre estiveram nos espaços de poder e decisão.

É necessário deixar claro e enaltecer a luta de muitas mulheres para que tais decisões fossem tomadas. Deixo claro, que acredito que não há competição entre mulheres e homens, e sim, a fundamental afirmação de que temos o direito de escolha como seres humanos que somos e está claro que precisamos fazer parte dos espaços de poder e decisão para a construção de um mundo melhor. A política é fundamental nesse processo de construção. Creio no olhar diferenciado da mulher e no olhar de mãe desta. Politizar nossas mulheres é mais do que necessário para que este espaço seja alcançado. A mulher precisa conhecer, respeitar e acreditar na capacidade da mulher.

Para resolvermos a maior parte dos problemas que enfrentamos na atualidade, é necessário o envolvimento na política, pois é lá que tudo se decide e esta consciência é fundamental ser formada entre nós. Ouve-se dizer que: “a mulher não conquistou o direito de trabalhar, mas sim o dever de sempre trabalhar”. Não vejo isso como verdade absoluta. Acredito na possibilidade de escolhas para mulheres e homens. Creio que o que é certo para um, também é para o outro. Não precisamos implorar para ter o que é correto. E para mim, este direito de ter o que é correto e o direito de escolher o que quero para minha vida, é necessário.

Quero que nós mulheres tenhamos o direito de sermos o que quisermos: mãe, esposa, do lar, engenheira, médica, política, polícia, jornalista e o quiser. Nosso desejo de escolha deve ser acolhido e respeitado, por isso, insisto na importância da politização da mulher e principalmente na participação efetiva das mulheres em cargos políticos, pois, volto a afirmar, é lá que nossos direitos e deveres são construídos. Precisamos ter a

noção de que o VOTO significa, o porquê, em quem votar e para que votar. O voto tem o poder transformador de vidas. As portas se abrem ou se fecham de acordo com a sua participação nas eleições e com o seu voto. Acreditar nas mulheres e em sua capacidade de decisão profissional é essencial para uma sociedade mais justa.

Considero que as garantias da constituição foram importantes no sentido de sinalizar formalmente as igualdades de direitos e obrigações entre homens e mulheres, e mudar em parte, o status jurídico feminino. Tivemos avanços, mas analisando o mercado de trabalho e o pensamento social, ainda temos muito que avançar para garantir igualdade de oportunidades, remuneração e sobretudo respeito à mulher enquanto pessoa e profissional.

## REFERÊNCIAS

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Ana Isabel. **As origens e a comemoração do Dia Internacional das Mulheres**. [S. l.]: Ed. SOF/Expressão Popular, [199--?]. 298 p.
- ARAÚJO, Marcele Juliane Frossard de. **Matriarcado**. Disponível em: <https://www.infoescola.com/sociologia/matriarcado/>. Acesso em: 02 nov. 2020.
- BARBOSA, Marina; PHELIPE, André. Quase metade dos lares brasileiros são sustentado por mulheres. **Estado de Minas – Economia**, 16 fev. 2020. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/02/16/internas\\_economia,1122167/quase-metade-dos-lares-brasileiros-sao-sustentados-por-mulheres.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/02/16/internas_economia,1122167/quase-metade-dos-lares-brasileiros-sao-sustentados-por-mulheres.shtml). Acesso em: 02 nov. 2020.
- BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**. A Experiência Vivida. v. 2. Tradução Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira. 1999.
- BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**. Fatos e Mitos. V. 1. Tradução Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.
- BUTLER, J. **Problemas de gênero**. Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CUSTÓDIO, Rafaela. Dia Internacional da Mulher: a busca pela igualdade de gênero. **Engeplus**, 08 mar. 2020. Disponível em: <http://www.engeplus.com.br/noticia/geral/2020/dia-internacional-da-mulher-a-busca-pela-igualdade-de-genero>. Acesso em: 02 nov. 2020.
- DAVID, Roberta Maria Fernandes de Moura. Mulher custe o que custar: vanguarda, transgressão, e evolução legislativa. **Conteúdo Jurídico**, 15 out. 2020. Temas diversos, interdisciplinar. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/21844/mulher-custe-o-que-custar-vanguarda-transgressao-e-evolucao-legislativa>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- FOUCAULT, M. **Les Anormaux**. Paris: Gallimard, 1999.
- GASPARETTO JUNIOR, Antonio. **Celtas**. Disponível em: <https://www.infoescola.com/civilizacoes-antigas/celtas/>. Acesso em: 02 nov. 2020.
- HISTORY CHANNEL BRASIL. **Sim, elas existem**: 4 sociedades onde criminalidade é quase zero. 03 mar. 2017. Disponível em: <https://history.uol.com.br/historia-geral/sim-elas-existem-4-sociedades-onde-criminalidade-e-quase-zero>. Acesso em: 02 nov. 2020.
- HISTORY CHANNEL BRASIL. **Um dos faraós mais importantes do Antigo Egito era uma mulher**. 19 abr. 2017. Disponível em: <https://history.uol.com.br/historia-geral/um-dos-faraos-mais-importantes-do-antigo-egito-era-uma-mulher>. Acesso em: 02 nov. 2020.
- MADRIGAL, Alexis Gabriel. Perspectiva histórica dos direitos da mulher e a igualdade entre gêneros no Brasil. **Jusbrasil**, [2016]. Disponível em: <https://alexismadrigal.jusbrasil.com.br/artigos/454961837/perspectiva-historica-dos-direitos-da-mulher-e-a-igualdade-entre-generos-no-brasil>. Acesso em: 02 nov. 2020.
- MORAES, Patrick. O que poderia ser abordado na redação do vestibular. Entrevistadas: Luciana Silva e Gabriela Silveira. **Revista Eletrônica da UESB**, 02 fev. 2020. Disponível em: <http://www2.uesb.br/revistaeletronica/o-que-poderia-ser-abordado-na-redacao-do-vestibular-2020/>. Acesso em: 02 nov. 2020.
- MULHERES NO TRONO. Disponível em: <https://www.fascinioegito.sh06.com/faraisas.htm>. Acesso em: 02 nov. 2020.
- MUNDO VESTIBULAR. **Evolução histórica da mulher na Legislação Civil**. Disponível em: <https://www.mundovestibular.com.br/estudos/historia/evolucao-historica-da-mulher-na-legislacao-civil>. Acesso em: 02 nov. 2020.
- NADAL, Paula. Por que 8 de março é o Dia Internacional da Mulher? O primeiro Dia Nacional da Mulher foi celebrado em maio de 1908 nos Estados Unidos. **Nova Escola**, 07 mar. 2018. Disponível em: <https://novaescola.org.br/conteudo/301/por-que-8-de-marco-e-o-dia-internacional-da-mulher>. Acesso em: 03 nov.2020.

NATIONAL GEOGRAPHIC PORTUGAL. **Hatchepsut**, a mulher que foi Faraó. 05 fev. 2020. Disponível em: <https://nationalgeographic.sapo.pt/historia/grandes-reportagens/1568-hatchepsut-a-mulher-que-foi-farao>. Acesso em: 02 nov. 2020.

OLIVIERI, Antonio Carlos. Mulheres – Uma longa história pela conquista de direitos iguais, da página 3 **Pedagogia & Comunicação**. Disponível em: <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/mulheres-uma-longa-historia-pela-conquista-de-direitos-iguais.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 02 nov. 2020.

PHILLIPS, A. Dealing with Difference: a politics of ideas, or a politics of presence? *In*:

BENHABIB, S. (ed.). **Democracy and Difference**. Princeton: Princeton University, 1996.

PINTO, Célia Regina Jardim. Feminismo, história e poder. **Rev. Sociol. Polit.**, v. 18 n. 36, jun. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782010000200003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/GW9TMRsYgQNzxNjZNeSBf5r/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 02 nov. 2020.

PINTO, Célia Regina Jardim. Foucault e as constituições brasileiras: quando a lepra e a peste se encontram com os nossos excluídos. **Revista Educação e Realidade**, Porto Alegre, v. 24, n. 2, jul.-dez. 1999. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/55375>. Acesso em: 02 nov. 2020.

PINTO, Célia Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

PINTO, Célia Regina Jardim; MORITZ, M. L. **A tímida presença da mulher na política brasileira**: eleições municipais em Porto Alegre de 2008. No prelo.

PORFÍRIO, Francisco. Desigualdade de gênero. **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/desigualdade-de-genero.htm>. Acesso em: 02 nov. 2020.

ROCHA, Leonardo. Na história da política, Capital teve só 2 candidatas que chegaram ao 2º turno. **Campo Grande News**, 25 ago. 2019. Disponível em: <https://www.campograndenews.com.br/politica/na-historia-da-politica-capital-teve-so-2-candidatas-que-chegaram-ao-2o-tur-no>. Acesso em: 02 nov. 2020.

SINDICÁRIONET. **Estudo revela que a desigualdade salarial entre homens e mulheres permanece**. 09 mar. 2020. Disponível em: <https://www.seebcgms.org.br/noticia/estudo-revela-que-desigualdade-salarial-entre-homens-e-mulheres-permanece/>. Acesso em: 02 nov. 2020.

TERRA. **Leia frases do ex-presidente sul-africano, Nelson Mandela**. 5 dez. 2013. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/africa/nelson-mandela/leia-frases-do-ex-presidente-sul-africano-nelson-mandela,18ecec11b53c2410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html>. Acesso em: 02 nov. 2020.

YOUNG, I. M. **Inclusion and democracy**. Oxford: Oxford University, 2000.

# CAPÍTULO 10

## DIREITOS POLÍTICOS DAS MINORIAS POLÍTICAS: PERSPECTIVAS DE GÊNERO A LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Cristina Maria Gama Neves da Silva

Emma Roberta Palú Bueno

A capacidade política é fruto da cidadania, sendo exercida por meio da possibilidade de votar e estabelecer governo. Dentre as liberdades e prerrogativas individuais se encontram os direitos políticos, que permitem ao cidadão disputar ou votar nas eleições para o exercício de funções de governo, intervindo direta ou indiretamente na vida pública. Os direitos políticos guardam íntima relação com a democracia, na medida em que configuram a forma mais expressiva de participação dos cidadãos na definição e na execução das políticas públicas. Pimenta Bueno, citado tanto por José Afonso da Silva quanto por Alexandre de Moraes, definiu os direitos políticos como:

As prerrogativas, os atributos, faculdades ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou só indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade de gozo desses direitos. São o Jus Cvitatís, os direitos cívicos, que se referem ao Poder Público, que autorizam o cidadão ativo a participar na formação ou exercício da autoridade nacional, a exercer o direito de vontade ou eleitor, o direito de deputado ou senador, a ocupar cargos políticos e manifestar suas opiniões.<sup>1-2</sup>

Em Atenas, no Século IV A.C., os direitos políticos eram exercidos somente por cidadãos<sup>3</sup> integrados em órgãos específicos<sup>4</sup>, por sorteio, como regra geral, ou, excepcionalmente, pelo voto<sup>5</sup>. Naquele modelo ob-

1 BUENO, Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da constituição do império**. Rio de Janeiro: Nova Edição, 1985. p. 458, apud SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 345

2 BUENO, Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da constituição do império**. Rio de Janeiro: Nova Edição, 1985. p. 459, apud MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 207.

3 “Cidadão era o filho de cidadão, nascido livre e maior de 18 anos, aprovado após período de treinamento religioso e militar, sob a direção de três membros de sua tribo”. AMARAL JUNIOR, Luciano. **Regime Constitucional dos Direitos Políticos no Brasil**. São Paulo. Saraiva. 1980. p. 40.

4 “Entre os órgãos políticos, o principal era o Conselho dos Quinhentos, dirigido por uma cúpula colegiada. Ao Conselho dos Quinhentos, entre outras atribuições, competia convocar e preparar a ordem do dia das Assembleias, julgar os magistrados e conhecer preliminarmente qualquer assunto a ser tratado pelos cidadãos. Havia, ainda, as diversas magistraturas. Entre elas, a Tesouraria, o Comissariado para os Contratos Públicos, a Recebedoria Geral e Auditoria, todas investidas de competências próprias. Desta forma, os Comissários da Cidade poderiam coibir a construção de edifícios ou barreiras que obstruíssem as vias públicas os Comissários dos Mercados controlavam os artigos colocados à vendas os Distribuidores apresentavam os feitos mensais, isto é, os decorrentes ou do não-pagamento de juros por força de operação de mútuo ou de assassinatos ou de questões relativas aos escravos” AMARAL JUNIOR, Luciano. op cit. p. 40-41.

5 AMARAL JUNIOR, Luciano. **Regime constitucional dos direitos políticos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1980.

serva-se que havia um sistema onde apenas poucas e determinadas pessoas influenciavam na vida pública<sup>6</sup>. De modo similar, na Roma Antiga o exercício dos direitos políticos era privativo dos cidadãos – neste caso os que fossem livres, romanos, desvinculados do pátrio poder e maiores de 25 anos<sup>7</sup>.

Já o conceito de representação política – exercício da democracia de maneira indireta – ganhou forma entre os séculos XIV e XVII, tendo como um dos seus propulsores o parlamento inglês. Nesse período foram inauguradas sólidas estruturas e com marcos fixos de representação. Com a Revolução Gloriosa os representantes se destacaram criando a concepção de que todos estão representados no parlamento, a partir de que passou-se a relacionar a representação com outros direitos, diante da valorização do voto, resultado da conquista do sufrágio “universal” e da consolidação da noção de direitos políticos.<sup>8</sup> Apenas no final do Século XIX e início do Século XX, foram efetivamente vistos os avanços obtidos nesse período, momento em que ganharam força e destaque os movimentos sufragistas.

Nos dias atuais os direitos políticos são resguardados no direito internacional no artigo 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>9</sup>, artigos 3º e 25 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>10</sup> (Decreto nº 592/92) e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>11</sup>. Nos Estados Unidos, a sua Suprema Corte em diversas ocasiões se manifestou no sentido de que os direitos políticos são direitos fundamentais protegidos sob a equal protection clause<sup>12</sup>. Em *Wesberry v. Sanders*<sup>13</sup> registrou-se que em um país livre nenhum direito é mais relevante do que ter voz na eleição daqueles que irão elaborar as leis sob as quais

6 Já na mitologia grega, conta-se que as mulheres tinham o direito ao voto na época do Rei Cérope. Quando este fundou Atenas ali brotaram oliveiras e uma fonte de água. O Oráculo de Delfos disse que a oliveira significava Atenas e que a fonte de água era Poseidon e determinou que os cidadãos deveriam escolher entre Atena ou Poseidon para nomear a cidade. Homens e mulheres votaram e Atena venceu por um voto. Poseidon, com toda a sua ira, atacou a cidade com ondas gigantes. Para apaziguar o deus, as mulheres de Atenas aceitaram três severos castigos: perder o direito ao voto, que seus filhos não teriam o nome da mãe e que ninguém as chamaria de atenienses. Pela mitologia grega, no momento que Atenas, conhecida como berço da democracia, nasce, surge consigo a subordinação feminina e a exclusão das mulheres dos lugares públicos.

7 AMARAL JUNIOR, Luciano. **Regime constitucional dos direitos políticos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1980.

8 PITKIN, Hannah. Representação: palavras, instituições e idéias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452006000200003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/lua/a/pSDrmVSqRqggw7GXhxBjCgG/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 nov. 2021. p. 22-23.

9 Artigo XXI 1. Todo o ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país. 3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

10 Artigo 3. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto.

Artigo 25. Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º e sem restrições infundadas:

1. de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;
2. de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;
3. de Ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

11 Artigo 12– Liberdade de reunião e de associação

1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação a todos os níveis, nomeadamente nos domínios políticos, sindical e cívico, o que implica o direito de, com outrem, fundarem sindicatos e de neles se filiarem para a defesa dos seus interesses.

2. Os partidos políticos ao nível da União contribuem para a expressão da vontade política dos cidadãos da União.

Artigo 39. Direito de eleger e de ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu

1. Todos os cidadãos da União gozam do direito de eleger e de ser eleitos para o Parlamento Europeu no Estado-Membro de residência, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado.

2. Membros do Parlamento Europeu são eleitos por sufrágio universal direto, livre e secreto

Artigo 40. Direito de eleger e de ser eleito nas eleições municipais – Todos os cidadãos da União gozam do direito de eleger e de ser eleitos na eleições municipais do Estado-Membro de residência, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado.

12 cf. *Kramer v. Union Free School Dist*, 395, U.S. 621, 626 (1969); *Harper v. Virginia St. Bd. of Elections*, 383 U.S. 663, 666 (1966); *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, 555 (1964)

13 *Wesberry v. Sanders*, 376 U.S. 1, 17 (1964)

os cidadãos irão viver, resultando daí que outros direitos, incluídos os mais básicos, serão ilusórios se o direito de participar das eleições não for assegurado<sup>14</sup>.

No Brasil, a redemocratização do Estado brasileiro trouxe consigo uma promessa de igualdade e transformação social e com a promulgação da [Constituição de 1988](#), houve especial cuidado de assegurar a todos real oportunidade de escolher livremente os representantes da sociedade nos poderes Legislativo e Executivo e de se candidatarem às funções principais nesses poderes. Na nossa lei fundamental os direitos políticos foram explicitamente incluídos entre os direitos fundamentais, tendo José Afonso da Silva ressaltado que eles “consistem na disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular<sup>15</sup>” e tendo classificados com direito político ativo aqueles relativos ao eleitor e a sua capacidade de escolha e o direito político passivo a possibilidade de ser votado. No julgamento das ADC’s números 29 e 30<sup>16</sup>, em conjunto com a ADI n° 4.578<sup>17</sup>, o Ministro Dias Toffoli, assim assentou:

O exercício e o gozo dos direitos políticos perfazem uma das facetas mais importantes dos direitos fundamentais do cidadão. Remontam a uma conquista histórica, resultante de séculos de batalha, e que se traduz, em suma, na possibilidade de o indivíduo influir no destino do Estado e opinar, em uma conjuntura coletiva, na fixação dos fins e das regras aplicáveis à sua comunidade, histórica e espacialmente contextualizada.

A jusfundamentalidade dos direitos políticos se dá porque garantem a preservação das demais garantias fundamentais dos cidadãos, à medida em que é na condição de direitos fundamentais que os direitos políticos revelam a tarefa de criar e manter as condições elementares para uma vida em liberdade e com dignidade humana, sendo que, nas lições de Néviton Guedes, neles se assenta a garantia de todos os demais direitos:

Nunca será demasiado acentuar, pois, a excelência dos direitos políticos como pressupostos insubstituíveis para a conformação livre da esfera pública, e isso por pelo menos duas razões essenciais: a. Em primeiro lugar, os direitos políticos formam estruturalmente a base do regime democrático; b. Em segundo lugar, mas talvez o mais importante, apesar de nem sempre adequadamente considerado, o direito de votar e ser votado é antes de tudo um direito político fundamental nele se assenta a garantia de preservação de todos os demais direitos fundamentais. Com razão já se disse que os demais direitos inseridos numa Constituição, ainda que mais básicos, seriam ilusórios se o direito de participar das decisões políticas fundamentais da comunidade nacional não for assegurado.<sup>18</sup>

Advém dessa interpretação a necessidade de se assegurar a ampla participação da sociedade na tomada de decisões. O artigo 14 da [Constituição Federal](#), estabelece o voto universal e direito com igual valor para todos, todavia, mesmo assim o sistema político brasileiro reproduz as desigualdades de sua sociedade, mantendo

14 “No right is more precious in a free country than that of having a voice in the election of those who make the laws under which, as good citizen, we must live. Other rights, even the most basic, are illusory if the right to vote is undermined”.

15 SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 345.

16 STF, ADC 29 e 30, Plenário, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento 16/2/2012, DJe 29/6/2012

17 STF, ADI 4578/SC, Plenário, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento 16/2/2012, DJe 29/6/2012

18 GUEDES, Néviton. Comentário ao artigo 14°. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.660.

linhas de gênero no que tange a direitos políticos passivos. A importância de se analisar essa situação se dá na medida em que a necessária representação das minorias é um dos princípios do sistema democrático e constitucionalmente previsto, de modo que se pode dizer que a participação de grupos minoritários no debate público e na composição das instituições políticas é inerente ao próprio desenho constitucional da democracia.<sup>19</sup> Ou seja, as decisões públicas passam a ser consideradas legítimas à medida em que o acesso a participação na esfera pública é garantido a todos e todas de forma igualitária.

Para que o direito à igualdade seja efetivamente exercido é necessária a mudança de paradigmas nas relações públicas, que por sua vez são consequentes e geram consequências no âmbito privado, modificando-se os papéis exercidos apenas por homens e ratificados pelo Estado. Segundo Nancy Fraser, o político “fornece o palco em que as lutas por distribuição e reconhecimento são conduzidas”<sup>20</sup>, sendo certo que participação das mulheres no cenário político institucional é indispensável para a efetiva transformação das estruturas sociais.

Nesse cenário, apesar do Brasil ser composto por 51,8% de mulheres e com 56,10% da sua população total que se declara negra, a política brasileira tem gênero e cor, ela é masculina e branca. O mais recente relatório da Inter-Parliamentary Union sobre a situação das mulheres na política em 1º de janeiro de 2020<sup>21</sup> apontou que dos 191 países avaliados, o Brasil ocupa a 140ª posição, atrás de países que restringem direitos femininos, como o Marrocos (103ª), a Arábia Saudita (111ª), o Chade (134ª), o Egito (136) e o Gabão (139ª).

Os dados apontam que grande parcela da população brasileira não consegue exercer seus direitos políticos passivo, ao mesmo tempo que indica a qualidade da democracia brasileira. Segundo Corbetta e Peres-Liñan<sup>22</sup>, a qualidade democrática costuma ser medida por quatro dimensões: 1) a vigência dos direitos políticos e da liberdade civil, 2) a governabilidade, 3) a representação e 4) a participação cidadã. Com base nesses quesitos e com os dados referentes a representação política é certo que o Brasil necessita avançar nessa pauta, seja para melhorar a qualidade de sua democracia, seja para concretizar a promessa da [Constituição de 1988](#), pautando-se na igualdade sem distinções de qualquer natureza, destacando especificamente a igualdade de gênero (art. 5º, I), a fim de garantir a todos a plena participação democrática.

Apesar de o voto feminino ter sido garantido no Brasil em 1932 – antes da maioria dos demais países latino-americanos –, o país atualmente tem o pior desempenho na representatividade feminina no Legislativo dentre todos os países da América do Sul, sendo que quase 90 anos depois, ainda não experimentamos uma

19 SALGADO, Eneida, Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 145.

20 FRASER, Nancy. Democratic justice in a globalizing age: age thematizing the problem of the frame. In: KARRANGIANNIS, N. (ed.). **Varieties of world making: beyond globalization**. Liverpool: Liverpool Press, 2005. apud DUPRAT, Deborah. Igualdade de gênero, cidadania e direitos humanos. In: CASTILHO, Ela Weicko Volkmer *et al* (org.). **Perspectivas de gênero e o sistema de justiça brasileiro**. Brasília: ESMPU, 2019. p. 199-214, p. 210.

21 INTER-PARLIAMENTARY UNION. **Women in Politics: 2020**. Disponível em: <https://www.ipu.org/resources/publications/infographics/2020-03/women-in-politics-2020>. Acesso em: 16 nov. 2021.

22 CORBETTA, José; PEREZ-LIÑAN, Anibal. Calidad de la democracia. Un análisis de la trayectoria argentina. **Revista Instituciones y Desarrollo**, Barcelona, n. 10, p. 149-169, 2001. apud COELHO, Margarete de Castro. **O teto de cristal de democracia brasileira: abuso de poder nas eleições e violência política de contra mulheres**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

igualdade material com percentual próximo de representantes masculinos e femininos, para que efetivamente a minoria – sem acesso ao poder e não numérica – seja representada.

A escolha do sistema eleitoral a ser aplicado repercute significativamente à participação popular na formação da vontade política e na organização partidária. No sistema eleitoral brasileiro proporcional, utilizado para a escolha de vereadores e deputados, embora exista a possibilidade de que a representação seja proporcional às preferências políticas manifestadas pelo eleitorado, essa possibilidade não tem se traduzido em representação política de forma igualitária.

Em face da completa desigualdade e discriminação das mulheres na política, a partir de 1991, diversos países da América Latina apresentaram diversas iniciativas rumo a uma maior representatividade feminina. O pontapé foi dado pela Argentina, que se tornou o primeiro país a introduzir mecanismo de política afirmativa em seu ordenamento jurídico, visando assegurar um mínimo de candidaturas para mulheres concorrerem à cargos eletivos, tal qual ocorre hoje no Brasil. Pouco tempo depois, diversos países da região passaram a adotar mecanismos similares, com cotas entre 20% e 40% nas vagas para os cargos em disputa no Poder Legislativo<sup>23</sup>.

No Brasil, houve uma tímida iniciativa, a partir da edição da [Lei nº 9.100/1995](#), que regulou as eleições de 1996. Nos termos do § 3º, do art. 11 da referida lei, estabeleceu-se que 20%, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deveriam ser preenchidas por candidaturas de mulheres. Encerrada a fase das normas eleitorais anuais, com a edição da [Lei nº 9.504/1997](#), houve aparente aumento, na redação original do § 3º do art. 10 da referida Lei, deveriam ser reservadas no mínimo 30% das vagas de cada partido ou coligação e no máximo 70% para candidatos de cada sexo.

A utilização do verbo “reservar” na lei, fez com que os partidos políticos simplesmente reservassem parte das vagas possíveis para as candidatas do sexo feminino, sem, contudo, preenchê-las. Em 2009, houve a alteração daquele dispositivo pela [Lei nº 12.034/2009](#), impondo-se o imperativo “preencherá”. A partir daí, a Justiça Eleitoral passou a exigir que as chapas apresentadas observassem os percentuais mínimo e máximo previstos na lei para cada gênero<sup>24</sup>. Verificada eventual inobservância do comando normativo, passou-se a intimar a agremiação para acrescentar ou retirar candidatos, a fim de adequar o número de candidaturas ao comando legal, sob pena de indeferimento do Demonstrativo de Regularidades dos Atos Partidários (DRAP), com o consequente indeferimento de todas as candidaturas apresentadas pelo partido ou coligação.

Apesar da regra expressa, a recalcitrância das direções partidárias fez com que surgissem, a cada eleição, “candidaturas laranjas” (também denominadas de candidaturas fictícias), cujos nomes eram apresentados apenas para atender aos limites previstos na candidatura e viabilizar um número maior de candidatos homens.

23 A autora Isabel Torres elenca o ano em que essas políticas afirmativas foram introduzidas em alguns países latino-americanos: Bolívia (1997), Colômbia (2000), Costa Rica (1996), Equador (1997), Honduras (2000), México (1996), Panamá (1997), Paraguai (1996), Peru (1997), República Dominicana (1997) y Venezuela (1998). TORRES, Isabel. *El derecho a la participación política de las mujeres ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Apuntes sobre la igualdad. San Jose: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007

24 Embora a legislação preveja *sexo* o Tribunal Superior Eleitoral reconhece desde 2018 que as cotas são de gênero. **Consulta n.º 0604054-58.2017.6.00.0000 de relatoria do Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho.**



A Justiça Eleitoral reagiu novamente ao considerar que o lançamento de candidaturas fictícias pode, em tese, ser englobado no conceito de fraude previsto no § 10º do art. 14 da CF, a ser aferido no âmbito da ação de impugnação de mandato eletivo<sup>25</sup>, reconhecendo-se, também, ser: “possível verificar, por meio da ação de investigação judicial eleitoral, se o partido político efetivamente respeita a normalidade das eleições prevista no ordenamento jurídico – tanto no momento do registro como no curso das campanhas eleitorais, no que tange à efetiva observância da regra prevista no art. 10, § 3º, da Lei das Eleições – ou se há o lançamento de candidaturas apenas para que se preencha, em fraude à lei, o número mínimo de vagas previsto para cada gênero, sem o efetivo desenvolvimento das candidaturas”<sup>2627</sup>. Embora o mandato seja uma expressão da vontade popular, só pode ser considerado legítimo se alcançado com a observância prévia de todas as regras do jogo eleitoral.

Paralelamente, a partir da edição da [Lei nº 12.034/2009](#), que alterou a Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995), também se buscou garantir a participação feminina nos horários da propaganda partidária, destinando 10% do tempo total para as mulheres (art. 45, IV) e assegurando que a parcela de 5% do Fundo Partidário fosse utilizada para promoção e difusão de programas de participação das mulheres na política (art. 44, V). Em 2015, por meio da [Lei nº 13.165/2015](#), foram feitos ajustes nas normas para garantir a extensão do tempo de propaganda partidária em relação às inserções e estabelecer que os recursos do Fundo Partidário fossem geridos pela Secretária da Mulher de cada agremiação.

Esses percentuais legalmente estabelecidos como ponto de partida além de terem sido utilizados como teto, raramente são respeitados pelas direções partidárias, ensejando ações por parte da Justiça Eleitoral no que tange às sanções de perda do tempo de propaganda partidária no semestre seguinte e aumento da parcela do fundo partidário a ser utilizada no próximo exercício. Os realizados no TSE foram norteados pela compreensão de que “o incentivo à participação feminina [...], como ação afirmativa, merece ser interpretado de forma a conferir a maior efetividade possível à norma”<sup>28</sup>.

Nessa linha, em diversos julgados, o Tribunal Superior Eleitoral tem reiteradamente afirmado que “o incentivo à presença feminina constitui necessária, legítima e urgente ação afirmativa que visa promover e integrar as mulheres na vida político-partidária brasileira, de modo a garantir-se observância, sincera e plena, não apenas retórica ou formal, ao princípio da igualdade de gênero (art. 5º, caput e I da CF)”<sup>29</sup>.

Neste cenário, onde as alterações legislativas não foram suficientes por si só para romper este espectro da subrepresentatividade feminina, cientes de que a política é um campo historicamente masculino e que são estruturadas formas de estabelecer mais obstáculos à mulher neste espaço,<sup>30</sup> muito se debateu em 2018, sobre a

25 TSE, RESPE 1-49. rel. Min. Henrique Neves, DJE 21.10.2015

26 RESPE 243-42, rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJE de 11.10.2016

27 “Ainda que os partidos políticos possuam autonomia para escolher seus candidatos e estabelecer quais candidaturas merecem maior apoio ou destaque na propaganda eleitoral, é necessário que sejam assegurados, nos termos da lei e dos critérios definidos pelos partidos políticos, os recursos financeiros e meios para que as candidaturas de cada gênero sejam efetivas e não traduzam mero estado de aparências” (RESPE 243-42, rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJE de 11.10.2016)

28 TSE – RESPE 523-63/SP, rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJE de 14.4.2014

29 Rp nº 322-55/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJE de 17.3.2017

30 BIROLI, Flavia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e política**. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 104.

presença da mulher na política brasileira e mecanismos para aumentar a sua representatividade. Diante disto, ocorreram dois expressivos julgamentos relativos ao financiamento de campanha de candidaturas femininas, no Supremo Tribunal a ADI nº 5.617 e no Tribunal Superior Eleitoral a Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000. O STF estabeleceu que a distribuição dos recursos do Fundo Partidário deve observar o patamar mínimo de 30% (trinta por cento) de candidaturas femininas, por equiparação com o que está previsto no art. 10, § 3º da [Lei n. 9.504/971](#). Já o TSE, em agosto daquele ano, estipulou que estes 30% fossem fixados para o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e para o tempo de propaganda gratuita de rádio e televisão. O resultado deste posicionamento do Judiciário foi um de maiores impactos nos últimos anos na representação feminina no legislativo. A bancada feminina na Câmara Federal subiu de 51 para 77. Trata-se do maior número de deputadas federais eleitas em um pleito brasileiro, o que significa um aumento de 51% comparado com a legislatura anterior (maior aumento já registrado de parlamentares mulheres em uma eleição). Diante disso, a bancada feminina no legislativo federal, que era inferior a 10%, alcançou quase 15%.

Já em 2020, no âmbito da organização partidária, na Consulta nº 0603816-39.2017.6.00.0000<sup>31</sup>, de Relatoria da Ministra Rosa Weber, questionava-se a possibilidade de aplicação da reserva de vagas (cota de gênero – mínimo de 30% previsto no § 3º do art. 10 da [Lei nº 9.504/97](#)) – também na composição das comissões executivas e dos diretórios dos partidos políticos (quesito 1). Caso a resposta fosse positiva, indagava-se, ademais, se os partidos que não houvessem observado os referidos percentuais teriam os pedidos de anotação dos órgãos de direção partidária indeferidos pela Justiça Eleitoral, nos termos da Resolução nº 23.456/15 (quesito 2). O TSE respondeu afirmativamente ao quesito 1, seguindo, por unanimidade, o voto da relatora que ressaltou a urgência na adoção de medidas que enfrentem a subrepresentação das mulheres na política. Reconheceu-se a importância das demais iniciativas já adotadas e dos julgamentos correlatos, mas ressaltou que não foram suficientes para garantir a igualdade de gênero no Legislativo<sup>32</sup>. Segundo a Ministra Rosa Weber, a não aplicação da regra dos 30% simultaneamente nos âmbitos externo e interno das agremiações partidárias constituiria “um verdadeiro paradoxo democrático, não sendo crível que a democracia interna dos partidos políticos não reflita a democracia que se busca vivenciar, em última instância, nas próprias bases estatais”.

A ausência de mulheres nos órgãos decisórios dos partidos políticos faz com que não participem justamente das deliberações a respeito da distribuição de recursos e de tempo de televisão, por exemplo, trazendo como resultado campanhas femininas inviáveis e não competitivas. É justamente com esta estrutura partidária em mente que a consulta referida veio como importante avanço no que se refere ações afirmativas, colocando as mulheres nos locais onde as decisões partidárias são tomadas.

31 A Consulta nº 0603816-39.2017.6.00.0000 foi elaborada pela Clínica de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e assinada pelos advogados Rafael de Alencar Araripe Carneiro e Daniel Falcão. A Relatora é a Ministra Rosa Weber, única mulher da atual composição do TSE.

32 Quanto ao quesito 2, a Corte Eleitoral respondeu, por maioria, negativamente. Todavia, conforme proposto pelo ministro Luis Roberto Barroso, determinou-se que o Congresso Nacional seja oficiado como uma forma de apelo para que legisle sobre a obrigatoriedade da reserva de gênero de 30% nas candidaturas dos órgãos internos dos partidos políticos, com a previsão de sanções às legendas que a descumprirem.

A resistência partidária na efetivação de campanhas femininas viáveis e competitivas, através do efetivo emprego dos recursos destinados pela legislação para atrair mais mulheres em seus quadros e promover sua capacitação foi observada em importante precedente envolvendo a apuração de fraude a cota de gênero pelo Tribunal Superior Eleitoral. O que se verificava era que estas “candidatas laranja” são jogadas na campanha eleitoral sem qualquer recurso, quando no mínimo estão cientes de seu registro de candidatura. Entretanto, embora a lei determine a necessária observância a uma quantidade mínima de mulheres candidatas, em caso de descumprimento do dispositivo, nenhuma sanção era imposta. Como visto, em 2016, passou-se a aceitar a apuração destes fatos através de AIME ou AIJE, mas apenas em 17 de Setembro de 2019, ao julgar o Respe n.º 193-92.2016.6.16.18.0018 originário de Valença do Piauí/PI, houve efetiva contribuição para o cumprimento efetivo da lei com o combate à fraude a cota de gênero. Por maioria de votos o TSE manteve a cassação de seis vereadores eleitos em duas chapas nas eleições de 2016, ante ao reconhecimento de que referidas chapas haviam se valido de candidaturas fictícias de mulheres para preencher o percentual previsto no art. 10, §3º da [Lei 9.504/97](#).

O compromisso partidário com a lei de cotas – existente há mais de duas décadas – foi destacado no precedente em questão, quando o ministro Luís Roberto Barroso, ao acompanhar o voto do relator do feito ministro Jorge Mussi, destacou que os péssimos resultados da reserva de candidaturas femininas, parecem advir da falta de comprometimento real dos partidos políticos em promover maior participação feminina, que deixam de “empregar os recursos destinados por lei à difusão da participação política feminina para atrair mais mulheres para seus quadros e promover a sua capacitação” bem como dar espaço em seus órgãos diretivos, e dar pleno cumprimento à cota de gênero com a alocação de recursos e tempo de propaganda eleitoral para que “tenham chances efetivas de se elegerem”.

A conclusão demonstra a existência do aparente paradoxo entre a democratização dos partidos – entendida como a adoção de procedimentos descentralizados e inclusivos – e a promoção da igualdade de gênero – por meio de políticas internas de cotas eleitorais.<sup>33</sup> Da mesma forma, como os críticos ao movimento sufragista se valiam de argumentos como “mulheres não se interessam pela política” a falta de representação tem sido frequentemente atribuída pelos partidos às próprias mulheres, ainda que segundo dados do TSE elas sejam mais de 40% dos filiados.

Se, como afirma Jürgen Habermas, um espaço público excludente não é apenas incompleto, mas sequer pode ser considerado espaço público<sup>34</sup>, a participação de mulheres nos espaços de decisão é indispensável para a configuração da democracia. Segundo Margarete Coelho “uma Democracia representativa, na qual um enorme contingente de cidadãs, correspondente à maioria da população e também do eleitorado, não consegue

33 MONZOY, Andira Hernández. **Equidad de género y democracia interna de los partidos políticos**: políticas partidistas para la inclusión política de las mujeres en América Latina. Cidade do México: Tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011. p. 23-24.

34 HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984 [1961]. p. 107

se fazer representar igualmente nos espaços de poder e nem nos cargos eletivos denuncia que algo precisa ser (re)visto nesse sistema”<sup>35</sup>.

A Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres, adotada pela ONU em 1993, conceitua em seu art. 1º que violência contra as mulheres é “qualquer ato de violência baseado no gênero do qual resulte, ou possa resultar, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para as mulheres, incluindo as ameaças de tais atos, a coação ou a privação arbitrária de liberdade, que ocorra, quer na vida pública, quer na vida privada”. A Convenção de Belém do Pará e a Declaração de Pequim, também dispõem sobre o tema destacando que a violência contra a mulher pode ocorrer de maneiras diferentes – físicas, sexuais ou psicológicas –, sendo que a transferência desses atos para a arena política vem sendo classificada como violência política de gênero.

Neste cenário, mais recentemente, a atenção dos pesquisadores tem se voltado para a prática de atos que podem ser definidos como violência política de gênero, que também é efeito da tentativa de manutenção dos homens em seu lugar de privilégio. Para Margarete Coelho, “violência política de gênero são ações ou condutas agressivas cometidas por uma pessoa ou instituição através de terceiros que causem dano físico, psicológico ou sexual contra uma mulher que esteja no exercício de representação política ou sua família para restringir o exercício de seu cargo ou induzi-la a tomar decisões contra sua vontade, seus princípios ou contra a lei”<sup>36</sup>.

A violência política de gênero não é apenas um problema de injustiça individual, concreta ou isolada, mas também, do ponto de vista da desigualdade estrutural, é um problema da estrutura social resultado de práticas sociais e institucionais que historicamente geraram relações de submissão e subordinação entre homens e mulheres. É certo, que representa a resistência à mudança de paradigma em que as mulheres pararam de participar apenas da vida privada para intervir ativamente em um espaço tradicionalmente masculino.

Nesta mudança de paradigma, é ilustrativo que a média de a participação global das mulheres na esfera parlamentar mais do que dobrou de 11,3% em 1995 para 24,9% em 2020 (Inter-Parliamentary Union, 2020<sup>37</sup>). Para ilustrar a magnitude do problema, o Instituto<sup>38</sup> realizou um estudo em 39 países durante 2016, e identificou que mais de 40% das mulheres entrevistadas que ocupam posição em órgãos legislativos receberam ameaças de sequestro, lesão, estupro, sequestro de seus filhos e até mesmo de morte. Ainda, 81,8% de mulheres no legislativo relataram terem sido submetidas a ataques psicológicos, comentários sexistas e xingamentos.

No México, o conceito de violência política baseada no gênero foi estabelecido no Protocolo para Atenção à Violência Política contra Mulheres em Razão de gênero<sup>39</sup>, que a define como “todas as ações ou omissões

35 COELHO, Margarete de Castro. *O teto de cristal de democracia brasileira: abuso de poder nas eleições e violência política de contra mulheres*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 172.

36 COELHO, Margarete de Castro. *O teto de cristal de democracia brasileira: abuso de poder nas eleições e violência política de contra mulheres*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 256

37 INTER-PARLIAMENTARY UNION. *Women in Politics: 2020*. Disponível em: <https://www.ipu.org/resources/publications/infographics/2020-03/women-in-politics-2020>. Acesso em: 16 nov. 2021.

38 INTER-PARLIAMENTARY UNION. *Sexism, harassment and violence against women parliamentarians*. Disponível em: <https://www.ipu.org/resources/publications/issue-briefs/2016-10/sexism-harassment-and-violence-against-women-parliamentarians>. Acesso em: 16 nov. 2021.

39 PROTOCOLO PARA LA ATENCIÓN DE LA VIOLENCIA POLÍTICA CONTRA LAS MUJERES EM RAZÓN DE GÉNERO. 3. ed. Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2017. p. 41. Disponível em:

de pessoas, servidores ou servidores públicos que se dirigem a uma mulher por ser mulher, e tem um impacto diferenciado nelas ou lhes afetam desproporcionalmente, com o objetivo ou resultado de prejudicar ou anular seus direitos político-eleitorais, incluindo o exercício do cargo”.(tradução nossa). Ou seja, embora se possa dizer que é uma definição em construção, é considerada violência política de gênero, desde agressões e constrangimentos em redes sociais à recusa de direcionar recursos para campanhas femininas e até mesmo violências físicas sofridas por mulheres no exercício de seu mandato ou em pleito eleitoral.

Os exemplos da realidade são tantos que no Brasil o tema se tornou objeto do Projeto de Lei – PL nº 4.963/2020, apresentado pela deputada federal Margarete Coelho no último dia 20 de outubro, que estabelece normas para prevenir, sancionar e combater a violência política contra mulheres ou em razão de gênero. O PL define violência política como qualquer ação, conduta ou omissão de violência física, sexual, psicológica, moral, econômica ou simbólica, realizada de forma direta ou através de terceiros, que represente uma ameaça à democracia ao causar dano ou sofrimento a mulheres ou a qualquer pessoa em razão do seu gênero, com o propósito de restringir, impedir ou dificultar o exercício de seus direitos políticos. Além disso, a Lei propõe a inclusão de artigos no Código Eleitoral para que se tipifique a prática<sup>40</sup>. O projeto foi aprovado em dezembro de 2020 na Câmara dos Deputados e seguirá para votação no Senado.

Já no México, diante de demandas exigindo um marco regulatório formal para combater a violência política baseada no gênero, em 9 de março de 2017, o Senado da República aprovou o parecer de um projeto de decreto que propõe a reforma da Lei Geral de Acesso da Mulher a uma Vida Livre de Violência e de diferentes leis eleitorais nacionais como a Lei de Instituições e Procedimentos eleitorais, a Lei geral de Partidos Políticos, Lei Geral do sistema de meios de contestação em matéria eleitoral e Lei Geral em matéria de delitos eleitorais. O objetivo é incorporar o conceito de violência política de gênero, além de regulamentar os procedimentos e as penas para quem cometer esses atos. O projeto foi encaminhado à Câmara dos Deputados e devolvido por ela com retificações, mas até o momento não foi aprovado.

Se o problema da violência política de gênero é abordado como um problema estrutural, a forma de julgar também deve ser assim. Ou seja, o conflito não pode mais ser visto como um relacionamento binário sendo necessário se pensar na solução em termos estruturais. Nesse contexto, torna-se necessário deixar visível o fenômeno de modo a fazer com que o problema seja mais facilmente identificado fortalecendo a cultura da denúncia e a efetiva resolução dos casos, incluindo a definição de medidas adequadas para a reparação das vítimas.

<https://igualdad.ine.mx/biblioteca/protocolo-para-la-atencion-de-la-violencia-politica-contra-las-mujeres/>. Acesso em: 16 nov. 2021.

40 O art. 4º do PL 4693/2020 – a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), passa a vigorar com a inclusão dos seguintes artigos:

“Art. 237-A. Para o exercício de seus direitos de participação política, o Estado garantirá às mulheres e às pessoas de qualquer gênero igualdade de oportunidades e tratamento, não discriminação e equidade no acesso às instâncias de representação política e no exercício de suas funções públicas”

“Art. 301-A. Usar de violência política contra as mulheres ou em razão de gênero, com o propósito de restringir, impedir ou dificultar o exercício de seus direitos políticos.  
Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos e pagamento de 250 e 300 dias-multa”

“Art. 323-A. Produzir, divulgar, transmitir ou retransmitir propaganda eleitoral que contenha violência política.

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e pagamento de 150-200 dias-multa

Parágrafo único. As Penas cominadas neste artigo serão calculadas em dobro se a violência for divulgada pela internet ou por meio de serviços de mensagem privada.

## CONCLUSÃO

A história recente do Brasil e de outros países evidencia a necessidade de reformas complementares que permitam a ascensão das mulheres e de outros grupos vulneráveis no processo eleitoral em igualdade de condições, já que o histórico de exclusão gerou efeitos que persistem nos dias atuais, onde mesmo com a implementação de políticas afirmativas, as mulheres seguem com baixa representatividade no legislativo e executivo.

No Brasil os esforços do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral geraram resultados quanto a participação feminina na política, todavia, tais posicionamentos não se demonstraram suficientemente eficientes. Contudo, ao se buscar quebrar o teto de vidro quanto a representação das mulheres na política, foi desencadeado atenção para diversos outros grupos politicamente minoritários.

Foi com base nos precedentes relativos à representação de gênero que a Deputada Federal Benedita da Silva, apresentou a Consulta 0600306-47.2019.6.00.0000, que resultou no entendimento do TSE de que o fundo de campanha fosse distribuído proporcionalmente às candidaturas negras. O Ministro Alexandre de Moraes apontou que a conquista do voto no mundo todo foi essencial para o combate e o enfrentamento da discriminação, ressaltando que “há necessidade, também, de plena capacidade eleitoral passiva (elegibilidade), permitindo a todos que possam ser candidatos e mais do que isso, que possam ser votados disputando eleições em igualdade de condições, inclusive de recursos eleitorais”.

Nas últimas eleições municipais (2020) já se viu a tendência de um maior crescimento de bancadas feminina, negra, de povos originários e LGBTQI+, o que tem indicado que a população brasileira almeja por um legislativo e executivo plural e diverso. Não se trata de uma tarefa fácil e rápida, já que por mais que os grupos vulneráveis tenham obtido algum avanço na articulação de interesses comuns, seguem encontrando barreiras em grupos sociais dominantes que mantêm a percepção de que as mulheres e outras minorias não seriam capazes de participar das instâncias formais, caminhando ainda com a falta de credibilidade da representação política entre os próprios grupos, levando à falta de participação ativa durante o processo eleitoral.<sup>41</sup>

Ainda assim, é certo que uma composição mais diversificada nos poderes possibilitará a formulação de políticas mais eficientes e completas. Um estudo feito pelo Banco Mundial denominado “The Global Gender Gap Report”<sup>42</sup> apontou que uma maior participação de mulheres na política tem impacto relevante no desenvolvimento, pois promove a estabilidade econômica<sup>43</sup> e resultados mais democráticos, além disso, uma maior “representação feminina nos parlamentos nacionais está vinculada (i) ainda a avanços maiores na reforma das leis contra a discriminação e a mais investimentos (i) em serviços sociais e em assistência”.<sup>44</sup>

41 MONZOY, Andira Hernández. **Equidad de género y democracia interna de los partidos políticos**: políticas partidistas para la inclusión política de las mujeres en América Latina. Cidade do México: Tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011. p. 13-14.

42 WORLD ECONOMIC FORUM. **The Global Gender Gap Report**. 2017. Disponível em: [https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2017.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2017.pdf). Acesso em: 14 nov. 2020.

43 o estudo do Banco Mundial concluiu que em 2017 a desigualdade de gênero resulta em perdas que alcança U\$ 160 trilhões (segundo o IBGE o PIB brasileiro alcançou em 2019, R\$ 7,4 trilhões).

44 TAVARES, Paula; CANUTO, Otaviano. Sem mulheres, não há crescimento: a importância de promover a liderança feminina na América Latina. **World Bank Blogs**, 06 nov. 2018. Disponível em: <https://blogs.worldbank.org/pt/latinamerica/sem-mulheres-n-o-h-crescimento-importancia-de-promover-lideran-feminina-na-am-rica-latina>. Acesso em: 5

A igualdade de gênero em lugares de tomada de decisão, seja no Judiciário, no Executivo ou no Legislativo certamente demonstra-se necessária para se garantir a emancipação social das mulheres. Assim, o direito e os atos públicos serão também guiados pelos anseios, problemas e perspectivas de um grupo que representa mais da metade da população brasileira, garantindo uma sociedade mais democrática, justa e inclusiva.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL JUNIOR, Luciano. **Regime constitucional dos direitos políticos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BIROLI, Flavia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e política**. São Paulo: Boitempo, 2014.
- BUENO, Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da constituição do império**. Rio de Janeiro: Nova Edição, 1985.
- COELHO, Margarete de Castro. **O teto de cristal de democracia brasileira: abuso de poder nas eleições e violência política de contra mulheres**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- CORBETTA, José; PEREZ-LIÑAN, Aníbal. Calidad de la democracia. Un análisis de la trayectoria argentina. **Revista Instituciones y Desarrollo**, Barcelona, n. 10, p. 149-169, 2001
- DUPRAT, Deborah. Igualdade de gênero, cidadania e direitos humanos. In: CASTILHO, Ela Weicko Volkmer *et al* (org.). **Perspectivas de gênero e o sistema de justiça brasileiro**. Brasília: ESMPU, 2019.
- FRASER, Nancy. Democratic justice in a globalizing age: age thematizing the problem of the frame. In: KARRANGIANNIS, N. (ed.). **Varieties of world making: beyond globalization**. Liverpool: Liverpool Press, 2005.
- GUEDES, Néviton. Comentário ao artigo 14º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984 [1961].  
<https://igualdad.ine.mx/biblioteca/protocolo-para-la-atencion-de-la-violencia-politica-contra-las-mujeres/>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- INTER-PARLIAMENTARY UNION. **Sexism, harassment and violence against women parliamentarians**. Disponível em: <https://www.ipu.org/resources/publications/issue-briefs/2016-10/sexism-harassment-and-violence-against-women-parliamentarians>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- INTER-PARLIAMENTARY UNION. **Women in Politics: 2020**. Disponível em: <https://www.ipu.org/resources/publications/infographics/2020-03/women-in-politics-2020>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- MONZOY, Andira Hernández. **Equidad de género y democracia interna de los partidos políticos: políticas partidistas para la inclusión política de las mujeres en América Latina**. Cidade do México: Tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011.
- MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- PITKIN, Hannah. Representação: palavras, instituições e idéias. **Lua Nova**, São Paulo, n. 67, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452006000200003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/pSDrmVSqRqggw7GXhxBjCgG/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- PROTOCOLO PARA LA ATENCIÓN DE LA VIOLENCIA POLÍTICA CONTRA LAS MUJERES EM RAZÓN DE GÉNERO. 3. ed. Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2017. p. 41. Disponível em:
- SALGADO, Eneida, Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- TAVARES, Paula; CANUTO, Otaviano. Sem mulheres, não há crescimento: a importância de promover a liderança feminina na América Latina. **World Bank Blogs**, 06 nov. 2018. Disponível em: <https://blogs.worldbank.org/pt/latinamerica/sem-mulheres-n-o-h-crescimento-importancia-de-promover-lideran-feminina-na-am-rica-latina>. Acesso em: 5 dez. 2020.
- WORLD ECONOMIC FORUM. **The Global Gender Gap Report**. 2017. Disponível em: [https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2017.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2017.pdf). Acesso em: 14 nov. 2020.

# CAPÍTULO 11

## OS GOVERNOS LIDERADOS POR MULHERES DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 SOB A PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Nina Trícia Disconzi Rodrigues Pigato

Katiele Daiana da Silva Rehbein

### INTRODUÇÃO

No final do ano de 2019, iniciou-se o surto da Covid-19, doença derivada do vírus SARS-CoV-2, da família dos Coronavírus, com epicentro em Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China, com mais de 86.749.940 de casos confirmados no mundo, com registro de pelo menos 1.890.342 mortes confirmadas, em 188 países, até o dia 08 de janeiro de 2021.<sup>1</sup>

Inicialmente a cidade de Wuhan e suas proximidades foram fechadas para a contenção do que hoje é a pandemia. Porém, a doença espalhou-se rapidamente para os países vizinhos e atingiu praticamente todo o mundo. Desde o dia 11 de março de 2020, data da declaração da Covid-19 como uma pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS), se vive um momento de reconfiguração social. Fundamentados nisso, para enfrentar a crise, os países passaram a utilizar medidas como a quarentena, isolamento social e *lockdown*, o que alterou drasticamente as dinâmicas sociais e econômicas.

De acordo com notícias veiculadas na mídia nacional e internacional, muitas chamadas referentes à pandemia do Coronavírus anunciam que os países liderados por mulheres mostram-se superiores no enfrentamento e contenção da doença da Covid-19.

O sucesso dessas lideranças femininas se deve a característica de que as mulheres se devotam mais aos cuidados com os seus próximos do que os homens, o que se relaciona com a construção histórica social e não com os genes. As líderes que se sobressaíram na contenção da pandemia representam democracias parlamentares, onde a administração nacional apresenta uma resposta mais célere aos problemas.

Ante o exposto, evidencia-se que o presente capítulo tem por finalidade apresentar o resultado de uma pesquisa bibliográfica, sendo o objetivo principal do estudo averiguar os porquês da distinção dos governos liderados por mulheres no enfrentamento da pandemia da Covid-19. Desse modo, a pesquisa se fundamenta

1 ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE – OPAS. **Folha informativa – Covid-19** (doença causada pelo novo Coronavírus). Histórico. 2020. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875). Acesso em: 09 jan. 2021.



pela necessidade de explicação de diferentes aspectos que envolvem a problemática que viabiliza a pesquisa, a qual atina seu cerne na seguinte questão: O que distingue no que concerne à política e enfrentamento da crise ocasionada pela pandemia de Covid-19, os governos liderados por mulheres?

Visando encontrar respostas ao problema, a pesquisa utilizou-se da abordagem dedutiva, sendo que a mesma parte de uma abordagem global de conceituação e identificação da democracia representativa para, a partir dessa abordagem, trazer a eficiência de governos liderados por mulheres em tempos de pandemia, ainda, do método monográfico para fins procedimentais, objetivando-se constatar a necessidade de mais mulheres na política.

Desse modo, o trabalho se estruturou em três partes. Na primeira, busca-se expor noções introdutórias à compreensão do conceito de democracia representativa, sem nesse estudo, por uma questão de corte metodológico, analisar as teorias feministas da democracia que vem apontando para o ocultamento das desigualdades entre homens e mulheres produzido pelas teorias democráticas tradicionais. Em um segundo momento, pretende-se verificar a notoriedade dos governos liderados por mulheres em tempos de pandemia; para, por fim, partir para a verificação se há a necessidade de (mais) mulheres na política.

## 1 DEMOCRACIA REPRESENTATIVA X DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

A etimologia da palavra democracia é derivada de “demos” que significa “povo” e “kratos”, referente a “autoridade”, por isso trata-se de um governo que é alicerçado na autoridade do povo e legitimado para tomar decisões dos que o representam. A democracia pode ser exercida de diversos modos, compreendendo-se a democracia representativa, como a que pretende representar “sujeitos”, no espaço político.

No Brasil, assim como em outros países, a supremacia do povo é efetivada primordialmente por meio da representação, lograda por meio de eleições para o poder executivo e legislativo.<sup>2</sup> Sendo, portanto, um exercício da cidadania.

Notoriamente no Brasil, a [Constituição Federal de 1988](#), ratifica o exercício da soberania do povo no artigo primeiro, parágrafo único, ao especificar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.<sup>3</sup> Por isso elege a democracia representativa e a democracia direta como meios de participação política.

Nesse contexto, por democracia representativa entende-se ser aquela em que o povo, a fonte primária do poder, elege os seus representantes, periodicamente, para a tomada de decisão política. Para Bobbio,<sup>4</sup> a de-

2 RODRIGUES, Lucas Mateus Canabarro; RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi. Os desafios para adoção da cláusula de barreira partidária no Brasil à luz do direito alemão. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, SP: v. 20, n. 8, p. 43-61, mai./ago., 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3273>. Acesso em: 16 nov. 2021.

3 BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 12 dez. 2020.

4 BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

mocracia representativa quer dizer que as deliberações concernentes à coletividade inteira são empregues não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas sim por pessoas que são eleitas para cumprir essa finalidade.

Sob a égide liberal, tem-se que as tomadas de decisões não podem abranger a soberania popular. Essa perspectiva se fundamenta, primordialmente, no argumento da incapacidade do povo para a tomada de decisão estatal e da inoperância dos meios de democracia direta em países de dimensões territoriais e populacionais vastas. A respeito, o liberalismo não busca a democracia direta nem a participativa, mas sim a de partido, representativa, em que os eleitos representantes, mais aptos e racionais, tomariam as decisões mais eficientes para o país e para o povo.<sup>5</sup>

Um dos problemas relacionados à democracia representativa condiciona-se à legitimidade. O que se denomina de crise de legitimidade. Nota-se que, no Brasil, os representantes depois de eleitos não mantêm vínculo com o povo, nem com os compromissos assumidos. Habitualmente se desassocia dos representados assim que eleitos. Todavia, se destaca que a democracia representativa é a democracia liberal, que não previu a democracia de participação efetiva.<sup>6</sup>

Compreende-se que a democracia representativa pressupõe um composto de institutos concernentes ao sistema de representação. Conforme Bonavides,<sup>7</sup> o poder é do povo, todavia o governo é dos representantes, em nome do povo, sendo esta a essência da democracia representativa. Portanto, versa-se sobre o processo político, por intermédio do sufrágio universal, das eleições, partidos políticos e mandato eletivo. Desse modo, a eleição é a máxima da democracia liberal, visto que é o momento em que o povo outorga o exercício do poder, legitimando-os aos representantes.

O processo de redemocratização e a promulgação da CF/88, constituíram, no Brasil, o marco primordial do desenvolvimento dos institutos participativos, com uma evidenciada atuação dos sindicatos e movimentos sociais na organização popular no subúrbio e na luta por esses espaços políticos. Além da previsão de diversos institutos de democracia participativa, outra inovação concebida pela CF/88, que beneficiou a majoração da participação popular, foi a valorização da esfera local, com o encargo de competências para as políticas urbanas e sociais. Essa nova institucionalidade foi particularizada e consolidada pela legislação infraconstitucional, evidenciando-se o Estatuto da Cidade, a Lei da Transparência e a Lei de Acesso à Informação, as Leis Orgânicas do Sistema Único de Saúde e do Sistema Único de Assistência Social.<sup>8</sup>

A democracia participativa engloba a participação universal, com todos os meios e mecanismos que existem e os que forem elaborados para aumentar os espaços de participação nas decisões políticas e nos atos da

5 MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na Constituição Brasileira.

*Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, a. 45, n. 178, abr./jun., 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176529>. Acesso em: 16 nov. 2021.

6 MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na Constituição Brasileira.

*Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, a. 45, n. 178, abr./jun., 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176529>. Acesso em: 16 nov. 2021.

7 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

8 GASPARD, Murilo. Democracia participativa e experimentalismo democrático em tempos sombrios. *Estudos Avançados*. v. 32, n. 92, São Paulo, jan./abr., 2018. DOI: <https://doi.org/10.5935/0103-4014.20180006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/jGVkdSF8SjLPjQkxCckWTQG/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 nov. 2021.

administração pública. Nesse contexto, Silva,<sup>9</sup> alude que as manifestações embrionárias da democracia participativa fundaram-se nos institutos da democracia semidireta, que harmonizam instituições de participação direta com as de participação indireta. E, a partir disso, se pode compreender que a democracia semidireta tratou apenas do crepúsculo da democracia participativa.

Tem-se que a experiência democrática, em diversos países, certificou a imperícia e as distorções que a democracia representativa simbolizava, inapta para assumir os anseios do povo. Por outro viés, a democracia direta parece ser ilusória, improvável de ser viabilizada. Da mesma forma, a semidireta ficou aquém das perspectivas, visto que insere apenas alguns elementos da democracia direta no sistema. Daí sucedeu a democracia participativa, que engloba todos os meios de atuação da sociedade nas decisões políticas e nos atos da Administração Pública.<sup>10</sup>

Neste certame, pode-se dizer que um exemplo eficaz da democracia representativa é a preponderância dos governos que são liderados por mulheres no combate à pandemia ocasionada pela Covid-19, porque se tornaram exemplos de sucesso e eficiência na forma de contenção da crise, o que passa a ser explorado na seção a seguir.

## 2 A EFICIÊNCIA DOS GOVERNOS LIDERADOS POR MULHERES EM TEMPOS DE PANDEMIA

Nas últimas eleições, no Brasil, notou-se um crescimento efetivo no número de candidaturas e elegibilidade de mulheres, seja na esfera do Poder Executivo ou do Legislativo. Dado que no ano de 1995, foi colocada em pauta e criada uma legislação acerca das cotas eleitorais, sem que houvesse delimitação do percentual. Apenas no ano de 1997, com a promulgação da [Lei nº 9.504](#), que ficou estipulado este valor: sendo o mínimo de 30% e máximo de 70% de cada partido ou coligação para as candidaturas de ambos os sexos.<sup>11</sup>

A presença de mulheres em órgãos institucionais tem sido fortemente analisada por um conjunto de autores pelo mundo e o cerne desses diagnósticos convergem para a compreensão de que ainda existe uma sub-representação forte das mulheres em cargos políticos. As adversidades para a chegada das mulheres nesses cargos de poder desdobraram em discussões para um conjunto de possibilidades a respeito da temática. Ademais, uma

9 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

10 MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na Constituição Brasileira.

**Revista de informação legislativa**. Brasília: Senado Federal, a. 45, n. 178, abr./jun., 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176529>. Acesso em: 16 nov. 2021.

11 BRASILEIRO, Cyntia; ALBUQUERQUE, Terezinha; BORBOREMA, José Silvan. A Covid-19 no território das mulheres prefeitas. **Inter-legere**. v. 3, n. 28, 2020. DOI: <https://doi.org/10.21680/1982-1662.2020v3n28ID21196>. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/interlegere/article/view/21196/13164>. Acesso em: 16 nov. 2021.

instigação que se instaurou sobre as democracias, sejam elas embrionárias ou consolidadas, é a salvaguarda de que as mulheres estejam presentes, não mormente enquanto eleitoras, mas ocupando cargos efetivos.<sup>12, 13, 14, 15</sup>

No que se refere ao desempenho de mulheres ao tomarem posse em cargos políticos relevantes, o papel de liderança, as agendas defendidas, medidas e indicadores sociais que se podem coligir nestas gestões, incitam cada vez mais o interesse na seara acadêmica. Já existem estudos nessas concepções, assimilando o desempenho das mulheres enquanto ocupantes desses cargos, primordialmente no âmbito da saúde pública, a título de exemplo.<sup>16, 17</sup>

Notório é que o cenário de combate de uma pandemia mundial, vem sendo assinalado por rivalidades geopolíticas, desenvolvimentos geográficos dessemelhantes, no tempo e espaço, políticas estatais, reformulações tecnológicas e relações em rede, sejam elas de cunho social ou laborais, que atuam em mudanças constantes.<sup>18</sup>

No que se refere à pandemia, destaca-se que os primeiros casos de infecção pelo novo Coronavírus, o SARS-CoV-2, causador da doença da Covid-19, foram noticiados na cidade de Wuhan, parte da província de Hubei, na República Popular da China, no final do ano de 2019. A doença infecciosa surgiu como um problema local, mas a proliferação espacial foi célere, espalhando-se rapidamente pela Ásia e pela Europa, seguidamente, se deu com dados estarrecedores de contaminação pela Itália, França, Espanha, Alemanha, indicando uma ameaça explícita de mudança na forma como a sociedade, as mercadorias e informações circulam e se reproduzem no espaço. O Coronavírus demonstrou que os desafios seriam diversos, primordialmente por se tratar de um “inimigo” até então desconhecido.<sup>19</sup>

No dia 11 de março de 2020 a Organização Mundial de Saúde – OMS – declarou a pandemia mundial ocasionada pela Covid-19.<sup>20</sup> Os governos de todo o mundo tiveram que tomar medidas drásticas e enérgicas nas suas sistemáticas econômicas e políticas, visando minorar o contágio em massa de suas populações, na busca de evitar o colapso dos sistemas de saúde.

12 CARVALHO, Daniela; YASUDA, Thais Guedes. A sub-representação feminina na política brasileira em face das inovações democráticas legislativas. *VirtuaJus*. Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 363-383, 2017. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/15500>. Acesso em: 16 nov. 2021.

13 SPOHR, Alexandre Piffero *et al.* Participação Política de Mulheres na América Latina: o impacto de cotas e de lista fechada. *Rev. Estud. Fem.* Florianópolis, v. 24, n. 2, maio/ago. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/1805-9584-2016v24n2p417>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/XqvqGYBNTV/mM3BTY6GfbVHQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 nov. 2021.

14 PRÁ, Jussara Reis. Cidadania de gênero, democracia paritária e Inclusão Política das Mulheres. *Gênero na Amazônia*. Belém, n. 4, 2013. Disponível em: <http://generonaamazonia.ufpa.br/edicoes/edicao-4/artigos/artigo-1-jussara-para.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2021.

15 VIOTTI, Maria Luiza Ribeiro. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher. Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Pequim, 1995. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao\\_beijing.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf). Acesso em: 12 dez. 2020.

16 BROLLO, Fernanda; TROIANO, Ugo. **What Happens When a Woman Wins a Close Election? Evidence from Brazil**. FGV, 2012. Disponível em: <https://epge.fgv.br/sites/default/files/fernanda-brollo-what-happens-when-a-woman-wins-a-close-election.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020.

17 GROSSI, Miriam Pillar; MIGUEL, Sônia. Transformando a diferença: as mulheres na política. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 9, n. 1, 2001. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2001000100010>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/D3mtYCb7yv3yQkKqgkv4Xrm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 nov. 2021.

18 HARVEY, David. **Política anticapitalista em tempos de Coronavírus**. Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano Regional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Boletim n. 13, 26 mar. 2020. Disponível em: <https://ippur.ufjf.br/politica-anticapitalista-em-tempos-de-coronavirus/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

19 ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE – OPAS. **Folha informativa – Covid-19** (doença causada pelo novo Coronavírus). Histórico. 2020. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875). Acesso em: 09 jan. 2021.

20 ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE – OPAS. **Folha informativa – Covid-19** (doença causada pelo novo Coronavírus). Histórico. 2020. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875). Acesso em: 09 jan. 2021.

Pode-se notar que a medida de contenção primordial na maximização do contágio utilizada pela maior parte dos países mundiais foram o isolamento social, os fechamentos das fronteiras e, em alguns casos, o lockdown (bloqueio ou confinamento total), ações que sensibilizaram diretamente as relações sociais, dado que estas orientações vão em desencontro do que a economia precisa para fluir vigorosamente.<sup>21</sup>

Prontamente, os reflexos na ordem econômica mundial foram percebidos com a minoração da circulação de pessoas, assim como das mercadorias. Colocou-se em pauta a efetividade do modelo capitalista financeiro contemporâneo e segmentou opiniões entre líderes mundiais, como por exemplo o ex-presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, e o presidente do Brasil, Jair Bolsonaro. Estes gestores optaram por utilizar uma retórica minimizadora da crise mundial que a pandemia da Covid-19 caracteriza nos mais variados setores no mundo, relegando às vidas da população a um segundo plano.

O presidente do Brasil, Jair Bolsonaro, chegou a ter a pior avaliação mundial de enfrentamento à Covid-19, deixando o país com imagem negativa no exterior.<sup>22</sup> As políticas de enfrentamento da pandemia esbarraram em diversas resistências por parte do presidente, dado que este fez uso do discurso negacionista e até mesmo minimizador da crise e, em vista disso, gerou controvérsias de aplicabilidade das ações concernentes entre o mesmo, os governadores(as) e prefeitos(as).

Em contrapartida, viu-se despontar na mídia mundial exemplos notáveis de nações chefiadas por mulheres que obtiveram êxito no enfrentamento da crise contemporânea, com políticas voltadas para o isolamento social antecipado, rastreamento das infecções, orientações de cunho científico, testagem em massa, dentre outras, e paralelamente a isso, proporcionando auxílio financeiro à população e às empresas.<sup>23</sup>

A Islândia, a Dinamarca, a Finlândia, a Alemanha e a Noruega foram listados como os melhores países na luta contra o Coronavírus e, ainda, como bons exemplos de combate a crise, tem-se os países de Hong Kong, Singapura, Nova Zelândia, Grécia, Estônia, todos liderados por mulheres e com efetivo controle do vírus.

Em consonância com essa perspectiva de contenção da Covid-19, considera-se que as trajetórias sociais das mulheres puderam contribuir nas diversas condutas de lideranças, com políticas com mais empatia, colaborativas, pautadas em estudos científicos, diferentemente de condutas adotadas por outros chefes de Estado, como no Brasil.<sup>24</sup>

Em pesquisa realizada pelo Fórum Econômico Mundial e pelo Think Tank Center for Economic Policy Research, elencou-se que as nações chefiadas por mulheres obtiveram resultados sistêmicos e significativa-

21 RIVEIRA, Carolina. É fato: países com líderes mulheres vão melhor contra a Covid-19. Por quê? **Exame**, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://exame.com/mundo/paises-com-lideres-mulheres-estao-se-saindo-melhor-contr-o-coronavirus/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

22 FREY, João. Governo Bolsonaro tem a pior avaliação mundial de enfrentamento à Covid-19. **UOL**, Governo, 17 de junho de 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/saude/governo-bolsonaro-tem-a-pior-avaliacao-mundial-de-enfrentamento-a-covid-19/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

23 COX, Avivah Wittenberg. Mulheres são o diferencial dos países com as melhores respostas ao Coronavírus. **Forbes Brasil**, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/escolhas-do-editor/2020/04/mulheres-na-lideranca-sao-o-diferencial-dos-paises-com-as-melhores-respostas-ao-coronavirus/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

24 UCHOA, Pablo. Coronavírus: por que países liderados por mulheres se destacam no combate à pandemia? **BBC News**, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52376867>. Acesso em: 12 dez. 2020.

mente melhores na resposta à contenção do Coronavírus. Determinando medidas rígidas de enfrentamento, com o isolamento antecipado, países estes que reduziram pela metade o número de mortes frente aos países encabeçados por homens.<sup>25</sup>

Líderes mundiais como Angela Merkel, da Alemanha, Jacinda Ardern, da Nova Zelândia, Mette Frederiksen, da Dinamarca, Tsai Ing-wen, de Taiwan e Sanna Marin, da Finlândia, entraram em evidência na mídia mundial ao longo do primeiro semestre do ano de 2020, dado o bom exemplo no enfrentamento da Covid-19. E, segundo o Center for Economic Policy Research, o sucesso das líderes femininas pode ser explicado pelas respostas políticas imediatistas, proativas e coordenadas.<sup>26</sup>

Nesse sentido, tem-se que as respostas das nações à crise da Covid-19, têm sido variadas e com resultados heterogêneos, todavia as de maior sucesso têm em comum os governos liderados por mulheres. Como exemplo, na Alemanha e Nova Zelândia, as estratégias implementadas foram dicotômicas, mas o êxito logrado foi semelhante, em contraste com outras grandes economias mundiais.<sup>27</sup>

Na Alemanha, o governo da chanceler Angela Merkel efetivou um grande número de testes, ofertando milhares de leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI), equipando as pessoas do quadro de saúde com as proteções necessárias para lidar com uma pandemia. O país foi afetado rigorosamente pelo vírus, contudo obteve uma taxa de mortalidade baixa, comparando com outros países como Itália, Espanha e Reino Unido.<sup>28, 29</sup>

A Nova Zelândia, liderada por Jacinda Ardern, também destacou-se com a baixa taxa de mortalidade. Mesmo que, geográfica e populacionalmente, o país seja considerado pequeno, as medidas foram eficazes no enfrentamento da pandemia, dado que a líder da nação determinou os testes em massa, além de tomar a rápida decisão de fechar as fronteiras e ordenar o isolamento imediato da população.<sup>30</sup>

É válido destacar que uma das respostas mais rápidas da pandemia foi da presidente de Taiwan, Tsai Ing-wen. Em 31 de dezembro de 2019, mesmo dia em que soube do surgimento de um vírus em Wuhan, desconhecido até então, estabeleceu que todos os passageiros que retornavam da cidade deveriam ser investigados,

25 VEJA. Países liderados por mulheres responderam melhor à Covid-19, sugere estudo. 18 ago. 2020. Disponível em: [veja.abril.com.br/mundo/paises-liderados-por-mulheres-responderam-melhor-a-Covid-19-sugere-estudo/](http://veja.abril.com.br/mundo/paises-liderados-por-mulheres-responderam-melhor-a-Covid-19-sugere-estudo/). Acesso em: 12 dez. 2020.

26 VEJA. Países liderados por mulheres responderam melhor à Covid-19, sugere estudo. 18 ago. 2020. Disponível em: [veja.abril.com.br/mundo/paises-liderados-por-mulheres-responderam-melhor-a-Covid-19-sugere-estudo/](http://veja.abril.com.br/mundo/paises-liderados-por-mulheres-responderam-melhor-a-Covid-19-sugere-estudo/). Acesso em: 12 dez. 2020.

27 ESTADO DE MINAS Internacional. **Governos liderados por mulheres viram exemplo de combate à pandemia de Covid-19**. 15 abr. 2020. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/04/15/interna\\_internacional,1138735/governos-liderados-por-mulheres-viram-exemplo-de-combate-a-pandemia-de.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/04/15/interna_internacional,1138735/governos-liderados-por-mulheres-viram-exemplo-de-combate-a-pandemia-de.shtml). Acesso em: 12 dez. 2020.

28 RIVEIRA, Carolina. É fato: países com líderes mulheres vão melhor contra a Covid-19. Por quê? **Exame**, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://exame.com/mundo/paises-com-lideres-mulheres-estao-se-saindo-melhor-contr-o-coronavirus/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

29 PURCHIO, Luisa. Elas vencem a Covid-19: Por que em países liderados por mulheres as taxas de letalidade dos infectados pelo novo Coronavírus são mais baixas que as de outras nações. **IstoÉ**, 05 maio 2020. Disponível em: <https://istoe.com.br/elas-vencem-a-Covid-19/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

30 COX, Avivah Wittenberg. Mulheres são o diferencial dos países com as melhores respostas ao Coronavírus. **Forbes Brasil**, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/escolhas-do-editor/2020/04/mulheres-na-lideranca-sao-o-diferencial-dos-paises-com-as-melhores-respostas-ao-coronavirus/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

criando um centro de controle. Somente alguns dias depois é que a Organização Mundial da Saúde declarou que o vírus era transmissível entre humanos.<sup>31, 32, 33</sup>

Em janeiro de 2020, dois meses antes de a Organização Mundial da Saúde declarar a pandemia, Tsai elencou 124 medidas a fim de evitar que o vírus se espalhasse sem ter de recorrer ao isolamento total, que viria a ser implementado por diversos países mais tarde.<sup>34, 35</sup>

Já na Finlândia, Sanna Marin, a chefe de Estado mais jovem do mundo, de 34 anos, comanda o enfrentamento da pandemia utilizando as redes sociais e influenciadores digitais, o que auxiliou o país a manter o número baixo de infectados. O sucesso finlandês foi tão grande que, em pesquisa, o desempenho de Sanna durante a crise obteve aprovação de 85% dos eleitores.<sup>36</sup>

A maneira como as líderes mulheres praticam política desempenha um papel fundamental. Geeta Rao Gupta, diretora executiva do Programa 3D para Meninas e Mulheres e membro sênior da Fundação das Nações Unidas, traz que as mulheres não têm um estilo de liderança diferente dos homens. Entretanto, quando estão representadas em posições de liderança, isso traz diversidade à tomada de decisões.<sup>37</sup>

Nota-se um contraste com a postura negacionista a fatos científicos e explosiva utilizadas por alguns dos colegas do gênero masculino, como o ex-Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, e o presidente do Brasil, Jair Bolsonaro.<sup>38, 39</sup>

Campbell, diretora do Instituto Global para Liderança Feminina, no King's College London, traz que os estilos de liderança não são intrínsecos a homens e mulheres. Todavia, devido à forma como há a socialização, torna-se mais aceitável que as mulheres sejam líderes mais empáticas e colaborativas. E, infelizmente, existem mais homens que se enquadram no perfil narcisista e hipercompetitivo, sendo que essa característica na liderança masculina foi intensificada pela tendência populista na política.<sup>40</sup>

31 UCHOA, Pablo. Coronavírus: por que países liderados por mulheres se destacam no combate à pandemia? **BBC News**, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52376867>. Acesso em: 12 dez. 2020.

32 COX, Avivah Wittenberg. Mulheres são o diferencial dos países com as melhores respostas ao Coronavírus. **Forbes Brasil**, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/escolhas-do-editor/2020/04/mulheres-na-lideranca-sao-o-diferencial-dos-paises-com-as-melhores-respostas-ao-coronavirus/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

33 ESTADO DE MINAS Internacional. **Governos liderados por mulheres viram exemplo de combate à pandemia de Covid-19**. 15 abr. 2020. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/04/15/interna\\_internacional,1138735/governos-liderados-por-mulheres-viram-exemplo-de-combate-a-pandemia-de.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/04/15/interna_internacional,1138735/governos-liderados-por-mulheres-viram-exemplo-de-combate-a-pandemia-de.shtml). Acesso em: 12 dez. 2020.

34 COX, Avivah Wittenberg. Mulheres são o diferencial dos países com as melhores respostas ao Coronavírus. **Forbes Brasil**, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/escolhas-do-editor/2020/04/mulheres-na-lideranca-sao-o-diferencial-dos-paises-com-as-melhores-respostas-ao-coronavirus/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

35 ESTADO DE MINAS Internacional. **Governos liderados por mulheres viram exemplo de combate à pandemia de Covid-19**. 15 abr. 2020. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/04/15/interna\\_internacional,1138735/governos-liderados-por-mulheres-viram-exemplo-de-combate-a-pandemia-de.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/04/15/interna_internacional,1138735/governos-liderados-por-mulheres-viram-exemplo-de-combate-a-pandemia-de.shtml). Acesso em: 12 dez. 2020.

36 COX, Avivah Wittenberg. Mulheres são o diferencial dos países com as melhores respostas ao Coronavírus. **Forbes Brasil**, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/escolhas-do-editor/2020/04/mulheres-na-lideranca-sao-o-diferencial-dos-paises-com-as-melhores-respostas-ao-coronavirus/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

37 UCHOA, Pablo. Coronavírus: por que países liderados por mulheres se destacam no combate à pandemia? **BBC News**, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52376867>. Acesso em: 12 dez. 2020.

38 RIVEIRA, Carolina. É fato: países com líderes mulheres vão melhor contra a Covid-19. Por quê? **Exame**, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://exame.com/mundo/paises-com-lideres-mulheres-estao-se-saindo-melhor-contra-o-coronavirus/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

39 UCHOA, Pablo. Coronavírus: por que países liderados por mulheres se destacam no combate à pandemia? **BBC News**, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52376867>. Acesso em: 12 dez. 2020.

40 UCHOA, Pablo. Coronavírus: por que países liderados por mulheres se destacam no combate à pandemia? **BBC News**, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52376867>. Acesso em: 12 dez. 2020.

Alguns líderes políticos, diferentemente das nações lideradas por mulheres, como Estados Unidos, Brasil, Israel e Hungria, tentaram colocar a culpa dos problemas em causas externas, como por exemplo apontar para estrangeiros importando a doença, como indicou Donald Trump. Campbell salienta que Trump e Bolsonaro optaram por assumir uma personalidade “ultramacho”. Não sendo essa característica instituída na biologia, mas optam por utilizá-la.<sup>41</sup>

As mulheres são consideravelmente menos propensas a estarem na direita radical populista, sendo esta, no geral, associada a uma política individualista e machista. Desse modo, para a contenção da Covid-19, os líderes mundiais precisaram tomar decisões difíceis, como bloquear as atividades econômicas, e essas escolhas possuem em seu cerne um alto custo político no curto prazo, que é o oposto do que os líderes populacionistas buscam.<sup>42</sup>

Por fim, pode-se dizer que dada a boa repercussão das líderes mundiais femininas no combate a pandemia da Covid-19, vem à tona a questão da sub-representatividade das mulheres no campo político, representado hegemonicamente por homens, que é uma realidade não apenas do Brasil, mas também de diversos países pelo mundo, o que traz a importância da necessidade e magnitude de haver mais mulheres na política.

### 3 DA NECESSIDADE DE (MAIS) MULHERES NA POLÍTICA

A conquista das mulheres ao direito ao voto, no ano de 1932, não viabilizou uma participação mais intensa das mesmas na política, porque a participação política sempre foi um privilégio dos homens.<sup>43</sup>

A sub-representação das mulheres na esfera política é uma realidade notada em diversos países do mundo. No Brasil, mesmo correspondendo ao percentual de mais da metade do eleitorado nacional, as mulheres desempenham papéis e funções de menor relevância na política. Tem-se que: “a democracia brasileira só será plena quando todos os seus cidadãos forem representados, participando ativamente da condução do destino do país – contribuindo assim para construção de uma sociedade mais justa e fraterna”.<sup>44</sup>

Nesse contexto, embora o número de mulheres na política seja ínfimo, já representa um avanço na luta de gênero pela equidade e inserção destas no espaço político, ao passo que até pouco tempo a representação das mulheres era restrita mormente aos espaços privados.<sup>45</sup>

Notório é que a pequena representatividade das mulheres no processo político está diretamente ligada a uma edificação da cultura patriarcal, onde a mulher tem a função primordial de cuidar de assuntos de aspecto

41 UCHOA, Pablo. Coronavírus: por que países liderados por mulheres se destacam no combate à pandemia? **BBC News**, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52376867>. Acesso em: 12 dez. 2020.

42 UCHOA, Pablo. Coronavírus: por que países liderados por mulheres se destacam no combate à pandemia? **BBC News**, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52376867>. Acesso em: 12 dez. 2020.

43 BRABO, Tânia Suely Antonelli Marcelino. **Gênero e poder local**. São Paulo: Humanitas, 2008.

44 ALVES, Yanne Katt Teles Rodrigues. Debatendo a representatividade: um panorama histórico e breve reflexão sobre a participação feminina na política brasileira. **Revista de Estudos Eleitorais**. Recife, v. 2, n. 3, p. 95-103, jul., 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5365>. Acesso em: 16 nov. 2021. p. 96.

45 SIGLINSKI, Stefan Hanatzki; WILMSEN, Janiquele. Mulheres na política e a democracia participativa. **I Congresso Nacional de Biopolítica e Direitos Humanos**, 2018.



privado e familiar, enquanto o homem está no papel de exercer a função pública, em suma, atuar politicamente enquanto a mulher cuida da casa e dos filhos.<sup>46</sup>

No Brasil, foi implementada a política de cotas para as mulheres, visando uma maior representatividade feminina na política, o que firma o princípio constitucional da igualdade de gênero, disposto no artigo 5º, inciso I, da CF/88. As ações afirmativas têm gerado relevantes mudanças na situação das mulheres, no acesso ao espaço público e cotas para os cargos públicos.<sup>47</sup>

A política de cotas por sexo é uma ação afirmativa que busca o empoderamento feminino, podendo ser compreendida como um instrumento provisório de política social, aplicado por entidades públicas ou privadas, nos diferentes poderes e níveis, por meio do qual se busca incluir determinado grupo de pessoas à sociedade, visando o aumento da participação desses sujeitos sub-representados em esferas específicas, nas quais manter-se-iam aliçados por questões de sexo, raça, etnia, classe social ou deficiência física e mental. Estes programas visam a promoção do desenvolvimento de uma sociedade plural, diversificada, democrática, racional e condescendente às diferenças, ao passo que disponibiliza espaços importantes para que os grupos minoritários participem da comunidade.<sup>48</sup>

Ainda, para Kaufmann,<sup>49</sup> as ações afirmativas são benéficas para todo o corpo social, isso porque elas proporcionam a inserção de representantes de diferentes minorias, como as mulheres na política, em ambientes em que não teriam acesso, viabilizando o despontamento de uma sociedade mais diversificada, multicultural e tolerante.

Pode-se elucidar que: “entre os mecanismos que efetivam o direito à igualdade surgiram as ações afirmativas, políticas públicas setorializadas, que levam em conta determinada característica dos indivíduos que historicamente os tem impedido a conseguir competir em pé de igualdade”.<sup>50</sup>

Logo, as ações afirmativas são então políticas públicas elaboradas, na sua maioria, pelo Estado, com a intenção de transformar a realidade de um determinado grupo social que, por razões culturais, históricas, éticas, de gênero, padecem com empecilhos relevantes no acesso a direitos fundamentais.<sup>51</sup>

A ausência de mulheres nos espaços de poder é desfavorável para a sociedade, porque mantém as mulheres em um ponto de submissão frente aos homens, e, inferiorizadas, há a desvalorização dos seus papéis so-

46 SIGLINSKI, Stefan Hanatzki; WILMSEN, Janiquele. Mulheres na política e a democracia participativa. **I Congresso Nacional de Biopolítica e Direitos Humanos**, 2018.

47 KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

48 KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

49 KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

50 MACHADO, Monica Sapucaia. Democracia participativa: é legítima sem as mulheres? **Anais do XI Seminário Internacional Fazendo Gênero**. 13., Mundo de Mulheres e Fazendo gênero 11: transformações, conexões e deslocamentos. Florianópolis, 2018. p. 4.

51 MACHADO, Monica Sapucaia. Democracia participativa: é legítima sem as mulheres? **Anais do XI Seminário Internacional Fazendo Gênero**. 13., Mundo de Mulheres e Fazendo gênero 11: transformações, conexões e deslocamentos. Florianópolis, 2018.

ciais. Sendo assim, foi preciso que o Estado Democrático de Direito encontrasse uma forma de minorar essa desigualdade.<sup>52</sup>

Tem-se que é função do Estado possibilitar a igualdade material por intermédio de ações que considerem as particularidades de cada caso concreto, buscando reduzir as desigualdades e propiciar uma vida digna a todos os sujeitos da sociedade. Nesse sentido, surgiram as políticas públicas como a inserção das mulheres na política, legitimada pela [Lei nº 9.504 de 1997](#), a Lei de Cotas.

No ano de 2009, ocorreu uma “reforma” eleitoral no Congresso Nacional, onde a [Lei nº 12.034](#), alterou dispositivos do sistema, alguns particularmente relevantes para a luta das mulheres. A letra da [Lei nº 9.504 de 1997](#) que trazia a reserva de vagas para cada sexo, passou a vigorar com outra redação, na intenção de obrigar os partidos a cumprirem a cota de 30% para as mulheres.

Nesta senda, segundo a Procuradoria Especial da Mulher (2013),<sup>53</sup> tem-se que, a legislação eleitoral brasileira e partidária estimula a participação feminina na política sob os seguintes aspectos: a) ao estabelecer um percentual mínimo de 30% de candidaturas de ambos os sexos, conforme disposto no artigo 10, § 3º da [Lei nº 9.504, de 1997](#); b) ao impor a aplicação de, no mínimo, 5% dos recursos do Fundo Partidário na constituição e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, conforme elencado no artigo 44, V, parágrafo 5º, da [Lei nº 9.096, de 1995](#), com redação dada pela [Lei nº 12.034, de 2009](#); c) ao estabelecer que, no mínimo, 10% do tempo de propaganda partidária gratuita nos meios de comunicação, rádio e televisão, seja designado à promoção e difusão da participação política feminina, consoante o artigo 45, IV, da [Lei nº 9.906, de 1995](#), com redação dada pela [Lei nº 12.034, de 2009](#); e, também, d) quando aponta que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) poderá promover propaganda institucional, em rádio e televisão, destinada a fomentar a igualdade de gênero e a participação das mulheres na política, no período compreendido entre 1º de março e 30 de junho dos anos eleitorais, como dispõe o artigo 93-A, com redação dada pela [Lei nº 12.891, de 2013](#).

Pelas leis eleitorais em vigência no Brasil, tanto o sexo feminino quanto o masculino não podem dispor de mais de 70% das candidaturas partidárias. Na prática, quer dizer que no mínimo 30% das vagas deveriam ser de mulheres. Contudo, o percentual feminino tem sido habitualmente inferior aos 30% de candidatas. Na Câmara dos Deputados o percentual de mulheres mantém-se em torno dos 9% do total de cadeiras.<sup>54</sup>

52 MACHADO, Monica Sapucaia. Democracia participativa: é legítima sem as mulheres? *Anais do XI Seminário Internacional Fazendo Gênero*. 13., Mundo de Mulheres e Fazendo gênero 11: transformações, conexões e deslocamentos. Florianópolis, 2018.

53 PROCURADORIA ESPECIAL DA MULHER. **Mais mulheres na política**: Mulher tome partido! Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496489>. Acesso em: 16 nov. 2021.

54 PROCURADORIA ESPECIAL DA MULHER. **Mais mulheres na política**: Mulher tome partido! Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496489>. Acesso em: 16 nov. 2021.

Nota-se que a situação brasileira tem sido pífia e esse cenário precisa ser alterado, dado que “a ausência de mulheres na vida político-partidária fragiliza a identificação da sociedade com o sistema representativo vigente, pois ele não reflete minimamente o papel feminino na sociedade”<sup>55</sup>

Segundo a Senadora Leila do Vôlei,<sup>56</sup> não há hesitações de que a presença de mulheres na política brasileira é pequena frente a grandiosa presença na vida econômica e social do país, primordialmente nos últimos anos. Sendo a maioria da população do Brasil e do eleitorado nacional, as mulheres nem sequer alcançam 15% nos cargos eletivos. Sendo 12,32%, em 70 mil cargos, conforme o Mapa da Política de 2019, elaborado pela Procuradoria da Mulher no Senado.

Ainda, a Senadora<sup>57</sup> traz que esses números são poucos para a realidade brasileira, mesmo que Brasília seja a unidade da Federação com a maior participação de mulheres no país. Ao passo que, dos 36 cargos eletivos disputados no Distrito Federal, em 2018, 25% das vagas são ocupadas por mulheres.

É válido trazer o Projeto de Lei de Iniciativa Popular Mais Mulheres na Política, que visa transformar a política brasileira, reivindicando 50% de reservas de cadeiras no parlamento para mulheres, sendo 25% para mulheres negras. Esse Projeto de Lei é de iniciativa popular, isso significa que os cidadãos comuns ou coletivos não institucionais podem colocar projetos para assinaturas digitais, buscando que o projeto vá para votação no Congresso.<sup>58</sup>

Nesse sentido, tem-se que é necessário atingir a meta de 1,5 milhão de assinaturas no aplicativo “Mudamos”, do Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS), que é financiado, tão somente, pelo prêmio Desafio Google de Impacto Social, para que esse Projeto de Lei chegue ao Congresso Nacional, entretanto, no Brasil, há 147 milhões de eleitores, e acredita-se que 1% desses eleitores buscam uma sociedade mais justa e igualitária, com a presença de mais mulheres na política.<sup>59</sup>

Notório é que deve ser incentivada a reflexão a respeito da falta de equidade nos mais diversos segmentos da sociedade entre homens e mulheres, primordialmente em âmbito político para uma representação efetiva das mulheres nesse campo, que trata-se da primeira etapa para se extinguir o paradigma da supremacia masculina nas diferentes esferas sociais. Dado que quanto maiores os níveis de representação femininos nos governos, maiores são os benefícios para a construção de uma sociedade efetivamente democrática e igualitária.

55 PROCURADORIA ESPECIAL DA MULHER. **Mais mulheres na política:** Mulher tome partido! Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496489>. Acesso em: 16 nov. 2021.

56 VÔLEI, Leila. **Por mais mulheres na política!** Correio Braziliense, 2020. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/03/08/internas\\_opiniao,832829/artigo-por-mais-mulheres-na-politica.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/03/08/internas_opiniao,832829/artigo-por-mais-mulheres-na-politica.shtml). Acesso em: 12 dez. 2020.

57 VÔLEI, Leila. **Por mais mulheres na política!** Correio Braziliense, 2020. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/03/08/internas\\_opiniao,832829/artigo-por-mais-mulheres-na-politica.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/03/08/internas_opiniao,832829/artigo-por-mais-mulheres-na-politica.shtml). Acesso em: 12 dez. 2020.

58 MENDES, Adriana. **O PL que vai transformar a política brasileira.** Fórum, 2020. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/noticias/o-pl-que-vai-transformar-a-politica-brasileira/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

59 MENDES, Adriana. **O PL que vai transformar a política brasileira.** Fórum, 2020. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/noticias/o-pl-que-vai-transformar-a-politica-brasileira/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

## 4 CONCLUSÃO

Consoante abordado no decorrer da pesquisa, a Organização Mundial da Saúde – OMS, no dia 11 de março de 2020, declarou a pandemia da Covid-19, doença derivada do novo Coronavírus, o Sars-CoV-2. O vírus, inicialmente, foi identificado na cidade de Wuhan, província de Hubei, na China, ao final do ano de 2019, alastrando-se de modo descontrolado para quase todos os países, inclusive o Brasil.

O sucesso de combate a pandemia do Coronavírus por vários países liderados por mulheres, trouxe à baila a questão da relevância do sexo feminino no campo da política. Essa participação se mostra significativa em consequência do equilíbrio democrático que lhe é conferido, isso porque as mulheres não representam somente as pautas femininas, mas sim englobam as mais variadas pautas sociais.

Como mencionado, não obstante as teorias contemporâneas de democracia atribuírem a participação política como um fator de extrema relevância para o progresso democrático, ainda existem diversos obstáculos que impossibilitam o livre desenvolvimento da democracia. Dentre esses empecilhos, encontra-se a letargia, que dado o categórico discurso masculino no campo político, corrobora com a resistência da representação e participação das mulheres nesse certame, o que traz mais a fundo a questão da importância da quebra do paradigma da sub-representatividade feminina, assim como de haver uma democracia realmente participativa, com mais mulheres na política.

Isso posto, é possível afirmar que, dentre os resultados encontrados como resposta ao problema que ensejou a pesquisa, a distinção da democracia participativa de mulheres frente à política e enfrentamento da crise ocasionada pela pandemia de Covid-19, se deve ao fato de que as mulheres, por questão de construção histórica e não de biologia, dedicam-se mais aos cuidados com os seus próximos do que os homens.

O sucesso das líderes femininas que se destacaram também pode ser explicado pelas respostas políticas imediatistas, proativas e coordenadas, ou seja, esses governos propiciam uma resposta mais rápida e efetiva para problemas. Ademais, as líderes femininas se pautaram na ciência, o que apresentou um contraste pontual com a atitude negacionista a esses fatos científicos utilizados por alguns líderes mundiais do sexo oposto, como Jair Bolsonaro, presidente do Brasil, além de colocar a culpa dos problemas contemporâneos derivados da pandemia, ao invés de efetivar ações para a contenção da doença e cerceamento da propagação do vírus.

Por fim, pode-se dizer que as mulheres não possuem um “estilo” de liderança dicotômico dos homens, ou seja, os estilos de liderança não são intrínsecos a biologia humana. Contudo, quando as mulheres estão representadas em posições de liderança trazem diversidade à tomada de decisões. Nesse sentido, dada à forma como há a socialização, torna-se mais aceitável que as mulheres sejam líderes mais empáticas e colaborativas. Urge que se tome medidas mais significativas sob o ponto de vista legislativo, a fim de que as mulheres possam cada vez mais serem suas próprias porta-vozes na seara política.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Yanne Katt Teles Rodrigues. Debatendo a representatividade: um panorama histórico e breve reflexão sobre a participação feminina na política brasileira. **Revista de Estudos Eleitorais**. Recife, v. 2, n. 3, p. 95-103, jul., 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5365>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRABO, Tânia Suely Antonelli Marcelino. **Gênero e poder local**. São Paulo: Humanitas, 2008.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 12 dez. 2020.
- BRASILEIRO, Cyntia; ALBUQUERQUE, Terezinha; BORBOREMA, José Silvan. A Covid-19 no território das mulheres prefeitas. **Interlegere**. v. 3, n. 28, 2020. DOI: <https://doi.org/10.21680/1982-1662.2020v3n28ID21196>. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/interlegere/article/view/21196/13164>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- BROLLO, Fernanda; TROIANO, Ugo. **What Happens When a Woman Wins a Close Election? Evidence from Brazil**. FGV, 2012. Disponível em: <https://epge.fgv.br/sites/default/files/fernanda-brollo-what-happens-when-a-woman-wins-a-close-election.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020.
- CARVALHO, Daniela; YASUDA, Thais Guedes. A sub-representação feminina na política brasileira em face das inovações democráticas legislativas. **VirtuaJus**. Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 363-383, 2017. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/15500>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- COX, Avivah Wittenberg. Mulheres são o diferencial dos países com as melhores respostas ao Coronavírus. **Forbes Brasil**, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/escolhas-do-editor/2020/04/mulheres-na-lideranca-sao-o-diferencial-dos-paises-com-as-melhores-respostas-ao-coronavirus/>. Acesso em: 12 dez. 2020.
- ESTADO DE MINAS Internacional. **Governos liderados por mulheres viram exemplo de combate à pandemia de Covid-19**. 15 abr. 2020. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/04/15/interna\\_internacional,1138735/governos-liderados-por-mulheres-vm-exemplo-de-combate-a-pandemia-de.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/04/15/interna_internacional,1138735/governos-liderados-por-mulheres-vm-exemplo-de-combate-a-pandemia-de.shtml). Acesso em: 12 dez. 2020.
- FREY, João. Governo Bolsonaro tem a pior avaliação mundial de enfrentamento à Covid-19. **UOL**, Governo, 17 de junho de 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/saude/governo-bolsonaro-tem-a-pior-avaliacao-mundial-de-enfrentamento-a-Covid-19/>. Acesso em: 12 dez. 2020.
- GASPARDO, Murilo. Democracia participativa e experimentalismo democrático em tempos sombrios. **Estudos Avançados**. v. 32, n. 92, São Paulo, jan./abr., 2018. DOI: <https://doi.org/10.5935/0103-4014.20180006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/jGVkdSF8SjLPjQkxCcKWTQG/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- GROSSI, Miriam Pillar; MIGUEL, Sônia. Transformando a diferença: as mulheres na política. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 9, n. 1, 2001. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2001000100010>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/D3mtYCb7yv3yQkKqgkv4Xm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- HARVEY, David. **Política anticapitalista em tempos de Coronavírus**. Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano Regional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Boletim n. 13, 26 mar. 2020. Disponível em: <https://ippur.ufrj.br/politica-anticapitalista-em-tempos-de-coronavirus/>. Acesso em: 12 dez. 2020.
- KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na Constituição Brasileira. **Revista de informação legislativa**. Brasília: Senado Federal, a. 45, n. 178, abr./jun., 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176529>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- MACHADO, Monica Sapucaia. Democracia participativa: é legítima sem as mulheres? **Anais do XI Seminário Internacional Fazendo Gênero**. 13., Mundo de Mulheres e Fazendo gênero 11: transformações, conexões e deslocamentos. Florianópolis, 2018.
- MENDES, Adriana. **O PL que vai transformar a política brasileira**. Fórum, 2020. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/noticias/o-pl-que-vai-transformar-a-politica-brasileira/>. Acesso em: 12 dez. 2020.
- MIGUEL, Luis Felipe; QUEIROZ, Cristina Monteiro de. Diferenças regionais e o êxito relativo de mulheres em eleições municipais no Brasil. **Revista Estudos Feministas**, v. 14, n. 2, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/vzPBqZBY8rxFjQZ5yHqXnXw/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 16 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE – OPAS. **Folha informativa – Covid-19** (doença causada pelo novo Coronavírus). Histórico. 2020. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875). Acesso em: 09 jan. 2021.

PRÁ, Jussara Reis. Cidadania de gênero, democracia paritária e Inclusão Política das Mulheres. **Gênero na Amazônia**. Belém, n. 4, 2013. Disponível em: <http://generonaamazonia.ufpa.br/edicoes/edicao-4/artigos/artigo-1-jussara-para.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2021.

PROCURADORIA ESPECIAL DA MULHER. **Mais mulheres na política: Mulher tome partido!** Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496489>. Acesso em: 16 nov. 2021.

PURCHIO, Luisa. Elas vencem a Covid-19: Por que em países liderados por mulheres as taxas de letalidade dos infectados pelo novo Coronavírus são mais baixas que as de outras nações. **IstoÉ**, 05 maio 2020. Disponível em: <https://istoe.com.br/elas-vencem-a-Covid-19/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

RIVEIRA, Carolina. É fato: países com líderes mulheres vão melhor contra a Covid-19. Por quê? **Exame**, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://exame.com/mundo/paises-com-lideres-mulheres-estao-se-saindo-melhor-contr-o-coronavirus/>. Acesso em: 12 dez. 2020.

RODRIGUES, Lucas Mateus Canabarro; RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi. Os desafios para adoção da cláusula de barreira partidária no Brasil à luz do direito alemão. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, SP: v. 20, n. 8, p. 43-61, mai./ago., 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3273>. Acesso em: 16 nov. 2021.

SIGLINSKI, Stefan Hanatzki; WILMSEN, Janiquele. Mulheres na política e a democracia participativa. **I Congresso Nacional de Biopolítica e Direitos Humanos**, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SPOHR, Alexandre Piffero *et. al.* Participação Política de Mulheres na América Latina: o impacto de cotas e de lista fechada. **Rev. Estud. Fem.** Florianópolis, v. 24, n. 2, maio/ago. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/1805-9584-2016v24n2p417>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/XqvqGYBNTVmmM3BTY6GfbVHQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 nov. 2021.

UCHOA, Pablo. Coronavírus: por que países liderados por mulheres se destacam no combate à pandemia? **BBC News**, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52376867>. Acesso em: 12 dez. 2020.

VEJA. Países liderados por mulheres responderam melhor à Covid-19, sugere estudo. 18 ago. 2020. Disponível em: [veja.abril.com.br/mundo/paises-liderados-por-mulheres-responderam-melhor-a-Covid-19-sugere-estudo/](http://veja.abril.com.br/mundo/paises-liderados-por-mulheres-responderam-melhor-a-Covid-19-sugere-estudo/). Acesso em: 12 dez. 2020.

VIOTTI, Maria Luiza Ribeiro. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher. Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Pequim, 1995. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao\\_beijing.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf). Acesso em: 12 dez. 2020.

VÔLEI, Leila. **Por mais mulheres na política!** Correio Braziliense, 2020. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniaio/2020/03/08/internas\\_opiniaio,832829/artigo-por-mais-mulheres-na-politica.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniaio/2020/03/08/internas_opiniaio,832829/artigo-por-mais-mulheres-na-politica.shtml). Acesso em: 12 dez. 2020.

# CAPÍTULO 12

## LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN CARGOS DE DECISIÓN EN ARGENTINA: LOGROS Y DESAFÍOS<sup>1</sup>

Liliana Ronconi

Agostina Daniela González

### INTRODUCCIÓN

Pese al robusto marco normativo que existe en Argentina en materia de cupo femenino y más recientemente sobre paridad de género,<sup>2</sup> la efectiva implementación de esas normas no ha sido nada fácil. Uno de los principales problemas ha sido la interpretación del cupo femenino como techo y no como piso mínimo. La ausencia de mujeres en lugares de toma de decisiones es una problemática que se ha manifestado en distintos ámbitos, entre los que se destacan los puestos a ocupar en los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.<sup>3</sup>

En 1991, en Argentina, se logró la sanción de la Ley N° 24012, que modificó el Código Nacional Electoral y estableció que las listas de candidatas/os debían estar compuestas por un mínimo de 30% de mujeres.<sup>4</sup> De esta manera, nuestro país fue el primero de América Latina en aplicar un sistema de cuotas en las listas para garantizar la participación de las mujeres en cargos electivos, lo que a su vez fomentó este tipo de legislación en el resto de los países de la región (ELA, 2011: 9). Las provincias también fueron sancionando leyes de cupo femenino similares a la ley nacional. En este sentido, en la actualidad, casi todas las provincias tienen leyes de cupo.

La garantía de un piso mínimo en la participación de las mujeres, fueron incorporados a la Constitución Nacional en el año 1994, básicamente mediante la sanción de los artículos 37 y 75, inciso 23. En estos se reconoce que no alcanza con una noción de igualdad ante la ley, sino que es necesario, para ciertos grupos, establecer acciones positivas a fin de garantizar que efectivamente puedan gozar de sus derechos. Más recientemente, comenzaron a aparecer las leyes de paridad de género en las listas electorales, que cambian el foco del porcentaje mínimo. En 2017 se sancionó en el ámbito nacional la Ley N° 27412, la cual determinó que las listas

1 Una versión anterior de este trabajo fue publicado previamente como Ronconi, L./ González, Agostina “La reforma constitucional de 1994 y la participación de las mujeres en cargos de decisión: logros y desafíos” en Benente, M. (coord.) *Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994: a 25 años*, José C. Paz : Edunpaz, 2019.

2 En este sentido, el art. 16 que garantiza la igualdad ante la ley, existe desde la sanción de la constitución histórica (1853/60). Por su parte, el sufragio femenino universal se consagró en 1947 mediante la aprobación de la Ley N° 13010.

3 Esto se ve reflejado también en otros espacios, por ejemplo, la participación de mujeres en la Justicia (v. OM, 2018), en los organismos internacionales (Centro de Derechos Humanos y GQUAL, 2017), en los cargos docentes en las universidades (Kohen, Ariza y Ramallo, 2019) y, en general, en los cargos de toma de decisiones en el ámbito privado. Asumimos, asimismo, que la mayor presencia de mujeres en ciertos espacios no origina de por sí una mayor (o mejor) representación de los intereses de este colectivo. Sobre el debate de la importancia que las mujeres ocupen ciertos espacios v. Celis, Childs, Kantola y Krook, 2008.

4 Hasta ese momento la integración femenina en el Congreso Nacional no superaba el 10%. Conf. Información disponible en <http://www.senado.gov.ar/> y <http://www.hcdn.gob.ar/>. La proporción histórica de participación de mujeres era cercana al 5% y 6% en la Cámara de Diputados y Senadores, respectivamente (ELA, 2009: 73).

de candidatos/as “deben integrarse ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente” (art. 1).

El marco normativo referido evidencia el reconocimiento que se le ha otorgado en Argentina a la problemática de la falta de participación de mujeres en los cargos electivos; sin embargo, es posible afirmar que dichas normas se tornan insuficientes si no son vistas desde una mirada estructural. En este trabajo nos proponemos, en primer lugar, (1) analizar cómo han funcionado las “cuotas” en la normativa argentina y determinar los logros que han implicado para garantizar la igualdad de trato de las mujeres en el ámbito político. Para ello, desarrollaremos el estado de implementación de las leyes de cupo femenino, así como la situación actual de la participación femenina en otros espacios de toma de decisiones. Luego, nos detendremos en (2) caracterizar las concepciones de igualdad que fundamentan las acciones positivas o afirmativas. Finalmente, (3) realizaremos un análisis de los resultados obtenidos a la luz de los conceptos de acciones reparadoras y acciones reformadoras a fin de poder identificar los desafíos que aún quedan pendientes para garantizar la efectiva participación de las mujeres. Por último, estableceremos algunas reflexiones finales.

## **1 LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS LEYES DE CUPO Y LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS MUJERES EN OTROS CARGOS DE TOMA DE DECISIONES**

La influencia de las leyes de cupo se ha reflejado, en general, en la composición por género tanto del Poder Legislativo Nacional como de las Legislaturas provinciales. A nivel nacional, en septiembre de 2017 la Cámara de Senadores estaba compuesta por 41 varones (56,9%) y 31 mujeres (43,1%); mientras que en la Cámara de Diputados había 159 varones ocupando cargos (61,87%) y 98 mujeres (38,13%). En cuanto a las legislaturas provinciales, algunas de ellas tenían una alta participación de mujeres. En este sentido, se encontraba la provincia de Córdoba, que contaba con 29 mujeres (41,4%) y 41 varones (58,57%) en su Legislatura; y la de Chaco, que tenía 19 varones (59,4%) y 13 mujeres (40,6%) como representantes. Por otro lado, se encontraba la provincia de Río Negro, donde había 21 mujeres (45,7%) y 25 varones (54,3%) ocupando cargos; y La Pampa, donde contaban con 12 mujeres (40%) y 18 varones (60%). En Santiago del Estero había 22 varones (55%) y 18 mujeres (45%) como representantes. Finalmente, en Tierra del Fuego contaban con 7 mujeres (46,7%) y 8 varones (53,3%) en la Legislatura.

Sin embargo, en el resto de las provincias, existían muchas en que se lograba el cupo de 30% de participación de mujeres como un techo máximo.<sup>5</sup> Así, se encontraba la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde la Legislatura tenía 38 varones (63,3%) y 22 mujeres (36,7%) entre sus integrantes. Por su parte, Chubut contaba con 10 mujeres (37%) y 17 varones (63%) y Formosa, con cifras similares, poseía 20 varones (66,7%) y 10 mujeres (33,3%) en los cargos de su Legislatura. Asimismo, en Mendoza, la Cámara de Diputados estaba

<sup>5</sup> Sostenemos que ha sido interpretado como un techo ya que el porcentaje supera solo en algunos casos en forma muy limitada el 30%.



conformada por 17 mujeres (35,4%) y 31 varones (64,6%) y la Cámara de Senadores por 11 mujeres (29%) y 27 varones (71%). En Misiones, su Cámara se componía de 10 mujeres (25%) y 30 varones (75%). La provincia de Neuquén tenía 12 representantes mujeres (34,3%) y 23 varones (65,7%). En San Luis, del total de cargos en la Cámara de Diputados, 29 eran varones (67,4%) y 14 mujeres (32,6%), y del total de la Cámara de Senadores, 6 eran varones (66,6%) y 3 mujeres (33,3%).

Por otro lado, existían casos en que las Legislaturas provinciales se encontraban divididas en dos Cámaras, una de las cuales tenía una alta participación femenina y la otra, una escasa o nula participación. Era el caso de la Cámara de Diputados de Catamarca, que estaba compuesta por 17 mujeres (41,5%) y 24 varones (58,5%). Sin embargo, en la Cámara de Senadores, los 16 miembros (100%) eran varones. En este último caso, es preocupante la nula participación de mujeres. En el mismo sentido se encontraba Corrientes, donde ocupaban el cargo 22 varones (73,3%) y 8 mujeres (26,6%) en su Cámara de Diputados, pero a su vez contaban con 8 varones (53,3%) y 7 mujeres (46,6%) en su Cámara de Senadores. En el caso de Entre Ríos, el cupo garantizado es del 25% y los cargos en la Cámara de Diputados estaban ocupados por 9 mujeres (39,1%) y 14 varones (60,9%), mientras que en la de Cámara de Senadores había 2 mujeres (11,7%) y 15 varones (88,2%) en los cargos, incumpléndose ampliamente en este último caso el cupo femenino mínimo para esa provincia. Algo similar sucedía en Santa Fe, ya que en la Cámara de Diputados contaban con 17 mujeres (34%) y 33 varones (66%), pero en la de Senadores, tenían 18 varones (94,7%) y solo una mujer (5,3%).

Finalmente, en otros casos, el porcentaje de participación alcanzado no llega a representar el 30% de la totalidad de los cargos. En Jujuy, los puestos eran ocupados por 13 mujeres (27%) y 35 varones (73%); al igual que La Rioja, donde tenían 10 mujeres (27,8%) y 26 varones (72,2%). En la provincia de Buenos Aires ocupaban la Cámara de Diputados 24 mujeres (26,1%) y 68 varones (73,9%) y la Cámara de Senadores 12 mujeres (26,6%) y 33 varones (73,3%). Existían casos más preocupantes donde el porcentaje de participación se encontraba más cercano al 20%, como en la provincia de Salta, donde se contaba con 5 mujeres (21,7%) y 18 varones (78,3%) en la Cámara de Senadores y 15 mujeres (25%) y 45 varones (75%) en la Cámara de Diputados. La misma situación se replicaba en San Juan, donde se ocupaban 37 cargos de diputados/as, de los/as cuales 8 eran mujeres (21,6%) y 29 varones (78,4%); cifras similares a lo que sucedía en Santa Cruz, donde ocupaban el cargo solo 5 mujeres (20,8%) y 19 varones (79,2%). Por último, en Tucumán tenían 12 mujeres (24,4%) y 37 varones (75,5%).

Ahora bien, distinta era la situación de las mujeres en lo que respecta a cargos no electivos. En este sentido, en el caso del Poder Ejecutivo y sus distintos ministerios, es posible identificar que solo en la provincia de San Luis existía paridad en la participación de cargos y solo en la provincia de Santa Cruz las mujeres eran mayoría. En el resto, la mayoría estaba compuesta por varones, e incluso había 4 jurisdicciones (Catamarca, Córdoba, Mendoza y Buenos Aires) donde no existían mujeres en los ministerios; de los 246 ministerios existentes en todas las provincias, solo 45 eran ocupados por mujeres. Esto representaba solo el 18,3% de los car-

gos. Por su parte, en el caso de Córdoba, el Poder Ejecutivo (tomando en cuenta gobernación, vicegobernación y ministerios) estaba compuesto en su totalidad por varones (Ronconi y Ramallo, Mimeo). De esta manera, podemos observar que la participación de las mujeres en cargos del Poder Ejecutivo era muy escasa.

Lo mismo sucedía con el Poder Judicial: no existen leyes que reglamenten la paridad, con excepción de la Constitución de CABA que en su artículo 111 establece que no todos/as los/as integrantes del Tribunal Superior de Justicia pueden ser del mismo sexo, y de la provincia de Río Negro, donde la Ley N° 5190 establece que el Superior Tribunal de Justicia debe integrarse con vocales de ambos sexos, procurando una equilibrada representación de las distintas circunscripciones judiciales (art. 38). Pese a estas dos excepciones, de los 129 cargos efectivamente ocupados en los Tribunales Superiores o Supremas Cortes provinciales en 2017, solo 35 eran ocupados por mujeres (27,13%) y el resto (94 cargos) eran ocupados por varones. Además, en 8 jurisdicciones no existían mujeres en la composición del alto tribunal provincial (Ronconi y Ramallo, mimeo). De esta manera, es evidente la falta de mujeres en los altos cargos en la esfera de la Justicia.

Para finalizar, debemos resaltar que “la necesidad de tener más mujeres en el poder no depende de los resultados que producirán, sino de que estén presentes en el proceso de representación política, en los momentos de definición de los temas en la agenda pública y dentro de los espacios de poder” (ELA, 2012: 82). En este sentido, podemos concluir que, en general, las leyes de cupo han logrado una mayor participación de las mujeres en el ámbito del Poder Legislativo. Si bien eso no asegura la representación del grupo “mujeres” por su amplia heterogeneidad, sí otorga mayor legitimidad democrática a la composición del órgano en cuestión (ELA, 2011: 9). Sin embargo, ha quedado en evidencia que muy distinto es el panorama del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, en los que no operan ni leyes de cupo ni de paridad.

Ahora bien, otro punto interesante se vincula con la aplicación de cuotas en el ámbito privado. En este sentido, por ejemplo, a mediados del año 2020 la Inspección General de Justicia de Argentina (en adelante, IGJ) □ mediante la Resolución Nro. 34/2020 estableció la obligatoriedad de que las asociaciones civiles, las simples asociaciones, algunas sociedades anónimas y fundaciones y las Sociedades del Estado □ deberán incluir en su órgano de administración, y en su caso en el órgano de fiscalización, una composición que respete la diversidad de género, estableciendo una composición de los órganos referidos que esté integrado por la misma cantidad de miembros femeninos que de miembros masculinos. Cuando la cantidad de miembros a cubrir fuera de número impar, el órgano deberá integrarse de forma mixta, con un mínimo de un tercio de miembros femeninos □. De esta manera, se estableció la paridad para varones y mujeres en la composición de los órganos decisorios de las asociaciones y sociedades. Se busca así crear una acción afirmativa a favor de las mujeres que en general están subrepresentadas en los espacios de mayor jerarquía y decisión de las asociaciones y sociedades. Estas □cuotas□ en el ámbito privado buscan dar cuenta de que allí las mujeres siguen sin poder romper

el techo de cristal.<sup>6</sup> Sin embargo, la inclusión de acciones positivas en este ámbito privado en Argentina resulta no solo novedosa sino que incluso puede resultar problemática en diversos sentidos.<sup>7</sup>

Ahora bien, y pese a los posibles conflictos, los datos analizados exigen preguntarnos si efectivamente las acciones positivas han logrado garantizar la igualdad de las mujeres en los espacios de toma de decisiones. Para ello, debemos partir de considerar las distintas concepciones de igualdad en juego y la noción de acciones reparadoras y transformadoras. A esto nos dedicaremos en lo que sigue.

## 2 LA IGUALDAD REAL DE OPORTUNIDADES, ACCIONES REPARADORAS Y TRANSFORMADORAS

El análisis de la normativa constitucional y convencional permite identificar dos concepciones de igualdad. Una, la igualdad jurídica (como no discriminación), más cercana al pensamiento liberal clásico, de cariz individualista y que es predominante en la discusión y aplicación del principio de igualdad (Saba, 2016; Clérico, Ronconi y Aldao, 2013) pero que, sin embargo, se torna insuficiente ante situaciones estructurales de discriminación. La otra concepción de igualdad, igualdad real (como no sometimiento o no dominación), más cercana a los reclamos estructurales, está surgiendo en forma incipiente, considerando las situaciones de subordinación en que se encuentran ciertos grupos y la necesidad de realizar acciones a fin de erradicar la situación de sometimiento. Esta concepción de igualdad requiere no solo tomar en cuenta lo que sucede en el derecho, sino que exige analizar la situación de hecho en la que se encuentran ciertos grupos.

Ahora bien, 1.a) la concepción de igualdad como no discriminación implica, entonces, que no deben existir tratos diferentes injustificados (Saba, 2016; Ronconi, 2018).<sup>8</sup> Sin embargo, esta concepción presenta algunos problemas cuando entran en escena las circunstancias de hecho en las que se encuentran ciertas personas o grupos. El grave defecto que presenta la concepción de igualdad como no discriminación es que garantiza un trato (que parece) neutral y que “favorece la noción de que tratar a las personas de igual modo significa lo mismo que tratarlos como iguales” (MacKinnon, 2005: 168). Sin embargo, ese trato neutral dispuesto en la norma permite que ella tenga un impacto negativo sobre ciertos grupos. Son casos en donde quizá no existe en el/la legislador/a el ánimo de discriminar, pero sin embargo las condiciones estructurales lo permiten.

En caso de que desde el derecho no se tomen en cuenta esas circunstancias de hecho, el mismo orden jurídico se convierte en un instrumento de opresión que refuerza las desigualdades. El establecimiento de cri-

6 Al respecto v. <https://www.cippec.org/textual/mujeres-en-los-directorios-de-empresas-publicas/>; <https://chequeado.com/hilando-fino/cuanta-presencia-de-mujeres-hay-en-los-directorios-de-las-empresas-argentinas/>. Asimismo, ILO, Programa “GanarGanar. La igualdad de género es un buen negocio” disponible en <http://ganarganar.lim.ilo.org/> (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2020). Sin duda, la situación de pandemia (Covid-19) también tendrá un alto impacto en la situación laboral de las mujeres. Al respecto, v. Informe *Women in the workplace* Disponible en [https://wiw-report.s3.amazonaws.com/Women\\_in\\_the\\_Workplace\\_2020.pdf](https://wiw-report.s3.amazonaws.com/Women_in_the_Workplace_2020.pdf) (fecha de consulta: 11 de noviembre de 2020)

7 En otra oportunidad me ocupo de dos posibles objeciones: Me interesa enfocarme en esta oportunidad en dos: a) el dilema libertad vs. igualdad y b) las excepciones y su interpretación. Al respecto, Ronconi (2020).

8 La CSJN ha sostenido esto en forma reiterada en los casos, CSJN, 24/2/1998, “Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/amparo”, *Fallos*, 321:194; CSJN, 8/8/2006, “Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo”, *Fallos*, 329:2986; CSJN, 16/11/2004, “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, *Fallos*, 327:5118; CSJN, 21/2/2013, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Pérez Ortega, Laura Fernanda c/ Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ empleo público”, *Fallos*, 336:131.

terios neutros para definir la concepción de igualdad tiene efectos muy graves sobre ciertos grupos, ya que opaca las estructuras en las que se fundamenta la desigualdad. Estas insuficiencias en la concepción de igualdad como no discriminación dieron origen a una reformulación de la interpretación del principio de igualdad.

De esta manera, surge la noción de 1.b) igualdad como no sometimiento o no dominación, la cual implica considerar a) la situación de hecho y b) del grupo antes de la clasificación o selección que realiza la norma. Así, no trata de hacer justicia a la situación individual de una persona, sino que toma en cuenta su pertenencia a un grupo determinado que padece una situación de sometimiento o subordinación por parte de otro/s grupo/s. La concepción de igualdad como no sometimiento indica que el Estado debe hacer algo respecto de esos grupos que se encuentran en situación de desventaja estructural.<sup>9</sup> No solo no debe discriminar (igualdad como no discriminación), sino que debe eliminar aquellas barreras estructurales que impidan disfrutar de los derechos en condiciones de igualdad real.<sup>1011</sup> El giro transformador de la igualdad como no dominación está en poner en tela de juicio la ficción de un status quo igualitario de partida, ficción en la que descansa el examen de igualdad como no discriminación arbitraria.

Ahora bien, la manera de paliar las situaciones de injusticia, como la falta de mujeres en los espacios de toma de decisiones, ha sido la implementación de medidas de acción positiva. La obligación de la incorporación de estas medidas ha sido expresamente referida en la Constitución Nacional en el caso de las mujeres (art. 37, párr. 2 y 75 inc. 23, párr. 1). Así, las acciones afirmativas han sido concebidas de dos maneras: a) como acciones reparadoras y b) como acciones transformadoras. Cada una de estas concepciones tiene implicancias diferenciadas de acuerdo con la noción de igualdad que se busque alcanzar.

Las acciones reparadoras son aquellas que reconocen la situación de desigualdad o subordinación de determinado grupo, generando un trato preferente dirigido a estos grupos y/o situaciones de personas a fin de lograr la igualdad real. Implican principalmente un trato preferente dirigido a grupos y/o situaciones de personas a fin de lograr la igualdad real, esto es que las mismas puedan gozar de los derechos efectivamente en condiciones de igualdad y que estos no se queden solo en los papeles. Se reconoce la situación de subordinación en que ese grupo se encuentra y mediante tales medidas se busca remediarla. En general, implican que el acceso a ciertos bienes o recursos estarán garantizados para ciertos grupos identificados como desaventajados, en condiciones diferentes al resto de quienes pretenden obtener esos bienes y/o recursos. Así, una acción de

9 Esta postura fue asumida en el voto del Juez Petracchi en el caso CSJN, 12/9/2000, “González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nacional de Córdoba”, *Fallos*, 323:2359. Asimismo, en el caso CSJN, 20/5/2014, “Sisneros, Mirtha Graciela y otros c. Taldelva SRL y otros”, *Fallos*: 337:611. Para ser considerados como un grupo desaventajado el grupo debe padecer de a) una errónea distribución de bienes, o b) falta de reconocimiento de las características particulares del grupo, de sus identidades, que incrementan la c) insuficiente o errónea representación política (Fraser 2006; 2010). Alcanza con que se verifique alguna de esas situaciones para tratar al grupo como oprimido (Fiss, 2002: 23), aunque se darán generalmente en forma conjunta e invisibilizadas.

10 La Corte de EE UU en el caso “*Brown v. Board of Education of Topeka*”, 349 U.S. 294, sentencia del 31 de mayo 1955, reconoce que no alcanza solo con eliminar normas o incluso prácticas para lograr que desaparezcan las escuelas segregacionistas.

11 Cámara Nacional Electoral, 13/7/2017, “Incidente de Ciudad Futura Nro. 202 – distrito Santa Fe en autos Ciudad Futura Nro. 202 – distrito Santa Fe s. Elecciones primarias – elecciones 2017” (Expte. N° CNE 5385/2017/1/CA1).

este tipo ha sido la implementación de leyes de cupo para las mujeres en los cargos políticos. Lo que se busca es garantizar la existencia de mujeres en los cargos electivos y, mediante un cupo, se garantiza ese mínimo.

Sin embargo, las acciones reparadoras se tornan insuficientes en ciertos casos. Una mirada a los datos de la situación de las mujeres como mostramos en el acápite anterior es una clara muestra de ello. Por esto, resulta necesario tener presente que la igualdad real de oportunidades que garantiza el artículo, 75 inciso 23 implica no solo que el Estado debe generar las condiciones para garantizar que ciertos grupos alcancen determinados lugares, sino que debe transformar todas las prácticas, instituciones, entre otras, que aún persisten y que continúan produciendo la situación de desigualdad. Esto es lo que buscan las acciones transformadoras. Implica, entonces, que los cambios deben ser profundos, radicales sobre las distintas instituciones –y sectores– existentes (familia, escuela, medios masivos de comunicación, Estado y demás instituciones sociales). La diferencia, entonces, entre las acciones positivas reparadoras y las acciones transformadoras, es que las primeras apuntan a obtener ciertos resultados finales, en cambio las segundas implican desarmar (para cambiar) los procesos que generan las injusticias (Fraser, 1997: 38).

Las acciones transformadoras buscan romper con las desigualdades sistemáticas, y para eso es necesario erradicar las relaciones o situaciones que mantienen la situación de opresión (Dubet, 2011). Así, van mucho más allá sosteniendo que es obligación del Estado eliminar la dinámica social responsable de la perpetuación de las situaciones de dominación sobre ciertos grupos. Para esto, debe emprender todas las medidas necesarias para poner fin a los procesos sociales que continúan perpetuando las estructuras de castas (Fiss, 2000: 9).

En el acápite siguiente, partiendo de estas concepciones de igualdad y de los conceptos de acciones reparadoras y acciones transformadoras, esbozaremos algunas reflexiones en relación con las medidas adoptadas para garantizar la participación de las mujeres.

### **3 ¿PARTICIPACIÓN IGUALITARIA DE MUJERES?**

Como hemos mostrado, el cupo no ha funcionado como un piso mínimo sino como un techo, por lo que las mujeres no han podido ascender mucho más en la representación de cargos electivos. En este sentido, y en términos de interpretación del cupo y su finalidad, es interesante el análisis de la sentencia recaída en el caso “Ciudad Futura”, donde la Cámara Nacional Electoral resolvió sobre la invalidez de la lista electoral presentada por el partido “Ciudad Futura” por haber sido integrada en su totalidad por precandidatas mujeres y, a partir de ello, le impuso la obligación de presentar una nueva nómina de precandidatos/as compuesta por varones y mujeres. El voto de la mayoría (dos jueces varones) entendió que la lista presentada no cumplía con los requisitos establecidos por la Ley N° 26571, en cuanto dispone que las listas de precandidatos/as deberán integrarse “respetando el porcentaje mínimo de precandidatos de cada sexo de conformidad con lo dispuesto por la ley 24.012 y su decreto reglamentario” (cons. 2). Interpretan que, “si bien es cierto que la ley 24.012 se sanciona

en resguardo de los derechos de las mujeres a gozar de iguales oportunidades que los hombres en la postulación para cargos electivos, ello no implica que no deba resguardarse idéntico derecho para los hombres” (cons. 3). El voto en minoría (otro juez varón) resolvió habilitar la presentación de la lista con sólidos argumentos basados en el principio de igualdad.

Este tipo de decisiones ignoran los motivos por los cuáles se han implementado las leyes de cupo que actúan como acciones reparadoras para las mujeres, quienes han sido históricamente excluidas de lugares de toma de decisión, como son los cargos legislativos. En este sentido, la norma tuvo como objeto lograr que las mujeres comiencen a ocupar esos espacios de poder, imponiendo un piso mínimo para ello. De esta manera se resguarda su derecho a participar en cargos electivos. Sin embargo, en el caso de los varones, este tipo de medidas resultan innecesarias, ya que son quienes predominantemente han ocupado estos espacios, por lo que no requieren de ninguna norma que determine un cupo para ver resguardado su derecho a participar en cargos electivos.

Otra clara muestra de la situación de desigualdad que aún padecen las mujeres en términos políticos, es lo que sucede en los altos cargos en el Poder Judicial, o en los cargos que no son elegidos directamente por voto popular, como el de las personas que ocupan los ministerios que componen el Poder Ejecutivo. Es necesario, entonces, preguntarse sobre la suficiencia (o insuficiencia) de las acciones positivas reparadoras como garantía de la igualdad real de las mujeres en la efectiva ocupación de cargos de toma de decisiones. Los números analizados nos muestran a) que, pese a los avances notorios en la participación de las mujeres, este grupo ha padecido las normas de cupo como leyes que les han impuesto un techo de participación en ciertos cargos electivos; mientras que no pudo avanzar o avanzó muy lentamente en otros espacios. En este sentido, aparece el concepto de “acciones positivas transformadoras”, que no buscan solo lograr un resultado (la presencia de mujeres en cargos), sino que implican el análisis y la modificación de la situación estructural que impide a ese grupo alcanzar esos lugares. Así, debemos preguntarnos qué es necesario modificar para que existan más mujeres en los cargos electivos (que representan lugares de poder), esto es, qué más hace falta cambiar para que las mujeres participen en condiciones de igualdad real de oportunidades.

Para ello, entendemos que es necesario cambiar el diseño institucional para lograr la igualdad. Este sería el objetivo de las acciones transformadoras: poner fin en forma radical al problema de la dominación. Así, tienden a ver el problema como un problema estructural. En este sentido, por ejemplo, es imposible modificar el rol subordinado de la mujer en la sociedad solo mediante el sistema de cuotas, sino que se requiere mucho más: cambio de prácticas culturales, cambio de roles en la familia. Las acciones transformadoras van de la mano de una versión fuerte sobre cómo lograr la igualdad real. En lo que respecta a la efectiva ocupación de las mujeres de cargos de toma de decisión, es posible destacar la necesidad de a) realizar cambios en las tareas de cuidado que siguen estando a cargo de las mujeres. En este sentido, un análisis del PNUD (2017: 19) destaca que las mujeres dedican el 75% de su tiempo a realizar tareas domésticas no remuneradas, contra un

24% del tiempo que dedican los varones; mientras que ganan, en promedio, un 27,2% menos que los varones. Estos datos no son menores, especialmente cuando la participación de los varones en las tareas domésticas y de cuidado ni siquiera es fomentada desde la legislación. Actualmente, la Ley de Contrato de Trabajo prevé solo 2 días de licencia por paternidad (cfr. art. 158), mientras que establece la creación de guarderías y salas maternas en aquellos establecimientos donde haya una cantidad mínima de trabajadoras (cfr. art. 179), desconociendo que los trabajadores también son padres y deben asumir sus responsabilidades de cuidado.<sup>12</sup> La licencia por paternidad extendida sigue siendo un reclamo de aquellos varones que desean asumir plenamente las responsabilidades que les tocan en la crianza y educación de sus hijas/os; así como de aquellas mujeres que intentan romper con el estereotipo de que esas tareas deben estar exclusivamente a su cargo. En este sentido, una encuesta en materia de violencia política efectuada por ELA (2018) muestra que entre los factores que actúan mayoritariamente como obstáculos para la participación de las mujeres en la política se encuentran las responsabilidades familiares (91%), el rol atribuido a las mujeres en la sociedad (89%) y la falta de apoyo de los varones (76%).

Por otro lado, surge la necesidad de considerar b) la violencia contra las mujeres en la política, entendida de acuerdo con la “Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en la Vida Política” de la Organización de los Estados Americanos (OEA), como toda acción, conducta u omisión basada en su género, que tenga por objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos políticos (cfr. art. 3). La mencionada encuesta de ELA (2018) muestra como resultado que la violencia política contra las mujeres se encuentra muy extendida en nuestro país: 8 de cada 10 encuestadas afirmó haber sufrido alguna situación de violencia a lo largo de sus carreras políticas. En este sentido, se destacan algunas prácticas que mayoritariamente sufren las mujeres, como el acoso sexual y la descalificación por atributos físicos o por su vestimenta (82%). Asimismo, de 45 casos recabados, las encuestadas han manifestado haber vivido violencia psicológica (50%), incluyendo amenazas, presiones, insultos y restricciones al uso de la palabra; violencia simbólica (28%), incluyendo la divulgación de información personal, privada o basada en su género y la imposición de no participar en reuniones de toma de decisiones; así como violencia económica (22%), física (9%) y sexual (7%). Del total de agresiones manifestadas, un 63% señaló que generalmente son perpetradas por varones, a través de internet (62%), en alguna actividad del partido (44%) y en el recinto (40%). Indudablemente, esta problemática afecta severamente el ejercicio efectivo del derecho a la participación de las mujeres y debe ser atendida de manera integral. Difícilmente podamos revertir esta situación estableciendo la garantía del cupo femenino o la paridad de género en la legislación vigente. Si bien se trata de cambios normativos necesarios, no serán suficientes (ELA, 2018: 26).

Finalmente, podemos decir que c) estas dos situaciones demuestran que la política en términos partidarios y, en general, todos los cargos de toma de decisión, siguen siendo cuestión de varones (es decir, siguen

<sup>12</sup> Sobre las críticas a este artículo y su falta de aplicación, v. González y Ramallo (2018).

atravesados por lógicas patriarcales). Asimismo, que las tareas de cuidado aún se encuentren mayoritariamente a cargo de las mujeres y que, a su vez, estas sufran violencia política, podrían ser algunos de los factores que expliquen por qué pese a que las mujeres tienen una formación significativamente mayor que los varones en los niveles educativos más altos, ello no se ve reflejado en su desempeño en el mercado laboral (PNUD, 2017: 19). En este sentido, de acuerdo con los datos históricos del Congreso de la Nación, recabados por Directorio Legislativo (2018), el nivel educativo alcanzado en ambas Cámaras incluía un 87% de las mujeres que tenían título de grado en contraposición a un 76% de varones; mientras que el 26% de mujeres poseía un título de posgrado contra el 15% de varones. Efectivamente, estos números evidencian que la falta de mujeres en cargos políticos no puede ser aducida a la ausencia de mujeres “capacitadas” para ocupar esos puestos. Mientras no se aborden estas problemáticas (a, b y c) parece difícil pensar que solo una modificación legislativa (como la sanción de leyes de cupo y paridad) pueda prosperar en la superación del techo alcanzado por las mujeres.

Por ello, podemos concluir que las acciones reparadoras consistentes en la sanción de leyes que garanticen el ingreso de mujeres a cargos políticos no son suficientes en sí mismas, dado que aún persisten ciertas prácticas que las mantienen en una situación de desigualdad a diferencia de los varones. En consecuencia, es necesario pensar en acciones transformadoras que aborden la problemática de una manera integral y modifiquen esas prácticas que perpetúan las desigualdades.

#### **4 REFLEXIONES FINALES. LOGROS Y DEUDAS**

Analizamos en este trabajo los avances que representaron las acciones afirmativas en términos de igualdad para las mujeres en lo que respecta al acceso a cargos electivos. Demostramos también la insuficiencia que estas “cuotas” representan. De esta manera, es posible caracterizarlas como acciones positivas limitadamente transformadoras,<sup>13</sup> pues se trata de acciones que buscan (y han tenido) un efecto potencial de transformación (Albertyn, 2011: 151) a una escala más reducida. No han modificado la situación de las mujeres en la sociedad, sino que solo han garantizado el acceso de mujeres en mínimos porcentajes a cargos electivos.

Debe tenerse presente que, en el caso de las mujeres, la desigualdad ha sido la norma imperante y el punto de partida en el que se han encontrado al momento de la distribución de recursos. Por ello, no podemos esperar que la igualdad abstracta de oportunidades sea capaz de asegurarles una igualdad de resultados. Por lo tanto, la noción de igualdad entendida como no sometimiento nos obliga a exigir que el Estado diseñe políticas públicas que no solo no contribuyan a perpetuar la subordinación de los grupos, sino que además desmantelen las estructuras sociales en las que se asienta esa subordinación (Saba, 2016: 81).

Estas cuestiones deben ser consideradas al momento de elaborar políticas públicas dirigidas a lograr la paridad de género y la efectiva participación de las mujeres en los lugares de toma de decisión. Ha quedado

13 Llamadas por Fraser (2006: 77) “reformas no reformistas”.



en evidencia que difícilmente las mujeres podrán ejercer adecuadamente su derecho a participar en la política y a ocupar cargos de poder si aún continúan a cargo de las tareas de cuidado, si sufren violencia política, y si deben desempeñarse en condiciones claramente desventajosas a diferencia de sus pares varones. No podemos desconocer el efecto que han tenido las leyes de cupo en Argentina: han sido la puerta de ingreso de las mujeres a un espacio tradicionalmente ocupado por varones. Actualmente, se ha cambiado el eje del cupo mínimo al principio de paridad en la composición de las listas, lo que ha constituido un nuevo avance normativo en la materia. Sin embargo, debemos pensar en acciones que transformen las prácticas que perpetúan las desigualdades en los espacios en que las mujeres deben ocupar sus cargos. Solo así podremos decir que hemos cumplido con el mandato constitucional de implementar medidas de acción positivas para lograr la igualdad real de las mujeres en el ejercicio de sus derechos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTYN, C. Law, Gender and Inequality in South Africa. **Oxford Development Studies**, v. 39, n. 2, p. 139-162, 2011.
- CANÁVES, Violeta. **Participación política de las mujeres y acceso a espacios de decisión**: algunos argumentos de sentencias judiciales para recuperar y reflexionar. 2011. Disponible em: <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?muestra&codcontenido=944&plcontampl=43&aplicacion=a pp187&cni=87&opc=53>. Acceso em: 16 nov. 2021.
- CELIS, K.; CHILDS, S.; KANTOLA, J.; KROOK, M. Rethinking Women's Substantive Representation. **Representation**, v. 44, n. 2, p. 99-110, 2008.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA FACULTAD DE DERECHO (UBA) y GQUAL. **La inequitativa participación de las mujeres en organismos internacionales. ¿Responsabilidad de los Estados?** 2017. Disponible em: [http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-derechos-humanos/pdf/2017\\_informe2-gqual.pdf](http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-derechos-humanos/pdf/2017_informe2-gqual.pdf). Acceso em: 16 nov. 2021.
- CLÉRICO, L.; RONCONI, L.; ALDAO, M. Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento. **Rev. Direito GV**, v. 9, n. 1, p. 115-170, 2013.
- DIRECTORIO LEGISLATIVO. **El Congreso argentino en #DatosAbiertos: apertura de información del #DLHistórico (1999-2019)**. 2018.
- DUBET, F. Los límites de la igualdad de oportunidades. **Nueva Sociedad**, v. 239, p. 42-50. 2012.
- DUBET, F. **Repensar la Justicia Social**. Contra el mito de la igualdad de oportunidades. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- EQUIPO LATINOAMERICANO DE JUSTICIA Y GÉNERO (ELA). **Informe sobre género y derechos humanos**: vigencia y respeto de los derechos de las mujeres. Buenos Aires: Biblos, 2009.
- FISS, O. **Una comunidad de iguales**. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2002.
- FISS, O. What should be done for those who have been left behind? **Boston Review** (Summer), p. 4-8. 2000.
- FRASER, N. La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación. En: FRASER, N.; HONNETH, A. **¿Redistribución o reconocimiento?** Madrid: Ediciones Morata. 2006.
- FRASER, N. **Lustitia Interrupta**: reflexiones críticas desde la posición "postsocialista". Santa Fe de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.
- FRASER, N. **Scales of justice**: Reimagining Political Space in a Globalizing World. Nueva York: Columbia University Press, 2010.
- GONZÁLEZ, A. D.; RAMALLO, M. A. Comentario al fallo "Etcheverry, Juan Bautista c/ EN s/ amparo ley 16.986": Pautas para la reglamentación del artículo 179 de la Ley de Contrato de Trabajo. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, v. 16, n. 1, p. 113-128, 2018.
- KOHEN, B.; ARIZA, S.; RAMALLO, A. Women in the legal academy at the Law School of the University of Buenos Aires. En: SCHULTZ, U. *et al.* **Gender and Careers in the Legal Academy**. Londres: Hart Publishing, 2019.

LIDERA: Participación en democracia. Experiencias de mujeres en el ámbito social y político en Argentina. Buenos Aires: ELA, 2012. Disponível em: <http://www.ela.org.ar/a2/objetos/adjunto.cfm?codcontenido=1010&codcampo=20&aplicacion=app187&cnl=14&opc=49>. Acesso em: 16 nov. 2021.

MAKINNON, C. Integrando el feminismo en la educación jurídica. **Academia, Revista de Enseñanza del Derecho**, v. 6, p. 157-174, 2005.

MARTELOTTE, Lucía. **Violencia política contra las mujeres en Argentina**: experiencias en primera persona. [2018]. Disponível em: <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?muestra&codcontenido=3242&plcontempl=43&aplicacion=app187&cnl=15&opc=49>. Acesso em: 16 nov. 2021.

OFICINA DE LA MUJER (OM). **Mapa de género en la Justicia argentina**: informe edición 2018. 2018. Disponível em: <https://om.csjn.gob.ar/mapagenero/pages/view/public/informes/informemapa2018.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2021.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD) **La paridad política en Argentina: avances y desafíos**. 2017. Recuperado de <http://www.ar.undp.org/content/argentina/es/home/presscenter/pressreleases/2017/06/23/-la-paridad-pol-tica-en-argentina-avances-y-desaf-os-.html>. Acesso em: 16 nov. 2021.

RONCONI, L.; RAMALLO, M. (coord.). **Género y Derecho Público Local**. Buenos Aires: Universidad de Palermo (en prensa). (mimeo).

RONCONI, Liliana “**¿Tomarnos en serio la igualdad?**” 2020. Disponible en <https://dialogoderechoshumanos.com/agenda-estado-de-derecho/tomarnos-en-serio-la-igualdad>. Acesso em: 16 nov. 2021.

RONCONI, Liliana. **Derecho a la educación e Igualdad como no sometimiento**. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2018.

SABA, R. **Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?** Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.

# CAPÍTULO 13

## NEM VEDAÇÃO, NEM MUTAÇÃO: UMA INTERPRETAÇÃO DO ART. 57, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO

Roberta Simões Nascimento

### INTRODUÇÃO

Feita a pergunta: “Como se interpreta uma norma jurídica?”, é possível respondê-la, por exemplo, a partir de teorias descritivas da interpretação, que dão conta dos diversos métodos, processos e argumentos envolvidos na atribuição de significado dos textos normativos. Nessa perspectiva, a resposta equivaleria a entender a pergunta como sendo “Quais são as formas de interpretação das normas jurídicas?”.

No entanto, a primeira pergunta também poderia ser respondida à luz de teorias normativas da interpretação, ou seja, de perspectivas que cuidam de determinar como se deve interpretar, a partir da formulação de diretrizes de interpretação, geralmente tendendo à concretização de valores e ideais a serem realizados no ordenamento jurídico. Aqui, a questão seria formulada nos seguintes termos: “Como se devem interpretar as normas jurídicas?”.

Entre outras razões, é por isso que à pergunta “Como interpretar o art. 57, § 4º, da Constituição?” inevitavelmente surgirão diversas respostas, a partir das diferentes perspectivas – ou seja, em função do método empregado, que costuma ser escolhido a partir de alguma preferência axiológica do próprio intérprete e que pode variar em cada caso. Assim, essa profusão de opções interpretativas não é um privilégio do referido art. 57, § 4º, isso acontece sempre que se está diante de um problema interpretativo, isto é, de mais de uma opção de interpretação das disposições normativas.

Disso tudo resulta que, com frequência, existem desacordos sobre qual deve ser a interpretação dos textos jurídicos. Isso porque, a rigor, não existiria uma hierarquia entre os diversos argumentos interpretativos ou, melhor dito, não há um consenso sobre uma única lista de ordenação ou sobre a possibilidade que essa seja aplicável em todos os casos. Ou seja, costuma existir divergência também no plano metainterpretativo, sobre a ordem dos métodos interpretativos que deve nortear a atividade interpretativa na prática.

Sem prejuízo de toda essa importante celeuma teórica, o fato é que os problemas interpretativos precisam de respostas, sendo certo que qualquer delas desagradará parcela dos participantes da prática jurídica.

Por esse motivo, a apresentação de razões para cada uma das posições interpretativas, é providência que auxilia na comparação das alternativas possíveis e na escolha da interpretação mais racional, por mais controvertido e problemático que seja o conceito de racionalidade. É a partir dos argumentos que sustentam uma dada alternativa interpretativa, que é possível examinar seu acerto e seu grau de solidez.

Nesse sentido, considerando que a interpretação do art. 57, § 4º, da **Constituição** gera desacordos, ainda não foi resolvida desde a promulgação da Carta de 1988, bem como tendo em vista que a discussão foi reativada com o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 6.425<sup>1</sup>, o presente trabalho se propõe a analisar duas interpretações antagônicas quanto ao art. 57, § 4º, da Constituição, notadamente quanto à expressão “vedada a recondução” que figura em sua parte final.

De acordo como o referido dispositivo, na redação atual que foi dada pela Emenda Constitucional – EC n. 50/2006: “Cada uma das Casas reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, para mandato de 2 (dois) anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente.” Como se verá adiante, o marco temporal do “imediatamente subsequente” contém uma ambiguidade.

O objetivo do presente trabalho é apresentar as discussões em torno da interpretação do art. 57, § 4º, da Constituição, e, após descartar duas alternativas radicalmente opostas, oferecer uma proposta de interpretação desse dispositivo normativo que, embora não seja óbvia, é extraível dos textos, a partir das modernas técnicas interpretativas.

Para isso, adota-se a seguinte estrutura: na seção seguinte, são feitas algumas considerações quanto ao referido dispositivo constitucional e sua interpretação dentro do Poder Legislativo, que procedeu ao que se poderia denominar interpretação gramatical e sistemática. Após, examina-se a interpretação literal ou textual do art. 57, § 4º, da **Constituição**, pela qual a reeleição aos cargos no Poder Legislativo estaria vedada em todas as hipóteses. Depois, aprecia-se a posição interpretativa para a qual teria ocorrido uma mutação constitucional quanto à proibição, haja vista as diversas reeleições verificadas no plano dos fatos.

Por fim, após descartar as razões que embasam tais interpretações, apresenta-se uma alternativa interpretativa situada entre os dois extremos, que atende melhor – segundo o argumento aqui sustentado – a independência e autonomia do Poder Legislativo (art. 2º da Constituição) e os demais valores da Constituição.

## 1 A INTERPRETAÇÃO LEGISLATIVA DO ART. 57, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO

Deve-se começar registrando que a atual redação desse dispositivo foi dada pela EC n. 50/2006, cujo propósito foi o de promover mera alteração de redação para que o período do mandato fosse grafado também por

<sup>1</sup> A ação foi protocolada no último dia 05 de agosto de 2020, pelo Partido Trabalhista Brasileiro – PTB. A petição inicial pode ser consultada na própria página do STF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753396247&prcID=5972250#>

algarismo arábico e não apenas por extenso. Assim, conforme os documentos legislativos<sup>2</sup>, não se pretendeu alterar quaisquer dos âmbitos de validade da norma jurídica (pessoal, material, espacial e temporal), que permaneceram os mesmos, ou seja, a rigor, trata-se da mesma norma constitucional originária<sup>3</sup>.

Já entendeu o Supremo Tribunal Federal – STF que tal art. 57, § 4º, da Constituição, não é de reprodução obrigatória nas Constituições dos Estados-membros, conforme a ADI n. 793<sup>4</sup>, sob o argumento de que a referida norma constitucional não representa um princípio constitucional estabelecido. O mesmo entendimento foi reiterado em outras ocasiões (ADI n. 792, n. 1.528, n. 2.371). Assim, fora do plano federal, há margem para que os Legislativos estaduais decidam em sentido diverso do estabelecido na Constituição.

Dentro das Casas Legislativas do Congresso Nacional, consolidou-se a interpretação de que a vedação desse art. 57, § 4º, da Constituição, só alcança a eleição realizada dentro da mesma legislatura, ou seja, não se considera recondução a eleição para o mesmo cargo em legislaturas diferentes, ainda que sucessivas. Assim, a norma constitucional não vedaria a eleição para o 3º e 4º anos da legislatura X e, na sequência, a eleição para o 1º e 2º anos da legislatura X+1.

Inclusive, essa interpretação foi expressamente consignada no Regimento Interno da Câmara dos Deputados – RICD<sup>5</sup>, art. 5º, § 1º<sup>6</sup>, cuja aprovação ocorreu em 1989, já na ordem constitucional vigente. No âmbito do Senado Federal, cujo regimento interno é de 1970<sup>7</sup>, tal interpretação ficou por conta do Parecer n. 555, de 1998, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ<sup>8</sup>.

Em resumo, após um resgate histórico sobre a eleição dos membros das mesas das Casas do Congresso Nacional desde a Constituição Imperial de 1824 até a atual, tal opinativo conclui que a expressão: “eleição imediatamente subsequente” do art. 57, § 4º, não deve ser lida de maneira isolada, mas sim com referência ao trecho da mesma norma que prevê a eleição “no primeiro ano da legislatura”.

Dessa forma, segundo a interpretação adotada pelo aludido Parecer da CCJ do Senado Federal, diante da passagem de uma legislatura para outra, está-se diante de “nova eleição”, mas não propriamente de “ree-

2 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4787029&ts=1594016407583&disposition=inline>

3 Nesse sentido, para que não pairam quaisquer dúvidas sobre as intenções e os objetivos do legislador Constituinte reformador, confira-se o fragmento do parecer lavrado pela CCJ do Senado Federal em relação à Proposta de Emenda à Constituição aprovada e promulgada como a EC n. 50/2006, a seguir transcrito: “Trata-se da Proposta de Emenda à Constituição no 8, de 2006, da Câmara dos Deputados, que modifica o art. 57 da Constituição Federal. As alterações propostas são as que passamos a relatar. Inicialmente, altera-se o caput do art. 57 para estabelecer que a sessão legislativa ordinária anual realizar-se-á de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro (atualmente realiza-se de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro). A seguir procede-se a uma pequena alteração de redação no § 4º do artigo em questão para que o período de mandato das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado seja grafado também com o algarismo (2 anos). Hoje, a redação é apenas por extenso (dois anos).”

4 CONSTITUCIONAL. ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA ESTADUAL: MESA DIRETORA: RECONDUÇÃO PARA O MESMO CARGO. Constituição do Estado de Rondônia, art. 29, inc. I, alínea b, com a redação da Emenda Const. Estadual nº 3/92. C.F., art. 57, § 4º. TRIBUNAL DE CONTAS: CONSELHEIRO: NOMEAÇÃO: REQUISITO DE CONTAR MENOS DE SESENTA E CINCO ANOS DE IDADE. Constituição do Estado de Rondônia, art. 48, § 1º, I, com a redação da Emenda Const. Estadual nº 3/92. C.F., art. 73, § 1º, I. I. – A norma do § 4º do art. 57 da C.F. que, cuidando da eleição das Mesas das Casas Legislativas federais, veda a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente, não é de reprodução obrigatória nas Constituições dos Estados-membros, porque não se constitui num princípio constitucional estabelecido. II. – Precedente do STF: Rep 1.245-RN, Oscar Corrêa, RTJ 119/964. III. – Os requisitos para nomeação dos membros do Tribunal de Contas da União, inscritos no art. 73, § 1º, da C.F., devem ser reproduzidos, obrigatoriamente, na Constituição dos Estados-membros, porque são requisitos que deverão ser observados na nomeação dos conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e Conselhos de Contas dos Municípios. C.F., art. 75. IV. – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte. (ADI 793, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/1997, DJ 16-05-1997).

5 Resolução n. 17, de 1989, da Câmara dos Deputados.

6 Art. 5º. (...) § 1º Não se considera recondução a eleição para o mesmo cargo em legislaturas diferentes, ainda que sucessivas.

7 Resolução n. 93, de 1970, do Senado Federal.

8 O parecer, na íntegra, pode ser consultado em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753396255&prcID=5972250#>

leição”, o que permitiria aos eleitos no 3º ano da legislatura, serem reconduzidos na eleição seguinte. Além disso, o parecer fundamenta que as restrições de direitos, em especial as inelegibilidades, devem ser interpretadas restritivamente.

Por fim, argumenta o advento da Emenda Constitucional – EC n. 16/1997, que inseriu no art. 14, § 5º, da Constituição<sup>9</sup> a possibilidade de reeleição para os chefes do Poder Executivo, indo ao encontro da interpretação legislativa sustentada para o art. 57, § 4º, da Constituição, e art. 59, caput, do Regimento Interno do Senado Federal – RISF<sup>10</sup>.

Nesse ponto, o parecer resgata o entendimento de Geraldo Ataliba no sentido de que a função de membro das Mesas das Casas Legislativa é função de natureza executiva, consistente na função de direção, supervisão, polícia, administração e execução. Ou seja, embora dentro do Poder Legislativo, não é função legislativa, mas sim função executiva e administrativa<sup>11</sup>.

Como se vê, o entendimento mostra-se heterodoxo apenas na aparência, nada existindo nele de absurdo, pelo contrário. Tanto, que a interpretação constitucional legislativa em comento conta com a concordância de grandes doutrinadores, como Michel Temer<sup>12</sup>, Celso Bastos<sup>13</sup>, entre outros.

Além disso, o fato é que tal interpretação da norma embasou as seguintes reeleições de chefes das Casas Legislativas do Congresso Nacional: a) no Senado Federal: Antônio Carlos Magalhães (eleito para o biênio 1997-1998 e reeleito para o biênio 1999-2000), José Sarney (eleito para o biênio 2009-2010 e reeleito para o biênio 2011-2012) e Renan Calheiros (eleito para o biênio 2013-2014 e reeleito para o biênio 2015-2016); e b) na Câmara dos Deputados: Michel Temer (eleito para o biênio 1997-1998 e reeleito para o biênio 1999-2000), Marco Maia (eleito para o biênio 2010-2011 e reeleito para o biênio 2012-2013) e Rodrigo Maia (eleito em 2016 para mandato-tampão, reeleito para o biênio 2017-2018 e, depois, para o biênio 2019-2020). Em comum, todas essas reeleições ocorrem na virada da legislatura.

Inclusive, passados dez anos da consolidação dessa interpretação, em 2008, surgiu nova dúvida: o presidente da Casa Legislativa que assume para cumprir mandato-tampão pode ser reeleito? Era o caso do então

9 Art. 14. (...) § 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. (Redação dada pela EC nº 16, de 1997)

10 Art. 59. Os membros da Mesa serão eleitos para mandato de dois anos, vedada a reeleição para o período imediatamente subsequente (Const., art. 57, § 4º).

11 Convém destacar o seguinte fragmento do Parecer n. 555, de 1998, da CCJ do Senado Federal: “61. Com efeito, como sabemos, a Emenda Constitucional n. 16, de 1997, inscreveu em nosso Direito Constitucional a possibilidade de reeleição para os Chefes do Poder Executivo, afastando a cláusula da inelegibilidade que sempre vigorou em nossa República.

62. Ora, se, como ensinou Geraldo Ataliba, o critério informativo do procedimento hermenêutico a ser adotado há de ser consentâneo com a diretriz traçada, uma vez que o nosso sistema republicano não mais impede a reeleição dos titulares do Poder Executivo, não há mais razão doutrinária que vede a possibilidade de reeleição de membro da Mesa de Casa Legislativa, pois “a função de membro das Mesas das Casas Legislativas é função de natureza executiva. Não é função legislativa. É função de direção, supervisão, polícia, administração e execução. Em tudo e por tudo, se afigura função executiva e administrativa”.

63. Dessa forma, com a Emenda n. 16/97, o sentido inverso a que fazia referência Geraldo Ataliba (cf. item 59), por assim dizer, se inverteu, ou seja, ainda nas palavras do saudoso Mestre, se é sabido que os preceitos contidos na Constituição não podem ser interpretados de modo que contrarie a direção por eles apontada, uma vez que o preceito constitucional da irreelegibilidade cedeu lugar ao preceito da reelegibilidade das funções executivas e, de outra parte, como a função de membro das Mesas das Casas Legislativas é função de natureza executiva, é lícito concluir que não cabe mais esgrimir o argumento da irreelegibilidade das funções executivas como impedimento à reeleição para a Mesa da Casa Legislativa. *Contrario sensu*, o preceito da reelegibilidade daquelas – agora vigorando – labora em prol da reelegibilidade para essa última.”

12 TEMER, Michel. Reeleição no Legislativo. **Folha de São Paulo**, 14 dez. 1998. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz14129809.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

13 BASTOS, Celso. Interpretação correta das normas. **Folha de São Paulo**, 05 dez. 1998. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz05129810.htm> Acesso em: 24 set. 2020.

presidente do Senado Federal Garibaldi Alves Filho, que fora eleito em dezembro de 2007, após a renúncia do senador Renan Calheiros para finalizar o biênio 2007-2008.

Respondendo a tal indagação, o então advogado Luís Roberto Barroso reconheceu a existência da ambiguidade contida no art. 57, § 4º, da Constituição, e registrou que, respeitadas as balizas constitucionais, o STF tende a privilegiar as próprias Casas Legislativas na resolução das matérias *interna corporis*. Sobre esse ponto, vale a pena conferir as próprias palavras do hoje ministro do STF:

Em casos como o presente, em que a Constituição admite duas interpretações possíveis, o normal é que prevaleça a decisão produzida nas instâncias políticas. O Senado Federal, inclusive, já exerceu essa competência ao definir, sobre a interpretação do mesmo art. 57, § 4º, que os eleitos para a composição da Mesa Diretora no segundo biênio da legislatura não ficam impedidos de concorrer aos mesmos cargos na eleição seguinte, uma vez que o funcionamento congressual seria segmentado em legislaturas. Em se tratando de questão afeta ao funcionamento do Congresso Nacional, a solução constitucionalmente adequada será privilegiar a interpretação conferida à norma pela própria Casa Legislativa, em respeito à sua independência orgânica. O STF, tradicionalmente, reconhece a primazia das Casas na resolução de questões *interna corporis*, respeitadas as balizas constitucionais.<sup>14</sup>

A despeito disso, o senador Garibaldi Alves Filho acabou sequer se candidatando à época e quem venceu a eleição subsequente para presidir o Senado Federal no biênio 2009-2010 foi o Senador José Sarney.

Nada obstante, a mesma dúvida voltou a surgir em 2016, quando o Deputado Federal Rodrigo Maia, que também assumira a presidência da Câmara dos Deputados após a saída antecipada do presidente anterior (o Deputado Federal Eduardo Cunha), pretendeu candidatar-se à reeleição.

Dessa vez, o advogado Heleno Taveira Torres foi quem emitiu parecer pela possibilidade de reeleição do presidente da Casa Legislativa que assume em decorrência da vacância do presidente eleito no 1º ano da legislatura. É dizer, admitiu-se a reeleição dentro da mesma legislatura, por parte de quem assumiu mandato-tampão, sem que isso viole o art. 57, § 4º, da Constituição, cuja proibição seria inaplicável ao caso.

Em suas considerações, o ilustre jurista assevera:

Normas de “proibição”, como é sabido, não comportam interpretação extensiva ou analógica, para alcançar fatos ou situações para além do regulado, porquanto devam ser completas, e só podem ser aplicadas nos limites dos elementos abarcados no seu texto. Por isso, não é admissível qualquer exercício de hermenêutica jurídica que tenha por finalidade a extensão do alcance do § 4º do art. 57 da CF para outras hipóteses que não se encontram no seu texto.

Como virá demonstrado mais adiante, numa interpretação especificadora, a proibição de “recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente”, do § 4º do art. 57 da CF está condicionada aos seguintes pressupostos fáticos: membros eleitos para a Mesa Diretora (a), no primeiro ano da legislatura

14 BARROSO, Luís Roberto. [Parecer, 2008]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/11/art20161114-05.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.

(b), com mandato de 2 anos (c). Logo, é claríssimo que o mandato supletivo por vacância em nada se vê contemplado naqueles pressupostos.<sup>15</sup>

Após a presente exposição, vê-se claramente que o art. 57, § 4º, da Constituição de fato contém uma ambiguidade, a qual foi resolvida pelas Casas Legislativas do Congresso Nacional, por intermédio da interpretação constitucional legislativa que vem norteando as práticas legislativas.

Feita essa digressão sobre a interpretação constitucional legislativa do art. 57, § 4º, da Constituição, passa-se à análise da posição crítica a tal interpretação, partindo de uma leitura literalista do texto constitucional.

## 2 DA VEDAÇÃO TOTAL À REELEIÇÃO

Radicalmente crítica à interpretação legislativa explicada na seção anterior, taxando-a “fraude à Constituição”, a corrente que se passa a apresentar, defende uma proibição de reeleição também da última Mesa de uma legislatura para a primeira seguinte, sob o argumento de que a Constituição quis impedir o exercício contínuo de cargo da Mesa por quatro anos seguidos. Nesse sentido, por exemplo, confira-se a posição de José Afonso da Silva:

Não há ressalva alguma de que a vedação só valha dentro da mesma legislatura e, portanto, seria admitida a recondução de uma legislatura para a outra. Se a Constituição quisesse restringir a recondução, nesse sentido, teria dito: “vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente na mesma legislatura”. Não o tendo feito, não é lícito ao intérprete introduzir regra não prevista, como seria o caso. Se a recondução é vedada para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente, não há como pretender licitamente que a eleição imediatamente subsequente na próxima legislatura esteja fora da proibição.<sup>16</sup>

Portanto, interpretação de que o art. 57, § 4º, da Constituição vedaria toda e qualquer hipótese de reeleição se assenta, basicamente, em duas premissas: a primeira, de que o texto normativo não teria feito distinções entre as “eleições imediatamente subsequentes”, sejam na mesma legislatura ou na seguinte (desta forma, não seria dado ao intérprete introduzir regra não prevista); a segunda, a suposta intenção do Constituinte em vedar que minorias se perpetuem no poder. De acordo com essa construção, interpretar de forma diversa equivaleria a violar os princípios democrático e republicano.

Ainda para essa vertente, o dispositivo seria claro ao estabelecer que: “é vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente” e que, perpetrada a violação ao texto constitucional, caberia ao Poder Judiciário corrigi-la, mesmo em se considerando que a eleição de membros da Mesa das Casas Legislativas se caracteriza como um ato interna corporis, na medida em que os parlamentares e partidos políti-

15 TORRES, Heleno Taveira. **Parecer jurídico**. [2016]. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2017/02/HelenoTorres-parecerRodrigoMaia-31jan2017.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.

16 SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 436.



cos com representação nas Casas Legislativas teriam direito subjetivo a ser dirigidos por Mesa eleita em conformidade com a Constituição.

Como é possível perceber, tal corrente parte de uma interpretação literalista do texto constitucional, reputando tratar-se de norma “clara” (portanto, *in claris non fit interpretatio*). Tal exegese da vedação total, sem distinções, recebe o apoio de adeptos como José Afonso da Silva<sup>17</sup> e outros ilustres constitucionalistas.

A fragilidade das razões apresentadas consiste, em primeiro lugar, em desconsiderar as lições das técnicas interpretativas mais modernas, de acordo com as quais a norma é o resultado da interpretação, de modo que, antes dela, não há que se falar em norma e, menos ainda, de normas “claras”, de modo que o brocardo *in claris non fit interpretatio* consistiria em mero artifício retórico do intérprete.

Em segundo lugar, ainda se poderia apontar a inconsistência do argumento, quanto ao impedimento do exercício contínuo – que seria um desejo da Constituição. Isso porque, antes de a suposta minoria se perpetuar no poder da Casa Legislativa, faz-se necessário a eleição pela maioria de seus pares, implicando que na verdade não se trataria da vontade de uma minoria, mas sim de uma maioria que por intermédio de escrutínio reconduz para mais um período.

Compreendida a interpretação no sentido da vedação total à reeleição das Mesas, passa-se à outra leitura, que recentemente começou a surgir, quanto à ocorrência de mutação constitucional do art. 57, § 4º, da Constituição.

### 3 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

No outro extremo, em relação à interpretação que se acaba de explicar na seção anterior, está a posição interpretativa que defende a total permissão da reeleição para os cargos de presidente da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, operada pela mutação constitucional ocorrida quanto à disposição do art. 57, § 4º, da Constituição, considerando que já ocorreram diversas reeleições nas Casas Legislativas, por deliberação soberana de seus Plenários<sup>18</sup>.

Por oportuno, convém recordar que a mutação constitucional consiste no processo informal de mudança das Constituições, pelo qual são atribuídos novos significados, sentidos ou alcance às suas normas, sem qualquer modificação de seus textos. Isso, com base na assertiva de que a Constituição não se esgota em seu texto e que os órgãos legislativos estão autorizados a interpretá-la, fixando seu significado e alcance, pela aprovação

17 SILVA, José Afonso da. Os atuais presidentes da Câmara e do Senado podem postular a reeleição? Fraude à Constituição. *Folha de São Paulo*, 05 dez. 1998. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz05129809.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

18 Como já citado, foram as seguintes: a) no Senado Federal: Antônio Carlos Magalhães (eleito para o biênio 1997-1998 e reeleito para o biênio 1999-2000), José Sarney (eleito para o biênio 2009-2010 e reeleito para o biênio 2011-2012) e Renan Calheiros (eleito para o biênio 2013-2014 e reeleito para o biênio 2015-2016); e b) na Câmara dos Deputados: Michel Temer (eleito para o biênio 1997-1998 e reeleito para o biênio 1999-2000), Marco Maia (eleito para o biênio 2010-2011 e reeleito para o biênio 2012-2013) e Rodrigo Maia (eleito em 2016 para mandato-tampão, reeleito para o biênio 2017-2018 e, depois, para o biênio 2019-2020).

de emendas à Constituição e de leis que a completam – isto é, por meios formais ou por intermédio do processo legislativo –, mas também pela adoção de práticas parlamentares.

O costume parlamentar – ainda de modo sub-reptício – também pode, pouco a pouco, conferir nova aplicação às normas constitucionais, inclusive por exigências de ordem prática (como ilustram as vacâncias de Presidentes das Mesas acima mencionadas). Disso, resultaram mutações constitucionais, cujo lastro democrático em concreto, advém da qualidade detida pelos legisladores de representantes da sociedade.

Com base nisso, a corrente defende a ocorrência de mudança do sentido do texto constitucional do art. 57, § 4º, da Constituição, a partir das práticas parlamentares, apresentando-se a mutação constitucional como meio legítimo de mudança informal da Constituição, respeitando também os limites da mutação constitucional<sup>19</sup>.

Assim como a interpretação que entende pela vedação total à reeleição, a posição interpretativa da mutação constitucional também é frágil. Isso porque “dá um salto” quanto ao que pretende ver reconhecido (a reeleição a qualquer tempo), em relação às práticas consolidadas (reeleição apenas por ocasião da virada da legislatura).

É verdade que a mutação constitucional não é um conceito dogmático e que sobre ele pairam diversas controvérsias teóricas, com grandes divergências entre os autores sobre o seu conceito, requisitos e condições necessárias para o seu reconhecimento. No entanto, aqui parece acertada a crítica no sentido de que a mutação constitucional “legítima” primeiro surge no plano dos fatos, pelo que, sem isso, está-se diante de outra coisa que não a mutação constitucional<sup>20</sup>.

Por isso, pode-se dizer que a corrente que apregoa a mutação constitucional do art. 57, § 4º, da Constituição, no mínimo, parte de um conceito polêmico do que seja a mutação constitucional, já que nesse caso, como se acaba de dizer, o sentido interpretativo pretendido por intermédio desse fenômeno (reeleição dentro da mesma legislatura) não decorreria exatamente das práticas parlamentares já consolidadas. Assim, tal corrente mereceria a crítica já comumente direcionada pela doutrina à mutação constitucional “à brasileira”<sup>21</sup>, que tende a usar o controle de constitucionalidade, não para guardar a Constituição, mas precisamente para manipulá-la, modificar de forma ilegítima a Constituição.

Além disso, também é polêmico que normas proibitivas possam ser objeto de mutações constitucionais. Esse é um problema inerente à própria controvérsia teórica sobre os limites da mutação constitucional. Ao não se reconhecer que existem determinados limites a esse fenômeno, cria-se uma abertura para um “vale-tudo”, pelo qual normas proibitivas poderiam ser convertidas em permissivas, sem qualquer alteração formal do texto constitucional. Embora os autores não tenham chegado a um consenso quanto aos limites (nem mesmo o

19 Como aponta Luís Roberto Barroso: “[...] a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150).

20 Nesse sentido, por exemplo: BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000. p. 181-196; HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 147-171; MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Juspodivm, 2012. p.487-526.

21 No sentido dessa crítica, confira-se FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Alteração e Mudança da Constituição: o Caso Brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 561-578.

textual chega a ser unânime), fica a reflexão sobre esse ponto<sup>22</sup>, que indiscutivelmente representa uma grave fragilidade dessa posição.

Como se vê, caso prevaleça tal posição interpretativa da mutação constitucional do art. 57, § 4º, da Constituição, é duvidoso se tal interpretação equivaleria de fato a uma genuína mutação constitucional<sup>23</sup>. Nessa mutação constitucional “à brasileira”, o STF se converte em agente da própria mutação constitucional, declarando-as independentemente de mudanças prévias nas práticas legislativas ou sociais<sup>24</sup>.

Assim, feita a limpeza do terreno, passa-se a uma proposta de interpretação que, segundo aqui se entende, melhor contempla os valores constitucionais postos em jogo.

#### 4 A ANTINOMIA ENTRE O ART. 57, § 4º, E O ART. 14, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO

Com a aprovação da EC n. 16/1997, modificou-se a redação do art. 14, § 5º, da **Constituição**<sup>25</sup> e se permitiu a reeleição dos chefes do Poder Executivo. Essa modificação constitucional tem como consequência a antinomia dessa norma com o art. 57, § 4º, da Constituição. Isso porque existem modalidades deontológicas contraditórias para disciplinar o mesmo fato, levando em consideração que os cargos de presidente da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, têm natureza executiva, ou seja, desempenham função atípica de execução dentro do Poder Legislativo<sup>26</sup>.

Como sabido, esse tipo de antinomia se resolve por intermédio do critério cronológico, ou seja, a partir da prevalência da lei posterior. Aqui, deve-se considerar a “irrelevância”, por assim dizer, da EC n. 50/2006, porquanto tenha mantido a norma originária do art. 57, § 4º, apenas alterando o enunciado normativo ao grafar “2” em algarismo arábico e pôr por extenso “dois” entre parêntesis, sem modificar a norma em qualquer dos âmbitos de validade (pessoal, material, espacial e temporal) da norma, na linha do já explicado acima.

22 HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 147-171.

23 Entraria mais para uma mutação constitucional impura. Nessa linha, confira-se: CARDUCCI, Michele. Sobre a distinção entre mutações constitucionais informais “puras” e “impuras”. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, ano 4, n. 15, jul./set. 2010. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/6243>. Acesso em: 17 nov. 2021.

24 É bem verdade que não seria a primeira vez em que isso acontece na jurisdição constitucional brasileira. Há diversos exemplos em que o STF adotou decisões que são consideradas pela doutrina como mutação constitucional, adotando-se um conceito amplíssimo em que caberia praticamente qualquer interpretação integrativa, via técnicas aditivas, em verdadeira jurisdição constitucional legislativa. Nesse sentido, citem-se, por exemplo: a discussão sobre a prisão em 2ª instância realizada em 2009 no HC n. 84.078; a fixação do número de vereadores no RE n. 197.917; o caso Raposa Serra do Sol (Pet n. 3.388); o reconhecimento da união homoafetiva (ADPF n. 132); a representação interventiva quanto a atos concretos (IF n. 5.129); a discussão sobre a reeleição do prefeito “itinerante” (RE n. 637.485); o preenchimento das vagas destinadas ao Ministério Público nos TRTs (ADI n. 1.289); o voto facultativo e inválidos. Para o Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, todos esses são casos de mutação constitucional. Confira-se: MENDES, Gilmar Ferreira. **Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (org.). **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 175-255.

25 Art. 14. (...) § 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. (*Redação dada pela EC nº 16, de 1997*)

26 O próprio Ministro Gilmar Mendes, em livro escrito em coautoria com Paulo Gustavo Gonet Branco, adota o entendimento subjacente à interpretação em comento no que diz respeito à existência de funções típicas e atípicas dentro de cada Poder. Nesse sentido: “No quadro de divisão de funções entre os Poderes da República, tocam ao Legislativo as tarefas precípua de legislar e de fiscalizar. O Poder Legislativo, porém, de modo não típico, também exerce funções de administrar (ao prover cargos da sua estrutura ou atuar o poder de polícia, p. ex.) e de julgar (o Senado processa e julga, por crimes de responsabilidade, o Presidente da República e o Vice-Presidente da República, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes das três Forças Armadas, nos crimes de mesma natureza conexos com os praticados pelo Chefe do Executivo; também processa e julga, por crimes de responsabilidade, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros dos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União).” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 993).

Dessa forma, aplicado o brocardo *lex posterior derogat priori* – previsto no art. 2º, § 1º, da LINDB<sup>27</sup> –, afigura-se plenamente possível afirmar que o referido art. 14, § 5º, da Constituição, deve prevalecer como norma aplicável também às eleições internas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, porquanto se tratam de cargos com função de natureza executiva.

Com razão, pelos princípios da unidade e da harmonização da Constituição, a interpretação constitucional deve evitar incorrer em contradições entre suas normas, sendo obrigação do intérprete adotar soluções que considerem a Constituição de forma global, como um sistema unitário e, além disso, coordenado, exigindo-se que os bens jurídicos constitucionalmente protegidos coexistam ao mesmo tempo, ou seja, sem que alguns bens e valores constitucionais prevaleçam sobre outros, evitando o sacrifício total de uns em relação a outros. Por outra importante diretriz hermenêutica, o “princípio da justeza”, determina-se a impossibilidade de interpretações que subvertam ou perturbem o esquema organizativo-funcional estabelecido na própria Constituição.

Além disso, impõe-se a adoção da moderna teoria da tripartição dos poderes, pela qual todos os poderes exercem funções próprias e impróprias, sendo inegável que as Mesas Diretoras das Casas Legislativas exercem a função imprópria de execução dentro do Poder Legislativo, sendo natural e lógico que as disposições constitucionais do Poder Executivo (art. 14, § 5º, da Constituição) sejam também aplicáveis às Mesas Diretoras da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Se no Poder Executivo se admite a reeleição, também na função executiva atípica dentro do Poder Legislativo deve-se permitir a reeleição.

Longe de prejudicar, a interpretação constitucional legislativa em comento favorece a uma maior competitividade no processo eleitoral parlamentar, pois, na prática, oportuniza que mais candidatos possam se apresentar ao escrutínio de seus pares na escolha dos ocupantes dos cargos diretivos das respectivas Casas Legislativas, aumentando a legitimidade do escrutínio. Isso, de forma análoga à permissão existente para o Poder Executivo, nos termos do art. 14, § 5º, da Constituição, na atual redação dada pela EC n. 16/1997, aprovada pelo Congresso Nacional.

Portanto, a controvérsia sobre a reeleição no Poder Legislativo deve ser resolvida a partir da interpretação de que a vedação constante da parte final do art. 57, § 4º, da Constituição foi derogada pelo art. 14, § 5º, com redação dada pela EC n. 16/1997, a qual deve ser aplicada ao Poder Legislativo. Essa mostra-se que a melhor interpretação, por algumas razões.

Em primeiro lugar, porque a aplicação do art. 14, § 5º, da Constituição, ao autorizar a reeleição para um período subsequente, independentemente de ser no meio ou no final da legislatura, favorece a uma maior competitividade no processo eleitoral, pois na prática oportuniza que mais candidatos possam se apresentar ao escrutínio de seus pares na escolha dos ocupantes dos cargos diretivos das respectivas Casas Legislativas.

27 Art. 2º (...) § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Em outras palavras, permite que tal definição possa ser estabelecida por decisão soberana do plenário de cada Casa Legislativa, em atenção à sua competência privativa para dispor sobre sua organização (art. 52, inciso XIII, da Constituição), em atenção ao princípio da harmonia e da separação dos poderes (art. 2º da Constituição). Ou seja, a permissão para uma reeleição no período subsequente não é automática, dependendo da eleição dos parlamentares da Casa Legislativa respectiva para viabilizá-la.

Em segundo lugar, existe permissão análoga ao Poder Executivo, nos termos do art. 14, § 5º, da Constituição, na atual redação dada pela EC n. 16/1997, e, quanto ao Poder Judiciário, Constituição, no art. 96, inciso I, alínea a, deixou de trazer qualquer comando sobre a reeleição nos tribunais<sup>28</sup>. No âmbito do STF, seu próprio Regimento Interno, art. 12, vedou a reeleição do presidente e do vice para o período imediato<sup>29</sup>. E a atual regra da Lei Complementar – LC n. 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN), art. 102, também veda a reeleição<sup>30</sup>. No entanto, eventual disciplina em sentido contrário (admitindo a reeleição no âmbito dos tribunais) não violaria a Constituição, que assim deu plena independência ao Poder Judiciário nesse ponto.

Em terceiro lugar, a interpretação não acarreta qualquer violação de direito subjetivo ou de elemento estruturante da Constituição<sup>31</sup>. A adoção do entendimento vergastado não acarreta quaisquer danos às Casas Legislativas, que continuaram podendo eleger seus presidentes e os demais membros das Mesas. Está em questão apenas a capacidade eleitoral passiva dos próprios parlamentares dentro do Parlamento, isto é, o direito dos congressistas de participarem das eleições para a Mesa respectiva, uma espécie de direito político em segundo grau (porquanto pertença apenas aos próprios congressistas, anteriormente eleitos).

Nesse ponto, pelo princípio da universalidade aplicável em matéria de elegibilidade eleitoral, deve-se conceder a qualquer parlamentar o direito de ser eleito, exceto diante das situações de inelegibilidade, as quais devem ser interpretadas restritivamente. Isso porque, em uma democracia, deve-se evitar ao máximo restrições que possam prejudicar a livre escolha dos eleitores, que, no caso, serão os próprios parlamentares, sobretudo os não candidatos no pleito.

Além disso, já em quarto lugar, a matéria é essencialmente interna corporis<sup>32</sup>.

28 Art. 96. Compete privativamente:

I – aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

29 Art. 12. O Presidente e o Vice-Presidente têm mandato por dois anos, vedada a reeleição para o período imediato.

30 Art. 102. Os Tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos, por votação secreta, elegerão dentre seus Juízes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção, os titulares destes, com mandato por dois anos, proibida a reeleição. Quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de Presidente, não figurará mais entre os elegíveis, até que se esgotem todos os nomes, na ordem de antigüidade. É obrigatória a aceitação do cargo, salvo recusa manifestada e aceita antes da eleição.

31 Inclusive, o próprio ministro Luís Roberto Barroso reconheceu essa característica: “A matéria em discussão não envolve princípio fundamental do Estado brasileiro, não cuida de aspecto essencial para o funcionamento do regime democrático nem tampouco interfere com direitos fundamentais da cidadania. Isso significa que ela está mais próxima do universo das escolhas políticas do que da interpretação constitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. Parecer, 2008. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/11/art20161114-05.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.).

32 Como sabido, atos *interna corporis* são todos aqueles que dizem respeito às funções e atribuições intrínsecas aos Poderes do Estado, destinados a produzir efeitos exclusivamente no âmbito da entidade onde foi editado. Tradicionalmente, tais atos estão imunes ao controle jurisdicional, sobretudo quando tais normas regimentais não implicam qualquer restrição de direitos individuais (dos membros do órgão, seus servidores ou terceiros) ou não violam a Constituição. Especificamente no caso do Poder Legislativo, os *interna corporis* são, não somente os princípios e regras de processo legislativo, mas também toda a disciplina da vida parlamentar e o funcionamento da própria Casa Legislativa, o que inclui todos os atos praticados em seu âmbito interno, inclusive o processo de escolha dos presidentes e das Mesas das Casas Legislativas que compõem o Congresso Nacional. Tais atos são de apreciação exclusiva por parte da Casa Legislativa. Ratificando que eleições para as Mesas das Casas Legislativas constituem matéria *interna corporis*, convém

Após toda a exposição, é possível perceber que a interpretação no sentido de que há uma antinomia – cuja solução implica reconhecer que a vedação constante da parte final do art. 57, § 4º, da Constituição foi derrogada pelo art. 14, § 5º, com redação dada pela EC n. 16/1997 – é a que se mostra menos extremada, encontra respaldo jurídico e é a mais adequada para garantir o equilíbrio à luz da atual realidade constitucional, apartando-se tanto da total vedação, quanto da mutação constitucional.

## CONCLUSÕES

Neste trabalho, foram apresentadas razões para descartar duas interpretações extremas que se formaram quanto ao art. 57, § 4º, da Constituição: de um lado, a que reputa existente uma proibição total e categórica à reeleição dos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em quaisquer situações; e, de outro, a que defende a ocorrência de uma mutação constitucional quanto à referida norma da Carta de 1988, tendo em vista as circunstâncias fáticas de diversas reeleições já ocorridas, sem que tivesse havido qualquer modificação formal do texto constitucional.

Feita a “limpeza no terreno dos debates”, justificou-se que a melhor leitura da referida norma constitucional é a partir da interpretação de que a vedação constante da parte final do art. 57, § 4º, da Constituição foi derogada pelo art. 14, § 5º, da Constituição, com redação dada pela EC n. 16/1997, a qual permite uma reeleição para os cargos de chefe do Poder Executivo.

Isso porque, conforme a argumentação desenvolvida, esse tipo de antinomia deve ser resolvida pelo critério *lex posterior derogat priori*, prevalecendo a norma mais recente, ou seja, a resultante da EC n. 16/1997, devendo-se desconsiderar os efeitos a EC n. 50/2006, na medida em que tenha mantido a norma originária do art. 57, § 4º, sem qualquer alteração do conteúdo vertido na interpretação do texto original da Constituição.

Conforme a argumentação desenvolvida, essa é a interpretação que consegue dar conta das necessidades internas do Parlamentos, sem violar os valores da Constituição, nem a jurisprudência do STF. Entre os extremos da vedação e da mutação, fixa-se o reconhecimento da possibilidade de reeleição para um único período, consecutivo, independentemente de se estar no meio ou na virada legislatura.

Retomando as considerações feitas na introdução, é possível que a interpretação do art. 57, § 4º, da Constituição, aqui sustentada como sendo a melhor não agrade a todos, já que, ao fim e ao cabo, cada um tem seu próprio método preferido para interpretar as disposições normativas. Como dito, essa divergência converte o tema da interpretação jurídica em um palco de infindáveis indagações. No entanto, até se pode discordar dessa alternativa interpretativa, mas jamais taxá-la de falha juridicamente equivocada ou absurda. Se é a inter-

---

trazer a lição clássica de Hely Lopes Meirelles: “6.3.3. “*Interna corporis*” – Os *interna corporis* das Câmaras também são vedados à revisão judicial comum [...]. *Interna corporis* são só aquelas questões ou assuntos que entendem direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que, por sua própria natureza, são reservados à exclusiva apreciação e deliberação do Plenário da Câmara. Tais são os atos de escolha da Mesa (eleições internas), os de verificação de poderes e incompatibilidades de seus membros (cassação de mandatos, concessão de licenças etc.) e os de utilização de suas prerrogativas institucionais (modo de funcionamento da Câmara, elaboração de regimento, constituição de comissões, organização de serviços auxiliares etc.) e a valoração das votações.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 750-751).

pretação que vai prevalecer quanto ao julgamento da ADI n. 6.524, não é possível prever. Seja como for, isso não é um problema, já que nem sempre as melhores interpretações são as que prevalecem nas decisões do STF.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. [Parecer, 2008]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/11/art20161114-05.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.
- BASTOS, Celso. Interpretação correta das normas. **Folha de São Paulo**, 05 dez. 1998. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz05129810.htm> Acesso em: 24 set. 2020.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI 6524**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5972250>. Acesso em: 24 set. 2020.
- CARDUCCI, Michele. Sobre a distinção entre mutações constitucionais informais “puras” e “impuras”. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, ano 4, n. 15, jul./set. 2010. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/6243>. Acesso em: 17 nov. 2021.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Alteração e Mudança da Constituição: o Caso Brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Juspodivm, 2013.
- HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (org.). **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Juspodivm, 2012.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. Podem ser reeleitos os presidentes da Câmara e do Senado? **Jota**, 12 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/defensor-legis/podem-ser-reeleitos-os-presidentes-da-camara-e-do-senado-12082020>. Acesso em: 24 set. 2020.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SILVA, José Afonso da. Os atuais presidentes da Câmara e do Senado podem postular a reeleição? Fraude à Constituição. **Folha de São Paulo**, 05 dez. 1998. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz05129809.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.
- TEMER, Michel. Reeleição no Legislativo. **Folha de São Paulo**, 14 dez. 1998. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz14129809.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.
- TORRES, Heleno Taveira. **Parecer jurídico**. [2016]. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2017/02/HelenoTorres-parecerRodrigoMaia-31jan2017.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.

# CAPÍTULO 14

## EDUCACIÓN FEMINISMO Y POLÍTICA – ISABEL KING Y FENIA CHERTCOFF: PIONERAS<sup>1</sup>

Celia Gladys López

### INTRODUCCIÓN

Las últimas décadas de la etapa decimonónica fueron decisivas para la integración de la mujer al mundo del trabajo, para ingresar al ámbito educativo y capacitarse para la vida, y para luchar incansablemente por la conquista plena de sus derechos, tarea que llevará, en el país, varias décadas más. Merece ser destacado el esfuerzo concretado por aquellas valientes y decididas mujeres que iniciaron esa etapa, concientizando a sus pares, tarea digna de titanes, movilizándolo instituciones y soportando críticas, quejas, agravios de una sociedad poco afectada a los cambios, acostumbrada al esquema de la tutela padre– esposo en que se movían las mujeres de la época. Debilitar esas barreras, quebrar esos prejuicios fue obra, principalmente, de la EDUCACIÓN. Formal o informal, el ámbito escolar fue el espacio donde las jóvenes encontraron oídos e ideas para sus inquietudes, estímulo a sus proyectos de vida y cauce para fomentar cambios sociales y profesionales realistas. Esta contribución analiza comparativamente la trayectoria de dos figuras femeninas de importancia en el período estudiado 1890– 1930– etapa decisiva en lo atinente al ingreso femenino en la vida laboral, profesional y política. Ambas tenían en su haber aspectos coincidentes: actuaron en la misma época, eran extranjeras, y, principalmente, docentes, lo que confirió a sus trayectorias un enfoque especial y motivador de voluntades. En torno a sus diferencias, veremos que una era norteamericana y la segunda, judía nacida en Rusia. La primera vino contratada por el Estado argentino y la segunda huyendo, con su familia, de las persecuciones. De distintos credos, y con una firme vocación política la segunda, convergían, insensiblemente, en la idea de que la educación y la cultura cambian al mundo y favorecen el crecimiento personal, esta vez, entroncado en la visión feminista propia de la época.

Este trabajo es la continuación de diversos estudios– todos publicados– en los que indagamos en las particulares personalidades de ambas, sus logros, influencia en el medio y proyección de sus ideales, a través de la consulta de archivos institucionales, privados, periodismo de época, clubes escolares y partidarios y bibliografía especializada.

<sup>1</sup> Versão modificada da publicação em: GLADYS LÓPEZ, Celia; BORCHE, Javier P. Educación informal en un ámbito rural: mujeres socialistas en las colonias entrerrianas del Barón de Hirsch. In: ARELLA, Felipe Rodolfo; GLADYS LÓPEZ, Celia (comp.). **Primeras jornadas entrerrianas de inmigración**: ponencias. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Colegio de Graduados en Cooperativismo y Mutualismo de la República Argentina, 2015. p. 53-74. E-book.



## ISABEL KING: NORMALISMO EN ACCIÓN

Bajo este título iniciamos el primero de mis trabajos sobre la trayectoria de esta valiente norteamericana, ya que toda su labor fue justamente éso: un impulso normalista imbuido de responsabilidad, creatividad y capacidad de gestión que fructificó en nuestras tierras, más precisamente en las provincias de Entre Ríos y Corrientes. La provincia de Entre Ríos, cuna del normalismo argentino ya que en su ámbito se fundaran las dos primeras escuelas normales del país, estratégicamente ubicadas en las dos costas que las circundan en ese entorno de los dos grandes ríos de la Cuenca del Plata, el Paraná por el oeste y el Uruguay por el este. El poeta Carlos Mastronardi la definió magistralmente: “...un fresco abrazo de agua la nombra para siempre...” La provincia fue elegida por el Presidente Sarmiento para ubicar allí a las dos primeras escuelas normales argentinas en mérito a sus honrosos y numerosos antecedentes en materia educativa, que arrancan tempranamente, segunda década del S. XIX y no se detienen a pesar de las luchas intestinas o los cambios gubernativos. Así, una vez establecidas las dos escuelas comienza la ingente tarea de ir formando los cuadros docentes que se diseminarán por todo el territorio con la misión de educar al ciudadano. El Estado Argentino concretó las observaciones y consejos que diera Sarmiento ya desde Norte América, donde como enviado especial estudió y analizó in situ el sistema escolar de aquel país, ya en su tierra, ocupando cargos importantes y luchando siempre por el progreso del país a través de la educación de su gente. Una de las sugerencias que dio, fue la de contratar maestras norteamericanas con experiencia a fin de contar en poco tiempo con docentes capacitadas y cuadros directivos de prestigio para dar realce a las instituciones y asegurar su permanencia. Si bien Sarmiento fue muy combatido por su carácter y vehemencia, en materia educativa nadie lo cuestionaba, no solo por sus conocimientos sino por el prestigio adquirido en el extranjero, donde valoraban en mucho su experiencia, sagacidad y criterio. Son conocidas las amistades entrañables que forjó entiembras americanas, con personalidades destacadas del mundo científico, educativo y cultural. La revista AMBAS AMÉRICAS, que publicara allí, demuestra ese quehacer suyo por todo aquello que lo apasionaba, su criterio de avanzada en educación y los sólidos contactos que anudara y que duraron toda su vida. El Gobierno argentino comprendió la importancia de sus consejos y contrata sucesivamente a un centenar de maestras, todas con acreditados méritos, designándolas para ocupar cargos directivos y docentes a lo largo y ancho del país. La escuela primaria, o primer nivel, era el peldaño inicial que aseguraría las restantes etapas educacionales, se la consideraba: “...única base segura y estable del edificio de la educación pública nacional.....ésa es la gloria de Sarmiento...” (E. Carbó: 1899: 23) El Proyecto de País de aquel entonces no reparó en gastos para organizar, sostener y mejorar el aparato educativo en el que basaba su ideal de progreso comprendiendo a la perfección que: “...hay algo más caro que la educación del pueblo para una nación que aspira a ser grande en el concierto de las naciones civilizadas de la tierra...? (M. Salinas Reyes: 1909: 92) El contrato especificaba, entre otras cosas, que se debía contratar a: “...profesores normales de reconocida competencia, para desempeñar la dirección de las escuelas normales de

maestros y dictar las clases de pedagogía que le son anexas...” (Memoria MJJP: 1903: 403) Isabel King llega en 1884, asumiendo la Regencia del Departamento de Aplicación y un año después llegaría su hermana Raquel, ambas oriundas de Indianápolis, ciudad donde también cursaran sus estudios. Isabel, sobre todo, venía precedida de gran prestigio y no es extraño que se la haya destinado a la Escuela Normal de Maestras de Concepción del Uruguay, cuya directora venía siendo criticada acerbamente en los ámbitos ministeriales y en los medios de prensa educativos. Desde el Departamento que dirigía, pudo analizar ampliamente los pro y los contra de la gestión institucional, adaptarse al medio, que la recibió muy bien, e iniciar una serie de cambios estratégicos en la formación de las futuras docentes, introduciendo prácticas innovadoras propias del escolanovismo y forjando en el carácter de sus alumnas la idea de la responsabilidad y creatividad que debía tener el docente de la época. Comparando las personalidades de la Directora, Clementina Comte de Alió, francesa, sin formación específica para el cargo que ocupaba, esposa del Rector del Histórico Colegio del Uruguay, fundado por Justo J. De Urquiza en 1848, y la de Isabel King, profesora, soltera, independiente, protestante, con acreditado prestigio profesional, innovadora, inquieta, segura de sí misma, notamos enseguida las diferencias que separaban a sus personalidades. Aunque los Informes y Notas escolares no lo revelan, Isabel era muy diplomática en sus relaciones laborales, Clementina Comte de Alió, como buena francesa, era todo lo contrario y de allí que llovieran las críticas a su gestión. El Departamento de Aplicación, que orientaba Isabel con mano firme y mente innovadora, comenzó a actualizarse bajo la apertura pedagógica que impulsaba Isabel: clases al aire libre, aprovechando los patios para las clases de Geometría, además de gozar del sol y la vista de los jardines. Eran las medidas higienistas en boga en ese tiempo. Como deportista nata, impulsó la práctica de varios deportes en el alumnado, dando ella misma el ejemplo. Estimuló el contacto con la naturaleza organizando picnics en sitios emblemático y estancias cercanas, y promovió constantemente la integración sociocultural de la Escuela y su cuerpo docente con los otros establecimientos educativos de la ciudad y con las familias de pro. Sus alumnas recordaban su diminuta figura caminando por los patios, una costumbre que la distinguía por su innato sentido de la observación, el interés que concitaban sus clases, la rigidez disciplinaria impuesta en todo su accionar y la correcta gestión que le valió ser elogiada y muy bien mirada en las esferas ministeriales. Trabajadora incansable, se recuerda su rapidez y eficacia ante diversas situaciones, viajaba en el día, por vapor, hasta Buenos Aires, entraba al Ministerio con sus carpetas y pedidos y volvía por la tarde con todo solucionado y firmado, su legajo de actuación lo confirma, hacía buen uso de sus contactos. Aplicaba con espíritu renovador los Nueve Principios Pestalozzianos aprendidos durante su formación en la Escuela Normal de Indianápolis, en la que apenas recibida formó parte de su personal docente. Estos Principios, transmitidos por el Movimiento Pedagógico de Oswego en el Estado de Nueva York, fueron la base fundamental de la renovación educativa en ese país y llegaron a Argentina de la mano de las maestras norteamericanas a fines del S XIX: “ Las maestras norteamericanas formadas dentro de ese ideario y práctica educativa son las que vienen y forman a las maestras argentinas a través de las escuelas normales.” (G.F.J. Cirigliano, 17, 2003) Los fluidos contactos mantenidos en

Argentina en su ministerio con educadores, directivos y especialistas en aquel país dieron sus frutos durante largo tiempo y en diversas áreas del conocimiento: el Inspector Sheldon, autor de numerosas obras y manuales dedicados en gran parte a la ECONOMÍA ESCOLAR, la Comisión de los Siete, reunida para orientar en todo lo referido a la Enseñanza de la Historia, las conferencias de Horace Mann, los Informes, muy completos, sobre edificios escolares, higiene escolar, bibliotecas, museos y proyección a la comunidad, figuraban en los estantes de las escuelas normales como obras de cabecera y muchos de ellos llegaron por primera vez al país en los baúles de aquellas docentes, Isabel King, por ejemplo trajo consigo parte de su biblioteca de aula y se conservan sus libros con su firma breve y clara como mudo testimonio de su real vocación. (C. López, 15. 2006) Con frecuencia nos hemos preguntado cuál fue la motivación que trajo a estas maestras a la Argentina? Ya en 1849 Sarmiento había dicho: “ La Escuela Normal es pues, una institución conquistada ya para la educación pública, y que no puede omitirse dondequiera que se trate de organizar el sistema público de educación popular.” Estos conceptos, extractados de las páginas de su libro LA EDUCACIÓN POPULAR, nos dan cabal idea de lo que esas escuelas significaron en el aparato educativo argentino.

## LAS ESCUELAS NORMALES POPULARES

La necesidad de “educar al soberano” como dijera Sarmiento era mucha, y también lo era la de contar con personal capacitado para ello. De allí que surgió en varias provincias la idea de fundar las ESCUELAS NORMALES POPULARES: “ La fundación de las Escuelas Normales Populares, sostenidas directamente por el pueblo, con el debido contralor de las autoridades escolares respectivas, es una necesidad en nuestro país.” (J.J. Berrutti, 1913, 216) la provincia de Corriente fundó varias de ellas, y la primera fue bajo la dirección de Isabel y su hermana en la ciudad de Goya, en 1888. con la protección de funcionarios gubernamentales y el beneplácito de toda la sociedad local. Se denominó escuela Graduada de Niñas. Isabel y su fiel hermana Raquel aceptan la invitación de las autoridades correntinas, que ya conocían sus aptitudes y marchan a Goya, sobre la costa del Paraná decididas a cumplir sus sueños de instalar una escuela normal bajo sus orientaciones. La sociedad goyana las recibió con alegría, esperanza y solidaridad. Nada tuvieron las dos maestras que objetar ni nadie las molestó, al contrario, autoridades y pueblo fueron uno en cuanto a la creación de la escuela y ésta se fundó bajo los mejores auspicios y con buena cantidad de alumnos. Pronto se hizo mixta ya que Isabel era partidaria de la co educación, y en ella se pusieron en práctica todos los conocimientos y experiencias de sus orientadoras. La integración con el medio fue uno de los factores más logrados, digamos que tanto la sociedad local como las maestras se entendían a la perfección, por lo que entendemos la íntima satisfacción de Isabel al considerar a Goya su lugar en el mundo, y decidir que al término de sus días sus restos descansaran allí. Numerosos testimonios del aprecio conquistado encontramos en cartas, notas oficiales, periódicos locales y regionales, fotografías, poemas, discursos. La creación de la escuela de Goya motivó otras, siendo la de la ciudad de Esquina una de ellas. Siempre se contrataba a las maestras venidas del país del Norte para fundarlas,

por considerarlas las más aptas y preparadas para esas tareas y los progresos educativos alcanzados demostraron la exactitud de dichas elecciones. Es digno de destacar que todas ellas marcharon a distintos destinos del país sin objeciones, aceptaron el desafío educativo con entusiasmo y actuaron convencidas de que ésta era una misión de suma importancia para el país que las recibió y se debían a ella. (C. López, 1998,25) La mayoría de los Gobernadores de provincia alentó esas fundaciones ya que existía en todo el territorio una verdadera sed de educación, solo algunas sociedades, como en Córdoba, fueron reticentes a la fundación de esas escuelas, a la formación femenina y a las maestras, en general por su credo protestante. Fueron atacadas en periódicos, en el púlpito y en sus escuelas. A las niñas se les prohibía concurrir a clases y a los padres se les advertía de los peligros que traían esos cambios para las familias y la sociedad toda. Convengamos que estas maestras rompían el molde pacato, sumiso y estructurado en que las mujeres de aquellos tiempos estaban encerradas, y su conducta libre, firme y sin remilgos no encajaba en los códigos sociales en vigencia, especialmente en las pequeñas ciudades del interior. Viajaban solas con frecuencia a reuniones científicas, de grupos femeninos, a cursos de actualización, ya sea dentro o fuera del país, representando a las instituciones de las que formaban parte. Isabel fue una de las más viajeras, por mérito propio se la designó desde al Ministerio para varias de estas misiones pedagógicas, de las que regresaba pletórica de nuevas ideas y con numerosos elementos didácticos para sus clases. Fue pionera en usar las filminas cuando nadie todavía lo había hecho, por ejemplo. Desde sus cátedras en la Escuela Normal de Concepción del Uruguay alentó la creación de una filial del CONCEJO NACIONAL DE MUJERES, del que fue miembro fundador, la novel entidad funcionaba en la misma escuela y muy pronto obtuvo muchas adhesiones, andando el tiempo aquellas alumnas suyas, como la maestra Trinidad Moreno, o Laura Ratto de Henry seguirían sus pasos no solo docentes sino feministas, por el valor de quien las orientara en su adolescencia. (C. López, 2010, 12) Se consideraba entonces, muy acertadamente, que todos tenían derecho a recibir educación, y desde el seno de las entidades educativas surgieron Comisiones y Sociedades que impulsaron la alfabetización de los adultos, especialmente obreros. Isabel conformó, junto al rector del Colegio del Uruguay y varios profesores de su escuela y del Colegio, el grupo que dictaba las clases nocturnas en uno de esos establecimiento, bajo un Plan de estudios preparado al efecto.

Con respecto a los cambios que impusieron a raíz de su actuación, los mismos no se limitaron como ya hemos visto, al aspecto educativo, sus enseñanzas fueron pedagógicas, morales y culturales, es decir, completas. Cumplieron con los deseos sarmientinos de renovar estructuras moldear mentes y formar jóvenes libres, capaces y sabias. Como años después manifestara el Inspector Nelson, gran admirador de la mujer norteamericana, aquello fue una epopeya digna de titanes.

## ISABEL DIRECTORA DE LA ESCUELA NORMAL DE MAESTRAS DE CONCEPCIÓN DEL URUGUAY

En 1898 es citada al Ministerio donde se le informa que ha sido designada Directora de la Escuela Normal de Maestras de Concepción del Uruguay. En los considerandos de la medida y en las instrucciones que le da el Ministro Magnasco se observa que su designación es vista como el punto de partida para refundar la Escuela, entonces desprestigiada, Se le pide dar al establecimiento las pautas de actualización y gestión de las que carecía. Era una misión que solo ella podía concretar. La despedida en Goya fue apoteótica, plena de sentimiento y afecto genuino. Alumnos, padres y autoridades les demostraron a las hermanas King no solo su agradecimiento sino el sentimiento de pérdida que los embargaba, cartas, poemas, tarjetas, notas periodísticas son testimonios elocuentes del sentir goyano por las maestras, sentir que año a año es renovado en los actos recordatorios que allí se celebran. En febrero de ese año toma posesión de su nuevo cargo sin ceremonia alguna por estar ausente la anterior directora. Enseguida comienza con su enorme tarea y recién el 23 de mayo de 1899 realiza la ceremonia oficial y despide con toda pompa a Clementina C. de Alió, brindándole todo tipo de agasajos. Este gesto suyo habla muy bien de sus cualidades diplomáticas, de como cuidaba del buen nombre de la escuela y gestionaba su trayectoria. La sociedad local, que antaño le otorgara su aprobación, la recibió en este momento con gestos de enojo, con críticas periodísticas y frialdad general. Estrechó filas con quienes apoyaban a la primera directora, que contaba con fuertes contactos en la comunidad. Este sentimiento puede observarse aún hoy en día, nadie prácticamente recuerda o conoce a las maestras contratadas en el país del norte, o bien prefieren no hablar sobre ellas, y centran todos sus elogios, muy sobredimensionados, en la persona de Clementina, de la cual ignoran o dejan de lado, errores y cansina gestión.

Acostumbrada a gestionar y dar batalla su atención se centró principalmente en solicitar la casa citadina de la familia Urquiza, ubicada en un céntrico solar frente a la plaza principal, que tenía suficientes habitaciones, galerías y patios, sus dos plantas permitían, incluso, organizar mejor la vivienda para la directora y toda la construcción, en sí, era de altísima calidad. La escuela no contaba con un edificio acorde a su importancia, estaba diseminada en tres sitios distantes uno de otro, lo que no ayudaba a su atención ni orden. Los trámites fueron largos pero en octubre de 1901, recordando el centenario del natalicio de Justo José de Urquiza, celebra el traslado a su mansión, el Palacio Rosado como le decían los lugareños, demostrando así sus innegables y sólidas cualidades de gestión. El evento cultural elegido para ello fue una Velada Literaria a la que asistió la comunidad en pleno. Isabel, educada en los principios solidarios de la sociedad de la que provenía, inaugura también una tradición que es muy propia del establecimiento y se ha mantenido hasta la actualidad, cual es la de organizar colectas en ocasiones de enfermedad, nacimiento o fallecimiento de docentes o integrantes del personal, su legajo contiene numerosas intervenciones de este tipo. En lo que respecta a su integración y compromiso con el medio, fue sumamente respetuosa de todo lo que significara historia, prohombres y tradiciones

locales y nacionales. Admiraba a Urquiza y elogiaba su visión de futuro al ser el iniciador del normalismo en el país. Sarmiento era otra de las figuras que siempre mencionaba, durante su actuación promovió la creación, muy necesaria de la Biblioteca institucional, encargando volúmenes y colecciones, en una de las notas vemos que reiteraba el pedido de las obras "...del gran Sarmiento..." por considerarlas de absoluta y enorme necesidad. Su gestión como Directora no fue prolongada, cinco años y medio, y la biblioteca, comenzada con tan buenos auspicios, languideció hasta que una de sus ex alumnas, Trinidad Moreno, ejerciendo como Directora, retoma el desafío apoyada por las orientaciones del Inspector Samuel de Madrid, (1906) En los Informes de sus visitas se leen instrucciones, notas, sugerencias al respecto y también observaciones puntuales sobre las clases de Gimnasia, en las que recomienda que las alumnas no usen el corpiño en las mismas. Médico higienista y miembro del Partido Socialista, fue un elemento de avanzada en relación a la educación que debía impartirse a las niñas. En el Archivo institucional obran fotos de las participaciones de Isabel en Congresos y eventos educacionales en el extranjero, gran viajera y deportista, será en una cabalgata durante un picnic junto a colegas y alumnas que sufre una caída que en breve tiempo será mortal. Se la interna en Buenos Aires y su hermana Raquel, que había retornado a la madre patria, vuelve para cuidarla. Isabel sabe que su dolencia es incurable, y que le queda poco tiempo de vida, deja constancia escrita de sus últimos deseos, el más importante fue que deseaba que sus restos descansaran en Goya, su lugar en el mundo. Su deceso, muy lamentado, mereció todo tipo de honores y honras fúnebres oficiales, y cumpliendo su voluntad, fue trasladada en barco hasta Goya, donde una multitud esperaba acongojada sus restos. Allí estuvo reunida la sociedad local, docentes y directivos correntinos y entrerrianos llegados de distintos puntos figuras del Gobierno provincial y el alumnado todo de diferentes escuelas, demostrando el aprecio que había conquistado. La Escuela Normal de Concepción del Uruguay envió una delegación especial que tardó en llegar debido a las copiosas lluvias registradas que impedían la circulación de los trenes, le sucede en el cargo el Vice Director Justo Balbuena. Una trayectoria singular, de apenas veinte años en el país, pero con una impronta de calidad, vocación y prestigio inigualables, que transcurrió en dos provincias destacadas en el plano educativo nacional.

## FEMINISMO Y SOCIALISMO

Para comprender mejor la proyección de la tarea asumida por estas mujeres, conviene adentrarnos en las actividades y proyectos del Partido Socialista, primer gran impulsor del ingreso femenino a la política y sus derivaciones sociales y culturales. "El concepto de género se introduce y hace presente, a lo largo del siglo veinte a raíz de los avances de las corrientes feministas, en ámbitos sociales, culturales, políticos y económicos, tanto como objeto de conocimiento como herramienta para analizar contextos..." (Pilar Colás Bravo, 2006: 28). Tan temprano como abril de 1902, se registra una invitación hecha desde las páginas de *La Vanguardia*, convocando a una reunión que tenía como objeto conformar una agrupación femenina cuya participación en las reuniones del partido, en la organización de conferencias, congresos, proyectos educativos innovadores y nuevas

leyes, era de vital importancia. El llamado a las mujeres se hacía entendiendo que las mismas, ya participantes activas en varios centros, podían servir mejor a los intereses partidarios desde un mismo lugar. El Centro Socialista Femenino fue pues el puente desde el cual muchas de ellas lograron destacarse en la educación, la medicina, la cultura, la política, con un definido perfil autonómico y trascendiendo la militancia partidaria, para insertarse en las problemáticas argentinas e internacionales del momento, con lo cual avanzaron decididamente por un camino que el radicalismo recién comenzará una década después, (Gallo Edit Rosa, 2001: 27). En lo interno, se les concedió espacio y protagonismo, contando con la difusión en las páginas del diario socialista y con un lugar junto a los otros centros partidarios: la Biblioteca Obrera, el Centro Socialista Obrero, el Círculo Socialista Avanti y la redacción del diario partidario. Se esperaba de las integrantes del centro que sirvieran de ejemplo a la mujer obrera para que se integrara a sus filas y luchara por sus derechos. Entre los reclamos más intensos estaban el divorcio y el derecho de huelga, pero el fin primordial era la educación moral de la mujer obrera (Raiter Bárbara, 1999: 2-3).

Había un contenido fuertemente moralista y maternal en muchos de los artículos e invitaciones que se hicieron, el cual se irá intensificando con el paso del tiempo y el discurso de sus integrantes, teniendo como abanderada de este corriente, años después, a Alicia Moureau (Raiter Bárbara, 1999: 3-4).

Un aspecto que no debe soslayarse, es el marcado interés que estas mujeres le confirieron a todo lo referido a higiene y salud. Aún cuando no todas ellas fueron médicas u obstetras, la constante prédica sobre estos temas y su práctica a través de variadas estrategias fue uno de los enfoques más trabajados y nunca soslayado. A muy corto tiempo de haber fundado el Centro Socialista Femenino (1903) organizaron el Consultorio Médico, en el cual cuatro médicos: Augusto Bunge, Samuel de Madrid, Carlos Spada y Nicolás Repetto atendían en especial a niños y mujeres, prestando estricta atención a las enfermedades venéreas y haciendo además cirugías generales. Los días sábados dos estudiantes avanzados venidos de la Colonia Clara, Enrique Dickman y Naúm Chertcoff, vacunaban en el lugar. Como puede observarse, ya estaban en germen las amistades y uniones matrimoniales que serían luego célebres en el seno del partido, y también, la actuación destacada de los dos primeros médicos, Augusto Bunge y Samuel de Madrid. El primero, ferviente admirador de Juan B. Justo, dedicaba los temas de sus frecuentes conferencias en los locales partidarios a concientizar sobre las ventajas de la vida al aire libre, la práctica deportiva y la correcta ventilación de las viviendas y lugares de trabajo, en una dura batalla contra la tuberculosis (López Celia G., 2011: 18). El segundo, Inspector de Escuelas Normales, aprovechaba sus visitas de Inspección para alertar sobre las deficiencias edilicias en las escuelas, y aconsejar a las rectoras sobre la conveniencia de abandonar el uso del corpiño en las clases de educación física, a las que consideraba esenciales para la formación integral de las educandas.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Archivo Escuela Normal Mariano Moreno– Concepción del Uruguay (AENMMCU), Informes de Inspección, años varios, primera década siglo XX, el concejo puntual le fue dado a la Directora Trinidad Moreno, activa feminista y destacada docente, en junio de 1906. Sus orientaciones en punto al edificio en construcción determinaron cambios de importancia en el mismo, ampliando y agregando las últimas novedades en desagües pluviales, cloacales y provisión de agua potable que no habían sido correctamente presupuestadas a pesar de lo monumental de la estructura.

Completando este cuadro, conviene acotar que era incesante y variado el estímulo a la mujer proletaria para que se cultive y profesionalice, participando del proyecto llamado **madre de las generaciones del porvenir**, lo que demuestra lo avanzado de las ideas y objetivos prefijados. Sin embargo, los avances fueron difíciles en razón de la posición de inferioridad que todas y cada una de las culturas asigna a la mujer: “La ideología de la domesticidad y de la cultura romántica responsabiliza a las mujeres de las tareas domésticas no retribuidas y de lograr una posición social a través de las relaciones con el esposo. La sociedad crea sus mecanismos para que las jóvenes se orienten a la creación de una familia como meta clave de su vida...”(Pilar Colás Bravo, 2006: 25).

## FENIA CHERTCOFF DE REPETTO

Fenia, llegada al país con su familia a fines del siglo XIX, constituye sin dudas el ejemplo más notable del grupo elegido, y la que mayor trascendencia consigue a través de sus tareas, desarrolladas en tres ámbitos diferentes: Villa Domínguez, Buenos Aires y Córdoba, contando además con su título de Maestra froebeliana adquirido en Laussanna, Suiza y una experiencia militante ya probada, a través de su actuación europea junto a su primer esposo. Formaba parte de una numerosa familia cuyos representantes tuvieron toda destacada actuación cultural y política, dentro de las filas del Partido Socialista y desarrollaron en su chacra cercana a Villa Domínguez una intensa labor de convencimiento y formación entre los jóvenes de las colonias, de los cuales destacamos a Enrique Dickman, casado posteriormente con su hermana Adela, y Marcos Wortman, destacado dirigente cooperativo y firme defensor de los intereses agrarios. La biblioteca familiar y las revistas que semanalmente se recibían eran parte esencial de las charlas y veladas literarias donde se comentaban y discutían los temas de actualidad y se proyectaban actividades para las bibliotecas centrales de las colonias, de preferencia charlas instructivas, conferencias de especialistas y exposiciones de material agrícola, educativo o sanitario (Celia G. López, 2008: 41-107).<sup>3</sup> Ya residiendo en Buenos Aires Fenia conforma el grupo de mujeres que fundó el Centro Socialista Femenino y se aboca a desarrollar numerosas tareas en él, sin dejar de lado las que ya tenía iniciadas en otros grupos y centros. Realizó una intensa propaganda de las ideas y objetivos de su partido: “Nos dirigimos a todas las mujeres porque pensamos que las mujeres de todas las clases, si reconocen los verdaderos intereses de su sexo, debieran de hacerse socialistas. Solo el Partido Socialista...ha defendido las necesidades feministas...” (B. Raiter; 1999: 4).

<sup>3</sup> Especial atención merecen las bibliotecas de las colonias judías, destacados centros culturales ubicados no solo en los pueblos centrales sino en cada grupo colonizador con iniciativas de ocio activo y desarrollo cultural para sus miembros. Florecieron así las bibliotecas de los grandes salones comunitarios anexas a ellas, o las que, ubicadas junto a las escuelas o sinagogas favorecerán las actividades de lectura, canto coral, música instrumental, teatro filodramático, conferencias y charlas de todo tenor, convirtiendo a las mismas en los ejes de la vida social de las comunidades circundantes. Hasta la década del '40, siglo XX, mantendrán la adquisición o recibo de obras en ídich, para ir abandonándolo a partir de esa fecha porque el uso del mismo se había ido diluyendo por efectos de la efectiva integración al medio. El Dr. Julio Filer y su esposa Clara, sin embargo, desde sus lugares en las Comisiones de la Biblioteca Domingo F. Sarmiento, de Villa Domínguez, abogarán porque no se pierda el uso del ídich y se continúe manteniendo la compra de volúmenes en dicho idioma. Sus alegatos en defensa del idioma constituyen una clara muestra de adhesión a las tradiciones y la vida ídich. Prestigiosos especialistas de los más variados enfoques, escritores, pedagogos, músicos y actores, pasaron por esos salones y fueron huéspedes en las chacras, como Salomón Resnik, observando con entusiasmo e interés la experiencia colonizadora y sus promisorios resultados, de las que dejaron emotivas semblanzas.



Con motivo de la creación del Centro Médico, por ejemplo, fue una de sus más fervientes difusoras, proyectando bailes, conferencias y solicitudes de donaciones para su sostenimiento, campaña en la que colaboró activamente su esposo, Nicolás Repetto, quien dictó varias charlas de su especialidad. Pero nos interesa en particular su actuación de trece años de duración en las serranías cordobesas de Tío Pujío, en la estancia La Vera, que su esposo y Juan B. Justo adquirieron en conjunto. Con el propósito de contribuir a mejorar la salud de su hija Victoria, habida en su primer matrimonio, Fenia y su familia se radican en el campo, apenas instalado éste, y realizan allí, siguiendo su línea de conducta personal y partidaria una intensa y recordada labor. El ámbito rural y sus habitantes no le eran desconocidos al matrimonio Repetto-Chertcoff, ni tampoco sus necesidades y falencias. Con ese conocimiento en mente, proyectarán progresivamente una escuela para los niños y analfabetos de la región, capacitación in situ y de manera práctica a los chacareros mediante charlas sencillas y frecuentes sobre higiene, alcoholismo, prevención de enfermedades, higiene del hogar, puericultura, ciclos de lectura en la biblioteca, que empezó con los volúmenes personales de Repetto y se transformó en una entidad al servicio de los lugareños. Organizaron allí y por primera vez fiestas celebrando los ciclos agrícolas, notablemente mejorados después de la creación de la cooperativa local, donde los pobladores lucían sus dotes en canto, declamación, baile y destrezas criollas, y coronando todo ello, el mejoramiento de la vida campesina apoyado en estas actividades de superación y enriquecimiento personal. (Repetto Nicolás, 1959: 311-323) El motor de toda esta actividad era la Biblioteca Juventud Agraria, donde además de motorizar actividades culturales se asesoraba a los vecinos en todo tipo de cuestiones, aún las médicas o las relativas a siniestros: “Los libros se obtuvieron por donación, compra directa o por intermedio de la Comisión de Bibliotecas Populares... los frequentadores más asiduos...eran los jóvenes y los niños...” (Repetto Nicolás, 1959: 53) Las conferencias atraían numerosos concurrentes, brindadas en uno de los galpones de la estancia, convenientemente adornado, expusieron allí Juan B. Justo, dos veces, Repetto, quien inauguró el ciclo, ingenieros agrónomos como José Castellanos, médicos, políticos, como Angel Giménez y Alfredo Spinetto, que ilustraron eficientemente sobre los efectos nocivos del alcohol, vicio muy arraigado entre la gente de campo y la misma Fenia, que habló en repetidas ocasiones sobre el curanderismo, los primeros auxilios y los cuidados del bebé, explicando sencillamente y con ejemplos prácticos cómo aplicar vacunas, tomar la temperatura, higienizar a los niños, armar un botiquín casero, y, sobre todo, dejar de lado prácticas curanderiles. Una intensa, progresiva y variada tarea en pro del mejoramiento de las condiciones de vida en aquella zona cordobesa vio coronados sus esfuerzos con la entronización de la Fiesta de La Siembra, celebrada por primera vez el 1° de julio de 1917, donde una multitud llegada de todos los ámbitos rurales de la región festejó animadamente, escuchó los vibrantes discursos, y aplaudió calurosamente a la gestora de toda esa bullente actividad chacarera, quien había dispuesto su piano para que los niños entonaran las canciones aprendidas en la escuelita de la estancia: “No se concibe el desarrollo de una vida agrícola sin el concurso de muchas y muy buenas escuelas en la campaña. No existe esfuerzo más noble para promover la cultura general de la población...” (Repetto, Nicolás, 1999:41) La escuelita de

Fenia comenzó en el comedor de su casa de campo, allí unos dieciséis niños recibieron las enseñanzas que impartían ella y su hija Victoria. Los padres habían sido invitados por carta, y como las respuestas no llegaban, ella misma visitó las casas y explicó su objetivo, logrando así que las familias comprendieran la importancia de enviar a sus hijos. Las primeras tareas de la maestra eran verificar el estado higiénico de sus alumnos, limpiando y desinfectando ella misma cabezas y cuellos, y enseñando cómo hacerlo para los días sucesivos. Los trámites para que la escuela fuese reconocida como tal dentro de la aplicación de la Ley Láinez no tardaron en hacerse y el Concejo General de Educación la dotó con una excelente provisión de materiales, nombrando al primer maestro. El edificio propio se consiguió años después y en el interín la escuelita funcionó en un galpón de la estancia, y posteriormente en un rancho acondicionado por los padres de los niños debido a que el número de alumnos fue aumentando considerablemente. (Escuela Nacional N° 127).<sup>4</sup>

La vida plena y rica en objetivos de Fenía, fallecida tempranamente en 1928, logró en Tío Pujío concretar muchas de sus aspiraciones personales y partidarias, dejando en la región una honda influencia y recuerdos imborrables en todos quienes la conocieron y junto a ella trabajaron solidariamente en pro de una vida mejor. Mucho tiempo después de su partida, era recordada cada vez que, anualmente, se celebraba la Fiesta de la Siembra, por ella ideada como complemento festivo del sacrificado trabajo agrario. (López Celia G., 2010: 7).

## FUENTES Y BIBLIOGRAFIA

### ARCHIVOS

Archivo Escuela Normal Mariano Moreno, Concepción del Uruguay, Entre Ríos. Informes de Visitas de Inspección, años varios, primera década siglo XX, Legajo de Isabel King, Album homenaje, Legajo Trinidad Moreno. Recortes periodísticos locales.

Archivo del Inspector de Escuelas Nacionales en Provincias Rosendo B. Vilchez, Villa Mantero, Entre Ríos. Informe sobre la situación de las escuelas hebreas en la provincia. 1920.

Archivo Escuela Isidoro Suárez, Villa Domínguez, Entre Ríos. Libros de Actas de la SOCIEDAD PROTECTORA DE LA ESCUELA Y LA NIÑEZ.

Archivo Biblioteca Popular Domingo Faustino Sarmiento, Villa Domínguez, Entre Ríos. Libro de Actas, años 1920 a 1950. Afiches propagandísticos.

Archivo Hospital Noe Yarcho y de la SOCIEDAD SANITARIA ISRAELITA, actas, correspondencia, recibos y contratos años 1920-1950.

Archivo Municipal de Villa Domínguez, notas de la Junta de Fomento accediendo a pedidos comunitarios, sanitarios y educativos, años 1935-1950.

### LIBROS

Barrancos Dora (2010) *Mujeres en la sociedad argentina, Introducción*, Buenos Aires, Sudamericana.

Colás Bravo Pilar (2006) "Género, interculturalidad e identidad. Teoría y Practica Educativa. S/d.

Camarero Hernán y Carlos M. Herrera editores (2005) *El Partido Socialista en la Argentina*, Buenos Aires, Prometeo Libros.

<sup>4</sup> Se observa en las constancias documentales y periodísticas analizadas, la frecuente e intensa divulgación de sus tareas efectuada por el grupo familiar Repetto-Chertcoff, ya desde las páginas de La Vanguardia, ya desde los periódicos regionales, así como las fluidas conexiones políticas con funcionarios del CNE y legisladores afines, lo que sirvió para que la escuelita, por ejemplo, cumpliera con toda la tramitación en tiempo récord, cosa no común en aquella época.

*Centenario Primer Congreso Femenino Internacional de la República Argentina– 1910–* Edición Conmemorativa, (2010) Buenos Aires, Segundo Congreso Femenino Internacional de la República Argentina– Sección Educación.

Cirigliano Gustavo F.J. (2003) *Oswego en el Normalismo Argentino*, Buenos Aires, Editorial Nueva Generación.

Gallo Edit Rosalía (2001) *Las Mujeres en el radicalismo argentino (1890-1991)* Buenos Aires, Eudeba, capítulo II.

López Celia Gladys y Javier P. Borche, (2013) *Momentos en la Historia de la Educación Argentina. Aportes para su comprensión en clave regional*. Capítulos 5 y 6. En prensa.

López Celia Gladys (2008) *La Fuerza del ideal-Historia del cooperativismo entrerriano y su proyección nacional. 1900-1970*, Concepción del Uruguay, PROGRAMA IDENTIDAD– Gobierno de Entre Ríos– CFI. Capítulos 1 a 5.

López Celia Gladys (1987) *Cooperativismo y Cultura– Historia de Villa Domínguez. 1890-1940*, Paraná, Editorial de Entre Ríos, capítulos II-III.

López Celia Gladys (1986) *Origen– Desarrollo y Ocaso de una Colonia Modelo– Grupo San Gregorio– Colonia Clara– 1894– 1945*, Concepción del Uruguay. Ediciones EL PENSADOR, capítulos II-III.

Repetto Nicolás, (1959) *Mi Paso por la Agricultura*, Buenos Aires, Artes Gráficas Bartolomé U. Chiessino. Partes varias, no está dividido en capítulos.

Sanguinetti Horacio (1987) *Los Socialistas Independientes-I* Buenos Aires, CEAL, N° 190. Capítulo II.

GLADYS LÓPEZ, Celia; BORCHE, Javier P. Educación informal en un ámbito rural: mujeres socialistas en las colonias entrerrianas del Barón de Hirsch. In: ARELLA, Felipe Rodolfo; GLADYS LÓPEZ, Celia (comp.). **Primeras jornadas entrerrianas de inmigración: ponencias**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Colegio de Graduados en Cooperativismo y Mutualismo de la República Argentina, 2015. p. 53-74. [E-book](#).

# CAPÍTULO 15

## O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE COMO FONTE PARA O COMBATE À SUB-REPRESENTAÇÃO DE MULHERES NA POLÍTICA: EM BUSCA DE UMA DEMOCRACIA FORTE

Laura Astrolabio dos Santos

### INTRODUÇÃO

O princípio constitucional da igualdade foi instituído como direito social na Constituição de Weimar (1919) e na Constituição mexicana (1917), sendo esse um princípio que deve orientar as ações do Estado como requisito para o alcance da dignidade da pessoa humana, que também é um direito constitucional.

Por esse motivo, nos ensina Flávia Piovesan, que são ambos conjugados, pois “introduz a concepção contemporânea e direitos humanos, pela qual esses direitos passam a ser concebidos como uma unidade independente e indivisível”.<sup>1</sup>

E não é mais possível, então, conviver com a ideia de que alguns devam ser tratados com mais humanidade do que os outros, como é o caso quando analisamos a situação de mulheres e negros no Brasil.

Garantir a dignidade da pessoa humana é dever do Estado e numa sociedade com histórico classista, escravocrata e patriarcal é preciso lançar mão do princípio da igualdade para combater as opressões de classe, raça e gênero em todos os espaços, inclusive no campo político.

Num Estado Democrático de Direito brasileiro, a igualdade material precisa ser perseguida pelo legislador, pois no contrário estaremos diante de um caso de omissão.

As ações afirmativas devem ser enxergadas como políticas públicas que fazem parte do rol de deveres desse Estado Democrático de Direito. Assim, reside a possibilidade de uma igualdade em sua dimensão social, que é praticada e não apenas abstrata, mas concreta.

Por isso, partindo da análise a respeito da desigualdade de gênero e raça na política, o presente tem o objetivo de demonstrar os passos que já foram dados para combater as desigualdades, além de um breve histórico sobre como mulheres participaram da Constituinte para garantir certos direitos que hoje estão elencados em

<sup>1</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 208.

nossa Carta Maior, também o que tem sido feito através de políticas públicas para combater a desigualdade de gênero e raça no campo político e o que temos de hipótese para que essa desigualdade seja realmente combatida.

## AS MULHERES NA CONSTITUINTE: UM BREVE HISTÓRICO E A PARTICIPAÇÃO DE LÉLIA GONZALEZ

No Brasil, o movimento de mulheres esteve muito atuante na Constituinte. Em 1984, por exemplo, a feminista negra Lélia Gonzalez esteve reunida com Tancredo Neves e esse encontro tinha como objetivo criar o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, o CNDM.<sup>2</sup>

O CNDM era vinculado ao Ministério da Justiça na época e contava com um conselho estruturado em deliberativo, assessoria técnica e secretaria executiva. Lélia Gonzalez foi uma das poucas mulheres negras que fizeram parte desse Conselho, tendo sido indicada por deliberação do movimento de mulheres negras do Estado do Rio de Janeiro, assim como Benedita da Silva.<sup>3</sup>

Aqui citamos Lélia Gonzalez porque essa intelectual esteve no movimento de mulheres garantindo que a categoria mulher não fosse tratada como universal nos debates e construções, visto que mulheres negras carregam consigo a opressão de raça para além da opressão de gênero, e também a opressão de classe, porque como nos ensina Sueli Carneiro, no Brasil classe tem cor.<sup>4</sup>

Criado através da [Lei 7.353 de 29 de agosto de 1985](#), o CNDM visava garantir que o texto constitucional de 1988 observasse as reivindicações históricas dos movimentos de mulheres e previa o seguinte:

Art. 1º Fica criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM, com a finalidade de promover em âmbito nacional, políticas que visem a eliminar a discriminação da mulher, assegurando-lhe condições de liberdade e de igualdade de direitos, bem como sua plena participação nas atividades políticas, econômicas e culturais do País.

Além de Lélia Gonzalez e Benedita da Silva, estiveram no CNDM Ruth Cardoso, Jackeline Pitanguy, Rose Marie Muraro e outras que assumiram o papel de conselheiras com poder deliberativo num mandato de 4 (quatro) anos.<sup>5</sup>

Importante dizer que a presença de Lélia Gonzalez e Benedita da Silva foram de extrema relevância para garantir que o debate não caminhasse para tratar apenas da questão de gênero, porque como dito anteriormente, a categoria mulher não pode ser tratada como universal. Assim, o tema racismo esteve colocado em pauta na Constituinte também pelo movimento de mulheres negras atuante no CNDM.<sup>6</sup>

2 RATTI, Alex; RIOS, Flávia. *Lélia Gonzalez*. São Paulo: Selo Negro, 2010.

3 RATTI, Alex; RIOS, Flávia. *Lélia Gonzalez*. São Paulo: Selo Negro, 2010.

4 CARNEIRO, Sueli. *Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil*. São Paulo: Selo Negro, 2011.

5 RATTI, Alex; RIOS, Flávia. *Lélia Gonzalez*. São Paulo: Selo Negro, 2010.

6 RATTI, Alex; RIOS, Flávia. *Lélia Gonzalez*. São Paulo: Selo Negro, 2010.

Ainda sobre a participação dos movimentos de mulheres na Constituinte, resta imprescindível aqui citar Flávia Piovesan, que faz um panorama de direitos constitucionais que restam garantidos devido a luta dos movimentos feministas. Vejamos:

As mulheres tiveram participação ativa nesse processo histórico. Um momento destacado foi a articulação desenvolvida pelo movimento feminista brasileiro ao longo do período de discussão e produção da Carta de 1988, visando à obtenção de conquistas no âmbito constitucional. Tal esforço culminou na elaboração da “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes”, que contemplava as principais reivindicações, reunidas em ampla discussão nacional.

De fato, essa competente articulação resultou na incorporação, no texto constitucional, da maioria significativa dos pleitos formulados pelas mulheres. Esse êxito pode ser evidenciado em vários dispositivos que, dentre outros, asseguram a igualdade entre homens e mulheres em geral (art. 5º, I) e especificamente no âmbito da família (artigo 226, parágrafo 5º, I); o reconhecimento da união estável como entidade familiar (artigo 226, parágrafo 3º, regulamentado pelas Leis 8.971, de 1994 e 9.278 de 1996); a proibição da discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil; a proteção especial da mulher no mercado de trabalho, mediante incentivos específicos (artigo 7º, XX, regulamentado pela Lei 9,799, de 1999, que insere na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho; o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (artigo 226, parágrafo 7º, regulamentado pela Lei 9.263, de 1996, que trata do planejamento familiar no âmbito do atendimento global e integral à saúde); e o dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares (artigo 266, parágrafo 8º, tendo sido prevista a notificação compulsória, em território nacional, de casos de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados, nos termos da Lei 10.778, de 2003).<sup>7</sup>

Um panorama importante, principalmente num cenário de pós-verdade e de demonização da política. Talvez, com o conhecimento de que foram os movimentos feministas que atuaram para garantir esses direitos, muitas mulheres deixariam de reproduzir o discurso de seus opressores quando se manifestam contra o feminismo.

Ultrapassado esse breve histórico da participação das mulheres na Constituinte, podemos adentrar a questão da interpretação constitucional sob a ótica das mulheres, que não deve considerar tão somente a questão de gênero, mas também outras questões que impactam diretamente a vida de mulheres que são atravessadas por opressões outras, tais como o racismo no caso de mulheres negras, por exemplo.

Assim, aqui abordaremos as normas constitucionais que se aplicam ao universo feminino, mas sem considerar a categoria mulher como universal.

Ainda nesse sentido, é importante destacar que Angela Davis nos alerta para o fato de que mulheres negras sempre trabalharam mais fora de casa do que mulheres brancas.<sup>8</sup> Apesar de Davis falar a partir de sua análise com relação a sociedade estadunidense, é possível trazer essa mesma análise para o cenário brasileiro,

7 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: estudo comparativo dos sistemas interamericano, europeu e africano. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 35-36.

8 DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo, 2016.

que tal como o estadunidense, carrega consigo um histórico escravocrata, com um pós-abolição segregacionista, mesmo que não formalmente definido em lei.

Vejamos o que Davis nos ensina sobre esse aspecto:

O sistema escravista definia o povo negro como propriedade. Já que as mulheres eram vistas, não menos do que os homens, como unidades de trabalho lucrativas, para proprietários de escravos elas poderiam ser desprovidas de gênero. Nas palavras de um acadêmico, ‘a mulher escrava era, antes de tudo, uma trabalhadora em tempo integral para seu proprietário, e apenas ocasionalmente esposa, mãe e dona de casa’. A julgar pela crescente ideologia da feminilidade do século XIX, que enfatizava o papel das mulheres como mães protetoras, parceiras e donas de casa amáveis para seus maridos, as mulheres negras eram praticamente anomalias.<sup>9</sup>

Como dito anteriormente, essa realidade da mulher negra escravizada nos EUA foi também uma realidade da mulher negra escravizada no Brasil. Mulheres negras e mulheres brancas partem de pontos diferentes ao longo da história e assim também nas reivindicações por direitos que as contemplem em suas especificidades.

No pós-abolição, as mulheres negras ex-escravizadas foram colocadas à margem da sociedade. Quer dizer, depois da escravização, as mulheres negras foram colocadas para desempenhar os trabalhos mais subalternizados e explorados. Saíram das senzalas e foram colocadas no quartinho de empregada, que aliás é um algo cultural do povo brasileiro que ainda persiste como prova de que a ânsia por subalternizar e explorar de forma desumanizante ainda impera no imaginário social brasileiro.

Esse panorama faz parte do que entendemos que seja relevante no momento para seguirmos discorrendo a respeito da interpretação das normas constitucionais que se aplicam às mulheres, ou seja, apontar, preliminarmente, que mulher não é uma categoria universal.

## **A DIVISÃO SEXUAL E RACIAL DO TRABALHO: IGUALDADE NÃO ALCANÇADA E DEMOCRACIA FRÁGIL**

Em seu artigo 1º, a [Constituição Federal de 1988](#), dispõe sobre os princípios fundamentais da República Brasileira, que se constitui em Estado democrático de direito. Entre esses princípios fundamentais está a dignidade da pessoa humana. Assim, cabe aqui perguntar “o que é a dignidade da pessoa humana?”.

Conforme nos ensina Flávia Piovesan:

a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro super-princípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido.<sup>10</sup>

9 DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 17-18.

10 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 87.

Já o artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, prevê o direito à igualdade, que ainda hoje é direito que não alcança as maiorias minorizadas e marginalizadas, como é o caso das mulheres negras, porque ao mesmo tempo em que lutam para garantir o direito de sendo mulheres serem tratadas como humanas, também lutam por igual direito por serem negras que carregam o estigma social deixado pelo histórico escravocrata.

E aqui, ao falarmos do direito à igualdade ainda perseguido por grupos historicamente colocados à margem, tal como é o caso de mulheres negras, precisamos abordar a sub-representação dessas mulheres na política, além de alertar para a hipótese de que essa sub-representação interfere na democracia brasileira e a torna frágil.

Mulheres negras representam 28%<sup>11</sup> da população brasileira, o que significa o maior grupo demográfico do país. Mesmo assim, a Câmara dos Deputados, que conta com 513 assentos, possui apenas 13 deputadas federais.

A situação não é muito diferente quando tratamos de analisar variáveis, como é o caso da Bahia, que apesar de ter a capital Salvador como a cidade mais negra fora da África conta com apenas uma mulher negra na condição de deputada estadual, Olívia Santana, do Pcdob.

Nesse sentido, devemos nos atentar sobre o que jurista Rubens Casara aborda quando trata da democracia de baixa intensidade e suas consequências, como o Estado Pós-Democrático

Outra característica marcante do Estado Pós-Democrático é o esvaziamento da democracia participativa, que se faz tanto pela demonização da política e do “comum” quanto pelo investimento na crença de que não há alternativa para o status quo. Mas, esse “esvaziamento” não se dá apenas com a construção de uma subjetividade avessa à política.<sup>12</sup>

Percebemos a ênfase que o autor confere ao esvaziamento da democracia participativa, que pode se relacionar com a sub-representação de grupos que mesmo não sendo minoria em número populacional, são empurrados para fora dos espaços de tomada de decisões, como é o caso das mulheres negras que são atingidas tanto pela divisão sexual do trabalho quanto pela divisão racial do trabalho, que são fenômenos sociais que alcançam o campo político que reproduz as opressões sociais de gênero, raça e classe aos quais essas mulheres estão violentamente submetidas.

Tudo isso, sem que possamos deixar de pontuar que uma democracia forte é aquela em que todos os grupos sociais e raciais estão proporcionalmente representados nos espaços de onde saem as decisões que impactam diretamente suas vidas.

Relevante aqui destacar o conceito de divisão sexual do trabalho, que tal como nos ensina Danièle Kergoat:

É a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais de sexo; essa forma é historicamente adaptada a cada sociedade. Tem por característica a destinação prioritária dos homens à esfera

11 BOND, Letycia. Negras são 28% dos brasileiros, mas têm baixa participação política. **Agência Brasil**, 07 out. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/eleicoes-2020/noticia/2020-10/negras-sao-28-dos-brasileiros-mas-tem-baixa-participacao-politica>. Acesso em: 18 nov. 2021.

12 CASARA, Rubens. **Bolsonaro**: o mito e o sintoma. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 23.



produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a ocupação pelos homens das funções de forte valor social agregado (políticas, religiosas, militares, etc.).<sup>13</sup>

E para além disso, não é possível deixar de trazer a questão das mulheres como de extrema importância no âmbito da luta contra as desigualdades no Brasil e no mundo, principalmente quando analisamos a situação do trabalho doméstico, que foi muito bem exposta pela filósofa italiana Silvia Federici, que nos alerta sobre ser esse trabalho não remunerado e sobre como é violenta essa ideia de negar salário ao trabalho doméstico alegando que esse trabalho é um ato de amor.

Federici chega a equiparar o trabalho doméstico à escravidão. Vejamos:

É precisamente essa combinação particular de serviços físicos, emocionais e sexuais que está envolvida no papel que as mulheres devem desempenhar para que o capital possa criar a personagem específica da criada que é a dona de casa, tornando seu trabalho tão pesado e, ao mesmo tempo, tão invisível. Não é por acaso que a maioria dos homens começa a pensar em se casar tão logo encontra o primeiro emprego. Isso não ocorre apenas porque agora os homens podem pagar por isso, mas também porque ter alguém em casa para cuidar de você é a única condição para não enlouquecer depois de passar o dia todo em uma linha de montagem ou sentado em uma mesa. Toda mulher sabe que deve realizar esses serviços para ser uma mulher de verdade e ter um casamento “bem-sucedido”. E, nesse caso também, quanto mais pobre a família, maior a escravidão a que a mulher está submetida, e não simplesmente pela situação econômica.<sup>14</sup>

E no Brasil sabemos que, em regra, as mulheres negras carregam uma jornada dupla desse trabalho doméstico, porque são a maioria das empregadas domésticas. Assim, desempenham esse papel sendo super mal remuneradas e exploradas, além de serem obrigadas a desempenhar de forma não remunerada em seus próprios lares.

Inclusive, a professora Flávia Biroli também trata desse aspecto quando fala da divisão sexual do trabalho e do trabalho doméstico. Ela nos diz que:

Há, de fato, um tipo de exploração que se efetiva porque o trabalho doméstico é realizado pelas mulheres, mas isso não significa que seja realizado nas mesmas condições por mulheres brancas e negras, pelas mais ricas e pelas mais pobres ou por mulheres de diferentes partes do mundo.<sup>15</sup>

Não se trata, portanto, apenas de uma questão meramente identitária como muitos querem fazer crer. A luta das mulheres é uma luta por igualdade e também está no âmbito da luta de classes.

É sobre eventos históricos de exclusão e que não foram devidamente reparados, mantendo, assim, os mesmos grupos sociais e raciais na esteira dessa desumanização, excluídos socialmente, principalmente do campo

13 KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho e relações sociais do sexo. In: HIRATA, Helena (org.). *et al. Dicionário crítico do feminismo*. São Paulo: UNESP, 2009. p. 67.

14 FEDERIC, Silvia. *O ponto zero da revolução: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista*. Tradução Coletivo Sycorax. São Paulo: Editora Elefante, 2019. Disponível em: [http://coletivosycorax.org/wp-content/uploads/2019/09/Opontozerodarevolucao\\_WEB.pdf](http://coletivosycorax.org/wp-content/uploads/2019/09/Opontozerodarevolucao_WEB.pdf). Acesso em: 17 nov. 2021. p. 45.

15 BIROLI, Flávia. Divisão sexual do trabalho e democracia. *Dados rev. ciênc. Sociais*, v. 59, n. 3, jul./set. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/00115258201690>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/kv4kSNvYvMYL6fGJ8KkLcQs/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 17 nov. 2021.

político, por que como uma mulher que carrega essa carga de trabalho pode concorrer em igualdade de condições com homens brancos?

A perseguição ao direito à igualdade é um requisito para que uma democracia se sustente minimamente forte, e essa igualdade deve se dar, principalmente, no acesso ao campo político, o qual ainda resta prejudicado para mulheres, sobretudo mulheres negras, conforme demonstrado anteriormente.

Dessa forma, as cotas de gênero na política, instituídas através da [Lei nº 12.034/2009](#), que partem do princípio constitucional da igualdade, devem ser consideradas como vetor de combate à desigualdade de gênero na política, em que pese trabalhemos com a hipótese de que tendo sido criada sem considerar a categoria raça, deve ser criticada, já que como dito alhures a categoria mulher não é universal.

Essa hipótese surge exatamente quando identificamos que a Câmara dos Deputados possui as 513 cadeiras, mas apenas 13 são ocupadas por mulheres negras, mesmo que esse grupo demográfico represente 28% da população, enquanto mulheres brancas ocupam 63 cadeiras.

Assim, quando a política de combate à desigualdade de gênero no campo político não observa as especificidades existentes entre mulheres negras e brancas, quer dizer, não considera a categoria raça, essa política acaba atingindo de forma desigual as mulheres negras e brancas, ficando as negras em desvantagem no processo, porque há que se considerar para além da divisão sexual do trabalho, também a divisão racial do trabalho que atinge essas mulheres que são negras.

Nesse sentido, é importante que uma nova ação afirmativa para combater a desigualdade de gênero na política considere a “lupa” da interseccionalidade<sup>16</sup> em suas análises.

O princípio constitucional da igualdade visa combater desigualdades, sejam elas provenientes de classe social, raça ou gênero. E em que pese ainda exista certa resistência em alguns setores políticos, inclusive e principalmente neoliberais, as ações afirmativas não existem para diminuir os grupos que por elas são atingidos, pelo contrário, existem para corrigir distorções e injustiças históricas.

As mulheres são historicamente prejudicadas no acesso ao campo político porque atingidas pela divisão sexual do trabalho que as sobrecarregam de trabalho doméstico não remunerado, cuidado com os filhos e filhas, além de serem apontadas como aquelas que não nasceram para atuação no campo político. Obviamente, a divisão sexual do trabalho<sup>17</sup> é baseada em análise meramente essencialista, o que por si já é algo a ser problematizado.

Enquanto isso, as mulheres negras são atingidas pela divisão sexual do trabalho, mas também pela divisão racial do trabalho.<sup>18</sup>

16 AKOTIRENE, Carla. **O que interseccionalidade?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

17 BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil.** São Paulo: Boitempo, 2018.

18 GONZALEZ, Lélia. RIOS, Flávia; LIMA, Márcia (org.). **Por um feminismo afro-latino americano: ensaios, intervenções e diálogos.** Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

E sobre essa divisão racial do trabalho, Lélia Gonzalez nos oferece um exemplo a ser considerado na análise a respeito do tema:

Não são poucos os casos de rejeição, principalmente em multinacionais (que possuem como código de discriminação a sigla CR, 'colored', colocada nos testes de admissão de candidatas negras para cargos mais elevados como secretária bilíngue ou trilingue, por exemplo. Quando nos anúncios de jornais, na seção de oferta de empregos, surgem expressões tais que 'boa aparência', 'ótima aparência' etc., já se sabe seu significado: que não se apresentem candidatas negras, não serão admitidas.<sup>19</sup>

Nesse sentido, é importante destacar que é de extrema relevância que o princípio constitucional da igualdade continue sendo interpretado como aquele que serve para fundamentar políticas públicas de combate às desigualdades de gênero e raça, porque as ações afirmativas que têm como objeto combater as desigualdades entre homens e mulheres, negros e brancos, é uma discriminação positiva, que conforme nos ensina o professor Adilson Moreira:

A discriminação positiva pode ser distinguida da discriminação negativa porque ela cria uma vantagem temporária ou permanente para membros de um determinado grupo que possuem uma história de desvantagem ou que estão em uma situação de vulnerabilidade. Procura-se atingir um objetivo legalmente e moralmente justificado que é a melhoria de condições de vida de grupos sociais. Assim, a discriminação positiva tem a finalidade de reverter os processos de marginalização que promovem a estratificação social ao longo de várias gerações ou então proteger certas classes de pessoas que possuem ou estão em uma condição específica.<sup>20</sup>

O princípio da igualdade, tal como previsto na [Constituição Federal de 1988](#), se não for para fundamentar políticas públicas de justiça reparatória e de combate às desigualdades, não passará de igualdade formal. Assim, é fato que estando as mulheres negras em evidente situação de sub-representação ainda em comparação com as mulheres brancas, há que ser proposta uma política pública eficiente para corrigir isso que é uma injustiça histórica e que deve ser reparada.

## CONCLUSÃO

Podemos, então, concluir que as cotas de gênero na política são ações afirmativas amparadas pelo princípio constitucional da igualdade, mas que por tudo que aqui foi exposto, merecem ser revisadas, para que mulheres negras possam ser alcançadas para além do número que não condiz em nada com a realidade que é o fato de representarem o maior grupo demográfico brasileiro.

Além disso, outro ponto que merece destaque diz respeito a importância da criação de uma política pública que garanta a chegada e não apenas a corrida, pois as cotas de gênero que temos atualmente garante que mulheres sejam 30% das candidaturas, mas não garante que ocupem as cadeiras que são, ainda, majoritária e desproporcionalmente ocupadas por homens brancos.

Ou seja, as inovações legislativas nacionais, tais como as atuais cotas de gênero na política representam um avanço, mas ainda são tímidas é exigir mudanças para garantir a existência de cotas que garantam 50% das

19 GONZALEZ, Lélia. RIOS, Flávia; LIMA, Márcia (org.). *Por um feminismo afro-latino americano*: ensaios, intervenções e diálogos. Rio de Janeiro: Zahar, 2020. p. 57-58.

20 MOREIRA, Adilson. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 31.

cadeiras dos parlamentos para mulheres, sendo 25% dessas cadeiras para mulheres negras e está possibilidade resta amparada pelo princípio constitucional da igualdade que deve ser colocado em prática para que tenhamos uma igualdade não meramente formal entre homens e mulheres, negros e brancos.

## REFERÊNCIAS

- AKOTIRENE, Carla. **O que interseccionalidade?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- BIROLI, Flávia. Divisão sexual do trabalho e democracia. **Dados rev. ciênc. Sociais**, v. 59, n. 3, jul./set. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/00115258201690>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/kw4kSNvYvMYL6fGJ8KkLcQs/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 17 nov. 2021.
- BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2018.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BOND, Letycia. Negras são 28% dos brasileiros, mas têm baixa participação política. **Agência Brasil**, 07 out. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/eleicoes-2020/noticia/2020-10/negras-sao-28-dos-brasileiros-mas-tem-baixa-participacao-politica>. Acesso em: 18 nov. 2021.
- CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo Negro, 2011.
- CASARA, Rubens. **Bolsonaro: o mito e o sintoma**. São Paulo: Contracorrente, 2020.
- DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo, 2016.
- FEDERIC, Sílvia. **O ponto zero da revolução: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista**. Tradução Coletivo Sycorax. São Paulo: Editora Elefante, 2019. Disponível em: [http://coletivosycorax.org/wp-content/uploads/2019/09/Opontozerodarevolucao\\_WEB.pdf](http://coletivosycorax.org/wp-content/uploads/2019/09/Opontozerodarevolucao_WEB.pdf). Acesso em: 17 nov. 2021.
- GONZALEZ, Lélia. RIOS, Flávia; LIMA, Márcia (org.). **Por um feminismo afro-latino americano: ensaios, intervenções e diálogos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.
- KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho e relações sociais do sexo. In: HIRATA, Helena (org.). *et al.* **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: UNESP, 2009.
- MOREIRA, Adilson. **O que é discriminação?** Belo Horizonte: Letramento, 2017.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: estudo comparativo dos sistemas interamericano, europeu e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RATTS, Alex; RIOS, Flávia. **Lélia Gonzalez**. São Paulo: Selo Negro, 2010.

# CAPÍTULO 16

## PARIDADE DE GÊNERO E A REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA MULHER À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA<sup>1</sup>

Nicole Gondim Porcaro

Polianna Pereira dos Santos

### 1 INTRODUÇÃO

A desigualdade entre homens e mulheres na participação no poder político e nas instâncias decisórias é um problema histórico e mundial, que encontra hoje destaque na agenda internacional pelos direitos das mulheres

Desde sua origem, o movimento de mulheres pode ser caracterizado, em grande medida, como um movimento por inclusão política<sup>2</sup>. Inicialmente, demandava que o pensamento liberal estendesse às mulheres os direitos que atribuía aos homens. Por isso, no séc. XIX o movimento tem como sua face mais visível o sufrágio, culminando na conquista do voto feminino apenas no início do séc. XX. Tal vitória, no entanto, não foi acompanhada da ressignificação dos espaços públicos e privados, permanecendo as mulheres condicionadas à vida doméstica e comunitária.

Sem deixar de reconhecer os limites das políticas tradicionais e a importância da criação de novos mecanismos e espaços de decisões que sejam mais horizontais, o movimento vem desde o final dos anos 70, reivindicando maior presença das mulheres nos parlamentos, uma vez que a restrição do processo político à visão de uma elite política, social e econômica – com traços de gênero e raça – é justamente a faceta mais antidemocrática da democracia parlamentar.

Nesse contexto, a IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, realizada em Pequim em 1995<sup>3</sup>, representou um avanço conceitual e programático na situação da mulher<sup>4</sup>, que passa a ser analisada sob a perspectiva de direitos. Essa perspectiva implica reconhecer que a desigualdade entre homens e mulheres é uma questão

1 Publicado anteriormente como artigo de periódico em: PORCARO, Nicole Gondim. Paridade de gênero na política: aprofundamento da democracia e realização dos direitos fundamentais da mulher. *Revista Populus*, Salvador, n. 6, jun. 2019. Disponível em: <http://eje.tre-ba.jus.br/mod/page/view.php?id=2835>.

2 MIGUEL, Luis Felipe. Carole Pateman e a crítica feminista do contrato. *RBSC*, v. 32, n. 93, fev. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n93/0102-6909-rbcsoc-3293032017.pdf>. Acesso em: 22 maio 2019.

3 Ver a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, Pequim, 1995, disponível em [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao\\_pequim.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf). Acesso em: 21 maio 2019.

4 “A Plataforma de Ação de Pequim consagrou três inovações dotadas de grande potencial transformador na luta pela promoção da situação e dos direitos da mulher: o conceito de gênero, a noção de empoderamento e o enfoque da transversalidade. O conceito de gênero permitiu passar de uma análise da situação da mulher baseada no aspecto biológico para uma compreensão das relações entre homens e mulheres como produto de padrões determinados social e culturalmente, e, portanto, passíveis de modificação. As relações de gênero, com seu substrato de poder, passam a constituir o centro das preocupações e a chave para a superação dos padrões de desigualdade. O empoderamento da mulher – um dos objetivos centrais da Plataforma de Ação – consiste em realçar a importância de que a mulher adquira o controle sobre o seu desenvolvimento, devendo o governo e a sociedade criar as condições para tanto e apoiá-la nesse processo. A noção de transversalidade busca assegurar que a perspectiva de gênero passe efetivamente a integrar as políticas públicas em todas as esferas de atuação governamental.” *Ibid.*

de direitos humanos que precisa ser corrigida por meio de políticas públicas e outros mecanismos, e não apenas uma situação decorrente de problemas econômicos e sociais a serem superados com o tempo.

A inclusão da mulher na política tem sido desde então objeto de diversos fóruns internacionais, sendo a igualdade de gênero um dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 das Nações Unidas<sup>5</sup>, a qual todos os 193 Estados-membros, inclusive o Brasil, aderiram. Uma das metas vinculadas à igualdade de gênero é justamente “garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública”.

A partir dos ODS, a ONU Mulheres lançou a agenda: “Cidade 50-50” e a iniciativa “Por um planeta 50-50 em 2030: um passo decisivo pela igualdade de gênero”, para promover um modelo político no qual a paridade e a igualdade substantiva se constituem como a coluna vertebral do Estado inclusivo e paritário, visando alcançar uma verdadeira “Democracia Paritária”.

Observando essas diretrizes e impulsionados pela organização de mulheres no mundo todo, nas últimas décadas vários países adotaram políticas públicas que resultaram em uma tendência internacional de aumento significativo da representação feminina na política, o que infelizmente não é o caso do Brasil.

No Brasil, ainda que historicamente as mulheres tenham participado ativamente nos processos políticos, sendo inclusive maioria dos membros ativos de movimentos sociais e organizações civis<sup>6</sup>, essa atuação não se viu refletida na ocupação de cargos eletivos. Mais de trinta anos após a Constituição Brasileira traçar a democracia, a cidadania, o pluralismo, a dignidade da pessoa humana e a igualdade como principais fundamentos da República, a metade feminina da população continua sub-representada e marginalizada nos espaços decisórios.

As mulheres são maioria da população brasileira<sup>7</sup>, maioria do eleitorado<sup>8</sup> e cerca de 45% das filiadas em partidos políticos<sup>9</sup> – porcentagem esta que por si só desmente a tese de que mulheres são menos interessadas na política. Contudo, mesmo a **Lei nº 9.504/97** prevendo ao menos 30% do número de vagas para candidatos às casas legislativas para representantes de cada gênero, a presença feminina não poderia estar mais distante dessas proporções: nas eleições gerais de 2018, apenas 15% das vagas na Câmara dos Deputados<sup>10</sup> foram preenchidas por mulheres.

5 A Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas é um plano de ação que busca concretizar os direitos humanos nas três dimensões do desenvolvimento sustentável: econômica, social e ambiental. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 25 jan. 2021.

6 SACCHET, Teresa. Capital Social, gênero e representação política no Brasil. **Opin. Pública**, Campinas, v. 15, n. 2, nov. 2009, p. 307. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-62762009000200002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/sGMdLyGWpc7zZ98FXfQw3hz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 17 nov. 2021.

7 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Demográfico 2010**. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?&t=resultados>. Acesso em: 25 jan. 2021.

8 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas do eleitorado – por sexo e faixa etária**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/estatisticas-de-eleitorado/estatistica-do-eleitorado-por-sexo-e-faixa-etaria>. Acesso em: 25 jan. 2021.

9 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas do eleitorado – eleitores filiados por sexo e faixa etária**. Dados de dezembro de 2020, disponíveis em <http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/estatisticas-de-eleitorado/eleitores-filiados-por-sexo-e-faixa-etaria>. Acesso em: 25 jan. 2021.

10 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas Eleitorais 2018 – resultados**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em: 23 abr. 2019.

Segundo os últimos dados disponibilizados pela Inter-Parliamentary Union sobre a participação das mulheres na política, especificamente na composição do Parlamento, em janeiro de 2021, o Brasil ficou na 145ª posição entre os 193 países considerados<sup>11</sup>.

A disparidade desses números já seria suficiente para indicar a essencialidade do aumento da participação da mulher na política. No entanto, ainda se constata a necessidade de apresentar fundamentos teóricos da importância dessa participação para a nossa democracia. Para tal, se adota a perspectiva neoconstitucionalista, em que a Constituição deixa de ter um papel meramente programático para assumir a centralidade na ordem jurídica, na interpretação e na aplicação do Direito.

O presente trabalho pretende contribuir com a crítica feminista contemporânea à sub-representação das mulheres na política institucional a partir de uma perspectiva jurídica, resgatando teorias de direitos fundamentais, teorias políticas feministas e de qualidade da democracia.

A partir dos pressupostos encontrados defende-se a ideia de uma Democracia Paritária, dada a essencialidade de uma real igualdade de gênero na participação política para a efetividade do exercício de direitos políticos fundamentais, bem como para o aprimoramento da qualidade da democracia.

## 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITOS POLÍTICOS E IGUALDADE DE GÊNERO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 é o grande marco histórico na afirmação dos direitos fundamentais e no neoconstitucionalismo, ao solucionar o problema da fundamentação dos direitos humanos<sup>12</sup>, que superam o plano metafísico e encontram positividade internacional. Assim, o desafio dos direitos humanos e fundamentais passa a ser sua garantia e efetivação.

No Brasil, “a Carta de 1988 situa-se como marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil”<sup>13</sup>, inaugurando uma nova dogmática constitucional, na qual ela assume posição central dentro do sistema jurídico.

### 1.1 TEORIA GERACIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ACESSO AOS DIREITOS POLÍTICOS

Os direitos políticos são, segundo André de Carvalho Ramos, os “direitos de participação, ativa ou passiva, na elaboração das decisões políticas e na gestão da coisa pública”<sup>14</sup>, e são espécies de direitos funda-

11 INTER-PARLIAMENTARY UNION. **Monthly ranking of women in national parliaments**: ranking as of 1st January 2021. Disponível em: <https://data.ipu.org/women-ranking/?month=1&year=2021>. Acesso em: 25 jan. 2021.

12 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2004.

13 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 55.

14 RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 89.

mentais. Bonavides<sup>15</sup> ensina que os direitos fundamentais são, do ponto de vista formal, aqueles que a ordem Constituinte vigente qualifica como tais, vinculando a atuação estatal e limitando os poderes das maiorias. Do ponto de vista material, os direitos fundamentais estão essencialmente vinculados aos ideais do ordenamento, variando conforme a modalidade de Estado e os valores e princípios que a Constituição consagra.

Karel Vasak<sup>16</sup>, em seu trabalho com a UNESCO, inaugurou uma nova abordagem ao estudo dos direitos humanos a partir de sua positivação, identificando as condições em que cada direito se torna uma realidade legal: como evoluíram na história, em uma perspectiva geracional, da fase de mera proclamação para se estabelecerem como garantias e fonte de direito.

A perspectiva histórica é essencial no estudo dos direitos fundamentais porque sua história é a mesma que, segundo Sarlet, “desemboca no surgimento do moderno Estado Constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais”<sup>17</sup>.

Essa noção de gerações sucessivas traduz um processo cumulativo e complementar, e não dissociativo<sup>18</sup>, de direitos fundamentais, identificada cada “geração” com um dos ideais elementares da Revolução Francesa: liberdade (primeira), igualdade (segunda) e fraternidade (terceira)<sup>19</sup>.

Assim, os direitos de primeira geração estão relacionados ao ideal de liberdade e, inaugurados com as revoluções burguesas do final do séc. XVIII, eram concebidos como “liberdades públicas”, objetivando salvaguardar o indivíduo da ingerência do Estado, naquela primeira fase do constitucionalismo do Ocidente. Os direitos políticos, incluídos nessa geração ao lado dos direitos civis, consistiam na expressão dos indivíduos para a formação e controle do poder político.

A Revolução Francesa é considerada o marco dos direitos de primeira geração, porque pretendia dar a eles um caráter de universalidade, sendo destinada ao “gênero humano”<sup>20</sup>. Entretanto, de aspiração liberal, não era tão universal assim: os direitos políticos surgem restritos aos cidadãos aptos a participar da vida pública, então um grupo homogêneo de homens, adultos e europeus, discriminadas as mulheres e outros grupos excluídos.

15 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 560-561.

16 VASAK, KAREL. *Human rights: as a legal reality*. In: *The international dimensions of human rights*, v. 1. Westport, Connecticut: Greenwood Press, 1982. Tradução em inglês de *Dimensions internacionales des droits de l'homme*. UNESCO, Paris, França.

17 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 311.

18 SANTOS, Polianna Pereira dos. *Voto e qualidade da democracia*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, [2017?]. p. 64.

19 Vale assinalar que Antônio Escrivão Filho e José Geraldo Souza Junior alertam sobre a dificuldade de transpor a leitura da teoria das gerações de direitos fundamentais propostas a partir da história europeia para a realidade social e política da latinoamérica. ESCRIVÃO FILHO, Antônio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

20 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 562.



Olympe de Gouges<sup>21</sup> e Mary Wollstonecraft<sup>22</sup> em obras de 1791 e 1792, já apontavam essa discriminação das revoluções burguesas e reivindicavam o acesso das mulheres à esfera pública e um conjunto de direitos que eram necessários para que tal acesso pudesse ocorrer, como os direitos à educação e à propriedade. Vinculavam a exclusão da esfera pública à opressão na esfera privada, apontando com veemência a divisão dos espaços dedicados socialmente aos homens e às mulheres.

O direito ao voto só foi conquistado pelas mulheres no início do séc. XX, com a luta das sufragistas, em um período no qual as mulheres passaram a desenvolver papel essencial no mercado de trabalho e na reconstrução europeia após a primeira grande guerra. Essa conquista, no entanto, não foi acompanhada de uma re-discussão das fronteiras entre público e privado.

No Brasil, sempre influenciado pelas tendências políticas nortenhas, o direito ao voto e de ser votada só veio em 1932<sup>23</sup>, embora só fosse obrigatório para aquelas que exerciam função pública remunerada. No geral, a inclusão foi apenas formal, com pouquíssimas mulheres conquistando cargos eletivos por muitas décadas.

Os direitos da segunda geração – direitos sociais, culturais e econômicos – introduzidos com o Estado Social ao longo do séc. XX e pautados pelo princípio da igualdade, traduziram um novo conteúdo aos direitos fundamentais, de caráter programático e coletivo: as garantias institucionais. Superando a universalidade abstrata da primeira geração, inauguram uma ordem inclusiva na qual se deve produzir os pressupostos fáticos que garantam o pleno exercício da liberdade, “sem os quais esta se converteria numa ficção”<sup>24</sup>. Assim, políticas públicas passam a ser consideradas necessárias para garantir que todos tenham oportunidades de realizar seus direitos individuais, em certo grau de igualdade.

Sobre o conteúdo da igualdade nos direitos fundamentais, oportuno citar Bobbio<sup>25</sup>:

Enquanto a igualdade perante a lei pode ser interpretada como uma forma específica e historicamente determinada de igualdade jurídica [...], a igualdade nos direitos compreende a igualdade em todos os direitos fundamentais enumerados numa constituição, tanto que podem ser definidos como fundamentais aqueles, e somente aqueles, que devem ser gozados por todos os cidadãos sem discriminações derivadas da classe social, do sexo, da religião, da raça, etc. [...] pode-se apenas dizer que são fundamentais os direitos que numa determinada constituição são atribuídos a todos os cidadãos indistintamente, em suma, aqueles diante dos quais todos os cidadãos são iguais.

21 Marie Gouze (1748-1793), revolucionária da Revolução Francesa, adotou o nome de Olympe de Gouges para assinar seus panfletos e petições em uma grande variedade de frentes de luta. Em 1791 propõe uma **Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã** para igualar-se à do homem, aprovada pela Assembleia Nacional. Girondina, ela se opõe abertamente a Robespierre e denunciada como uma mulher “desnaturada” e condenada como contra revolucionária, acaba sendo guilhotinada em 1793. Versão traduzida da declaração disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/viewFile/911/10852>. Acesso em 23 maio 2019.

22 WOLLSTONECRAFT, Mary. **A vindication of the rights of woman: with strictures on political and moral subjects**. Nova York, The Modern Library. (2001 [1792]).

23 Enquanto o art. 2º do Código Eleitoral definia como eleitor “o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código”, o art. 121 estabelecia a facultatividade do voto feminino, ao estatuir que “os homens maiores de sessenta anos e as mulheres em qualquer idade podem isentar-se de qualquer obrigação ou serviço de natureza eleitoral”. Para se candidatar era necessário ser eleitor e possuir quatro anos de cidadania, não havendo nenhuma restrição legal de gênero para o exercício dos direitos políticos passivos das mulheres a partir desse momento. (BRASIL, 1932).

24 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 567.

25 BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2007. p. 41.

No mundo pós-guerras, a globalização da informação trouxe a consciência de um mundo formado por nações de níveis diferentes de desenvolvimento, fomentando a ascensão da terceira geração de direitos fundamentais, pautados pela fraternidade e destinados tanto aos Estados quanto aos indivíduos. São os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade, traduzidos na esfera individual no acesso ao trabalho e na qualidade de vida saudável<sup>26</sup>.

Nesse momento, a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, além de fundamentar os direitos humanos, traz a “concepção de um ser humano *uti singulus*, generalizável e universalizável enquanto sujeito de direitos”, possibilitando a ampliação dos horizontes hermenêuticos do tema, a partir dos quais começou-se a discutir a questão da generalidade dos direitos fundamentais<sup>27</sup>.

Com o avançar dos tempos e a globalização política da teoria dos direitos fundamentais, a criação de agências internacionais de proteção aos direitos humanos e questionamentos sobre a qualidade das democracias, Bonavides identifica uma quarta geração<sup>28</sup>. Ela englobaria “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”, essenciais para “a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade”. Segue explicando que os direitos das três primeiras gerações são infra estruturais, formando uma “pirâmide cujo ápice é o direito à democracia”.

Essa nova universalidade dos direitos fundamentais eleva os direitos de liberdade para um novo grau de eficácia, fortalecendo-os mediante a efetiva adoção dos direitos de igualdade e fraternidade. Nesse viés, para a realização dos direitos políticos é indispensável a participação democrática no poder<sup>29</sup>, de uma forma universal e materialmente igualitária, para que o Estado constitucional não perca seu próprio fundamento de legitimidade.

Em paralelo a esse movimento, a partir da década de 70, começa a se formar uma verdadeira teoria política feminista como alternativa às concepções hegemônicas de democracia, denunciando a reprodução das discriminações sociais nos espaços políticos que deveriam ser igualitários, como ensina Luis Felipe Miguel<sup>30</sup>:

Ela passa por uma revisão crítica dos pressupostos do pensamento político ocidental, em especial assinalando como a divisão entre as esferas pública e privada, naturalizada e assumida como incontestável, é crucial tanto para o estabelecimento do espaço da política tal como ele está constituído quanto para a exclusão das mulheres desse mesmo espaço. Longe de ser um acontecimento contingente, tal exclusão é condição necessária para e consequência inevitável da maneira como a política e as instituições são concebidas.

Os direitos de ser votado e de participação política não podem ser considerados eficazes se metade de seus sujeitos tem sua “voz abafada” e não possuem igualdade de oportunidades para realizá-los. Pode-se dizer,

26 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 570.

27 GOUVEIA, Homero Chiaraba. *Cidadania coletiva: política da diferença e o princípio da participação*. Curitiba: Ed. Juruá, 2017.

28 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 571-572.

29 SANTOS, Polianna Pereira dos. *Voto e qualidade da democracia*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, [2017?]. p. 67.

30 MIGUEL, Luis Felipe. Carole Pateman e a crítica feminista do contrato. *Rev. bras. Ci. Soc.*, v. 32, n. 93, fev. 2017. DOI: <https://doi.org/10.17666/329303/2017>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbsoc/v32n93/0102-6909-rbsoc-3293032017.pdf>. Acesso em: 22 maio 2019. p. 2.

portanto, que a plena eficácia dos direitos políticos, de forma universalizada, depende da igualdade de gênero no acesso a esses direitos, visando a plena realização do direito à democracia para as mulheres.

## 1.2 A IGUALDADE NO EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS NA ORDEM INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

O princípio da igualdade política é fundamento central para a escolha da democracia sobre outros regimes, não só pelo direito de escolher quem governa, mas principalmente pelo direito de poder ser escolhido para influir sobre decisões que afetam a si mesmo e a toda a sociedade. As eleições *per se* não garantem que o sistema político seja capaz de assegurar princípios fundamentais.

Nesses termos, o grau de inclusividade do sistema político – isto é, a extensão com que os direitos civis e políticos são garantidos a todos os cidadãos sem exceção<sup>31</sup> – é uma condição fundamental de sua consolidação.

Como ensina Piovesan<sup>32</sup>, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil apresentam status constitucional e aplicação imediata, por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, da [Constituição de 1988](#).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, fundada “na igualdade de direitos dos homens e das mulheres”, introduz a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos ao combinar o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade com o valor da igualdade<sup>33</sup>. Prevê no art. 21º que “toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos”, bem como “direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país”.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos considera que o ideal da vida humana “não pode ser realizado e menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos”. Estabelece o direito à autodeterminação e o dever do Estado de promover seu exercício (art. 1º), bem como o comprometimento em “assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos” (art. 3º). Assim como a Declaração Universal, prevê no art. 25 o direito de participar dos espaços de poder do Estado e acesso a eles em condição de igualdade.

Já a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher, de 1979, enfrentou o paradoxo de ser o instrumento internacional de direitos humanos que recebeu o maior número de

31 MOISÉS, José Álvaro. SANCHEZ, Beatriz Rodrigues. Representação política das mulheres e qualidade da democracia: o caso do Brasil. In: MOISÉS, José Álvaro (org.). **O Congresso Nacional, os partidos políticos e o sistema de integridade**: representação, participação e controle interinstitucional no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2014. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/ebooks/o-congresso-nacional-os-partidos-politicos-e-o-sistema-de-integridade>. Acesso em: 25 jan. 2021.

32 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 147.

33 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 196.

reservas formuladas pelos Estados<sup>34</sup>, inclusive pelo Brasil, ao promulgá-la em 1984, quanto à igualdade do homem e da mulher no matrimônio – reservas retiradas em 1994.

A Convenção, fundada na dupla obrigação de eliminar a discriminação e assegurar a igualdade, afirma no preâmbulo que: “a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade”, e que: “a participação máxima da mulher, em igualdade de condições com o homem, em todos os campos, é indispensável para o desenvolvimento pleno e completo de um país, o bem-estar do mundo e a causa da paz”.

Considerando a não familiaridade, em geral, com os termos da Convenção, para o objetivo desse estudo cumpre reproduzir e destacar alguns de seus preceitos, principalmente no que se refere à adoção de “ações afirmativas” para acelerar o processo de obtenção de igualdade de gênero na esfera política:

Artigo 3º. Os Estados Partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem.

Artigo 4º. 1. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados. (...)

Artigo 7º. Os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na vida política e pública do país e, em particular, garantirão, em igualdade de condições com os homens, o direito a:

- a) Votar em todas as eleições e referenda públicos e ser elegível para todos os órgãos cujos membros sejam objeto de eleições públicas;
- b) Participar na formulação de políticas governamentais e na execução destas, e ocupar cargos públicos e exercer todas as funções públicas em todos os planos governamentais;
- c) Participar em organizações e associações não-governamentais que se ocupem da vida pública e política do país.

Artigo 8º. Os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas para garantir, à mulher, em igualdade de condições com o homem e sem discriminação alguma, a oportunidade de representar seu governo no plano internacional e de participar no trabalho das organizações internacionais.

Quanto ao impacto desses tratados no direito brasileiro, além de integrarem, complementarem e ampliarem o universo dos direitos constitucionalmente previstos, em grande parte seus preceitos se encontram reproduzidos na [Constituição Federal](#).

34 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 256.

### 1.3 A PARIDADE DE GÊNERO NA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A Constituição da República estabelece logo em seu preâmbulo que o Estado Democrático brasileiro é instituído com o destino de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

No art. 1º, elenca a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político como seus fundamentos, ressaltando que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos e diretamente”. No art. 3º prevê como objetivos fundamentais a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução de desigualdades sociais e o fim de toda forma de discriminação.

Já no *caput* do art. 5º, ao consagrar o princípio da igualdade para todos, “sem distinção de qualquer natureza”, realça no inciso I que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, instituindo a paridade de gênero como princípio visceral da ordem constitucional.

Desiree Salgado<sup>35</sup> afirma que a Constituição estabelece o Estado de Direito “como fundamento da cidadania contemporânea, uma noção de democracia, uma concepção de representação política, indicando os contornos dessa relação, e um ideal republicano, a partir de uma forte noção de liberdade e de igualdade”. Ela propõe como princípios constitucionais para o direito eleitoral, entre outros, a necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas e a máxima igualdade da disputa eleitoral.

Esses princípios derivariam dos princípios republicano e democrático, com um forte viés de efetivação da igualdade, refletindo a exigência de pluralismo político estabelecido como fundamento da República. Os considera indispensáveis para a construção de uma democracia formal e substancial consistentes, e afirma que sem igualdade na disputa pelos cargos públicos, nem condições de uma disputa justa, não se pode reconhecer um sistema como democrático.

Maria da Glória Gohn<sup>36</sup> explica que a cidadania, evoluindo de sua dimensão cívica da polis grega como exercício individual do cidadão, deve ser compreendida na contemporaneidade por seu caráter coletivo, a partir das lutas por leis e direitos para os grupos sociais historicamente marginalizados do ponto de vista econômico, cultural e político, como é o caso das mulheres e sua baixa representatividade na política.

Homero Chiaraba<sup>37</sup> defende que a Constituição Brasileira é pautada por essa cidadania coletiva, resultado de “lutas históricas da sociedade civil brasileira ao lutar e reivindicar emancipação política”. Essas lutas vão desde os movimentos emancipatórios, às lutas abolicionistas, às revoltas populares da primeira República,

35 SALGADO, Eneida Desirre. Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: uma proposta. *Estudos Eleitorais*, v. 6, n. 3, set./dez. 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/1584>. Acesso em: 18 nov. 2021. p. 103.

36 GOHN, Maria da Glória Marcondes. *História dos movimentos e lutas sociais: a construção da cidadania dos brasileiros*. São Paulo: Ed. Loyola, 2007.

37 GOUVEIA, Homero Chiaraba. *Cidadania coletiva: política da diferença e o princípio da participação*. Curitiba: Ed. Juruá, 2017.

aos movimentos classistas do período varguista, aos movimentos camponeses e culturais pré-golpe militar, até a ascensão de novos movimentos sociais nas décadas de 1970 e 1980 e as “Diretas Já”, que trouxeram novos atores coletivos que desempenharam papel importante na formação da Constituição. Entre eles, o movimento conhecido como o Lobby do Batom, que se articulou para defender os direitos das mulheres na Constituinte, resultando também no reconhecimento institucional da mulher como grupo identitário.

Vale dizer: a democracia constitucional brasileira não se contenta com um mecanismo que se pautasse simplesmente pela vontade da maioria. Seu ponto de partida é uma cidadania coletiva que reflete a liberdade e a igualdade. O poder público, para ter legitimidade, precisa tanto refletir os anseios da população em sua pluralidade como ser acessível de fato por todos – no sentido de que os pares tenham oportunidades substancialmente igualitárias de exercer o poder do qual são sujeitos.

Edilene Lôbo<sup>38</sup> aponta como essa construção normativa dos fundamentos da República exige uma democracia substancial, com a “participação paritária da mulher na sociedade em geral, e em particular, na política”. Nesse sentido, as regras atuais do sistema político brasileiro têm falhado imensamente com as mulheres, em uma realidade na qual a metade masculina se vê representada em cerca de 85% dos cargos políticos eletivos e a metade feminina em míseros 15%, por motivos socioculturais e tradições políticas alheias à normatividade.

O déficit igualitário e democrático é gritante e tem que ser corrigido por mecanismos normativos. A paridade de gênero é invocada na Constituição e é condição de legitimação da ordem democrática, exigindo uma representação correspondente nas instâncias decisórias. Luciana Lóssio<sup>39</sup>, em entrevista realizada enquanto Ministra do Tribunal Superior Eleitoral, defendeu este posicionamento:

O artigo 5º, da Constituição, afirma que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Ou seja, a lei das leis traz logo no primeiro inciso do artigo 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, o princípio da igualdade e da isonomia. Ora, se são iguais em direitos e obrigações, eu entendo que é porque têm que ter os mesmos direitos. Logo, a divisão de 50% de vagas para homens e os outros 50% para mulheres é absolutamente constitucional. Há, de fato, uma ponderação de valores. Caberá a nós, intérpretes, saber qual dos valores constitucionais em choque deve prevalecer. E eu opto pela igualdade e isonomia.

A ex-ministra falou em ponderação de valores: considerando o caráter predominantemente coletivo dos fundamentos e objetivos fundamentais da Estado brasileiro, pode-se pensar em um limite para o exercício individual da cidadania, privilegiando o acesso dos grupos sociais historicamente marginalizados aos espaços de poder, concentrados nas mãos dos grupos dominantes. Só assim se realizaria os mandamentos constitucionais de uma cidadania pautada pela igualdade material.

38 LÔBO, Edilene. A paridade como direito fundamental da democracia substancial no Brasil: mulher na política. In: OLIVEIRA, A.A. de e Y.; RONCAGIOLLO, A. (coord.). **Teorias da democracia e direitos políticos**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 43.

39 RODAS, Sérgio. Representatividade feminina. Cotas no legislativo aumentam igualdade feminina sem violar CF. **ConJur: Consultor Jurídico**, São Paulo, 05 jun. 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jun-05/cotas-mulheres-legislativo-aumentam-igualdade-politica>. Acesso em: 05 nov. 2017.

Também vale destacar a preocupação apresentada por Antônio Escrivão Filho e José Geraldo Souza Junior no binômio exigibilidade/justiciabilidade dos Direitos humanos, a partir da necessidade de caminhar para uma agenda de exigibilidade política de justiça, de forma que no próprio conceito de justiciabilidade sejam reconhecidos e inseridos os processos de exigibilidade voltados para a democratização e reforma institucional do sistema de justiça<sup>40</sup>.

Por fim, é necessário considerar a “gênese social da identidade”, isto é, a construção da identidade como experiência de um reconhecimento intersubjetivo<sup>41</sup>. Como a ordem constitucional democrática acolhe a diversidade e a direciona para a participação paritária no poder político, todos os cidadãos, por serem reconhecidos por ela, podem também se reconhecer nela. Esse processo, no entanto, é prejudicado pela invisibilidade dos grupos excluídos.

Para Amy Gutmann<sup>42</sup>, a necessidade de reconhecimento, inspirada na noção de dignidade humana, significa tanto a proteção dos Direitos fundamentais de todos os indivíduos como seres humanos, quanto a constatação de que estes indivíduos, por terem necessidades específicas, são membros de grupos culturais específicos:

O pleno reconhecimento da igualdade dos cidadãos exigiria, assim, duas formas de respeito: (1) em relação ao caráter único das identidades dos indivíduos, independente do sexo, raça ou da etnia, e (2) em relação àquelas atividades, práticas e modos de perspectivar o mundo que são particularmente valorizadas por, ou associadas a, membros dos grupos minoritários, onde se incluem mulheres, os americanos de ascendência asiática ou africana, os americanos nativos de toda uma multiplicidade de outros grupos existentes nos Estados Unidos.

As mulheres são culturalmente formadas para desenvolver habilidades no âmbito privado, enquanto aos homens é reservado o âmbito público. Ao ver mais mulheres ocupando os espaços de poder, em posição de igualdade, outras mulheres poderão reconhecer esses espaços, por extensão, a si mesmas. Reconhecendo, assim, a sua própria condição de paridade com os membros masculinos da comunidade, superando a posição de subalternidade a que foram historicamente (e ainda são) submetidas, exercendo verdadeiramente a autodeterminação.

## 2 QUALIDADE DA DEMOCRACIA E IGUALDADE DE GÊNERO

O regime democrático é um “fenômeno de natureza multidimensional que envolve eleições, direitos fundamentais, instituições de intermediação de interesses e a cultura cívica dos cidadãos”<sup>43</sup>. Por isso a desigualda-

40 ESCRIVÃO FILHO, Antônio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

41 Honneth pontua a necessidade que o ser humano tem de ser reconhecido pelos outros. A partir desse reconhecimento é que se pode dizer que se formam, entre outros, a autoconfiança e a autoconsciência, elementos que serão desenvolvidos de formas distintas entre homens e mulheres, em virtude dos diferentes processos de socialização. HONNETH, Axel. REPA, Luiz (trad). **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

42 GUTMANN, Amy. Introdução. In: TAYLOR, Charles *et al.* **Multiculturalismo**: examinando a política do reconhecimento. Lisboa: Piaget, 1998. p. 26-27.

43 MOISÉS, José Álvaro. SANCHEZ, Beatriz Rodrigues. Representação política das mulheres e qualidade da democracia: o caso do Brasil. In: MOISÉS, José Álvaro (org.). **O Congresso Nacional, os partidos políticos e o sistema de integridade**: representação, participação e controle interinstitucional no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2014. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/ebooks/o-congresso-nacional-os-partidos-politicos-e-o-sistema-de-integridade>. Acesso em: 25 jan. 2021.

de é um desafio para a democracia, que exige a emancipação dos cidadãos por meio do exercício da autonomia e da autodeterminação a fim de garantir que sejam sujeitos e não objetos da vontade alheia. A democratização de uma sociedade é um longo processo de luta pela inclusão real dos segmentos minoritários ao exercício dos direitos de cidadania, na busca de uma ordem jurídica e de fato igualitária.

## 2.1 PARTICIPAÇÃO, REPRESENTAÇÃO E IGUALDADE DE GÊNERO NA DEMOCRACIA

Pires<sup>44</sup> defende a democracia a partir de sua desmistificação, afirmando que “não existe uma vontade popular ou um interesse público que possa ser reconduzido ao povo como um todo. As decisões imputadas à coletividade não são coletivas, mas coletivizadas, porque, embora imputada a todos, são tomadas por alguns”. Explica como a democracia é concebida a partir do dissenso e da representação de ideias diferentes, sendo impossível que as decisões correspondam à vontade de cada um, mas ao resultado do processo deliberativo entre aqueles representantes eleitos.

Dahl<sup>45</sup> aponta cinco critérios a que um “processo para o governo de uma associação teria que corresponder, para satisfazer a exigência de que todos os membros estejam igualmente capacitados a participar nas decisões da associação sobre sua política”, quais sejam: participação efetiva, igualdade de voto, entendimento esclarecido, controle do programa de planejamento e inclusão dos adultos. Segundo o autor, em uma democracia deve ser reconhecido ao maior número possível de pessoas “o direito de cidadãos, de poder interferir na tomada de decisões, sem limitações como as havidas no século passado, referentes a critérios de renda, formação, etnia ou sexo para a obtenção de direitos políticos”<sup>46</sup>.

Há uma óbvia limitação funcional à manifestação direta de todos os possíveis afetados pelas decisões. No limite, há o problema das gerações futuras, nascidas ou não, que não podem ser ouvidas no presente. Assim, nos resta como alternativa a ideia de representação, na qual todos os cidadãos participem pela voz e pelo voto de quem foi eleito para isso. Nesse contexto, o instituto da representação é fundamental para a legitimação do exercício do poder político, ocorrendo através dele a participação popular.

Como apontado, a participação política é um direito fundamental dos governados de participarem das decisões que regem suas vidas e de controlarem os atos de governo. E é um direito especialmente caro aos grupos historicamente marginalizados, mais vulneráveis e que mais carecem da representação política de seus interesses.

Pires<sup>47</sup> destaca a importância de se fazer a separação entre sociedade civil e Estado, a representação e as instâncias deliberativas como espaços intermediários onde se formam as decisões coletivizadas:

44 PIRES, Thiago Magalhães. **A democracia: da fantasia à representação**. Disponível em: [http://www.academia.edu/15057987/A\\_democracia\\_da\\_fantasia\\_%C3%A0\\_representa%C3%A7%C3%A3o](http://www.academia.edu/15057987/A_democracia_da_fantasia_%C3%A0_representa%C3%A7%C3%A3o). Acesso em: 10 nov. 2017.

45 Segundo o autor, “Todos, ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadãos implícito no primeiro de nossos critérios [participação efetiva]”. DAHL, Robert A.; SIDOU, Beatriz (trad.). **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 49-50.

46 DAHL, Robert A.; SIDOU, Beatriz (trad.). **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

47 PIRES, Thiago Magalhães. **A democracia: da fantasia à representação**. Disponível em: [http://www.academia.edu/15057987/A\\_democracia\\_da\\_fantasia\\_%C3%A0\\_representa%C3%A7%C3%A3o](http://www.academia.edu/15057987/A_democracia_da_fantasia_%C3%A0_representa%C3%A7%C3%A3o). Acesso em: 10 nov. 2017. p. 11.



Sem dúvida, é essencial preservar a conexão entre o Estado e a sociedade, mas também é fundamental que essa relação seja mediada pelo sistema político, a fim de proteger as instituições, tanto quanto possível, das desigualdades da vida social (Ibid. [TOURAINÉ, 1996], p. 64). A passagem imediata da sociedade civil para o Estado só seria legítima se a ordem social se traduzisse necessariamente em liberdade para todos. Mas as coisas não se passam dessa forma. ‘A sociedade civil reflete a desigualdade dos grupos [...]; se deixada por conta própria, é provável que ela reforce e aumente os efeitos dessa desigualdade’ (WALZER, 2008, p. 113). Se não for mediada pela igualdade da sociedade política, a relação entre sociedade civil e Estado abre espaço para a instrumentalização do aparelho estatal pelas forças sociais mais poderosas.

Essa observação encontra pertinência diante da grande dificuldade que os grupos marginalizados possuem de fazer com que seus interesses sejam representados no sistema político tradicional, em um modelo hegemônico de democracia e de Estado “neutro” que favorece a participação e a representação dos setores detentores de capital econômico e cultural, refletindo o abismo social já existente na sociedade.

Apenas com a superação da marginalização, ou seja, pela desnaturalização do não pertencimento aos espaços de poder, com o reconhecimento e a conquista do direito de participar dos processos deliberatórios, que os sujeitos coletivos se tornam sujeitos coletivos de direito. A importância de políticas públicas ganha então destaque como instrumentos de efetivação desse direito de participação dos grupos marginalizados, “justamente porque a participação é o bem máximo da cidadania coletiva, e que merece tutela fundamental”<sup>48</sup>.

Assim, a ideia de representação na democracia impõe diversas exigências não só quanto à deliberação coletiva em si, que materializa a autonomia pública de cada cidadão no direito de participação, como em respeito à sua autonomia privada, refletida nos direitos fundamentais – como a igualdade material no exercício dos direitos políticos.

Quanto maior a qualidade dos processos deliberativos – pautados na diversidade, na representatividade de perspectivas diferentes da sociedade em uma condição de igualdade, na qual o ponto de vista de todos os grupos, dominantes e marginalizados, possa contribuir para a tomada de decisão do Estado – maior a probabilidade dessas decisões serem justas, e, assim, maior a legitimidade democrática.

Resta claro que para a teoria democrática contemporânea a participação, a inclusão e a igualdade são fatores essenciais para que um Estado seja substancialmente democrático. O aprofundamento da democracia passa necessariamente pela existência de condições efetivas que assegurem a influência de todos os membros adultos da sociedade, em sua diversidade, no processo de tomada de decisões que os afetam.

Na República democrática, assim como não há privilégios a indivíduos, não pode haver privilégio a grupos que tenham mais acesso às instâncias participatórias e decisórias, simplesmente por suas condições materiais. Dessa forma, a exclusão das mulheres dos espaços decisórios coloca em “xeque” não só a eficácia das instituições democráticas, como a própria legitimidade da democracia representativa. A sub-representação feminina passou a ser vista como um déficit democrático que implica no questionamento à qualidade das democracias.

48 GOUVEIA, Homero Chiaraba. *Cidadania coletiva: política da diferença e o princípio da participação*. Curitiba: Ed. Juruá, 2017.

## 2.2 O ENFOQUE NA IGUALDADE DE GÊNERO PARA A QUALIDADE DA DEMOCRACIA

Considerando que a participação nas instituições públicas é um meio especialmente efetivo de influenciar as regras políticas e as políticas públicas do Estado, parece inegável que a participação equitativa de homens e mulheres seja uma condição mínima para a construção da igualdade e da cidadania política.

Autoras como Philips, Young e Mansbrigde também salientam a importância da inclusão feminina na política para o aprofundamento da democracia, nos termos da Democracia Deliberativa, indicando que a representação descritiva<sup>49</sup>, ou seja, uma política que promova o acesso de grupos excluídos como as mulheres, é etapa crucial para uma representação substantiva, de ideias<sup>50</sup>. Phillips esclarece que a representação “de presença” não significa tratar as mulheres como um grupo homogêneo, mas como membros de um mesmo grupo que é excluído dos espaços decisórios, apesar de representarem metade (ou mais) da população.

Young<sup>51</sup> defende que políticas afirmativas de inclusão de grupos sociais discriminados são importantes para que diferentes perspectivas tenham voz nos processos políticos, pois ainda que dentro de cada grupo haja valores e pensamentos distintos, o que importa é o ponto de partida – a perspectiva assemelhada, pelas experiências – e não o de chegada.

Cumprir acrescentar que os que criticam as políticas afirmativas parecem ignorar que os resultados das eleições nos moldes atuais dificilmente refletem aqueles que são mais capacitados, preparados ou bem-intencionados. Os custos altíssimos para que uma campanha tenha um bom grau de visibilidade favorecem o nepotismo político e candidatos com capital social<sup>52</sup> efetivo para produzir recursos materiais, o que em geral não é o caso das mulheres, que já começam a disputa em plena desvantagem.

Por isso, defende-se a necessidade de partir da paridade e da reserva de cadeiras para a formação de um corpo político verdadeiramente diverso e que produza um processo deliberativo de qualidade.

Sobre o tema, Moisés e Sanchez<sup>53</sup> são precisos ao esclarecer que:

Direitos fundamentais dependem do primado da lei, cuja efetividade assegura que os valores da liberdade e da igualdade se realizem; mas isto só se concretiza com a efetiva inclusão política dos diferentes segmentos sociais, o que permite articular dois componentes fundamentais do sistema político, o funciona-

49 Mansbrigde define: “Na representação descritiva, a própria pessoa e a vida do representante de certa forma traduzem a classe maior que ele representa. Legisladores negros representam cidadãos negros, legisladoras representam as mulheres, e assim por diante.” Tradução livre de: “*In “descriptive” representation, representatives are in their own persons and lives in some sense typical of the larger class of persons whom they represent. Black legislators represent Black constituents, women legislators represent women constituents, and so on.*” MANSBRIDGE, Jane. Should Blacks Represent Blacks and Women Represent Women? A Contingent “Yes”. *The Journal of Politics*, University of Texas Press, v. 61, n. 3, p. 628-657, 1999. Disponível em: [https://wapp.hks.harvard.edu/files/wapp/files/should\\_blacks\\_represent\\_blacks\\_and\\_women\\_represent\\_women\\_a\\_contingent\\_yes1.pdf](https://wapp.hks.harvard.edu/files/wapp/files/should_blacks_represent_blacks_and_women_represent_women_a_contingent_yes1.pdf). Acesso em: 18 nov. 2021.

50 PHILLIPS, Anne. *The Politics of presence*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

51 YOUNG, Iris Mansion. Representação política, identidade e minorias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452006000200006>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a06n67>. Acesso em: 18 nov. 2021.

52 O capital social (CS) é definido por Putnam como as conexões existentes entre os indivíduos de uma comunidade: suas redes e as normas de reciprocidade e confiança, que derivam delas. (SACCHET, *Op. Cit.*).

53 MOISÉS, José Álvaro. SANCHEZ, Beatriz Rodrigues. Representação política das mulheres e qualidade da democracia: o caso do Brasil. In: MOISÉS, José Álvaro (org.). *O Congresso Nacional, os partidos políticos e o sistema de integridade*: representação, participação e controle interinstitucional no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2014. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/ebooks/o-congresso-nacional-os-partidos-politicos-e-o-sistema-de-integridade>. Acesso em: 25 jan. 2021. p. 98.

mento das instituições e o seu contexto social. Nesse sentido, supondo que o equilíbrio na distribuição de recursos de poder – organização e dinheiro – é um fator essencial da estabilização do sistema de partidos políticos e do bom funcionamento da democracia, a igualdade de oportunidades na disputa pelo voto e a inclusão política assumem papel fundamental para a mensuração da qualidade do regime democrático. Nesse sentido, a discriminação que exclui as mulheres da democracia representativa, independente de ser formal ou informal, rebaixa a qualidade da democracia e, no caso do Brasil, compromete a inclusão requerida pelo princípio de igualdade política.

Por todo o exposto até aqui, diante de uma Constituição igualitária e da importância de aprofundar a democracia, se adota como pressuposto para o presente trabalho que a inclusão política das mulheres e a igualação efetiva de chances de ocuparem cargos nos espaços decisórios são fatores que devem ser levados em consideração na discussão das reformas legislativas, especificamente as reformas políticas.

### 3 PARIDADE DE GÊNERO NA POLÍTICA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Ainda que, como destacado nos tópicos anteriores, a [Constituição de 1988](#) e os tratados internacionais de direitos humanos elevem os direitos fundamentais e a participação política ampla, inclusive estabelecendo como dever do Estado tomar medidas apropriadas à inserção igualitária da mulher na política, essa é ainda uma realidade distante no Brasil.

A [Lei nº 9.100/95](#), foi a primeira lei brasileira a tratar das cotas de gênero, proposta e promulgada sem grandes debates, estabelecendo normas para a realização das eleições municipais de 1996. A [Lei nº 9.504/97](#), hoje modificada pela [Lei nº 12.034/09](#), estendeu a previsão para as eleições gerais, preconizando ao menos 30% do número de vagas para candidatos às casas legislativas para representantes do gênero minoritário, tratando claramente do feminino, já que é o grupo sub-representado na política. Destaca-se que a cota não está vinculada ao preenchimento dos cargos, como se esperaria de uma política que pretende apresentar mudanças de fato na composição do plenário.

Mais recentemente, a [Lei nº 13.165/2015](#) previu em seu artigo 9º que, nas três eleições seguintes “os partidos reservarão, [...] no mínimo 5% e no máximo 15% do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas”. Causa estranhamento a fixação de um teto máximo de 15%, uma vez que as candidaturas femininas correspondem a, pelo menos, 30% do total.

O (in)efeito dessas políticas pode ser analisados nos resultados das eleições nas últimas décadas, sendo possível verificar, a partir dos dados históricos disponibilizados pelo Inter-Parliamentary Union<sup>54</sup>, que o percentual de participação feminina na Câmara dos Deputados pouco variou entre os anos de 1990 e 2014, período no qual se implementou a política de cotas de gênero nas candidaturas, passando de 5,96% em 1990 para

54 INTER-PARLIAMENTARY UNION. Parline database on national parliaments. Disponível em: <http://archive.ipu.org/parline-e/parlinesearch.asp>. Acesso em: 23 maio 2019.

9,94% dos eleitos em 2014. No entanto, nas eleições de 2018 houve um aumento mais significativo, embora ainda insuficiente, com 15% de mulheres ocupando o parlamento, que pode ser explicado pelos seguintes fatores.

Em março de 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5617/DF<sup>55</sup> sobre o art. 9º da Lei nº 13.165/2015, determinando que a distribuição dos recursos do Fundo Partidário deve observar a exata proporção das candidaturas de ambos os gêneros, sendo destacado, ainda, que a adoção da regra deve perdurar enquanto justificada a necessidade de composição mínima de candidaturas femininas.

O STF entendeu que o princípio da igualdade não permite que o partido político crie distinções na distribuição desses recursos exclusivamente baseadas no gênero, como ocorria com os percentuais de 5 a 15%. Os Ministros consideraram a única interpretação constitucional admissível aquela que determina aos partidos políticos a distribuição dos recursos públicos destinados à campanha eleitoral na exata proporção das candidaturas de ambos os gêneros, sendo, em vista do disposto no art. 10, § 3º, da Lei de Eleições, o patamar mínimo de 30%.

Após o julgamento da ADI, em consulta formulada por um grupo de 14 parlamentares mulheres, o plenário do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) fixou entendimento unânime de que o Fundo Eleitoral e o tempo de rádio e TV devem reservar o mínimo de 30% para candidaturas femininas<sup>56</sup>. A relatora ministra Rosa Weber, disse que “a mudança do cenário de sub-representação feminina na política não se restringe apenas em observar os percentuais mínimos de candidatura por gênero previstos em lei, mas sobretudo pela imposição de mecanismos que garantam efetividade a essa norma”.

Ressaltou ainda que, embora a decisão do Supremo estivesse relacionada à distribuição de recursos do Fundo Partidário, a aplicação da mesma razão de decidir à consulta formulada ao TSE se torna ainda mais necessária em razão de o Fundo Eleitoral ser constituído exclusivamente com recursos públicos.

Os Tribunais Superiores, portanto, vem tentando corrigir as inconstitucionalidades presentes na legislação da política de cotas de gênero, resultando em uma proporção maior de mulheres eleitas em 2018.

## 4 CONCLUSÃO

Tanto a ordem internacional quanto a ordem constitucional exigem o aprofundamento da democracia com a inclusão efetiva das mulheres nos espaços de poder decisórios, especialmente no poder legislativo, instituição deliberativa por excelência. A conjuntura que exclui a mulher na esfera da democracia representativa rebaixa a qualidade da democracia e compromete a efetivação do princípio da participação política igualitária.

<sup>55</sup> STF. ADI 5617/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 15.3.2018. (Informativo 894, STF).

<sup>56</sup> TSE. Consulta nº. 0600252-18. Vide <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Maio/fundo-eleitoral-e-tempo-de-radio-e-tv-devem-reservar-o-minimo-de-30-para-candidaturas-femininas-afirma-tse>. Acesso em 25 jan. 2021.

A política de inclusão de mulheres na política a partir do sistema de cotas, para ser eficaz, exige a reserva de cadeiras ou medidas mais efetivas em relação ao financiamento e tempo de propaganda eleitoral. Além, cabe anotar, de um processo de democratização interna nos partidos políticos e mecanismos que coíbam a discriminação e garantam a inclusão da mulher também nas instâncias decisórias partidárias, remediando desvantagens históricas.

A solução do problema depende da atuação em diversas frentes, com iniciativas que tenham outros focos para além da modificação das leis eleitorais. Inobstante, é evidente a necessidade de políticas afirmativas que corrijam o déficit democrático de participação feminina e garantam essa inclusão, superando a reprodução das desigualdades sociais na representação.

No entanto, ao decorrer dos anos, o debate sobre participação da mulher na política tem evoluído das cotas para a paridade. O objetivo atual, definido nos últimos grandes encontros internacionais, é que os países adotem uma legislação que determina 50% de mulheres no parlamento até 2030<sup>57</sup>. Martelotte<sup>58</sup> ensina que a “lógica por trás do princípio da paridade difere das cotas: não se trata de uma medida temporária, que determina um percentual mínimo de mulheres nas listas, mas implica que homens e mulheres participem em partes iguais (como pares) no processo eleitoral”. A paridade requerida pelo ordenamento constitucional brasileiro e pela ordem internacional dos direitos humanos não se satisfaria com o sistema de cotas.

A sociedade brasileira só poderá ser chamada de democrática quando as mulheres tiverem as mesmas oportunidades, condições e o direito de decidirem sobre seu destino e o de sua comunidade, na mesma medida de seus pares. Anseia-se pelo momento no qual as barreiras sistêmicas à participação paritária sejam derrubadas e a evolução social, se tornem medidas afirmativas obsoletas. Onde existe o poder, deve existir também a participação paritária.

## REFERÊNCIAS

- BIROLI, Flávia. MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e política**: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADI 5617/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 15.3.2018 (Informativo 894, STF). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5080398>. Acesso em: 18 nov. 2021.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas do eleitorado – por sexo e faixa etária**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/estatisticas-de-eleitorado/estatistica-do-eleitorado-por-sexo-e-faixa-etaria>. Acesso em: 25 jan. 2021.

57 Os que criticam essa ideia pela relativização do peso de cada voto, parecem ignorar que a complicada matemática dos quocientes eleitorais do sistema político proporcional brasileiro sequer reflete esse valor. Para compreender como os arranjos normativos vigentes prejudicam o *accountability* vertical de forma que não se consegue verificar no momento do voto quem se está elegendo, ver a obra “Voto e Qualidade da Democracia” de Polianna Pereira dos Santos.

58 MARTELOTTE, Lucía. 25 years of quota laws in Latin America. **SUR – International Journal on Human Rights**, São Paulo, v. 13, n. 24, p. 91-98, Dec. 2016. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/108501?mode=simple>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas do eleitorado – eleitores filiados por sexo e faixa etária**. Dados de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/estatisticas-de-eleitorado/eleitores-filiados-por-sexo-e-faixa-etaria>. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas Eleitorais 2018 – resultados**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Fundo Eleitoral e tempo de rádio e TV devem reservar o mínimo de 30% para candidaturas femininas, afirma TSE**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Maio/fundo-eleitoral-e-tempo-de-radio-e-tv-devem-reservar-o-minimo-de-30-para-candidaturas-femininas-afirma-tse>. Acesso em 25 jan. 2021.

CIDADE 50-50. Disponível em: <https://news.un.org/pt/tags/cidade-50-50>. Acesso em: 18 nov. 2021.

DAHL, Robert A.; SIDOU, Beatriz (trad.). **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo. **The Quality of Democracy**. California: Stanford Center on Democracy, Development and the Rule of Law, 2004.

ESCRIVÃO FILHO, Antônio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos**. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2016.

GOHN, Maria da Gloria Marcondes. **História dos movimentos e lutas sociais: a construção da cidadania dos brasileiros**. São Paulo: Ed. Loyola, 2007.

GOUGES, Olympe de. **Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã (1791)**. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/viewFile/911/10852>. Acesso em: 18 nov. 2021.

GOUVEIA, Homero Chiaraba. **Cidadania coletiva: política da diferença e o princípio da participação**. Curitiba: Ed. Juruá, 2017.

GUTMANN, Amy. Introdução. In: TAYLOR, Charles *et al.* **Multiculturalismo: examinando a política do reconhecimento**. Lisboa: Piaget, 1998. p. 21-44.

HONNETH, Axel. REPA, Luiz (trad.). **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Demográfico 2010**. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?&t=resultados>. Acesso em: 25 jan. 2021.

INTER-PARLIAMENTARY UNION. **Monthly ranking of women in national parliaments: ranking as of 1st January 2021**. Disponível em: <https://data.ipu.org/women-ranking/?month=1&year=2021>. Acesso em: 25 jan. 2021.

INTER-PARLIAMENTARY UNION. **Parline database on national parliaments**. Disponível em: <http://archive.ipu.org/parline-e/parline-research.asp>. Acesso em: 23 maio 2019.

LÔBO, Edilene. A paridade como direito fundamental da democracia substancial no Brasil: mulher na política. In: OLIVEIRA; A.A. de e Y.; RONCAGIOLO, A. (coord.). **Teorias da democracia e direitos políticos**. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

MANSBRIDGE, Jane. Should Blacks Represent Blacks and Women Represent Women? A Contingent “Yes”. **The Journal of Politics**, University of Texas Press, v. 61, n. 3, p. 628-657, 1999. Disponível em: [https://wapp.hks.harvard.edu/files/wapp/files/should\\_blacks\\_represent\\_blacks\\_and\\_women\\_represent\\_women\\_a\\_contingent\\_yes1.pdf](https://wapp.hks.harvard.edu/files/wapp/files/should_blacks_represent_blacks_and_women_represent_women_a_contingent_yes1.pdf). Acesso em: 18 nov. 2021.

MARTELOTTE, Lucía. 25 years of quota laws in Latin America. **SUR – International Journal on Human Rights**, São Paulo, v. 13, n. 24, p. 91-98, Dec. 2016. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/108501?mode=simple>. Acesso em: 18 nov. 2021.

MIGUEL, Luis Felipe. Carole Pateman e a crítica feminista do contrato. **Rev. bras. Ci. Soc.**, v. 32, n. 93, fev. 2017. DOI: <https://doi.org/10.17666/329303/2017>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n93/0102-6909-rbcsoc-3293032017.pdf>. Acesso em: 22 maio 2019.

MOISÉS, José Álvaro. SANCHEZ, Beatriz Rodrigues. Representação política das mulheres e qualidade da democracia: o caso do Brasil. In: MOISÉS, José Álvaro (org.). **O Congresso Nacional, os partidos políticos e o sistema de integridade: representação, participação e controle interinstitucional no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2014. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/ebooks/o-congresso-nacional-os-partidos-politicos-e-o-sistema-de-integridade>. Acesso em: 25 jan. 2021.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **A Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2021.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, Pequim, 1995**. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao\\_pequim.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf). Acesso em: 18 nov. 2021.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PHILLIPS, Anne. **The Politics of presence**. Oxford: Clarendon Press, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIRES, Thiago Magalhães. **A democracia**: da fantasia à representação. Disponível em: [http://www.academia.edu/15057987/A\\_democracia\\_da\\_fantasia\\_%C3%A0\\_representacao%C3%A7%C3%A3o](http://www.academia.edu/15057987/A_democracia_da_fantasia_%C3%A0_representacao%C3%A7%C3%A3o). Acesso em: 10 nov. 2017.

PORCARO, Nicole Gondim. Paridade de gênero na política: aprofundamento da democracia e realização dos direitos fundamentais da mulher. **Revista Populus**, Salvador, n. 6, jun. 2019. Disponível em: <http://ejournal.ba.jus.br/mod/page/view.php?id=2835>.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODAS, Sérgio. Representatividade feminina. Cotas no legislativo aumentam igualdade feminina sem violar CF. **ConJur: Consultor Jurídico**, São Paulo, 05 jun. 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jun-05/cotas-mulheres-legislativo-aumentam-igualdade-politica>. Acesso em: 05 nov. 2017.

SACCHET, Teresa. Capital Social, gênero e representação política no Brasil. **Opin. Pública**, Campinas, v. 15, n. 2, nov. 2009. p. 307. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-62762009000200002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/sGMdLyGWpc7zZ98FXfQw3hz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 17 nov. 2021.

SALGADO, Eneida Desirre. Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: uma proposta. **Estudos Eleitorais**, v. 6, n. 3, set./dez. 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/1584>. Acesso em: 18 nov. 2021.

SANTOS, Polianna Pereira dos. **Voto e qualidade da democracia**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, [2017?].

SANTOS, Polianna Pereira dos; BARCELOS, Júlia Rocha de. Direitos Políticos das Mulheres e a regulamentação legal das cotas de gênero: resultados em Bolívia, Peru e Brasil. *Anales de VIII Congresos Latinoamericanos de Ciencia Política ALACIP*, 2015. v. I.

SANTOS, Polianna Pereira dos; BARCELOS, Júlia Rocha de. PORCARO, Nicole Gondim. Participação da mulher na política: as reformas políticas que temos e as que queremos. *In*:

PINTO, Amanda Luiza de Oliveira; BERLOTTI, Bárbara Marianna de Mendonça A.;

FERRAZ, Miriam Olivia Knopik (org.). **Reformas legislativas de um estado em crise**. Curitiba – PR: Editora Íthala, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VASAK, KAREL. Human rights: as a legal reality. *In*: The international dimensions of human rights, v. 1. Westport, Connecticut: Greenwood Press, 1982. Tradução em inglês de Dimensions internacionales des droits de l'homme. UNESCO, Paris, França. [1982].

WOLLSTONECRAFT, Mary. **A vindication of the rights of woman**: with strictures on political and moral subjects. Nova York: The Modern Library. (2001 [1792]).

YOUNG, Iris Mansion. Representação política, identidade e minorias. **Lua Nova**, São Paulo, n. 67, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452006000200006>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a06n67>. Acesso em: 18 nov. 2021.

# CAPÍTULO 17

## DERECHOS EDUCATIVOS, CIUDADANÍA Y COLECTIVOS DE MUJERES INVISIBLES: TRES CASOS DESDE LA TRANSICIÓN POLÍTICA ESPAÑOLA HASTA NUESTROS DÍAS

**Alba Sierra Rodríguez**

**Victoria Robles Sanjuán**

El periodo de Transición hacia la democracia española fue también el periodo que coincidió con el inicio de cambios importante en la vida de las mujeres. Junto a su introducción en el mercado laboral, se produjo una quiebra del modelo familiarista con el incremento de su insatisfacción con su vida familiar, matrimonial y de dependencia económica. La necesidad de un cambio social que representara la transición de una dictadura a una sociedad democrática avanzada fue aprovechada por ellas para expandir todo un proceso de liberación y de emancipación de viejas ataduras, que entonces vieron posibilidad de transformación.

Este movimiento feminista estaba siendo articulado internacionalmente desde finales de los sesenta con la pretensión de adquirir conciencia y concienciar a la sociedad sobre la necesidad de las mujeres, tanto de su liberación como de la exposición de un conjunto de demandas necesarias para cambiar sus vidas. En nuestro país, esta articulación fue llevada a efecto en las casas, barrios, pueblos y ciudades, a través de redes informales y grupos formal e informalmente organizados. De todas esas luchas se generaron discursos dirigidos directamente al logro de derechos que quedaran reflejados en la Constitución española, pese a las dudas de que fuera aquélla la mejor herramienta para el cambio de una sociedad recién salida de una Dictadura a una que fuera democrática y justa.

La mayoría de las proclamas y reivindicaciones del movimiento feminista en aquel momento, en la exigencia del logro de derechos legítimos ya conquistados por las mujeres en otros países, influyeron y afectaron directa o indirectamente en su educación y en sus derechos educativos. En los dos primeros puntos hablaremos de las conquistas y luchas por los derechos coeducativos en la España de finales de los setenta y de los ochenta.



## 1 ¿CUÁL ES LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA QUE DEFENDIERON LAS EDUCADORAS FEMINISTAS Y EN QUÉ DIRECCIÓN SE ENCAMINARON SUS PROPUESTAS?

En el contexto de Transición a la democracia ganó valor la idea de igualdad social, recogida expresamente en el art.14 de la Constitución de 1978, y este principio justificó muchos de los argumentos de las mujeres para transformar la escuela. Los pronunciamientos sobre una escuela en igualdad, que no llegaron al finalizar la Dictadura de Franco, se conformaron sobre la base de una lucha ideológica y política, civil y social (no específicamente pedagógica) e individual, dado que el nuevo significado de educación pasaba por la revisión de las identidades personales, ahora dirigidas a favorecer sujetos libres y autónomos, no encorsetados en modelos homófobos, clasistas o sexistas.

Una nueva ciudadanía se abría ante sus ojos. La defensa de las mujeres como ciudadanas, es decir, “la resignificación o revisión de su identidad individual y colectiva para una nueva agenda política, cultural y social” –en palabras de la profesora Mary Nash (2012, 355)–, y su práctica y aprendizaje requería la total revisión de sus vidas. Para esto se potenciará la visión de una educación distinta, rupturista de modelos patriarcales y androcéntricos, y de una escuela como proyecto, comprometida con las nuevas bases que el feminismo iría desarrollando en torno a la igualdad, al ejercicio de la ciudadanía y al cuestionamiento de las bases discriminatorias de la estructura social. El desafío que el feminismo plantó al conjunto de fuerzas sociales y políticas tuvo entonces, por tanto, efectos inmediatos sobre la propuesta de modelos escolares.

Recordando algunas de las propuestas programáticas internas del movimiento feminista político y teórico –el derecho al divorcio, al aborto, a gozar de una sexualidad libre, a la igualdad salarial, al ejercicio político, a la toma del poder y a la defensa de derechos como la contracepción y la planificación familiar–, nos encontramos con la formulación de un nuevo vínculo **feminismo-educación** que fue en los primeros años de movilización (1975-79) mucho más teórico que práctico, es decir, que afectó mucho más al desarrollo de ideas y planteamientos teóricos, que a la organización, estructura curricular y relaciones dentro del sistema educativo. Esto fue debido, en parte, a la tardía incorporación de maestras a la elaboración de argumentos feministas procedentes de sus prácticas educativas, y en parte, a que las maestras y profesoras de estos colectivos priorizaron su esfuerzo en el campo de batalla del feminismo político general y de los partidos políticos y sindicatos, demorando unos años su incidencia y revisión directa sobre las escuelas y otros contextos de formación feminista.

El aprendizaje de la teoría feminista se vinculó al feminismo educativo a partir de temáticas generales como: **la dicotomía público-privado** -llevada al terreno de su aprendizaje escolar, de la explicación histórica de la diferencia sexual y la contribución de las mujeres a la vida común-; **el acceso al poder** –transferido años después al contexto de las posiciones de poder de las docentes en los centros y organismos educativos, a la socialización para el poder y el no poder de chicos y chicas-; **el aprendizaje de la identidad sexual** –trasla-

dado más adelante al discurso de las emociones y la llamada coeducación sentimental—, y la **relación educación-empleo**, ineludible entre las aspiraciones de acceso laboral de las mujeres y de conciencia de una mayor y más cualificada formación, entre otras temáticas.

¿Qué modelo de educación proponen para hacer realidad la igualdad en la educación? La diversificación de estrategias del feminismo de los setenta para exponer públicamente sus ideas, proyectos, críticas y discursos es diversa, y muy amplia: actas de reuniones, panfletos, poster, revistas, periódicos, mítines, programas políticos, pasquines, fotografías, entrevistas, manifestaciones, ruedas de prensa, conferencias o concentraciones forman parte del organigrama de concienciación personal y social, de debate y movilización colectiva.

La educación tomada como discurso para concienciar, correctora de sexismo, está prácticamente en toda estrategia global feminista, en su ideario y en sus declaraciones. A veces, se utiliza como denuncia contra el sistema general patriarcal, como reza en este manifiesto de *LAMBROA, grupo feminista de EUSKADI*, en 1977:

“Las mujeres debemos de preguntarnos ya qué intereses pueden tener los partidos políticos masculinos en plantear una lucha feminista coherente y si no ha llegado el momento de organizarnos autónomamente, llevando hacia adelante las riendas de nuestra lucha para conseguir poner fin a la sociedad patriarcal en la que se fundamenta nuestra opresión. Luchemos por conseguir una educación no discriminatoria...”  
(Vindicación Feminista, 1977, s.p.)

El estudio de la educación sexista y su alternativa fue considerado como bisagra para replantear otras muchas claves del feminismo (familia, aborto, doble jornada laboral se ven como la consecuencia de una educación discriminatoria). Las primeras y emblemáticas *Jornadas Nacionales por la Liberación de la Mujer de diciembre de 1975* desarrollaron un compromiso global con el cambio educativo, con críticas a la *Ley General de Educación* y a la introducción de materias específicas femeninas. Cuestionaron la naturalización de las mujeres con discursos contrabiologicista que cuestionaron el androcentrismo en los contenidos escolares infantiles y juveniles. Incluyeron propuestas globales de cambios curriculares en la escuela, de muy diverso perfil y calado: *metodológicos* (apuesta por la enseñanza democrática), *formativos* (derogación de asignaturas de carácter doméstico e introducción de otras materias comunes) y *organizativos* (tiempos escolares, jornadas escolares, nuevas infraestructuras -con propuestas de transportes escolares y la creación de colonias escolares de verano-). Denunciaron, al fin, una cultura escolar machista a través del sexismo en los comportamientos, la baja consideración de las docentes, la devaluación de su profesionalidad que consideraban como propia.

Meses después, en 1976, y con el caudal de ideas que daba una conciencia colectiva emergente, se celebraron en Barcelona las *Jornades Catalanes de la Dona*. Allí se añadirían a la agenda anterior otros elementos como la enseñanza gratuita, libre, antiautoritaria y estatal, la implantación de la coeducación y de una educación sexual.

Fijándonos en la revista pedagógica *Cuadernos de Pedagogía*, en 1977, la socióloga Marina Subirats afirmó lo siguiente:

“Implantar la coeducación es, por tanto, construir un modelo educativo diferente del actual, pensando en términos de un nuevo sistema de valores a desarrollar en el conjunto de individuos, hombres y mujeres. Tarea en la que la escuela ha de ir por delante de la familia; los estereotipos familiares varían más lentamente, dado que se carece en ella de la capacidad de reflexión colectiva que puede darse entre los maestros” (1977, 24)

Aunque el debate sobre la coeducación no terminaría de arrancar hasta bien entrada la década de los ochenta, las bases de un cambio de valores educativos y de un cuestionamiento explícito de la escuela tradicional vigente y de sus consecuencias, principalmente para las mujeres, estaba planteada al conjunto de la comunidad escolar y social.

## **2 NO HAY DEMOCRACIA SIN REEDUCACIÓN SOCIAL: EL CASO LANBROA PARA LA EDUCACIÓN DE LA CIUDADANÍA EN LOS AÑOS OCHENTA**

Reeducar a la ciudadanía fue una tarea encomiablemente organizada por los feminismos de distintas sensibilidades en el inicio de la democracia tras la dictadura en España.

Con la llegada del proceso de democratización a nuestro país, la emergencia y actuación política de los grupos feministas constituyó uno de los ejes fundamentales de concienciación social, demanda de derechos y revisión ideológicas de los parámetros de convivencia social. Con todo lo que había que hacer por el logro de la igualdad entre mujeres y varones, el despliegue de recursos fue tan amplio, los conocimientos aplicados y revisados tan diversos, el ejercicio de reinención política tan intenso, y la cultura política reescrita por las mujeres tan evidente que resultaba fácil entender que los cambios tendrían que dar con fórmulas pedagógicas que contribuyeran a construir, en la teoría y en la práctica educativa del movimiento, un nuevo sujeto de pensamiento y acción política, un sujeto de derecho: “El feminismo español se convirtió en agente educador y dinamizador de la educación y la cultura femenina como instrumento de la liberación de las mujeres” (Nash, 2014, 37).

Una de las estrategias pedagógicas de aquellos grupos feministas se fue concretando en la organización de grupos específicos de mujeres, de base asamblearia y autogestionados, considerados como herramienta política para el cambio social (Robles, 2012). Entre las experiencias asociativas vindicativas feministas puestas en marcha en el Estado español, nos fijamos en el colectivo Lanbroa, que constituyó un ejemplo significativo del compromiso teórico y político, pedagógico y social, que también lo fue de otros grupos a los que no podemos aludir aquí por la limitación de este trabajo.

El grupo fue vínculo entre la sociedad, las instituciones y la agrupación de feministas que estructuraron y consolidaron unas señas de identidad propias basadas en la reeducación de hábitos, pensamientos y prácticas sexistas. Propuso un ejercicio de ciudadanía forjado tanto en lo político, con vínculos con las administraciones y sindicatos; en lo social, con la formación de una nueva ciudadanía libre de prejuicios; y en lo civil, inspirador de libertades personales e igualdad entre los seres humanos.

A partir de entonces, y dentro del colectivo se creó una comunidad de trabajo coeducativo a la que denominaron Colectivo de Coeducación Emilia Pardo Bazán, que aún existe y que trabaja intensamente en favor de un cambio global en la educación. La tarea dio comienzo con diferentes enfoques aplicados: familias, centros, sociedad, profesorado y alumnado.

Cuanto más profundizaba este grupo de feministas en el conocimiento del feminismo, cuanto más sabía sobre su teorización, nuevas preguntas y grandes necesidades de cambio les iban surgiendo. El vínculo con el feminismo como estrategia de liberación estaba identificando todo su trabajo, y se puede decir que sobrepasándolo. Desde la teoría feminista, tomaban y revisaban aspectos conceptuales, metodológicos, políticos que luego aplicaban a las distintas áreas temáticas que mantenían en sus debates, estudios y enseñanzas, con el fin de reelaborar los discursos vigentes para adaptarlos y orientarlos hacia contextos libres de sexismo, de desigualdad y de desequilibrios entre mujeres y varones. Con esas reflexiones, las feministas enseñantes pusieron patas arriba la doctrina patriarcal, sus usos y costumbres, aventurando complejos debates teóricos y enseñanzas transformadoras. Su empeño fue crear una comunidad feminista con conciencia individual y colectiva cuyo eje vertebrador fuera crear personas en igualdad. La educación para la igualdad, la sexualidad, el aborto, el sexismo entre muchas otras problemáticas identificadas se convertirían, así, en una prioridad de orden político y pedagógico, en un compromiso desde el feminismo y para la sociedad.

Lanbroa, desde 1986 fue un grupo que consolidó líneas de pensamiento y de actuación; creó una identidad propia a través de sus proyectos políticos y, entre sus objetivos de actuación, fue clave la enseñanza para generar una conciencia feminista colectiva, lo que llamaron “primera línea de actuación”. Para sus cofundadoras, esta línea fue pronto compatible con la institucionalización de contextos de actuación pedagógica de reconocimiento y apoyo político en la administración pública, que pudieran provocar cambios socioeducativos, lo que denominaron “segunda línea de actuación”.

Como grupo de pensamiento, comenzó a poner en marcha en 1987 multitud de estrategias formativas, abundantes y diversas, tanto desde metodologías dialógicas como autoformativas. La necesidad de hacerse colectivamente preguntas, buscar datos y respuestas educativas marcó desde sus comienzos los compromisos teóricos y militantes del grupo. En este entorno de trabajo interno fueron desarrollando metodologías de trabajo que respondieran a premisas assemblearias, autorreferenciales, que encajaran y dieran sentido a enseñanzas reflexivas y a aprendizajes cooperativos en los distintos espacios de formación que han venido desplegándose en el grupo feminista desde entonces hasta la actualidad. Era una empresa de racionalidad pedagógica, seleccionada en base a saberes y cultura feminista, dirigida tanto a las mujeres como a la sociedad en su conjunto, para incorporarla a partir de métodos razonables y apropiados.

El grupo iniciaba una selección relevante de saberes feministas acerca de la cultura machista y de las formas de alterarla, para que, partiendo de ellas mismas como sujetos de cambio, y contando con la complici-

dad de otras muchas mujeres, fuera repensando el mundo y motivando su interés y su perspectiva crítica. Para ello, partían de la recuperación de todo lo positivo construido por la cultura femenina, como la denominaban, y todo lo positivo construido por la cultura masculina, que les permitiera elaborar un modelo nuevo de persona, de pensamiento y de sociedad. Confrontando las distintas teorías feministas, rechazaron el discurso esencialista que señala el principio del somos mujeres con un cuerpo de mujer. La diferencia, para ellas, esencializa; la cultura identifica, crea, construye, pero también oprime. Convertirla, recuperarla y reconocer como valores sociales para la humanidad lo elaborado para hombres y para mujeres es el cimiento para construir personas, pensamiento y sociedad. La base experiencial de cada miembro de la comunidad era fundamental en el desarrollo intelectual de la misma.

Fueron discursos autorreferenciados que no emanaban necesariamente de autoras consagradas o autores de referencia. Las cuestiones personales eran las que servían de acicate para el diálogo, la reflexión colectiva, que luego pasaban por el cuerpo, lo que significaba que intelectualizaban el discurso y lo volvían a interiorizar. Venía a ser un proceso en el cual importaba más el cómo hagas las cosas que piensas al cómo las dices.

En aquel momento de 1986, el feminismo relacionado con la educación hablaba de sexismo a través de los juguetes, el uso de los espacios, el lenguaje sexista, la necesidad de visibilizar a las mujeres en la historia, los estereotipos sexistas, los textos androcéntricos y todas aquellas primeras cuestiones que comenzaron a trabajarse en el periodo de emergencia del discurso coeducativo. El aprendizaje del feminismo condujo a la necesidad de llevarlo a las aulas para transformarlas, lo que constituía una verdadera tarea pedagógica cotidiana de detección, reflexión común, profundización en las teorías y proyección sobre el aula de los elementos que desequilibran las vivencias entre los sexos.

La primera tarea significativa que emprendieron algunas de ellas fue la de generar un diagnóstico de cuáles eran los elementos discriminatorios en la educación de las niñas y los niños: en el uso del espacio, el uso del lenguaje, lo que con el tiempo va dando lugar a debates sobre corresponsabilidad, anorexia, violencia de género, valores, etc. La función del feminismo en la escuela la entendieron como el medio de horadar esa estructura asfixiante para chicas y chicos y generar un modelo de organización social solidaria, donde los hombres pudieran crecer como personas y las mujeres también, y donde las niñas aprendieran a ser personas en el aula, y los niños también. La base fundamental de la coeducación iba encaminada a la desestabilización de esa estructura jerárquica y a buscar una fuente nueva de aprendizaje de cómo ser personas.

Para trabajar con el profesorado, con el alumnado de las aulas, con las familias (en particular, con las asociaciones de padres y madres) y con centros específicos de adultas y adultos, fueron elaborando materiales para la sensibilización hacia una educación no sexista. Con la asociación de madres y padres comienza a trabajarse en los años 1986 y 1987.

Se trabajaban aquellas actividades extraescolares que fueran coeducativas: cuál era el significado y la importancia de una actividad no discriminatoria. El trabajo se extendía más allá de las APAS (AMPAS<sup>1</sup> en la terminología actual) de Euskadi y del Estado español.

Pese a las suspicacias que pudieran darse al enfrentar dos realidades ideológicas y políticas diferentes, la CEAPA<sup>2</sup> vasca se mostraba animada en muchas ocasiones a incorporar a estas profesionales de la coeducación como enseñantes y guías coeducativas en distintos grupos. Con las guías y otros textos elaborados, los panfletos y manifiestos, las revistas de elaboración propia y otros materiales disponibles, con todo este equipaje, los talleres, las jornadas de fines de semana, las intervenciones en los consejos escolares, en las escuelas y en la sede de Lanbroa se incrementaron, siempre bajo la coordinación informal entre la asesoría de coeducación, el profesorado de esos sindicatos de enseñanza, profesorado de las escuelas en general, federación de madres y padres, alumnado y federación de ikastolas. En suma, un trabajo conjunto, pionero, en el que intervenían todos los agentes responsables de la educación, educadoras feministas implicadas en un proceso de reaprendizaje social.

### **3 LA INFLUENCIA DEL MOVIMIENTO FEMINISTA EN LOS PROCESOS DE LUCHA POR EL ACCESO A DERECHOS DE LAS MUJERES: LOS APORTES DEL FEMINISMO INTERSECCIONAL EN EL ANÁLISIS DE LA TRATA DE PERSONAS**

Como hemos visto en los epígrafes anteriores, históricamente el movimiento feminista ha sido fundamental en el proceso de lucha y acceso a derechos de las mujeres para posibilitar el ejercicio de su ciudadanía en condiciones de igualdad formal. Sin embargo, y a pesar de los diferentes esfuerzos de la militancia feminista, en el Estado español todavía existen diversas situaciones y contextos que impiden que las mujeres sean reconocidas de forma igualitaria y por tanto, no existe un ejercicio de derechos efectivo. Es entre otros casos el de las mujeres en situación de trata, explotación sexual y en situación de irregularidad administrativa, debido a que además de sufrir el fenómeno de la trata y la consecutiva explotación, la situación de irregularidad administrativa no les permite el acceso a derechos como el de sanidad, residencia y trabajo.

Para identificar algunas de los factores que impiden el acceso a derechos en este caso, serán fundamentales los aportes del feminismo interseccional de Hill Collins y Bilge (2016) ya que nos permiten localizar algunas de las relaciones desiguales de poder que originan situaciones de subordinación para estas mujeres. Concretamente, será fundamental el análisis del ámbito disciplinario del poder, en el que es posible analizar la actuación de las personas en relación a las categorías administrativas y sociales que reciben por parte de las instituciones. Como veremos, ser identificadas como víctimas de trata por el Estado español, será un aspec-

1 Asociaciones de Madres y Padres.

2 La CEAPA es la Confederación Española de Asociaciones de Padres y Madres de la Escuela Pública.

to básico en la consecución de determinados derechos. También abordaremos el ámbito cultural del poder, al analizar el impacto que tienen a nivel simbólico, los mecanismos establecidos para el reconcimientto oficial de las víctimas de trata.

### **3.1 LAS MUJERES EN SITUACIÓN DE TRATA, EXPLOTACIÓN Y SITUACIÓN DE IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA: NORMATIVA Y PROCESOS DE IDENTIFICACIÓN**

La trata es un fenómeno global definido por las Naciones Unidas (2000) como aquel acto de captación, traslado y recepción de personas, mediante el uso de violencia, engaño, amenaza, coacción o aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad con la finalidad de que exista posteriormente un lucro en base a la explotación laboral, sexual, para la mendicidad, la servidumbre o el tráfico de órganos de esa persona. A pesar de que la trata según otros acuerdos internacionales como el Convenio del Consejo de Europa (2004) puede ser transnacional o nacional, según el traspaso de fronteras internacionales o no, en Europa la mayoría de casos de trata que existen son transnacionales y por tanto, un porcentaje elevado de esta población se encuentra también en situación de irregularidad administrativa, viéndose expuesta a las consecuencias de la Ley orgánica 14/2003 del 20 de noviembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social.

Esta ley configura la estancia administrativa irregular en el Estado español como una infracción de carácter grave, castigada con sanciones económicas e incluso con la expulsión del territorio. La existencia de otras leyes como Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, exclusivamente permiten el acceso al sistema sanitario a aquellas personas que justifiquen una estancia mayor a noventa días en el territorio español, por lo que a aquella población sin documentación y que por tanto, no pueda demostrar la duración de su estancia, le es obstaculizado el acceso a un derecho básico y universal como el de la salud.

Para evitar la exclusión de derechos o la deportación de población en situación de trata y de irregularidad administrativa, en el Estado español se incorporó el Artículo 59Bis a la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros, que establece un proceso de identificación de situaciones de trata de personas y permite un periodo de restablecimiento y reflexión de 90 días, para aquellas personas que se encuentren en esta situación, impidiendo durante este tiempo cualquier tipo de sanción vinculada con su situación de irregularidad administrativa. Se concede también un permiso temporal de residencia y el acceso al sistema sanitario durante este periodo. Este permiso es renovable en caso de circunstancias personales de las víctimas que impida por ejemplo el retorno a sus países de origen o en caso de colaboración policial en la persecución del delito de trata. El proceso de identificación también está recogido en el Protocolo Marco de Acción contra la Trata en el que se establece que exclusivamente son las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado quienes están capa-

citadas para realizarlo, siendo también quiénes detectan la mayoría de situaciones mediante redadas policiales (Gobierno de España, 2011).

A pesar de que en ninguno de los documentos anteriores se limita la población que puede tener acceso a estas medidas, la existencia de otras medidas anti-trata como los Planes Integrales de Acción contra la trata de Mujeres y niñas con fines de explotación sexual, así como la tipificación del fenómeno de la trata mediante el 177 Bis por un lado, y por otro, de los delitos de explotación sexual, corrupción de menores o prostitución coactiva de manera aislada, mediante los artículos 187 y 188 del Código Penal, parecen dirigir la mirada institucional en la lucha contra la trata hacia esta población y esta tipología mayoritariamente (Gobierno de España et al., 2014).

### **3.2 LA CATEGORÍA DE VÍCTIMA DE TRATA: EXCLUSIÓN DE DERECHOS PARA LA POBLACIÓN NO IDENTIFICADA Y REVICTIMIZACIÓN DE LAS MUJERES IDENTIFICADAS**

La disposición de estas medidas que se corresponde con un aumento de las diligencias iniciadas parece no culminar en un mayor éxito en el aumento de condenas, así como parece colocar el peso de las investigaciones en la denuncia policial de las víctimas, siendo el motivo principal por el que se inician la gran mayoría de ellas (Fiscalía de Extranjería, 2017). El Informe de Fiscalía del año 2017, arroja que un 27% del total de diligencias iniciadas lo hace debido a denuncia de las víctimas. En menor medida, por la acción policial, el 10% de ellas aproximadamente. El resto corresponde con denuncias anónimas o cooperación policial internacional. En este sentido, el informe del Grupo de Expertos contra la Trata de seres Humanos del Consejo de Europa del 2013, GRETA en sus siglas en inglés, señala que las propias autoridades españolas vinculan la identificación con la colaboración policial de la persona en la persecución penal (Consejo de Europa, 2013, p. 38). Recomendando la incorporación formal de las ONGs a los procesos de identificación de la población que puede ser víctima de trata (Consejo de Europa, 2013, p. 7).

De acuerdo a los datos, parece que para ser reconocida como víctima de trata es necesario colaborar activamente con la policía, lo que aparta de este mecanismo de acceso a derechos a aquellas personas que no quieren o no pueden colaborar. Efectivamente, existe una gran diferencia entre la población detectada de manera informal por las ONGs especializadas en la acción contra la trata de personas y aquellas que finalmente son identificadas por la policía. En concreto, en los casos de mujeres en situación de explotación sexual y trata, mientras que las ONGs han detectado aproximadamente a 10.062 mujeres en situación de trata y explotación, las autoridades han reconocido oficialmente como víctimas a 1.180 (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015).

De esta manera se construye la categoría de víctima de trata en el ámbito disciplinario del poder, generando como hemos analizado una relación desigual de poder con las instituciones españolas al forzar a las muje-



res a una conducta determinada para ser reconocidas como víctimas del delito. Un comportamiento que tiene que ver con la colaboración con las investigaciones y la verbalización de las experiencias de violencia sufridas, provocando procesos de revictimización en ellas. De hecho, en las identificaciones oficiales se destaca que se relatan hechos de “extraordinaria gravedad por la violencia ejercida sobre las víctimas” (Gobierno de España et al., 2014, p. 381). Esta conducta a su vez coincide con la imagen estereotipada efectuada por la mirada colonial sobre las mujeres migrantes de la que nos habla Mohanty (2008), vistas como mujeres desconocedoras de sus derechos y necesitadas de ayuda para la mejora de su situación.

Este mecanismo de reconocimiento de derechos tiene que ver con que actualmente existe una ruptura con el concepto de ciudadanía y para las personas migrantes en situación de irregularidad administrativa, el acceso a derechos viene determinado por la exposición de su “cuerpo sufriente”, en virtud de la compasión que despierten sus relatos y en base a las razones humanitarias que fundamenten la necesidad de residir en un determinado territorio (Fassin, 2003, p.52). Este mecanismo permite también establecer una dicotomía entre la población migrante, aquellas personas a las que les es legitimado el acceso a derechos y aquellas cuya situación no es reconocida como merecedora de la compasión suficiente que permita el ejercicio de derechos. A nivel simbólico, este mecanismo de concesión de derechos como el de residencia, sanidad y trabajo, permite además construir una imagen del Norte de Europa como salvador de aquellas personas que sufren violaciones de derechos humanos, localizados en sus países de origen y catalogados como anclados en la tradición (Fassin, 2015).

Por tanto, la vinculación de la situación de trata y explotación con la de irregularidad administrativa en el Estado español no solo obstaculiza el acceso a determinados derechos básicos como el de residencia, el de sanidad o trabajo para parte de la población que sufre la trata y la explotación, y que no es reconocida por las instituciones. Incluso la existencia de categorías como la de víctima de trata y el proceso de identificación para poder ser categorizada como tal, genera que aquellas personas que son oficialmente identificadas por las instituciones españolas, no accedan a sus derechos en condiciones de igualdad, sino con una identidad de víctimas que reproduce relaciones desiguales de poder entre ellas y las administraciones, provocando procesos como la revictimización. Además estos mecanismos establecen en el relato social sobre la trata, la imagen del Norte de Europa como salvador, legitimando socialmente este funcionamiento de asignación de derechos, en los que aspectos relativos a la extranjería dificultan el reconocimiento en condiciones de igualdad de las personas implicadas.

## REFERENCIAS

CONSEJO DE EUROPA. *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*. 2005.

*Evaluation report of the Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings (GRETA) concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain*, n. 16. 2013.

FASSIN, D. Gobernar por los cuerpos, políticas de reconocimiento hacia los pobres y los inmigrantes en Francia. *Cuadernos de Antropología Social*, v. 17, 49-78. 2003.

FASSIN, D. La economía moral del asilo. Reflexiones críticas sobre la «crisis de los refugiados» de 2015 en Europa. **Revista de dialectología y tradiciones populares**, v. 70, n. 2, 277-290, 2015. <https://doi.org/10.3989/rctp.2015.02.001.02>.

FISCALÍA DE EXTRANJERÍA. **Diligencias de seguimiento del delito de trata de seres humanos año 2017**. 2017.

GOBIERNO DE ESPAÑA. **Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado**. Gobierno de España, 2014

GOBIERNO DE ESPAÑA. **Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos**. Gobierno de España. 2011.

HILL-COLLINS, P., & BILGE, S. **Intersectionality**. Polity Press, 2016.

[Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal Español, referente a los delitos de trata de seres humanos](#). Jefatura del Estado. España. 24 de Noviembre de 1995.

[Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal Español, Referente a los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y de corrupción de menores](#). Jefatura del Estado. España. 24 de Noviembre de 1995.

Ley orgánica 14/ 2003 del 20 de noviembre. Sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social. **Boletín Oficial del Estado**, 279, 21 de noviembre de 2003, páginas 41193 a 41204. url: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2003/11/20/14>.

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. **Plan integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual**. 2015.

MOHANTY, Chandra. Bajo los ojos de Occidente academia feminista y discursos coloniales. *En*: SUÁREZ, L.; HERNÁNDEZ, R. **Descolonizando el feminismo: teorías y prácticas desde los márgenes**. Cátedra. 2008. p. 117-164.

NACIONES UNIDAS. **Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños**, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. 2000.

NASH, Mary. Feminismos de la Transición: políticas identitarias, cultura política y disidencia cultural como resignificación de los valores de género. *En*: PÉREZ-FUENTES, Pilar (ed.) **Entre dos orillas. Las mujeres en la Historia de España y América Latina**. Barcelona, Icaria, 2012. p.355-380.

REAL DECRETO-LEY 7/2018, DE 27 DE JULIO, SOBRE EL ACCESO UNIVERSAL AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD (2018) **Boletín Oficial del Estado**, 183, 30 de julio de 2018, páginas 76258 a 76264 (url: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2018/07/27/7>).

ROBLES SANJUÁN, Victoria. Cuando los cambios son también nuestros: movimientos feministas y propuestas educativas transformadoras. *En*: AÑAÑOS, Fanny (ed.) **La educación social en contextos de riesgo y conflicto: las mujeres en las prisiones**. Barcelona, Gedisa, p. 37-154, 2010.

ROBLES SANJUÁN, Victoria. Asociacionismo político para la reeducación de la ciudadanía. El colectivo lanbroa de bizkaia (1975-). *In*: JORNADES D'HISTÒRIA DE L'EDUCACIÓ. 20., 2012. Girona: Universitat de Girona. Servei de Publicacions, 2012. p. 314-330.

SUBIRATS, Marina. **Cuadernos de Pedagogía**, p. 22-27. 1977.

VINDICACIÓN FEMINISTA, nº14 (1 de agosto).

# SEÇÃO XI

## O MEIO AMBIENTE E AS MULHERES

## SUMÁRIO SEÇÃO XI

### INTRODUÇÃO

O MEIO AMBIENTE E AS MULHERES..... 2245

*RENATA MOTA MACIEL*

*SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES*

*PATRICIA PACHECO RODRIGUES*

*SAMIRA RODRIGUES P. ALVES*

### CAPÍTULO 1

HARMONIA COM A NATUREZA: UM PARADIGMA BIOCÊNTRICO PARA O DIREITO..... 2246

*MARIANA RIBEIRO SANTIAGO*

### CAPÍTULO 2

A TUTELA AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: INTERPRETAÇÃO DO ART. 255 PARA O ALCANCE DE UM DESENVOLVIMENTO MAIS EQUILIBRADO..... 2262

*LÍVIA GAIGHER BÓSIDO CAMPELLO*

*ANA CAROLINA VIEIRA DE BARROS*

### CAPÍTULO 3

DESASTRES E MULHERES: UMA ANÁLISE SOBRE O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL PARA A PRIORIZAÇÃO E AMPLIAÇÃO DA REPRESENTATIVIDADE DAS MULHERES NA GESTÃO DE DESASTRES NO BRASIL..... 2274

*KARINA DENARI GOMES DE MATTOS*

*MÔNICA SAPUCAIA MACHADO*

### CAPÍTULO 4

A CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMA: A INEXORÁVEL LIGAÇÃO ENTRE A PROTEÇÃO DA VIDA E A PROTEÇÃO DA FAUNA..... 2287

*ELIANA FRANCO NEME*

# INTRODUÇÃO

## O MEIO AMBIENTE E AS MULHERES

**Renata Mota Maciel**

**Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques**

**Patrícia Pacheco Rodrigues**

**Samira Rodrigues P. Alves**

Conforme preconiza nossa [Constituição de 1988](#) em seu artigo 225, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Há busca pelo equilíbrio também nas relações de gênero, uma demanda no campo jurídico, que apesar de fornecer instrumentos para amenizar a desigualdade entre os sujeitos, ainda não foi capaz de equiparar homens e mulheres, fato esse observado na sub-representatividade feminina que ocorre no tanto no poder, como na área acadêmica.

Constantemente vive-se a ideia dos freios e contrapesos entre os direitos individuais e coletivos, no ambiente público-privado, assunto que se torna tema de discussões globais, sobre os riscos sociais para diferentes partes da sociedade e que precisam quase sempre de um aporte personalizado. Daí a proposta de que os problemas sociais sejam compartilhados e os recursos públicos investidos pelo viés da sustentabilidade. E no empreendedorismo feminino ainda mais, pois com o isolamento social, as mulheres receberam mais uma carga de trabalho extra, uma tripla jornada que se agravou na pandemia.

Diversas foram as mudanças de ordem econômica, social, cultural e tecnológica ocorridas no mundo que afetaram a relação entre trabalho e família (em suas diversas configurações, dada a dificuldade de sua conceituação) e que refletiram no gênero (no seu desenvolvimento conceitual, no decorrer da história e sob influência dos vários movimentos de mulheres), assim como a busca do desenvolvimento sustentável e a sustentabilidade social no ambiente doméstico e seus reflexos no panorama atual.

As empresas transnacionais planejam atividades de nível tecnológico à escala global, descentralizando as atividades produtivas em diferentes regiões e continentes, cumprindo seletivamente as diferentes legislações nacionais e concentrando seus investimentos nos países mais vantajosos. Dessas rupturas advém o desaparecimento gradual da soberania dos Estados, o enfraquecimento do seu poder de intervenção, controle e orientação da sociedade civil por seus meios jurídicos tradicionais.

Nesse cenário, diversos são os desafios para o Direito Ambiental dado os aspectos do poder econômico, na atual sociedade complexa. O ideal é a efetividade dos direitos humanos, a preservação do crescimento econômico, sem a degradação do meio ambiente e do trabalho humano, com o viés da sustentabilidade ideais também presentes nas perspectivas do Capitalismo Humanista.

# CAPÍTULO 1

## HARMONIA COM A NATUREZA: UM PARADIGMA BIOCÊNTRICO PARA O DIREITO<sup>1</sup>

Mariana Ribeiro Santiago

### INTRODUÇÃO

Desde que o direito ao desenvolvimento foi reconhecido na seara internacional como um direito humano inalienável, com ênfase para a Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento (Resolução nº 41/128, da Assembleia Geral das Nações Unidas, 1986), intensificaram-se os estudos sobre a matéria, em diversas perspectivas, preponderando, na seara internacional, a visão do desenvolvimento sustentável (Relatório Brundtland, Rio 92, Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável, Rio+20 e Cúpula de Desenvolvimento Sustentável).

A proposta do presente trabalho é demonstrar, todavia, a insuficiência do discurso *mainstream*, da doutrina do desenvolvimento sustentável – focada, pela perspectiva antropocêntrica, na qualidade de vida da atual sociedade e gerações futuras –, para a efetiva proteção do meio ambiente.

O estudo justifica-se pela percepção da gravidade das questões ambientais que atingem a sociedade global na atualidade, o que implica na busca de soluções eficazes, partindo da percepção da necessidade de se conferir maior protagonismo à natureza em matéria de proteção ambiental.

Objetiva-se, com o presente estudo, confrontar as doutrinas do desenvolvimento sustentável e teorias de pós-desenvolvimento, expondo as críticas sofridas pelo discurso hegemônico, que apontam para uma adjetivação acerca do desenvolvimento que maquia a emergência de adoção de medidas mais concretas sobre o meio ambiente, verificando-se se é viável juridicamente a aplicação do paradigma biocêntrico ao tema.

Para tanto, abordar-se-á no primeiro tópico a teoria do desenvolvimento sustentável e a crítica do pós-desenvolvimento. Após isso, é realizada uma exposição sobre a doutrina relacionada aos direitos da Natureza, de perspectiva biocêntrica, e sua inserção na seara internacional e nacional.

Por fim, para a concretização da pesquisa observa-se revisão bibliográfica, com amparo na doutrina estrangeira e nacional, bem como análise de documentos. Na abordagem, utiliza-se os métodos dialéticos, partindo-se da análise de diferentes e conflitantes vertentes sobre o tema do desenvolvimento e o meio ambiente,

<sup>1</sup> Publicado originalmente na obra *La tutela de derechos individuales y colectivos en el Estado de derecho*, cap. 6 **Harmonia com a natureza: um paradigma biocêntrico para o direito**. Disponível em: <https://librosesmic.com/index.php/editorial/catalog/book/33>.

em contraponto, para o aprofundamento da sua compreensão, bem como das rivais perspectivas antropocêntrica e biocêntrica.

## 1 DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL AO PÓS-DESENVOLVIMENTO: UMA ANÁLISE DIALÉTICA

É cediço que a criação da Organização das Nações Unidas – ONU, em 1945, resulta de um esforço histórico e um consenso internacional, posteriores aos horrores da Segunda Grande Guerra, sobre a necessidade de promover a estabilidade e o bem-estar indispensáveis às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, inclusive pela via do desenvolvimento econômico.

A partir de então, o direito ao desenvolvimento foi objeto de inúmeros instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, com ênfase para a Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento (Resolução nº 41/128, da Assembleia Geral das Nações Unidas, 1986), que, em seu art. 1º, reconhece o desenvolvimento como um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.<sup>2</sup>

Posteriormente, em 1993, a Declaração de Viena, resultado da Conferência de Direitos Humanos, traz cinquenta e sete citações para a palavra desenvolvimento, incluindo a necessidade de promoção e o encorajamento do respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais para todos, bem como do respeito pelo princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, da paz, da democracia, da justiça, da igualdade, do Estado de Direito, do pluralismo, do desenvolvimento, de melhores padrões de vida e da solidariedade.<sup>3</sup>

Sob tal perspectiva, o desenvolvimento deve ser entendido como um processo global voltado à melhoria da qualidade de vida dos indivíduos, de forma ativa, livre e significativa, cabendo ao Estado o dever de criar as condições favoráveis ao desenvolvimento supranacional e interno.<sup>4</sup>

Paralelamente ao estudo e regulamentação do desenvolvimento como um direito humano, a questão ambiental foi objeto das atividades das Nações Unidas, já em 1972, resultando na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, que originou uma declaração reconhecendo a necessidade de um critério e de princípios comuns que ofereçam aos povos do mundo inspiração e guia para preservar e me-

2 SUBEDI, Surya P. **Declaration on the Right to Development**. New York, 4 Dec. 1986. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/ha/drd/drd.html>. Acesso em: 22 out. 2019.

3 UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **Vienna Declaration and Programme of Action**. Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993. [1993?]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>. Acesso em 22 out. 2019.

4 SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; NASPOLINI, Samyra Haydée Dal Farra. Direito ao desenvolvimento no Brasil do Século XXI: uma análise da normatização internacional e da Constituição brasileira. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da *et al.* (org.). **Direito e desenvolvimento no Brasil no Século XXI**. Brasília: Ipea/CONPEDI, 2013. p. 127-128.

lhorar o meio ambiente humano. Dessa conferência também foi originado o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (ONU Meio Ambiente), passando a coordenar os trabalhos acerca do meio ambiente global.<sup>5</sup>

A Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, de 1972, de fato, colocou a questão do meio ambiente na agenda internacional, tendo sido precedida pelo encontro Founex, de 1791, e de uma série de encontros e relatórios internacionais sobre o tema. Durante a preparação da Conferência de Estocolmo, duas posições se opunham: a que previa abundância (*the cornucopians*), considerando descabidas as preocupações com o meio ambiente, e os catastrofistas (*doomsayers*), com suas previsões sobre o apocalipse iminente decorrente do contínuo crescimento demográfico e econômico. Na Conferência de Estocolmo, ambas as posições extremas foram descartadas.<sup>6</sup>

Os temas do desenvolvimento e do meio ambiente ganham convergência em 1987, com o Relatório Brundtland<sup>7</sup>, também conhecido como “Nosso futuro comum”, onde há menção ao desenvolvimento sustentável, como aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas necessidades.

A partir desse marco, foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, também lembrada como a “Cúpula da Terra”, em 1992, no Rio de Janeiro, com a adoção da Agenda 21<sup>8</sup>, um documento assinado por 179 (cento e setenta e nove países, determinando, como áreas de ação: “proteger a atmosfera; combater o desmatamento, a perda de solo e a desertificação; prevenir a poluição da água e do ar; deter a destruição das populações de peixes e promover uma gestão segura dos resíduos tóxicos”, além de abordar questões como pobreza e a dívida externa dos países em desenvolvimento; padrões insustentáveis de produção e consumo; pressões demográficas e a estrutura da economia internacional.

O ideal do desenvolvimento sustentável repercutiu, ainda, de forma implícita na Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (1992), no Protocolo de Kyoto (1997), na Segunda Conferência da ONU sobre Assentamentos Humanos (Istambul, 1999), na Sessão Especial da Assembleia Geral sobre Pequenos Estados Insulares em Desenvolvimento (Nova York, 1999); na Cúpula do Milênio (Nova York, 2000) e na Reunião Mundial de 2005.<sup>9</sup>

Contudo, é na Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável (2002) que se apresenta o tripé da sustentabilidade, quando os Estados-Membros concordaram em assumir “a responsabilidade coletiva de fazer avançar e fortalecer os pilares interdependentes e mutuamente apoiados do desenvolvimento

5 NAÇÕES UNIDAS BRASIL. A ONU e o meio ambiente. 16 set. 2020. Disponível em <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em: 15 out. 2019.

6 SACHS, Ignacy. STROH, Paula Yone (org.). *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. p. 48-52.

7 UNITED NATIONS. *Report of the World Commission on Environment and Development: our common future*. 1987. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

8 UNITED NATIONS. *Agenda 21*. 1992. Disponível em <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>. Acesso em: 16 out. 2019.

9 NAÇÕES UNIDAS BRASIL. A ONU e o meio ambiente. 16 set. 2020. Disponível em <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em: 15 out. 2019.



sustentável – desenvolvimento econômico, desenvolvimento social e proteção ambiental – nos âmbitos local, nacional, regional e global”.<sup>10</sup>

Em 2012, novamente no Rio de Janeiro, ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio+20, na qual destacamos o uso da expressão “Mãe-Terra”, de especial interesse ao presente estudo. Também merece destaque a Cúpula de Desenvolvimento Sustentável (New York, 2015), pela adoção da Agenda 2030 e dos novos objetivos do Desenvolvimento Sustentável-ODS: 1) erradicação da pobreza, 2) fome zero e agricultura sustentável, 3) saúde e bem-estar, 4) educação de qualidade, 5) igualdade de Gênero, 6) água potável e saneamento, 7) energia limpa e acessível, 8) trabalho decente e crescimento econômico, 9) indústria, inovação e infraestrutura, 10) redução das desigualdades, 11) cidades e comunidades sustentáveis, 12) consumo e produção responsáveis, 13) ação contra a mudança global do clima, 14) vida na água, 15) vida terrestre, 16) paz, justiça e instituições eficazes, e 17) parcerias e meios de implementação.<sup>11</sup>

No campo doutrinário, diversas teorias surgiram sobre o direito ao desenvolvimento, cada uma delas construída a partir de diferentes premissas, recebendo grande destaque as ideias do ganhador do Prêmio Nobel de Economia Amartya Sen,<sup>12</sup> o qual critica a economia descritiva, desligada da ética, por esta identificar as ideias de crescimento do Produto Nacional Bruto – PNB e desenvolvimento, e afirma que precisam ser considerados como indicativos do desenvolvimento também outros fatores, como educação, saúde e os direitos civis, influenciando, dessa forma, a criação do Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, que considera a renda, saúde e educação.

Na obra “Desenvolvimento como liberdade”, o referido autor afirma:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. A despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo à maioria.<sup>13</sup>

Numa outra vertente, ganha destaque na doutrina o ideal de desenvolvimento sustentável, tendo como paradigma os esforços empreendidos no âmbito das Nações Unidas, inicialmente na Comissão Bruntland, de 1987, que o definiu como aquele que deve atender às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de atendê-las no futuro, através da superação da pobreza e do respeito aos limites ecológicos, aliados a

10 UNITED NATIONS. **Johannesburg Declaration on Sustainable Development**. 2002. Disponível em: [https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD\\_POI\\_PD/English/POI\\_PD.htm](https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POI_PD.htm). Acesso em: 16 out. 2019.

11 NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Conheça os novos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>. Acesso em: 16 out. 2019.

12 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 17.

13 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 18.

um aumento do crescimento econômico, como condição de possibilidade para se alcançar uma maior sustentabilidade das condições de vida globais.<sup>14,15</sup>

Sobre o tema da sustentabilidade, Juarez Freitas assevera:

trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento matéria e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.<sup>16</sup>

Na linha da mencionada Declaração de Joanesburgo, John Elkington,<sup>17</sup> autor da teoria *Triple Bottom Line*, afirma que a sustentabilidade deve abarcar não apenas o prisma ambiental, mas também as perspectivas econômica e social, todos intimamente interligados, implicando uma redefinição radical das novas visões de igualdade social, justiça ambiental e ética empresarial.

As ações da ONU e o ideal do desenvolvimento sustentável apresentaram resultados positivos no cenário internacional. Globalmente, o número de pessoas vivendo em extrema pobreza diminuiu mais da metade, visto que em 1990 eram 1,9 bilhão; a proporção de pessoas subnutridas em regiões em desenvolvimento caiu quase pela metade desde 1990, de 23,3% em 1990-1992 para 12,9% em 2014-2016; a cada dia, morrem 17 mil crianças a menos do que em 1990; a mortalidade materna caiu quase 50%, desde 1990; a matrícula na educação primária em países em desenvolvimento chegou a 91%; em 2015, 91% da população global já usava uma fonte de água potável aprimorada, comparado a 76% em 1990 etc.<sup>18</sup>

Por outro lado, as questões ambientais seguem gerando grande preocupação. A população global deve chegar a 9,6 bilhões de pessoas até 2050. Seria necessário o equivalente a três planetas para prover os recursos naturais necessários para sustentar os estilos de vida atuais. Mais de 1 bilhão de pessoas ainda não têm acesso à água potável. As emissões de gases de efeito estufa oriundos da atividade humana estão levando a mudanças climáticas, que alcançaram atualmente seu maior nível da história, aumentando quase 50% desde 1990. A energia é o principal contribuinte para as mudanças climáticas, sendo responsável por cerca de 60% das emissões globais totais de gases do efeito estufa. As fontes renováveis de energia, como vento, água, sol, biomas e energia geotermal são inexauríveis e limpas, mas, atualmente, constituem apenas 15% do conjunto global de energia.<sup>19</sup>

14 DELGADO, Ana Paula Teixeira. *O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 113-114.

15 PAYÃO, Jordana Viana; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A função social e solidária da empresa no âmbito das relações de trabalho. *Revista Direito da Cidade*, v. 8. n. 3, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/22109>. Acesso em 22 jan. 2018.

16 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

17 ELKINGTON, John. *Canibais com garfo e faca*. Tradução Patrícia Martins Ramalho. São Paulo: Makron Books, 2001. p. 73-76.

18 NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Conheça os novos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU*. Disponível em <https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>. Acesso em: 16 out. .2019.

19 NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Conheça os novos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU*. Disponível em <https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>. Acesso em: 16 out. .2019.

Treze milhões de hectares de florestas estão sendo perdidos a cada ano. Cerca de 1,6 bilhão de pessoas dependem das florestas para sua subsistência. Isso inclui 70 milhões de indígenas. Florestas são o lar de mais de 80% de todas as espécies de animais, plantas e insetos terrestres. 2,6 bilhões de pessoas dependem diretamente da agricultura, mas 52% da terra usada para agricultura é afetada moderada ou severamente pela degradação do solo. Das 8.300 raças animais conhecidas, 8% estão extintas e 22% estão sob risco de extinção. 80% das pessoas vivendo em área rural em países em desenvolvimento dependem da medicina tradicional das plantas para ter cuidados com a saúde básica.<sup>20</sup>

No Brasil, especificamente, o plano ambiental foi marcado por episódios gravíssimos, como, por exemplo, o vazamento de óleo na Baía de Guanabara, no Rio de Janeiro (2000), o vazamento de óleo nos Rios Barigui e Iguaçú, no Paraná (2000), o vazamento de barragem em Cataguases (2003), o rompimento de barragem em Mirai (2007), o vazamento de óleo na Bacia de Campos (2011), o incêndio na Ultracargo, no Porto de Santos (2015), o rompimento da barragem de Mariana, em Minas Gerais (2015), o rompimento da barragem de Brumadinho, em Minas Gerais (2019), o desmatamento e degradação ambiental na Amazônia (2019) e o óleo que atingiu recentemente a costa brasileira (2019).<sup>21,22,23</sup>

Os desastres e crises ambientais que afetaram o mundo nas últimas décadas e a forma como o discurso do desenvolvimento sustentável (entre outras teorias de desenvolvimento alternativo, que adjetivam a ideia de desenvolvimento) tem se mostrado lucrativo para determinados setores da economia, pela perspectiva antropocêntrica, eurocêntrica e economicista, têm levado alguns estudiosos a duvidarem da eficiência de tal teoria para a proteção do meio ambiente.<sup>24</sup>

De acordo com Ignacy Sachs, um dos mais importantes teóricos sobre a matéria,

O desenvolvimento sustentável é um desafio planetário. Ele requer estratégias complementares entre o Norte e o sul. Evidentemente, os padrões de consumo do Norte abastado são insustentáveis. O enverdecimento do Norte implica uma mudança no estilo de vida, lado a lado com a revitalização dos sistemas tecnológicos. No Sul, a reprodução dos padrões de consumo do Norte em benefício de uma pequena minoria resultou em uma apartação social. Na perspectiva de democratização do desenvolvimento, o paradigma necessita ser completamente mudado.<sup>25</sup>

A ideia de que o desenvolvimento econômico, como generalização, para todo o planeta, das formas de vida dos atuais povos ricos, é simplesmente irrealizável já consta na obra de Celso Furtado, para quem parece

20 NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Conheça os novos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>. Acesso em: 16 out. 2019.

21 GONÇALVES, Darly Prado. Principais desastres ambientais no Brasil e no mundo. **Jornal da UNICAMP**, 01 dez. 2017. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/noticias/2017/12/01/principais-desastres-ambientais-no-brasil-e-no-mundo>. Acesso em: 25 out. 2019.

22 GRAGNANI, Juliana. BBC. Essenciais para o planeta, manguezais no Nordeste são 'sufocados' por petróleo. **BBC News Brasil em Londres**, 25 out. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50132770>. Acesso em: 25 out. 2019.

23 MADEIRO, Carlos. Desmatada e aquecida, Amazônia perde até 50% da capacidade de reciclar água. **Uol**, 05 set. 2019. Meio ambiente. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimas-noticias/redacao/2019/09/05/desmatada-e-aquecida-amazonia-perde-ate-50-da-capacidade-de-reciclar-agua.htm>. Acesso em: 25 out. 2019.

24 AMARO, Rogério Roque. Desenvolvimento ou pós-desenvolvimento? Desenvolvimento e. Noflay! **Cadernos de Estudos Africanos**, n. 34, 2017, posto online no dia 11 abril 2018. Disponível em: <http://journals.openedition.org/cea/2335>. Acesso em: 25 out. 2019.

25 SACHS, Ignacy. STROH, Paula Yone (org.). **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. p. 58.

irrefutável que as economias da periferia nunca serão desenvolvidas, embora essa crença tenha sido de grande utilidade na mobilização dos povos da “periferia” do planeta a aceitarem enormes sacrifícios, legitimando a destruição de formas de cultura arcaicas e do próprio meio físico, para justificar formas de dependência que reforçam o caráter predatório do sistema produtivo.<sup>26,27</sup>

As críticas às teorias de desenvolvimento alternativo, que adjetivam a ideia de desenvolvimento, a exemplo da ideia de desenvolvimento sustentável, correspondem às chamadas doutrinas de pós-desenvolvimento. Nesse sentido é a lição de Rogério Roque Amaro<sup>28</sup>:

Foi a partir de 1992 que a corrente do “pós-desenvolvimento” se afirmou, propondo o “fim da era do desenvolvimento” e o início de uma nova era, liberta das influências negativas de um conceito, dominado por “intenções geo-estratégicas de natureza capitalista, colonialista e patriarcal”.

A partir de então, vários autores têm juntado as suas vozes a uma crítica contundente ao conceito de desenvolvimento. Entre eles, podem referir-se os nomes de Alberto Acosta, Arturo Escobar, Boaventura de Sousa Santos, Claude Alvares, Eduardo Gudynas, Gilbert Rist, Gustavo Esteva, Ivan Illich, Majid Rahnema, Serge Latouche e Wolfgang Sachs, entre muitos outros.

Teórico do decrescimento, o francês Serge Latouche<sup>29</sup> é um crítico do conceito de desenvolvimento sustentável. Segundo o autor, afirmar que o crescimento infinito é incompatível com um mundo finito é evidência facilmente compartilhável e pouco significa se não se questiona de fato a lógica do crescimento sistemático e irrestrito.<sup>30</sup>

Nas palavras do autor Latouche<sup>31</sup>

o desenvolvimento é uma palavra tóxica, qualquer que seja o adjetivo com que o vistam. Para realizar a quadratura do círculo, o desenvolvimento sustentável agora encontrou seu instrumento privilegiado: os “mecanismos limpos de desenvolvimento”, expressão que designa tecnologias poupadoras de energias ou de carbono, sob o manto da ecoeficiência. Continuamos na diplomacia verbal. As inegáveis e desejáveis performances da técnica não questionam a lógica suicida do desenvolvimento.

A bandeira do decrescimento reúne, assim, aqueles que procedem a uma crítica radical do desenvolvimento baseado no consumo e querem desenhar um projeto alternativo, uma política de pós-desenvolvimento, tendo como meta uma sociedade que viva melhor, trabalhando e consumindo menos, abrindo espaço para a in-

26 FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974. p. 75-76.

27 SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. A construção complexa do desenvolvimento: uma análise pelo prisma da teoria da complexidade. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 180-197, set. 2018. p. 191.

28 AMARO, Rogério Roque. Desenvolvimento ou pós-desenvolvimento? Desenvolvimento e. Noflay! **Cadernos de Estudos Africanos**, n. 34, 2017, posto online no dia 11 abril 2018. Disponível em: <http://journals.openedition.org/cea/2335>. Acesso em: 25 out. 2019.

29 LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martim Fontes, 2009. p. XIV.

30 SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. A construção complexa do desenvolvimento: uma análise pelo prisma da teoria da complexidade. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 180-197, set. 2018. p. 190.

31 LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martim Fontes, 2009. p. 8-9.

ventividade e a criatividade. Tal projeto envolveria a articulação sistemática de oito mudanças interdependentes: reavaliar, reconceituar, reestruturar, redistribuir, realocar, reduzir, reutilizar e reciclar.<sup>32,33</sup>

Numa perspectiva de complexidade, sem descartar por completo a teoria do desenvolvimento sustentável, Edgar Morin<sup>34</sup> faz a seguinte ressalva:

a ideia de “suportabilidade” (ou sustentabilidade) acrescenta ao desenvolvimento um conjunto de ações voltado à salvaguarda da biosfera e, correlativamente, à salvaguarda das gerações futuras. Essa noção contém um componente ético importante, mas não poderia aperfeiçoar em profundidade a própria ideia de desenvolvimento. Ela não faz senão suavizá-la, recobri-la com uma pomada calmante.

O atual estado de coisas permite concluir que o fortalecimento de uma consciência e valores ecológicos impõe o reconhecimento de mais protagonismo para a Natureza e, conseqüentemente, a quebra do padrão antropocentrismo nascido da Revolução Industrial e da Revolução Francesa, em reação aos teocentrismos dominantes. Como características desse antropocentrismo estão a hipervalorização da liberdade, da razão, e o domínio utilitarista da Natureza.<sup>35</sup>

Nas palavras de Rogério Roque Amaro<sup>36</sup>

[...] ambos os modelos de referência, que se confrontaram na Modernidade, sobretudo na segunda metade do século XX – capitalismo e socialismo –, assumiram profunda e intrinsecamente uma natureza e um modo de exploração antropocêntrico, com graves destruições da Natureza e da Vida, em geral, no primeiro caso com foco no indivíduo (e na sua Liberdade), no segundo com foco no coletivo (e no enunciado da Igualdade): está-se assim em presença de dois antropocentrismos, um ideologicamente mais individualista, outro mais coletivista.

A quebra da visão antropocentrismo implica em valorizar as sociedades tradicionais do Sul, seus conhecimentos ancestrais, mormente suas relações comunitárias e o respeito à Natureza, na busca de uma cosmovisão, na qual homem e Natureza dividem o protagonismo, como partes integrantes do mesmo planeta. É sobre essa cosmovisão e suas implicações na seara jurídica que se tratará a seguir.

32 LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martim Fontes, 2009. p. 6 e 42.

33 SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. A construção complexa do desenvolvimento: uma análise pelo prisma da teoria da complexidade. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 180-197, set. 2018. p. 190.

34 MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Tradução Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013. p. 32.

35 AMARO, Rogério Roque. Desenvolvimento ou pós-desenvolvimento? Desenvolvimento e. Noflay! **Cadernos de Estudos Africanos**, n. 34, 2017, posto online no dia 11 abril 2018. Disponível em: <http://journals.openedition.org/cea/2335>. Acesso em: 25 out. 2019.

36 AMARO, Rogério Roque. Desenvolvimento ou pós-desenvolvimento? Desenvolvimento e. Noflay! **Cadernos de Estudos Africanos**, n. 34, 2017, posto online no dia 11 abril 2018. Disponível em: <http://journals.openedition.org/cea/2335>. Acesso em: 25 out. 2019.

## 2 A NECESSIDADE DA QUEBRA DO PARADIGMA ANTROPOCÊNTRICO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA NATUREZA

A Era Moderna, ao instrumentalizar o sentido das coisas, colocando o homem no centro axiológico do universo moral, promoveu o renascimento do antropocentrismo, acompanhado da laicização das mentalidades, desvalorizando perspectivas diversas.<sup>37</sup>

Sobre os abalos sofridos pela perspectiva antropocêntrica ao longo do tempo, enumera Heron José de Santana Gordilho<sup>38</sup>

Primeiro, quando Copérnico demonstrou que a terra não era o centro do universo, mas apenas um pequeno fragmento de um vasto sistema cósmico. Segundo, quando Charles Darwin provou que a espécie humana não surgiu pronta, como diz a *Bíblia*, e que ela possui um ancestral comum com os grandes primatas. E, por fim, quando o Freud demonstrou a irracionalidade humana e que o ego não é senhor dentro de sua própria casa, uma vez que a maior parte das nossas ações são inconscientes.

Das vivências tradicionais das comunidades indígenas dos Andes, afirmou-se uma ideia de “Boa Vida”, de “*Buen Vivir*”, em harmonia com a natureza e outros que nos rodeiam, como tradução, em língua castelhana, de quatro expressões de povos locais: “*Sumak Kawsay*” (povo Quíchua, descendentes dos Incas, distribuídos por Equador, Bolívia, Peru, Argentina, Chile e Colômbia), no sentido de comunhão com a Mãe-Terra, a “*Pachamama*” ou “*Pacha Mama*”; “*Suma Qamaña*” (povo Aymará, presente na Bolívia, Argentina, Chile e Peru), também tem o sentido de “vida plena”, “boa vida”, “conviver”; “*Teko Porã*” (povo Guarani, na Bolívia, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai), com o significado de “bem viver”; e “*Teko Kavi*” (também do povo Guarani), com o sentido de “boa vida” ou o “bom modo de ser e viver”.<sup>39</sup>

Não se deve olvidar, ainda, outros conceitos, também com origem em “Epistemologias do Sul”, como: “Felicidade” ou “Felicidade Interna Bruta” (Butão), assentada na conjugação de nove dimensões, de inspiração budista, quais sejam, bem-estar psicológico, saúde, uso equilibrado do tempo, vitalidade comunitária, educação, diversidade e resiliência cultural, diversidade e resiliência ecológica, boa governança e padrão de vida; “*Wellbeing*” / “Bem-estar” (comunidades indianas e oriundas da África do Sul), partindo das dimensões subjetiva ou psicológica, material ou objetiva e relacional; “Florescimento humano” (“*human flourishing*”), oriundo da Saúde Mental e da sua abordagem, a partir da Psicologia Positiva (ou Apreciativa), envolvendo o bem-estar emocional, bem-estar psicológico e bem-estar social ; e “Ubuntu” (povo xhosa, da África do Sul), assinalando a importância da interconexão dos seres humanos entre si, estando o bem-estar de um ligado ao bem-estar do outro; e *noflay* (língua autóctone wolof, do Senegal), que designa o equivalente senegalês ao conceito andino

37 GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo animal**. Salvador: Evolução, 2008. p. 23 e 25.

38 GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo animal**. Salvador: Evolução, 2008. p. 33.

39 AMARO, Rogério Roque. Desenvolvimento ou pós-desenvolvimento? Desenvolvimento e. Noflay! **Cadernos de Estudos Africanos**, n. 34, 2017, posto online no dia 11 abril 2018. Disponível em: <http://journals.openedition.org/cea/2335>. Acesso em: 25 out. 2019.

de “*buen vivir*”, ressaltando as perspectivas cultural, filosófica e moral da pessoa. Tais propostas enriquecem a reflexão por agregar não apenas a visão andina, mas uma visão plural do “Sul”.<sup>40</sup>

Em consonância com esse paradigma, em 2009, a Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua 63ª Sessão, proclamou 22 de abril como o Dia Internacional da Mãe Terra (A/RES/63/278), com o reconhecimento, pelos Estados-Membros, de que a Terra e seus ecossistemas são nosso lar comum, sendo necessário promover a Harmonia com a Natureza, a fim de alcançar um equilíbrio justo entre as necessidades econômicas, sociais e ambientais do presente e do futuro. No mesmo ano, a Assembleia Geral adotou sua primeira resolução sobre Harmonia com a Natureza (A/RES/64/196).<sup>41</sup>

A partir dessas discussões, em 2010 surgem as diretrizes para a criação do Projeto Harmony with Nature, incluindo a construção do *Website* e promoção dos Diálogos Interativos anuais sobre o tema, a partir de 2011. O primeiro Diálogo Iterativo, em 2011, discutiu maneiras de promover uma abordagem holística do desenvolvimento sustentável em Harmonia com a Natureza, além de compartilhar experiências nacionais sobre critérios e indicadores para medir o desenvolvimento sustentável em harmonia com a natureza.<sup>42</sup>

O documento final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio + 20), em 2012, “O futuro que queremos”, dedicou o parágrafo 39 sobre Harmonia com a Natureza, com a seguinte redação:<sup>43</sup>

Reconhecemos que o planeta Terra e seus ecossistemas são a nossa casa e que a Mãe Terra é uma expressão comum em vários países e regiões e notamos que alguns países reconhecem os direitos da natureza no contexto da promoção do desenvolvimento sustentável. Estamos convencidos de que, a fim de alcançar um justo equilíbrio entre as necessidades econômicas, sociais e meio ambiente das gerações presentes e futuras, é necessário promover a harmonia com a natureza.

Em 2016, o projeto se abre para a participação de experts, que atuam com a perspectiva biocêntrica, para o reconhecimento dos direitos da Mãe-Terra, a fim de inspirar cidadãos e sociedades a reconsiderar como eles interagem com o mundo natural para implementar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável em Harmonia com a Natureza, observando que alguns países reconhecem os direitos da natureza no contexto da promoção do desenvolvimento sustentável.<sup>44</sup>

Desde então, Assembleia Geral adota as resoluções sobre Harmonia com a Natureza, num esforço de definir um relacionamento não antropocêntrico com a Natureza. A construção de um novo paradigma não antro-

40 AMARO, Rogério Roque. Desenvolvimento ou pós-desenvolvimento? Desenvolvimento e. Noflay! *Cadernos de Estudos Africanos*, n. 34, 2017, posto online no dia 11 abril 2018. Disponível em: <http://journals.openedition.org/cea/2335>. Acesso em: 25 out. 2019.

41 UNITED NATIONS. *Harmony with Nature*. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/>. Acesso em: 23 out. 2019.

42 UNITED NATIONS. *Harmony with Nature*. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/>. Acesso em: 23 out. 2019.

43 UNITED NATIONS. *Future We Want* – Outcome document (2012). Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/futurewewant.html>. Acesso em: 23 out. 2019. (tradução nossa).

44 UNITED NATIONS. *Harmony with Nature*. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/>. Acesso em: 23 out. 2019.

pocêntrico, parte da premissa de que a base fundamental para as ações em relação ao meio ambiente se baseia não apenas nas preocupações humanas.<sup>45</sup>

No âmbito internacional, os países latino-americanos têm sido pioneiros no reconhecimento dos direitos da natureza, por diversas vias. Merece destaque o Equador, que em sua Constituição, de 2008, no art. 71, dispõe: “a natureza ou Pacha Mama, onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estruturas, funções e processos evolutivos”.

A Constituição da Bolívia, de 2009, em seu preâmbulo, faz referência às expressões “Madre Tierra” e “Pachamama”, demonstrando uma visível quebra de antropocentrismo, ao estabelecer, em seu art. 33: “Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente”.<sup>46</sup>

Além disso, a Lei Federal 071/2010, da Bolívia, também conhecida como Lei dos Direitos da Mãe-Terra, enuncia, em seu art. 1º: “La presente Ley tiene por objeto reconocer los derechos de la Madre Tierra, así como las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional y de la sociedad para garantizar el respeto de estos derechos”.<sup>47</sup>

A Colômbia tratou o tema através de suas regulamentações locais. Em 2016, a Corte Constitucional da Colômbia reconheceu o Rio Atrato como sujeito de direito. Em 2017, a Corte Suprema de Justiça da Colômbia estabeleceu que os animais são sujeitos de direitos. Em 2018, A Corte Suprema de Justiça outorgou direitos à região amazônica colombiana. No mesmo ano, o Tribunal Administrativo de Boyacá declarou o Páramo de Pisba como sujeito de direitos, e o Primeiro Tribunal Penal do Circuito de Cartagena ordenou ao Estado da Colômbia proteger e preservar a vida das abelhas como agentes plonizadores. Em 2019, o Tribunal Civil Municipal Colombiano de La Plata – Huila reconheceu o Rio La Plata como sujeito de direitos; o Tribunal Administrativo de Tolima reconheceu os rios Coello, Combeima y Cocora com a mesma condição; e igualmente ocorreu com o Rio Cauca, por determinação do Tribunal Superior de Medellín. Também em 2019, o departamento de Nariño se converteu no primeiro do país a reconhecer a Natureza como sujeitos de direitos, pelo Decreto 348.<sup>48</sup>

No México, em 10 de junho de 2019, o Congresso do Estado de Colima aprovou uma emenda à Constituição Estadual que reconhece os Direitos da Natureza. Em 31 de janeiro de 2017, a nova Constituição da Cidade do México adotou os direitos da Natureza, em seu artigo 18. A Constituição do Estado de Guerrero, alterada em 30 de junho de 2014, reconheceu, em seu art. 2º, os Direitos da Natureza.<sup>49</sup>

45 UNITED NATIONS. *Harmony with Nature*. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/>. Acesso em: 23 out. 2019.

46 BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado*. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf). Acesso em: 23 out. 2019.

47 BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado*. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf). Acesso em: 23 out. 2019.

48 UNITED NATIONS. *Harmony with Nature*. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/>. Acesso em: 23 out. 2019.

49 UNITED NATIONS. *Harmony with Nature*. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/>. Acesso em: 23 out. 2019.



O Parlamento de Uganda reconheceu os direitos fundamentais da Natureza de ser, evoluir e regenerar na Lei Nacional do Meio Ambiente de 2019. Na Nova Zelândia, em março de 2017, o Rio Whanganui recebeu o status legal de pessoa, e, em julho de 2014, Te Urewera, anteriormente um parque nacional, foi removido do sistema nacional de parques e foi legalmente reconhecido como “entidade legal” com “todos os direitos, poderes, deveres e responsabilidades de uma pessoa coletiva”, gerenciado pelo novo Conselho de Te Urewera, responsável por agir em defesa e em nome de Te Urewera. A Austrália reconheceu por lei, em 1 de dezembro de 2017, o Rio Yarra como uma entidade viva indivisível que merece proteção. A lei também reconhece a conexão intrínseca dos proprietários tradicionais ao rio Yarra e os reconhece como os guardiões da terra e da hidrovia que eles chamam de Birrarung.<sup>50</sup>

Na França, uma reforma constitucional para alterar a Constituição (1958) e a Carta do Meio Ambiente (2004) foi iniciada em 10 de julho de 2018, contendo mais de vinte alterações abordando, entre outros, os direitos de vida, bem-estar animal, bens comuns globais, o crime de ecocídio e o princípio da não regressão ambiental foram apresentadas pelos parlamentares, sinalizando uma tendência para um processo constitucional mais centrado na Terra.<sup>51</sup>

Especificamente ao meio ambiente, a Constituição Federal dedicou o art. 225, pelo qual, em seu *caput*, “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.<sup>52</sup>

Pela análise do mencionado art. 225, da [Constituição Federal Brasileira](#), resta claro que para o ordenamento brasileiro, o meio ambiente é um direito sobre outro direito, ou seja, o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma sadia qualidade de vida, de interesse difuso, pertencendo a cada um e a todos ao mesmo tempo, sem identificação do seu titular ou passível de divisão. A perspectiva é, assim, antropocêntrica, calcada na dignidade humana, sem divisão do protagonismo.<sup>53</sup>

Na perspectiva dos direitos da natureza, a legislação brasileira projetada merece destaque. No município de São Paulo, há o [Projeto de Emenda à Lei Orgânica do Município 04-00005/2015](#), que propõe incluir na referida lei orgânica um dispositivo (180 A) “considerando que os membros da natureza possuem direitos intrínsecos à vida e à manutenção de seus processos ecossistêmicos, em interdependência com a vida digna dos cidadãos, com o objetivo de alcançar a sustentabilidade na cidade”.<sup>54</sup>

Por sua vez, em 2017, o Município de Bonito, no Estado de Pernambuco, alterou a sua lei orgânica para reconhecer os direitos da Natureza, movimento seguido, em 2018, pelo Município de Paudalho, também no

50 UNITED NATIONS. *Harmony with Nature*. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/>. Acesso em: 23 out. 2019.

51 UNITED NATIONS. *Harmony with Nature*. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/>. Acesso em: 23 out. 2019.

52 BRASIL. *Constituição Federal*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 out. 2019.

53 GORDILHO, Heron José de Santana. *Abolicionismo animal*. Salvador: Evolução, 2008. p. 137.

54 UNITED NATIONS. *Harmony with Nature*. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/>. Acesso em: 23 out. 2019.

Estado de Pernambuco, também através de emenda à Lei Orgânica Municipal. Em março de 2018, foi apresentado projeto de lei que concede o reconhecimento dos direitos da Natureza, na Câmara Municipal de Fortaleza.<sup>55</sup>

Um passo importante para o reconhecimento dos direitos da natureza no direito brasileiro ocorreu com o julgamento do Recurso Especial nº 1.797.175 – SP, pelo Superior Tribunal de Justiça, que teve como relator o Ministro Og Fernandes. O objeto de análise foi o caso de guarda de animal silvestre apreendido pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, órgão responsável pela proteção da fauna brasileira.

O referido julgado aborda, em sua fundamentação, a perspectiva ecológica do princípio da dignidade da pessoa humana, defendendo a quebra do paradigma antropocêntrico kantiano, o que seria uma emergência, diante da crise ecológica.<sup>56</sup>

O debate acerca dos direitos da Natureza, impulsionado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, culminou com a elaboração de uma proposta de Declaração Universal dos Direitos da Mãe Natureza – aprovado pelo povo participante da *World People's Conference on Climate Change and the Rights of Mother Earth*, em abril de 2010, na Bolívia, documento este posteriormente levado à Rio+20. Não se observou, ainda, entretanto, o reconhecimento destes direitos de forma universal.<sup>57</sup>

A necessidade de uma mudança de visão mais firme em torno na ecologia é bem retratada por Félix Guattari<sup>58</sup> ao afirmar que

Os movimentos ecológicos atuais têm certamente muitos méritos, mas penso que, na verdade, a questão ecosófica global é importante demais para ser deixada a algumas de suas correntes arcaizantes e folclorizantes, que às vezes optam deliberadamente por recusar todo e qualquer engajamento político em grande escala. A conotação da ecologia deveria deixar de ser vinculada à imagem de uma pequena minoria de amantes da natureza ou de especialistas diplomados. Ela põe em causa o conjunto da subjetividade e das formações de poder capitalísticos – os quais não estão de modo algum seguros de que continuarão a vencê-la, como foi o caso na última década.

De fato, uma verdadeira resposta à crise ecológica deve se observar em escala planetária e envolve uma revolução política, social e cultural, reorientando a própria lógica da produção de bens materiais e imateriais, além dos domínios da sensibilidade, da inteligência e do desejo.<sup>59</sup>

55 UNITED NATIONS. **Harmony with Nature**. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/>. Acesso em: 23 out. 2019.

56 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**, 5. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 62.

57 OLIVEIRA, Vanessa Hasson de. **Direitos da natureza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 214.

58 GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. Tradução Maria Cristina F. Bittencourt. Revisão da tradução Suelly Rolnik. 21. ed. Campinas, SP: Papyrus, 2012. p. 36.

59 GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. Tradução Maria Cristina F. Bittencourt. Revisão da tradução Suelly Rolnik. 21. ed. Campinas, SP: Papyrus, 2012. p. 9.

## CONCLUSÕES

As ações da ONU e o ideal do desenvolvimento sustentável apresentaram resultados positivos no cenário internacional, mas, por outro lado, as questões ambientais seguem gerando grande preocupação, especialmente diante dos recentes desastres ambientais que assolaram o Brasil nos últimos anos.

Os desastres e crises ambientais acabam por aclarar a forma como o discurso do desenvolvimento sustentável tem se mostrado ineficiente para alcançar os objetivos da proteção do meio ambiente, e, ao mesmo tempo, possibilitado o aumento do lucro de determinados setores da economia global, conforme apontado pelas doutrinas de pós-desenvolvimento.

A partir dessa constatação, pode-se afirmar que uma efetiva proteção do meio ambiente implica conferir maior protagonismo à Natureza, atribuindo-lhe direitos, numa quebra da visão antropocentrista. Isso implica em valorizar as sociedades tradicionais do Sul, seus conhecimentos ancestrais, mormente suas relações comunitárias e o respeito à Natureza, na busca de uma cosmovisão na qual homem e Natureza dividem o protagonismo, como partes integrantes do mesmo planeta.

A criação do Projeto Harmony with Nature, de iniciativa das Nações Unidas, tem impulsionado esse movimento. A Assembleia Geral tem adotado as resoluções sobre Harmonia com a Natureza, num esforço de definir um relacionamento não antropocêntrico com a Natureza, num novo paradigma fundado não apenas nas preocupações humanas.

No âmbito internacional, os países latino-americanos têm sido pioneiros no reconhecimento dos direitos da natureza, por diversas vias, merecendo destaque os casos de Ecuador e Bolívia, pelas suas respectivas constituições, embora o avanço já se note em diversos países. Há também um esforço internacional para a elaboração de uma Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra, que certamente levaria a questão a um patamar de maior destaque.

No Brasil, há projetos, leis municipais e decisão do Superior Tribunal de Justiça, no intuito de se conferir direitos à Natureza. Todavia, no seu art. 225, a [Constituição Federal Brasileira](#) trata expressamente o meio ambiente como bem de uso comum do povo, ou seja, na perspectiva antropocêntrica, calcada na dignidade humana, sem divisão do protagonismo.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Rogério Roque. Desenvolvimento ou pós-desenvolvimento? Desenvolvimento e. Noflay! **Cadernos de Estudos Africanos**, n. 34, 2017, posto online no dia 11 abril 2018. Disponível em: <http://journals.openedition.org/cea/2335>. Acesso em: 25 out. 2019.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado**. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf). Acesso em: 23 out. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15out. 2019.

- DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização**: paradoxos e desafios. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ELKINGTON, John. **Canibais com garfo e faca**. Tradução Patrícia Martins Ramalho. São Paulo: Makron Books, 2001.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito (Introduction historique au droit)*. 2. ed. Tradução A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- GONÇALVES, Darly Prado. Principais desastres ambientais no Brasil e no mundo. **Jornal da UNICAMP**, 01 dez. 2017. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/noticias/2017/12/01/principais-desastres-ambientais-no-brasil-e-no-mundo>. Acesso em: 25 out. 2019.
- GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo animal**. Salvador: Evolução, 2008.
- GRAGNANI, Juliana. BBC. Essenciais para o planeta, manguezais no Nordeste são ‘sufocados’ por petróleo. **BBC News Brasil em Londres**, 25 out. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50132770>. Acesso em: 25 out. 2019.
- GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. Tradução Maria Cristina F. Bittencourt. Revisão da tradução Suelly Rolnik. 21. ed. Campinas, SP: Papyrus, 2012.
- LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martim Fontes, 2009.
- MADEIRO, Carlos. Desmatada e aquecida, Amazônia perde até 50% da capacidade de reciclar água. **Uol**, 05 set. 2019. Meio ambiente. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimas-noticias/redacao/2019/09/05/desmatada-e-aquecida-amazonia-perde-ate-50-da-capacidade-de-reciclar-agua.htm>. Acesso em: 25 out. 2019.
- MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Tradução Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.
- NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **A ONU e o meio ambiente**. 16 set. 2020. Disponível em <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em: 15 out. 2019.
- NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Conheça os novos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>. Acesso em: 16 out. 2019.
- OLIVEIRA, Vanessa Hasson de. **Direitos da natureza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- PAYÃO, Jordana Viana; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A função social e solidária da empresa no âmbito das relações de trabalho. **Revista Direito da Cidade**, v. 8, n. 3, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/22109>. Acesso em 22 jan. 2018.
- SACHS, Ignacy. STROH, Paula Yone (org.). **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Harmonia com a natureza: um paradigma biocêntrico para o direito. In: BERMÚDEZ TAPIA; Manuel Alexis; SIERRA ZAMORA, Paola Alexandra; FERNÁNDEZ OSORIO, Andrés Eduardo (ed.). **La tutela de derechos individuales y colectivos en el Estado de derecho**. Bogotá D.C., Colombia: Escuela Militar de Cadetes, 2020. p. 135-153. Cap. 6. Disponível em: <https://librosesmic.com/index.php/editorial/catalog/book/33>. Acesso em: 21 nov.2021.
- SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. A construção complexa do desenvolvimento: uma análise pelo prisma da teoria da complexidade. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 180-197, set. 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente, 5. ed. São Paulo: RT, 2017.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; NASPOLINI, Samyra Haydée Dal Farra. Direito ao desenvolvimento no Brasil do Século XXI: uma análise da normatização internacional e da Constituição brasileira In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da *et al.* (org.). **Direito e desenvolvimento no Brasil no Século XXI**. Brasília: Ipea/CONPEDI, 2013.
- SUBEDI, Surya P. **Declaration on the Right to Development**. New York, 4 Dec. 1986. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/ha/drd/drd.html>. Acesso em: 22 out. 2019.
- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **Vienna Declaration and Programme of Action**. Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993. [1993?]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>. Acesso em 22 out. 2019.

UNITED NATIONS. **Agenda 21**. 1992. Disponível em <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>. Acesso em: 16 out. 2019.

UNITED NATIONS. **Future We Want** – Outcome document (2012). Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/futurewewant.html>. Acesso em: 23 out. 2019.

UNITED NATIONS. **Harmony with Nature**. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/>. Acesso em: 23 out. 2019.

UNITED NATIONS. **Johannesburg Declaration on Sustainable Development**. 2002. Disponível em: [https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD\\_POI\\_PD/English/POI\\_PD.htm](https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POI_PD.htm). Acesso em: 16 out. 2019.

UNITED NATIONS. **Report of the World Commission on Environment and Development: our Common Future**. 1987. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

# CAPÍTULO 2

## A TUTELA AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: INTERPRETAÇÃO DO ART. 255 PARA O ALCANCE DE UM DESENVOLVIMENTO MAIS EQUILIBRADO<sup>1</sup>

Livia Gaigher Bósio Campello

Ana Carolina Vieira de Barros

### 1 INTRODUÇÃO

A crise ambiental reside em um dos principais desafios da humanidade. A preocupação com o meio ambiente cresce à medida que o ser humano nota que sua sobrevivência e a fruição de seus direitos dependem da existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O processo de constitucionalização do direito humano ao meio ambiente foi intensificado após o advento dos direitos de terceira dimensão. Dessa forma, o elemento socioambiental foi inserido no universo do Estado Democrático de Direito. No Brasil, a [Constituição Federal de 1988](#) foi a responsável por sedimentar o direito-dever ambiental por meio do art. 225.

O objetivo do presente artigo reside em analisar o cenário da proteção ambiental constitucional no Brasil. Para isso, parte-se de uma observação geral da problemática ambiental global, sobretudo quanto aos marcos internacionais que proporcionaram a mudança do paradigma utilitarista da natureza para o uso sustentável dos recursos naturais, visando um desenvolvimento mais equilibrado.

Em sequência, é realizado o exame do art. 225 da [Constituição Federal de 1988](#). Assim, o direito ao meio ambiente sadio é retratado como direito individual e coletivo, havendo obrigações inerentes a todos os cidadãos e ao Poder Público para concretização dessa garantia. Ainda, a ampliação do conceito de dignidade, para abranger os animais não humanos, é apreciada perante a proteção do exercício das manifestações culturais brasileiras. Por último, a vedação ao retrocesso ambiental é considerada.

A fim de alcançar os objetivos almejados, será utilizada a pesquisa exploratória e descritiva, bibliográfica e documental com uma análise por meio de artigos e obras nacionais e internacionais. O método de abordagem será o dedutivo, partindo de conceitos genéricos até sua particularização.

<sup>1</sup> Publicado anteriormente na obra [Tutela jurídica do Pantanal](#). Coordenadora: Livia Gaigher Bósio Campello; organizadoras: Elisaide Trevisan, Rafaela de Deus Lima. Campo Grande, MS: Ed. UFMS, 2021. p. 137-153. Disponível em: <https://repositorio.ufms.br/bitstream/123456789/3815/1/1%20-%20TUTELA%20JUR%C3%8DDICA%20DO%20PANTANAL%20-%202030-06.pdf>.

## 2 A CRISE AMBIENTAL

O desenvolvimento da humanidade é pautado pelas relações entre o ser humano e a natureza. O meio ambiente é palco das conquistas humanas e cenário de constantes transformações, vez que a evolução do próprio gênero humano advém dessa ligação. Dessa forma, não seria a relação com a natureza o principal objeto de responsabilidade humana?

Jonas<sup>2</sup> observa a vulnerabilidade do meio ambiente ante a intervenção humana. Além, aborda que o caráter antropocêntrico e utilitarista estão presentes nessa relação, eis que a natureza foi comumente vista como uma mercadoria. A busca pelo progresso e a competitividade entre as nações foi marcada pela obtenção de novos mercados, a qual demandou intensa exploração ambiental. O lucro não vinha acompanhado de uma teoria ética e, tampouco, de preocupação com a preservação e continuidade da vida na Terra.

Nos primórdios, a natureza foi essencial à sobrevivência. Após, aos poucos, homens e mulheres foram aprendendo a lidar com seus elementos (solo, ar, água e fogo), a conhecer as propriedades da vegetação, as utilidades de seus frutos na alimentação, entre outras descobertas. Chegou um ponto em que foi observado que certas substâncias oriundas da natureza poderiam servir de motor às conquistas humanas, como o carvão, a madeira e, posteriormente, o petróleo. O advento da Revolução Industrial foi significativo para o impacto ambiental.

Em sequência, os processos de globalização, amplos, complexos e contraditórios, movimentaram o intercâmbio entre nações, sociedades e culturas, gerando um panorama de interdependência política, econômica e cultural entre os países. Igualmente, os acontecimentos e decisões ocorridos em uma parte do globo passaram a repercutir de diferentes maneiras em outros lugares, afetando pessoas e sociedades.<sup>3</sup>

A trajetória histórica dos direitos humanos também foi responsável pela modulação das relações entre o ser humano e o meio. Conforme as dimensões foram sendo estabelecidas, certas garantias eram mais visadas do que outras. Primeiramente, como a liberdade de comércio e contrato eram o foco, a atuação estatal era mínima, sendo limitada apenas a manutenção da ordem social e combate de potenciais ameaças externas. Segundo Belchior<sup>4</sup> a concepção individualista do direito de propriedade que prevalecia nesse momento obstou à preservação ambiental:

A propriedade e o desenvolvimento caminhavam de mãos dadas, sendo a questão ambiental um obstáculo ao lucro. Tudo estava dentro da esfera da liberdade individual e não era conveniente para o homem a preservação ecológica. Se havia alguma norma tutelando o meio ambiente era de caráter meramente utilitarista, por conta do valor econômico do ambiente, equiparando-o a um bem e não por uma preocupação com os impactos a ele causados. Ou seja, o ambiente era uma propriedade, não se despertando para a sua titularidade difusa e intergeracional.

2 JONAS, H. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006. p. 39.

3 LIMA TORRADO, Jesús. Globalización y derechos humanos. *Anuario de filosofía del derecho*, n. 17, p. 43-74, 2000. ISSN 0518-0872. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142424>. Acesso em: 19 nov. 2021. p. 47.

4 BELCHIOR, G. P. N. **Hermenêutica jurídica ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 75.

Mesmo com a passagem do Estado liberal para o social, o caráter utilitário da natureza ainda permaneceu. Porém, o direito de propriedade passou a ser norteado pela função social. Ao lado dos direitos econômicos e culturais, as garantias sociais, a exemplo do trabalho, da alimentação, de moradia adequada e da educação foram asseguradas por meio do intervencionismo estatal, corroborando, conseqüentemente, para a construção de uma sociedade mais igualitária.<sup>5</sup>

Os direitos de segunda dimensão “traduziram uma próxima fase da evolução histórica dos direitos humanos, reivindicando um reposicionamento do Estado diante de um novo patamar mínimo de necessidades humanas”.<sup>6</sup>

Posteriormente, a situação de caos vivenciada na 2ª Guerra Mundial, o contraste entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, bem como a visualização dos efeitos das ações humanas resultaram na busca por novos direitos. Nesse momento, foi preciso proteger o próprio gênero humano. Para isso, a dignidade da pessoa humana foi elevada ao status de princípio norteador. O Estado Democrático de Direito emergiu para materializar a liberdade, a igualdade e os direitos essenciais à sobrevivência dos indivíduos e da humanidade.<sup>7</sup>

A existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida. Afora o elemento social ou comunitário, no qual a dignidade humana é percebida não somente pelo prisma individual, mas, principalmente, pela interação entre as pessoas, na ideia de coletividade há a dimensão ecológica ou socioambiental. Nesta, a qualidade do ambiente, na qual a vida se desenvolve, é observada, visando a determinação de um padrão mínimo de qualidade, equilíbrio e segurança ambiental. Há a transformação para o Estado Socioambiental de Direito.<sup>8</sup>

A terceira dimensão de direitos foi decisiva para que as preocupações ambientais ganhassem maior respaldo. Essa nova onda trouxe a positivação do direito ao meio ambiente equilibrado nas constituições afora e o implemento de ações específicas para este fim nas legislações infra.

A problemática ambiental foi agitada após a publicação do livro *Primavera Silenciosa*, em 1962, que denunciou o impacto das atividades humanas para o aumento da poluição e degradação ambiental. Pela ótica de Carson<sup>9</sup>, “nenhuma obra de feitiçaria, nenhuma ação de inimigo, havia silenciado o renascer de uma nova vida naquele mundo golpeado pela morte. Fora o povo, ele próprio, que fizera aquilo”.

No âmbito internacional, a temática ganhou força a partir da Conferência de Estocolmo em 1972. Com a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (1972), o ser humano foi visto como obra e construtor do ambiente, havendo o reconhecimento que a natureza fornece sustento material e oportunidades para o desenvolvimento intelectual, moral, social e espiritual humano. O documento também

5 BELCHIOR, G. P. N. *Hermenêutica jurídica ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76-78.

6 SILVEIRA, V. O.; ROCASOLANO, M. M. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 175.

7 BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 569.

8 SARLET, I. W. *Direito constitucional ecológico: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 222-230.

9 CARSON, R. *Primavera silenciosa*. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1969. p. 13.



constituiu um aviso para a sociedade, vez que foi alertado que a capacidade de transformar o entorno, se realizada de forma imprudente, geraria danos incalculáveis à humanidade e à vida terrestre.

O desenvolvimento sustentado apenas pelo lucro deu lugar à emergência da sustentabilidade. Para que a vida perpetuasse, o modo de vida precisaria ser alterado. O desenvolvimento sustentável aparece em 1987, no documento intitulado *Relatório Brundtland*, como o meio de atender as necessidades presentes sem comprometer as futuras gerações. É o uso responsável e ético da natureza, como outrora observou Jonas.<sup>10</sup>

Anos depois, com as consequências da crise ambiental e climática mais visíveis, a Declaração do Rio de Janeiro de 1992 foi um marco importante para orientar a sociedade. Fruto da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, foi responsável por atrelar a proteção ambiental ao processo de desenvolvimento, como elemento indissociável. Para a consecução desse fim, a cooperação entre os Estados, notada como fundamental desde a Carta das Nações de 1945, foi novamente citada como instrumento de redução das desigualdades, tendo os países a responsabilidade comum, porém, diferenciada, na “conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre”.<sup>11</sup>

É difícil encarar de fato a degradação ambiental, pois ela é reflexo do próprio homem. O modo de vida humano é insustentável e a ótica do progresso a qualquer custo, com o lucro acima de tudo, até mesmo da vida, contribui para que a crise ambiental perpetue. É preciso pensar no meio ambiente como um sistema vivo e interligando, não constituindo um simples estoque de *commodities*.<sup>12</sup>

Campello e Lima<sup>13</sup> afirmam que a crise ambiental é fruto de diversas problemáticas. Estas vão desde o aquecimento global, a poluição dos oceanos, inutilização de solos até a destruição das florestas e a perda da fauna e flora terrestre. O modelo de desenvolvimento insustentável e a relação utilitarista do homem com a natureza contribuem para agravar a crise.

As atividades humanas são o principal vetor da mudança ambiental. A humanidade tem potencial de inaugurar uma nova era geológica, deixando sua marca de forma definitiva na Terra. O Antropoceno, indicado como período subsequente ao Holoceno (ínterim do processo civilizador), cuja inicial propositura é atribuída a Paul Crutzen (Prêmio Nobel de Química de 1995), é o somatório das atividades do homem que resultaram na degradação sistêmica global.<sup>14</sup>

A organização humana entra em modo de alerta. É primordial buscar um novo parâmetro para as relações nacionais e internacionais, principalmente para lidar com as graves consequências advindas da crise ambien-

10 JONAS, H. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006.

11 RAMID, João; RIBEIRO, Antônio. Declaração do Rio de Janeiro. *Estud. av.*, v. 6, n. 15, ago.1992. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-40141992000200013>. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141992000200013](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000200013). Acesso em: 7 out. 2020.

12 LORENÇO, D. B. **Qual o valor da natureza?** Uma introdução à ética ambiental. São Paulo: Editora Elefante, 2019. p. 22.

13 CAMPELLO, L. G. B; LIMA, R. D. O Princípio da Cooperação Internacional em face às fronteiras planetárias. *Revista Argumentum*, Marília/SP, v. 19, n. 2, p. 331-356, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/611>. Acesso em: 19 nov. 2021. p. 338.

14 VEIGA, J. E. **O antropoceno e a ciência do Sistema Terra**. São Paulo: Editora 34, 2019.

tal. Por essa razão, a solidariedade e, por consequência, a cooperação, constituem instrumentos dessa essencial mudança.

### 3 A SOLIDARIEDADE NA CONSTRUÇÃO DE UM DESENVOLVIMENTO MAIS EQUILIBRADO

Apesar de a solidariedade ser a matriz axiológica dos direitos de terceira dimensão, funcionando como um dos princípios de Direito Internacional mais importantes, seu conceito é anterior ao referido marco. Foi anunciada por Emer de Vattel no século XVIII e concebida como basilar para a solidificação de uma comunidade de Estados, vez que seria o destino humano viver em ao lado de seus semelhantes, em um sistema de ajuda mútua.

A solidariedade serve como instrumento de aperfeiçoamento dos próprios seres e modelação estatal: “cada Estado deve a outro Estado o que ele deve a si mesmo à medida que este outro tenha necessidade real de ajuda, e que ele possa conceder essa ajuda sem negligenciar os deveres para consigo mesmo.”<sup>15</sup>

Como complemento à liberdade e à igualdade, Vasak concebe a terceira dimensão como direitos de *fraternidade*. Destes, cinco formas são identificadas: o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à comunicação e à propriedade ao patrimônio comum da humanidade.<sup>16</sup>

A solidariedade é facilmente tratada como similar à fraternidade. Especialmente em razão da conotação política do termo, vez que a fraternidade figurou como um dos lemas da Revolução Francesa de 1789. O conceito filosófico de fraternidade, oriundo da dogmática cristã, traz as bases para a solidariedade. Originalmente era o valor que motivava a ajuda prestada aos mais pobres, no cenário interno de cada sociedade.<sup>17</sup>

Relevante reforçar que os termos sociedade e comunidades internacionais diferem entre si. Aquela subsiste para manter a paz e a segurança mundial por meio de normas e condutas internacionais. É caracterizada por divisões e constantes desacordos entre as nações. Já a comunidade cria uma identidade distinta, pautada na solidariedade, visando à proteção da autonomia individual perante um sistema democrático e liberal.<sup>18</sup>

A solidariedade é vital ao Estado Constitucional Cooperativo. Härbele<sup>19</sup> explicita que esse modelo estatal vive da cooperação com as demais nações, suas comunidades e organizações internacionais, conservando sua identidade mesmo após a realização de concessões para o bem comum. Igualmente, procura ser capacitado, antes de tudo, no âmbito interno para, então, unir forças no contexto externo visando à eliminação das desigualdades observadas, especialmente, entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

15 VATTEL, E. *O direito das gentes*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. p. 193-194.

16 BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 569.

17 CAMPELLO, L. G. B.; CALIXTO, A. J. Notas acerca dos direitos humanos de solidariedade. In: TREVISAM, E.; CAMPELLO, L. G. B. (coord.). *Direito & solidariedade*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 10-12.

18 WELLENS, C. Revisiting solidarity as a (re-)emerging constitutional principle: some further reflections. In: WOLFRUM, R.; KOJIMA, C. (ed.). *Solidarity: a structural principle of international law*. Springer: Heidelberg, 2010. p. 8.

19 HÄRBELE, P. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 9.

No espectro da Organização das Nações Unidas (ONU), a solidariedade figura como basilar desde a Carta das Nações de 1945. Entretanto, a Resolução 59/193 de 2005 declara que a promoção de uma ordem internacional democrática e igualitária requer o reconhecimento da solidariedade como um valor fundamental, apta a contribuir para a justiça e equidade sociais. Além, dela deriva a conceituação das responsabilidades comuns, porém, diferenciadas, considerando as particularidades de cada país para a resolução dos problemas ambientais. A ideia de repartição dos benefícios também está presente nessa conjuntura.

A ideia de sustentabilidade também advém da solidariedade. A utilização sustentável dos recursos naturais no presente é fundamental para não comprometer as gerações futuras. Por esse raciocínio, é possível observar duas faces da solidariedade. A primeira, intrageracional, diz respeito às diferentes realidades que compõem a geração atual, compostas por desigualdades sociais, econômicas, culturais e ambientais. Fato que acarreta o desafio de proporcionar um desenvolvimento mais igualitário.

Por outro lado, há o elemento intergeracional. O termo foi concebido por Edith-Brown Weiss, na década de 80, perante o Direito Internacional. A teoria observa que a geração presente firma um compromisso com a geração futura, ao receber o planeta. Assim, há certos direitos e obrigações para o uso e conservação do patrimônio terrestre, especialmente quanto à manutenção da qualidade dos recursos naturais. É importante possibilitar iguais oportunidades entre as gerações.<sup>20</sup>

Há a ampliação do espectro da solidariedade. É apresentada uma concepção multidimensional que acompanha a evolução da sociedade e demanda respostas do ordenamento jurídico. Além das visões *intra* e *intergeracionais*, o pensamento da solidariedade *interespecies* emerge. Projeta-se para a proteção dos animais não humanos e da natureza, visto que os indivíduos passam a “viver em uma sociedade capaz de reconhecer que o homem não é a única forma de vida presente na Terra e que para a construção do futuro será estritamente vital a caracterização e respeito dos direitos dos outros seres”.<sup>21</sup>

No Brasil, a [Constituição Federal de 1988](#) possui o Princípio Constitucional da Solidariedade como marco axiológico. Com fundamento na dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV), o Estado Democrático de Direito objetiva construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), tendo suas relações internacionais regidas pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, IX).

A consolidação de um arcabouço jurídico guiado pela solidariedade garante a possibilidade de um desenvolvimento mais equilibrado. Assim, há um paralelo entre as necessidades atuais, a preocupação com o futuro e a capacidade de conceber um ordenamento mais integrado, no qual a interdependência entre o ser humano e o meio ambiente seja o cerne. Tomando as ideias de Vasak<sup>22</sup> além do Estado de Direito e um corpo jurídico

20 CAMPELLO, L. G. B. O princípio da solidariedade no direito internacional do meio ambiente. In: CAMPELLO, L. G. B.; SOUZA, M. C. S. A.; PADILHA, N. S. (coord.). **Direito ambiental no século XXI: efetividade e desafios**. Curitiba: Clássica, 2013. p. 24.

21 CAMPELLO, L. G. B.; BARROS, A. C. V. A era da afirmação dos direitos dos animais no cenário global e seu fundamento na solidariedade entre espécies. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 13, n. 62, p. 95-109, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/27937>. Acesso em: 19 nov. 2021. p. 105.

22 VASAK, Karel. A realidade jurídica dos direitos do homem. In: VASAK, Karel. **As dimensões internacionais dos direitos do homem**. Lisboa: ONU/Editora Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos, 1989. p. 2.

pré-estabelecido, adaptável de acordo com as circunstâncias e natureza dos direitos, é imperioso, para que os direitos humanos se tornem realidade, a existência de garantias legais específicas e recursos para que esses direitos sejam respeitados.

## 4 A HERMENÊUTICA JURÍDICA DO ART. 225 DA CF/88

### 4.1 O MEIO AMBIENTE ENQUANTO DIREITO-DEVER NA CF/88

A Declaração de Estocolmo de 1972 desencadeou um processo de elaboração de instrumentos internacionais que observassem o direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Houve, igualmente, um processo de constitucionalização desse direito, movido, inclusive, pela sinais de alerta emitidos pela crise ambiental global. O Brasil seguiu a tendência mundial nesse aspecto e incorporou esse direito, bem como instrumentos para sua concretização, no bojo da [Constituição Federal de 1988](#).

Antônio H. Benjamin retrata que o processo de constitucionalização eleva o direito ambiental ao nível de direito fundamental. Posto isso, a Carta Magna de 1988 abandona o paradigma liberal centrado no resguardo econômico e de determinadas liberdades basilares. O leque constitucional abre para assegurar outros direitos que impactam na vivência humana, como o meio ambiente. Belchior<sup>23</sup> aborda o pensamento do Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Na lição de Benjamin, passou-se “da miserabilidade à opulência ecológico-constitucional”, ao abordar que: 1) o meio ambiente alcança reconhecimento jurídico expresso constitucional; 2) tal reconhecimento ocorre por meio de uma visão ampliada e holística, ou seja, “parte-se do todo (biosfera) para se chegar aos elementos”; 3) o todo e os seus elementos são valorizados juridicamente em uma perspectiva sistêmica; 4) a valorização do meio ambiente se faz com fundamentos éticos explícitos e implícitos com uma mistura de argumentos antropocêntricos mitigados, biocêntricos e até ecocêntricos; 5) há um novo discurso jurídico-ambiental que se torna dicotômico, ao desaparecer o *ius dispositivum*, uma vez que o Constituinte se expressa por dispositivos *ius cogens* e *ius interpretativum*, o que torna de imperatividade geral as normas constitucionais e a ordem pública ambiental infraconstitucional; e, por fim, 6) a tutela ambiental passa a ser viabilizada por instrumentos próprios de implementação, como a ação civil pública, a ação popular e as sanções administrativas e penais, além da responsabilidade civil por dano ambiental.

O artigo 225 da CF/88 prevê, em seu *caput*, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana (sadia qualidade de vida) é inserida no campo legal como direito fundamental e indisponível. Pelo termo *todos* são abrangidos brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros residentes no país. Em sequência, o meio ambiente é reconhecido como bem de uso comum do povo, sendo sua utilização limitada pelo cumprimento da função socioambiental da propriedade e

23 BELCHIOR, G. P. N. *Hermenêutica jurídica ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 64-65.

de deveres correlatos, a exemplo da exploração racional do solo, da manutenção do equilíbrio ecológico e da recuperação de áreas degradadas.<sup>24</sup>

Em adição, a defesa e a preservação do meio ambiente são impostas a todos. O Poder Público e a coletividade devem atuar de forma conjunta e responsável, visando, ainda, as necessidades atuais, bem como as das futuras gerações, no ideal de solidariedade. A relação com o meio ambiente é um direito-dever pela ótica constitucional. Uma das maiores consequências dessa redação é que não há margem para o direito de poluir, ou, nas palavras do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Resp. 948.921, inexistente o direito adquirido em detrimento da proteção ambiental.

#### **4.2 INSTRUMENTOS DA TUTELA AMBIENTAL: ANÁLISE DOS PARÁGRAFOS DO ART. 225 DA CF/88**

A tutela ambiental é complementada por objetivos, obrigações e limitações descritos nos parágrafos contidos no art. 225 (norma-matriz). É atribuição do Poder Público (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), como gestor do meio ambiente, a satisfação do direito consagrado no *caput*, ocupando-se em: preservar (manutenção do estado ambiental anterior) e restaurar (restabelecer ante a ocorrência de dano) dos processos ecológicos essenciais que garantem o funcionamento dos ecossistemas, bem como o manejo ecológico das espécies (art. 225, §1º, CF).

É vital preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético brasileiro, principalmente pela fiscalização das entidades que cuidam da pesquisa e manipulação nesse setor (art. 225, §1º, II). A definição de espaços territoriais protegidos (áreas com potencial ecológico e características especiais), como unidades de conservação, áreas de preservação permanente, reservas legais e áreas de uso restrito, são fundamentais para a preservação da biodiversidade, em um cenário de respeito a fauna e a flora, em especial das funções ecológicas das espécies, sendo suas alterações e proteções permitidas somente por lei. (art. 225, § 1º, III e VII). A exigência de estudo prévio de impacto ambiental quando da instalação de atividades causadoras de atividades potencialmente poluentes traduz efetivo instrumento do Princípio da Prevenção (art. 225, § 1º, IV)

O Brasil é signatário da Convenção sobre Diversidade Biológica, possuindo papel na tutela internacional ambiental. Ciente da importância da diversidade biológica para a evolução, manutenção dos sistemas necessários à vida e desenvolvimento das capacidades humanas, a CF/88 elenca cinco biomas como patrimônio nacional (Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira). A utilização destes deve ser feita dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente e o uso sustentável dos recursos naturais (art. 225, § 4º).

24 SARLET, I. W. **Direito constitucional ecológico**: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 139.

As atividades que comportam risco para a vida e o meio ambiente são controladas pela ação estatal. Por conseguinte, há o controle da produção, comercialização de técnicas, métodos e substâncias potencialmente nocivas, como os agrotóxicos e a manipulação genética, situação derivada da observação do Princípio da Precaução (art. 225, § 1º, V).

O Princípio do Poluidor-Pagador é exemplificado pelo § 2º do art. 225. Aquele que explorar recursos minerais é obrigado a recuperar o meio ambiente degradado. Como a solução técnica é definida pelo órgão público competente, os empreendimentos devem ser observados atentamente para evitar tragédias como Mariana e Brumadinho. A preocupação com as atividades nucleares também é expressiva, notadamente após o acidente de Chernobyl na Ucrânia em 1986. A localização dessas usinas no Brasil é definida por lei federal (art. 225, § 5º).

As atividades lesivas ao meio ambiente sujeitam o infrator (pessoa física ou jurídica) a tríplice responsabilidade (art. 225, § 3º). Há sanções administrativas e penais, além da obrigação objetiva de reparar o dano (esfera cível), em consonância com a Teoria do Risco Integral. A formação de uma consciência coletiva em matéria ambiental só ocorre com a promoção de educação para conscientização, estando o cidadão ciente que o meio ambiente equilibrado é um direito individual, protegido constitucionalmente e pela legislação infraconstitucional, havendo importantes ferramentas para sua defesa (art. 225, § 1º, VI).

## 5 OS DESAFIOS AO NÃO RETROCESSO AMBIENTAL

A [Constituição](#) destaca a vedação de práticas que submetam os animais a crueldade. Embora o caput do art. 225 contenha uma visão caracterizada como antropocentrismo alargado, na qual a preservação ambiental atua na garantia da dignidade do ser humano, o § 1º, VII, contém viés biocêntrico eis que considera todas as espécies com vida (humanos e não humanos) como objeto da tutela ambiental. O ordenamento jurídico brasileiro adentra uma fase holística em que vigora a proteção integral do meio ambiente, como um sistema integrado.

É a partir dessa concepção e alargamento do conceito de dignidade para a vida em geral que diversas atividades humanas vieram a ser proibidas ou limitadas. O Estado Socioambiental de Direito visa regular as relações visando o bem-estar geral, o que inclui os animais não humanos. Assim, há forte combate a práticas como as “rinhas de galo” e a “farra do boi”. Recentemente, foi sancionada a Lei n. 14.064/2019, que aumenta as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato.

O julgamento do REsp 1.797.175/SP pelo STJ, em 2019, constituiu importante passo para a rediscussão de paradigmas. Neste foi reconhecida a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana, sendo atribuída, igualmente, dignidade aos animais não humanos. Desse modo, “a própria ideia de um tratamento não cruel dos

animais deve buscar o seu fundamento não mais na dignidade humana ou na compaixão humana, mas sim na própria dignidade inerente às existências dos animais não humanos”.<sup>25</sup>

Todavia, a Emenda Constitucional n. 96/2017 inseriu parâmetros para modular o conceito de crueldade nessa seara. Portanto, o art. 225, §7º, da CF, não considera cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam oriundas de manifestações culturais, registradas como bens de natureza imaterial do patrimônio cultural brasileiro e regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

É inegável que o fator cultural seja muito presente na realidade brasileira, traduzindo, muitas vezes, o âmago do povo. O pleno exercício dos direitos culturais e de suas manifestações são garantidos no bojo constitucional (art. 215). Ocorre que essas atividades não estão imunes aos demais valores constitucionais, especialmente no que tange à proteção ambiental. Por isso, embora essas atividades ou eventos gerem lucro à determinada região e por essa razão sejam protegidas até por vias políticas, é imprescindível observar limites e agir em prol da vida.

A proibição do retrocesso ecológico é um princípio que impacta o ordenamento como um todo. Os limites legislativos dialogam com os limites ecológicos, sendo a proibição de eventuais retrocessos notada como princípio constitucional implícito, servindo como garantia de proteção dos direitos fundamentais e, consequentemente, da dignidade.<sup>26</sup>

Importa ressaltar que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Por essa razão deve observar eventuais interpretações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como a Opinião Consultiva n. 23/17, que externou a inter-relação entre o meio ambiente e a fruição de diversos direitos humanos como o acesso à água, à alimentação, à sadia qualidade de vida, entre outros, devendo os Estados agirem em intuito de cooperação para assegurar a redução das desigualdades e o pleno exercício das garantias humanas. Somado a isso, no campo internacional, a existência da Agenda 2030 e dos objetivos de desenvolvimento sustentável servem como norte para as ações globais, não sendo admitidos eventuais retrocessos que coloquem a humanidade e o planeta em risco.

## 6 CONCLUSÃO

A interpretação constitucional deve ser pautada pela necessidade de tornar realidade um desenvolvimento mais equilibrado. O Estado Socioambiental de Direito emerge na tentativa de compatibilização entre o desenvolvimento e a proteção ambiental, em um caráter sustentável.

A existência de uma constituição que coloca o direito ao meio ambiente equilibrado no rol dos direitos fundamentais já é um grande passo. Entretanto, é fundamental que a interpretação do art. 225 seja realizada de

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.797.175** – SP. Recorrente Maria Angélica Caldas Uliana e Recorrido Fazenda do Estado de São Paulo. Relator Ministro Og Fernandes. 21 de março de 2019. Disponível em: <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload820.pdf>. Acesso em: 07 out. 2020. p. 5.

26 SARLET, I. W. **Direito constitucional ecológico**: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 404.

forma integral, com a observação da grave crise ambiental que a humanidade vivencia, priorizando, ao máximo, a manutenção, preservação e reparação dos processos naturais, seguindo a ótica do *in dubio pro natura*.

A defesa do meio ambiente, para a constituição cidadã, é impulsionada pela participação popular. A existência de uma garantia não é nada sem mecanismos que possam protegê-la e sem instrumentos que possibilitem aos cidadãos exigirem prestações públicas de proteção ambiental. Todos têm direito a uma sadia qualidade de vida para que haja o exercício pleno de direitos, e, por conseguinte, o desenvolvimento de potencialidades individuais e coletivas. Porém, há uma obrigação geral de zelar pelo meio ambiente, sendo, nesse sentido, a educação ambiental tão importante para construir a sociedade do amanhã, criando e interpretando normas regidas pelo ideal da solidariedade intra e intergeracional.

O próprio Direito e a atividade jurídica precisam acompanhar a dinâmica social. Por essa razão, como muitas vezes o trâmite legislativo pode não ser tão ágil para agir diante da urgência de certas problemáticas, a interpretação dos tribunais, em especial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal são essenciais, pois dirimem questionamentos e orientam a interpretação sobre determinado tema, como já explanado no texto quando mencionada a abrangência do Princípio da Dignidade para incluir a vida não humana.

Como a defesa ambiental é uma ação que deve ser propagada ao longo do tempo, torna-se imperioso pensar e agir na ótica de um desenvolvimento mais equilibrado. Para isso, a **Constituição** deve ser norte e sua interpretação não deve ser flexibilizada a ponto de permitir eventuais retrocessos no campo ambiental.

## REFERÊNCIAS

- BARROS, Ana Carolina Vieira de; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. A tutela ambiental na Constituição Federal de 1988: interpretação do Art. 255 para o alcance de um desenvolvimento mais equilibrado. *In*: CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio (coord.); TREVISAN, Elisaide; LIMA, Rafaela de Deus (org.). **Tutela jurídica do Pantanal**. Campo Grande, MS: Ed. UFMS, 2021. p. 137-153. Disponível em: <https://repositorio.ufms.br/bitstream/123456789/3815/1/1%20-%20TUTELA%20JUR%C3%8DDICA%20DO%20PANTANAL%20-%2030-06.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- BELCHIOR, G. P. N. **Hermenêutica jurídica ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.797.175** – SP. Recorrente Maria Angélica Caldas Uliana e Recorrido Fazenda do Estado de São Paulo. Relator Ministro Og Fernandes. 21 de março de 2019. Disponível em: <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload820.pdf>. Acesso em: 07 out. 2020.
- CAMPELLO, L. G. B. O princípio da solidariedade no direito internacional do meio ambiente. *In*: CAMPELLO, L. G. B.; SOUZA, M. C. S. A; PADILHA, N. S. (coord.). **Direito ambiental no século XXI: efetividade e desafios**. Curitiba: Clássica, 2013.
- CAMPELLO, L. G. B.; BARROS, A. C. V. A era da afirmação dos direitos dos animais no cenário global e seu fundamento na solidariedade entre espécies. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 13, n. 62, p. 95-109, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/27937>. Acesso em: 19 nov. 2021.
- CAMPELLO, L. G. B.; CALIXTO, A. J. Notas acerca dos direitos humanos de solidariedade. *In*: TREVISAN, E.; CAMPELLO, L. G. B. (coord.). **Direito & solidariedade**. Curitiba: Juruá, 2017.
- CAMPELLO, L. G. B.; LIMA, R. D. O Princípio da Cooperação Internacional em face às fronteiras planetárias. **Revista Argumentum**, Marília/SP, v. 19, n. 2, p. 331-356, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/611>. Acesso em: 19 nov. 2021.



CARSON, R. **Primavera silenciosa**. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1969.

HÄRBELE, P. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

JONAS, H. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006.

LIMA TORRADO, Jesús. Globalización y derechos humanos. **Anuario de filosofía del derecho**, n. 17, p. 43-74, 2000. ISSN 0518-0872. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142424>. Acesso em: 19 nov. 2021.

LORENÇO, D. B. **Qual o valor da natureza?** Uma introdução à ética ambiental. São Paulo: Editora Elefante, 2019.

RAMID, João; RIBEIRO, Antônio. Declaração do Rio de Janeiro. **Estud. av.**, v. 6, n. 15, ago.1992. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-40141992000200013>. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141992000200013](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000200013). Acesso em: 7 out. 2020.

SARLET, I. W. **Direito constitucional ecológico**: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVEIRA, V. O.; ROCASOLANO, M. M. **Direitos humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

VATTEL, E. **O direito das gentes**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

VASAK, Karel. A realidade jurídica dos direitos do homem. *In*: VASAK, Karel. **As dimensões internacionais dos direitos do homem**. Lisboa: ONU/Editora Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos, 1989.

VEIGA, J. E. **O antropoceno e a ciência do Sistema Terra**. São Paulo: Editora 34, 2019.

WELLENS, C. Revisiting solidarity as a (re-)emerging constitutional principle: some further reflections. *In*: WOLFRUM, R.; KOJIMA, C. (ed.). **Solidarity**: a structural principle of international law. Springer: Heidelberg, 2010.

## CAPÍTULO 3

# DESASTRES E MULHERES: UMA ANÁLISE SOBRE O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL PARA A PRIORIZAÇÃO E AMPLIAÇÃO DA REPRESENTATIVIDADE DAS MULHERES NA GESTÃO DE DESASTRES NO BRASIL<sup>1</sup>

Karina Denari Gomes de Mattos

Mônica Sapucaia Machado

### INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas foi registrada a intensificação dos desastres, tanto os naturais e os tecnológicos, no mundo<sup>2</sup> e o prognóstico não é alentador. Desastres são eventos (de causa natural, humana ou mista) capazes de comprometer funções ambientais ou lesões a interesses humanos decorrentes de alguma mudança ambiental (CARVALHO, 2020, p. 37). Esses eventos, além de gerarem prejuízos econômicos e sociais, detêm relevância jurídica a partir do momento que atingem a dimensão social e interferem na vida de pessoas físicas e jurídicas, muitas vezes mudando o curso de suas histórias.

O Direito, quando desenhado para regular uma sociedade democrática e garantidora de condições dignas aos que ali habitam, fica obrigado a dar respostas às demandas resultantes dos desastres de qualquer natureza, não apenas para responsabilizar os que, por ventura, tenham sido responsáveis pelo ocorrido, como para ofertar amparo aos atingidos. Em razão disso, é possível falar sobre um campo do direito conhecido como o Direito dos Desastres, o qual – naturalmente interdisciplinar – tem especial inter-relação com o Direito Ambiental e o Direito da Responsabilidade Civil, além dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional.

Segundo Paulo Affonso Leme Machado, as Constituições do Brasil historicamente têm tratado dos desastres e emergências ambientais. A [Constituição de 1824](#) previa como objeto de garantia os “socorros públicos” (art.179) e as Constituições de 1934 e 1946 previram obrigações específicas sobre os efeitos da seca, endemias rurais e inundações (art. 5º, XV em 1934 e em 1946, art. 5º, XVIII). A [Constituição de 1967](#) foi a primeira que passou a prever ações contra calamidades públicas (art. 8º, XII), o que se repete em 1988 (MACHADO, 2019, p. 377).

<sup>1</sup> Capítulo acadêmico inédito elaborado para a obra coletiva “A Constituição por elas: a interpretação constitucional sob a ótica das mulheres”, sob coordenação de Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques e Renata Mota Maciel e organização de Patrícia Pacheco Rodrigues e Samira Rodrigues Pereira Alves.

<sup>2</sup> Os dados referentes à intensificação de desastres nas últimas décadas podem ser obtidos em “Atlas Brasileiro de Desastres Naturais” (UFSC, 2013) e “EM-DAT: The International Disaster Database” (Université catholique de Louvain, 2020), ambos utilizados por Délton Winter de Carvalho (2020, p. 25-26).

O que difere a [Constituição de 1988](#) das anteriores, e que reforça a interdisciplinaridade do Direito dos Desastres, está na criação de uma rede de direitos e garantias protetivos ao meio ambiente, aos direitos sociais e às minorias – mulheres, crianças, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, povos indígenas e comunidades tradicionais e outras minorias étnicas e sociais, a nível constitucional.

Ao interpretarmos o art. 5º, I, que prevê a igualdade material entre homens e mulheres, o art. 7º, XX que prevê a proteção ao mercado de trabalho da mulher, combinado às previsões constitucionais sobre as condutas lesivas ao meio ambiente – art. 225 §3º (desastre tecnológicos), especialmente quanto aos princípios ambientais do Poluidor-Pagador, Prevenção, Precaução, e Reparação Integral, além disso pela previsão constitucional de situações de calamidade pública (desastres naturais ou tecnológicos) – art. 21, XVIII, art. 22, XXVIII e art. 136 – vemos que há substrato constitucional na defesa das mulheres e priorização desses grupos em situações de calamidade, em especial nas ações relacionadas às respostas e mitigação das vulnerabilidades sociais agravadas por situações de emergência.

Todavia, apesar da amplitude da previsão constitucional na proteção desses grupos, as [Leis nº 12.340/2010](#)<sup>3</sup> e [12.068/2012](#)<sup>4</sup> não são sensíveis a tais priorizações no tratamento da resposta a desastres. Apesar de constar como objetivos da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC) a “identificação e avaliação das ameaças, suscetibilidades e vulnerabilidades a desastres, de modo a evitar ou reduzir sua ocorrência” (art. 5º, VII), a lei trata do ponto de vista das vulnerabilidades ambientais, ao ignorar a ocorrência e impactos mais graves de desastres a grupos sociais mais vulneráveis e, em especial, se tomarmos em consideração as mulheres.

A proteção constitucional do direito das mulheres, além de focar as esferas dos direitos civis e políticos, engloba o bem-estar das mulheres e as suas condições socioeconômicas assim como a proteção às suas condições de trabalho. Em razão dessa proteção se verá a importância de que sejam disciplinados, em âmbito do direito infraconstitucional, previsões mais acertadas na proteção e priorização em ações emergenciais para mulheres, assim como outros grupos decorrentes de sua condição social, que hoje não constam do ordenamento jurídico brasileiro.

O artigo está, portanto, estruturado em três capítulos: o primeiro resgata a discussão sobre o direito dos desastres e a importância da etapa de resposta no ciclo de desastres, em especial a necessidade de que a resposta seja adequada, mitigue danos e priorize populações vulneráveis.

Num segundo momento focaremos nas situações que corroborem a importância da perspectiva da mulher nestas ações, como dispõe a Recomendação Geral nº 37 do Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) – em especial, com foco nos dados que apontam para o crescimen-

3 Dispõe sobre as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres e sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil; e dá outras providências.

4 Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil – SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil – CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nºs 12.340, de 1º de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências.

to de violência doméstica e sobrecarga doméstica pós-desastre e indique para impactos econômicos na economia familiar mais gravosos, sobretudo, para a subsistência das mulheres –, especialmente da perspectiva da informalidade no trabalho da mulher.

A conclusão indicará a interpretação finalística e integrada das normas constitucionais que levam ao entendimento da importância de que a legislação infraconstitucional, a partir das recomendações internacionais, incorpore a atenção às questões de gênero, em especial, nas Leis n. 12.340/2010 e a Lei n. 12.608/2012, para a delimitação das políticas nacionais e ações de resposta e reconstrução em caso de desastres no Brasil.

## RESPOSTA E RECONSTRUÇÃO EM CASO DE DESASTRES

Os desastres apresentam um ciclo próprio, cuja compreensão mostra-se necessária para entender quais ações são relevantes em cada momento (seja a adoção de medidas de minimização e mitigação de impactos adversos, ou a reparação dos danos) e serve como instrumento analítico para prevenção, planejamento e resposta aos desastres norteando sua antecipação ou ações após a sua ocorrência (CARVALHO, 2020, p. 47).

Segundo Daniel Farber, tais etapas são, em resumo, as seguintes: a) resposta de emergência, b) compensação e seguros, c) reconstrução, d) mitigação do risco (CARVALHO, 2020, p. 46 apud FARBER, 2012). A ONU<sup>5</sup> parte de uma divisão em sete etapas, quais sejam: a) prevenção, b) mitigação, c) preparo, d) resposta, e) recuperação, f) reconstrução, g) reabilitação (FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, 2019a apud ONU, 2016).

Entre as duas visões, verifica-se que existem momentos distintos em relação ao desastre: sua prevenção (envolve sua mitigação e preparo), a resposta imediatamente após – emergencial – e a reparação dos danos (envolve recuperação, reconstrução e reabilitação) fechando um ciclo – já que a reconstrução deve ter o potencial de evitar novos desastres, como se verá a seguir.

Na etapa de resposta os objetivos e ações visam garantir a segurança e a atenção às necessidades básicas, a partir de princípios norteadores como proteção da vida, segurança, integridade física e laços familiares; proteção dos direitos à provisão de alimentos, saúde, abrigo e educação e proteção de direitos relacionados à documentação, movimento, restabelecimento de laços familiares, expressão, opinião, religião e direitos eleitorais (FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, 2019a, p. 12). A duração desta etapa de resposta varia a depender de diversos fatores, como escala, tipo e contexto do desastre, mas pode-se dizer que a resposta só será encerrada quando a totalidade das pessoas atingidas tiverem suas necessidades básicas atendidas (FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, 2019a, p. 12).

Sobre a etapa seguinte, a reconstrução, intenciona-se a restauração das condições e modos de vidas das pessoas e comunidades atingidas, e recuperação do meio ambiente natural e artificial, vemos que as normativas

<sup>5</sup> Em 1999 foi criada, em nível de secretaria permanente, a *International Strategy for Disaster Reduction* (UNISDR) com o intuito de difundir uma cultura de prevenção a desastres a ser exercida em nível doméstico. O Marco de Ação Hyogo para a Redução de Riscos de Desastres (2005-2015) e o Marco de Ação Sendai para a Redução de Riscos de Desastres (2015-2030) são os principais mecanismos para uma abordagem de múltiplos riscos e multissetores no enfrentamento a nível global dos desafios criados pelos desastres.

da ONU indicam que não se pode apenas visar a obtenção de um retorno ao *status quo ante*, mas as diretrizes trabalham o conceito de reconstrução para melhor (*build back better*)<sup>6</sup>. Por isso, a chamada gestão de desastres pode não evitar ou eliminar completamente as ameaças; mas concentra-se na criação e implementação de preparo e outros planos para diminuir o impacto dos desastres e “reconstruir melhor” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016, p. 14, tradução nossa).

Cumprir dizer que nos Estados Unidos há uma forte discussão sobre o método de compensação de danos pela via dos seguros privados, pela própria evolução do instituto no país<sup>7</sup>. No Brasil, a discussão de compensação de danos acaba se revelando com maior rigor na discussão sobre Responsabilidade Civil contra o Estado, inclusive por meio das Ações Cíveis Públicas<sup>8</sup> e, nos casos de desastres socioambientais e socioeconômicos causados por Empresas, na esfera de discussão sobre responsabilidade das Empresas em relação às normas internacionais sobre Direitos Humanos e Empresas<sup>9</sup>.

Em todas essas etapas fica claro que os desastres são caracterizados como uma séria perturbação da ordem social causada pela interação entre um evento perigoso e condições de exposição, vulnerabilidade e capacidade de reação das pessoas e comunidades atingidas por esses eventos, a partir da compreensão da Estratégia Internacional para a Redução de Desastres (FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, 2019a, p. 7). Segundo a ONU, o conceito de vulnerabilidade engloba “as condições determinadas por fatores físicos, sociais, econômicos e ambientais ou processos que aumentam a suscetibilidade de um indivíduo, uma comunidade, ativos ou sistemas para os impactos dos desastres” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016, p. 24, tradução nossa).

Para Délton Winter de Carvalho (2020, p. 60) são elementos constitutivos dos desastres a vulnerabilidade e o risco. Segundo o autor, mesmo os chamados desastres “naturais”, apesar de apresentarem um fenômeno físico como “gatilho”, encontram frequentemente fatores sociais associados à sua origem – tais como desigualdade social, injustiças ambientais, urbanização desordenada, áreas ocupadas ilegalmente, etc. (CARVALHO, 2020, p. 63). Por isso indica a existência de uma Teoria Social dos Desastres. Caberia ao Direito avaliar quando a vulnerabilidade em um dado caso é decorrente de injustiças (omissões passivas) e essas passíveis de responsabilização (CARVALHO, 2020, p. 61).

Essa também é a posição de Fernanda Dalla Libera Damascena (2019, p. 448), que coloca que o rompimento dessa relação entre vulnerabilidade e desastre é um dos desafios maiores já postos ao Direito. Para a

6 O uso das fases de recuperação, reabilitação e reconstrução após um desastre servem para aumentar a resiliência de nações e comunidades por meio da integração do risco de desastres medidas de redução na restauração da infraestrutura física e social sistemas, e na revitalização dos meios de subsistência, economias e meio ambiente (ONU, 2016, p. 11, tradução livre). Segundo a FGV, apesar do primeiro documento publicado com esse conceito tenha sido após o tsunami de 2004, este princípio foi positivado por meio do Marco de Sendai editado em 2015 no âmbito da ONU (FGV, 2019a, p. 36).

7 Para aprofundamento sobre o tema do direito securitário e desastres nos Estados Unidos, vide “Derramamentos Catastróficos e o Problema do Seguro” de Kenneth S. Abraham (2019).

8 Segundo Machado (2019, p. 406) a Lei nº 7.347/1985 prevê que a Ação Civil Pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer, medidas previstas também na legislação de desastres. Verifica-se dos casos mais recentes de desastres socioambientais de Mariana (2015) e Brumadinho (2019) que o Ministério Público tem enfrentado pelo mecanismo da ACP e dos Termos de Transação e Ajustamento de Condutas (TTAC) a responsabilização e ações emergenciais e reparatórias no Brasil.

9 Sobre o tema dos Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos e a responsabilidade de Empresas em respeitar direitos humanos e remediar impactos adversos no contexto de desastres, vide: FGV, 2019a, p. 43-ss.

autora, se durante muito tempo a vulnerabilidade ao desastre era vista do ponto de vista físico ambiental, hoje como dito há uma sobreposição de camadas físicas e sociais que expandem o escopo do desastre de forma significativa e cita o Índice de Vulnerabilidade Social – IVS do IPEA para indicar os fatores que podem ser úteis ao mapeamento de riscos a desastres no Brasil (DAMASCENA, 2019, p. 453).

Segundo o levantamento jurisprudencial colocado pela autora, os Tribunais do Rio de Janeiro, São Paulo e Rio Grande do Sul apresentam o maior número de decisões sobre o tema até o momento, especialmente em ações envolvendo o direito à moradia, e apesar de não haver unanimidade de entendimento, verifica-se que há “uma tendência forte de consolidação da abordagem baseada em direitos fundamentais, ‘temperada’ por critérios de razoabilidade e legalidade” (DAMASCENA, 2019, p. 472).

Tais exemplos demonstram que tanto a doutrina quanto os tribunais brasileiros estão num movimento de incorporação das diretrizes e recomendações internacionais relacionadas ao tratamento do Direito dos Desastres e sobre a importância de se compreender melhor suas origens, etapas, causas e consequências para melhor dimensionamento das ações de resposta. A compreensão também do desastre como um fenômeno que envolve um forte componente social se revela cada vez mais como elemento informativo das construções teóricas nacionais sobre o tema, a rigor por uma perspectiva socioeconômica, tão somente.

Todavia, o que nos interessa adicionar na discussão sobre o componente de vulnerabilidade é a questão de gênero – que infelizmente ainda é pouco tratada pela literatura e produção técnica brasileira sobre o tema dos desastres e vulnerabilidade<sup>10</sup>, e que merece tratamento específico principalmente pelo estágio de evolução do que se convencionou chamar de Direito das Mulheres, o que passa-se a expor a seguir.

## **AS MULHERES E AS SITUAÇÕES DE DESASTRE: O APROFUNDAMENTO DAS DESIGUALDADES EM TEMPOS DE DESALENTO**

Apesar da intensificação global dos desastres, o discurso sociopolítico midiático era de que caminhávamos para o fim das doenças, para a previsão e controle dos desastres naturais e para as tecnologias capazes de interromper o erro humano. O Século XXI foi divulgado como a sociedade do conhecimento, da economia limpa, da sustentabilidade. Entretanto, a segunda década do século iniciou em conjunto com a maior crise sanitária dos últimos 100 anos. Em escala global, as sociedades se depararam com o potencial de destruição causado por um inimigo invisível: o vírus SARS-CoV2, responsável pela pandemia da Covid-19<sup>11</sup>.

10 A esse respeito o relatório focado nas ações de resposta e reparação integral do desastre socioambiental e socioeconômico do Rio Doce “A Situação das Mulheres Atingidas pelo Desastre do Rio Doce a partir dos Dados da Ouvidoria da Fundação Renova” (FGV, 2019b). Há, no caso Rio Doce, também a literatura produzida por Universidades e Movimentos Sociais sobre o tema. A esse respeito, vide trabalhos publicados pela Rede Interinstitucional “Com Rio Com Mar”. Disponível em: <https://www.comriocommar.com.br/artigos>. Acesso em: 25 out. 2020. E as ações do Movimento dos Atingidos por Barragens – MAB, na produção de informação e mobilização de mulheres atingidas por barragens. Disponível em: <https://mab.org.br/mulheres/> Acesso em: 25 out 2020.

11 No dia 11 de março de 2020, Tedros Adhanom, diretor geral da Organização Mundial de Saúde (OMS), declarou que a organização elevou o estado da contaminação à pandemia de Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2), em razão da disseminação rápida do vírus em escala global. UNASUS, Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus (11/03/2020). Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>

Em todo o mundo, foram registrados mais de um milhão de óbitos em decorrência da disseminação do vírus<sup>12</sup>, gerando impactos ainda não mapeados sobre a saúde física e mental da população global, os impactos na economia de países desenvolvidos e emergentes e toda a gama de consequências nas políticas públicas de proteção social, políticas educacionais, políticas ambientais, impacto sobre grupos vulneráveis, dentre outras. Em razão dessa complexa teia de agravamentos sociais, hoje a ciência menciona o evento como uma “sindemia”, um neologismo que combina sinergia e pandemia, e correlaciona o Sars-CoV-2 (o vírus que causa a doença Covid-19) e uma série de doenças não transmissíveis para compreender como os dois elementos interagem em um contexto social e ambiental caracterizado por profunda desigualdade social<sup>13</sup>.

Assim como acontece em outros tipos de desastres, a Covid-19 tornou grupos vulneráveis ainda mais expostos e com impacto mais acentuado nessas populações, o que demandou uma ação rápida dos governos. Em diversos países foram concedidos “auxílios emergenciais” para a manutenção da subsistência das camadas mais pobres e miseráveis da população e a intensificação de outras ações de proteção social<sup>14</sup>. Não apenas a renda foi considerada no desenho dessas políticas, mas outros critérios de vulnerabilidade foram reconhecidos para a concessão do benefício, tal como ser mulher, criança, adolescente ou idoso, pessoa com deficiência, dentre outros.

O Brasil tem sido um dos países mais afetados pela pandemia. Até o final de outubro de 2020 mais 5 milhões e 300 mil pessoas tinham resultados laborais que comprovavam a contaminação e mais de 157 mil óbitos registrados em decorrência da doença.<sup>15</sup> Em comparação aos outros países, o Brasil aparece em terceiro lugar em número de casos, atrás apenas dos Estados Unidos e da Índia<sup>16</sup>, o que corresponde a 13,5% das mortes mundiais apesar de representar apenas 2,7% da população mundial.<sup>17</sup>

O avanço galopante dos infectados e as políticas de afastamento social recomendadas pelos órgãos de saúde impôs no Brasil como em diversas partes do mundo uma diminuição das atividades econômicas e consequentemente uma redução da renda das famílias.

O Brasil, antes da pandemia, já se encontrava em uma crise econômica crônica e uma crise política na qual os valores democráticos da [Constituição de 1988](#) foram publicamente contestados pelos agentes políticos (MELO; CABRAL, 2020). A devastação causada pela Covid-19 aprofundou a difícil situação econômica, especialmente dos mais pobres, e obrigou os governos em todas as esferas, mas especialmente o governo federal, a tomar medidas para mitigar os efeitos.

12 A marca de 1 milhão de óbitos foi registrada em setembro de 2020. NATURE, COVID has killed more than one million people. How many more will die? (30/09/2020). Disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-020-02762-y> Acesso em: 25 out. 2020.

13 FIOCRUZ, ‘Covid-19 não é pandemia, mas sindemia’: o que essa perspectiva científica muda no tratamento. (14/10/2020). Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=node/1264>. Acesso em: 25 out. 2020.

14 A Revista Nature indica que a pandemia acelerou o maior teste para a implementação de políticas de renda básica universal nos países, citando o caso da Espanha. NATURE, 583, 502-503 (2020). Disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-020-01993-3>

15 Dados obtidos através do painel oficial disponibilizado pelo Ministério da Saúde no site: <https://covid.saude.gov.br/> Acesso em: 26 out 2020.

16 Dados obtidos através da Organização Mundial da Saúde, disponibilizado no site <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports/> Acesso em: 26 out 2020.

17 Dados elaborados e disponibilizados pelas Nações Unidas em <https://population.un.org/wpp/> Acesso em: 26.out 2020.

Com esse propósito o governo federal, pressionado pelo legislativo federal e pela opinião pública, apresentou o projeto de auxílio emergencial, que garante uma renda mínima aos mais vulneráveis<sup>18</sup>. Nesse processo o Estado brasileiro reconheceu a desigualdade socioeconômica das mulheres no acirramento das vulnerabilidades. Em razão disso, a política pública estabeleceu que se a mãe de família for a única trabalhadora e responsável pelo lar (família monoparental com mulher provedora), terá direito ao valor de R\$ 1.200,00 mensais, duas cotas do auxílio<sup>19</sup>. Tal prerrogativa se origina no fato de que 40% das famílias brasileiras são economicamente chefiadas por mulheres, isto é, são elas as provedoras, mesmo em casos em que homens estejam no convívio familiar (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2015).

Dado que o programa é justamente para casos de baixa formalização, no caso de não inscrição nos programas sociais, é possível a comprovação pela via da autodeclaração<sup>20</sup>. Ainda, há situações diferenciadas para concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC)<sup>21</sup>.

A experiência da Covid-19, ainda na memória recente nacional, serve para demonstrar que a questão de gênero é uma das principais chaves de compreensão do impacto de desastres na sociedade – e mostra como tais situações sublinham a importância de políticas sociais para as mulheres, para que estejam em condições de igualdade material com os homens.

A [Constituição Federal de 1988](#) modificou o status jurídico das mulheres brasileiras quando, pela primeira vez, reconheceu que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Essa determinação obrigou o Estado brasileiro a rever sua base jurídica e eliminar formalmente as desigualdades. Além disso essa mudança impulsionou a criação de direitos específicos e políticas públicas para que a sociedade ofertasse a homens e mulheres as mesmas condições de usufruir dos seus direitos e de executar suas obrigações.

A partir do compromisso fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária, a [Constituição](#) impôs ao Estado brasileiro o compromisso de desenvolver mecanismos que transformassem a realidade tão desigual ao qual estavam submetidas as mulheres. No entanto, apesar dos avanços legislativos em prol da igualdade de gênero os trinta primeiros anos da Constituição cidadã não garantiram mudanças estruturais, especialmente no que tange à renda e ao poder de decisão das mulheres.

Segundo dados do IBGE, no ano de 2016 as mulheres brasileiras eram mais escolarizadas do que os homens em todos os níveis, porém a média de rendimento feminino correspondia a 76,5% do masculino; as mulheres gastavam quase 8 horas a mais do que os homens com os afazeres domésticos e representavam apenas 10,6% dos deputados federais (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2018). As

18 A aprovação do Auxílio Financeiro para suporte à pandemia da Covid-19 decorre do [Projeto de Lei nº 1066](#), de 2020, aprovado pela [Lei nº 13.982](#), de 2 de abril de 2020 e [Decreto nº 10.316/2020](#) que a regulamenta, com alterações pela [Lei nº 13.998](#) de 14 de maio de 2020). A princípio o pagamento do auxílio estava previsto para o período de três meses (art. 3º, [Decreto nº 10.316/2020](#)) prorrogado até dezembro de 2020 (MP 1.000/2020).

19 Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, art. 2º, §3º.

20 Ministério da Cidadania/Gabinete do Ministro, Portaria nº 351, de 7 de abril de 2020, art. 2º, III.

21 A [Lei 13.982/2020](#), que cria o Auxílio Emergencial de R\$600, altera também as regras de acesso ao Benefício de Prestação Continuada (BPC), pago a idosos e pessoas com deficiência de baixa renda. Durante o período de enfrentamento da pandemia causada pelo Covid-19, o critério de renda poderá ser ampliado para até ½ salário mínimo (R\$ 522,50) a partir de alguns fatores definidos em Lei (i nº [13.982](#), de 2 de abril de 2020, altera a [Lei nº 8.742](#), de 7 de dezembro de 1993).



mulheres brasileiras, após três décadas de igualdade formal, ainda vivem sob as amarras, às vezes invisíveis, muitas vezes escancaradas, de uma sociedade estruturalmente patriarcal.

Isto posto, com o advento da pandemia de Covid-19 as primeiras pesquisas mostram o aprofundamento da desigualdade de gênero no mundo inteiro e em especial nos países em desenvolvimento como o Brasil. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) apresentou em setembro de 2020 o relatório sobre o monitoramento dos impactos da Covid-19 no mundo do trabalho e constatou que as mulheres trabalhadoras estão perdendo desproporcionalmente mais na pandemia (OIT, 2020). No Brasil, o IBGE (2020) aponta também que neste período de pandemia, mulheres, negros, jovens e nordestinos estão entre os mais atingidos pelo recorde de desemprego<sup>22</sup>.

Não apenas a pandemia da COVID demonstra o potencial destrutivo dos impactos de uma crise sanitária na vida e trabalho das mulheres<sup>23</sup>, mas diversos estudos indicam que os desastres, de forma geral, têm efeitos mais devastadores em mulheres, em especial em razão de fatores que se agravam: mulher têm menos acesso a bens e propriedades por ganharem menos que os homens, têm menos espaço para tomada de decisão em ambientes de representatividade política, e dentre as camadas sociais mais pobres são consideradas “vulneráveis dentre os vulneráveis” – “*vulnerable within the vulnerable*” (ARIYABANDU; FONSEKA, 2009, p. 1215) e, muitas vezes, invisíveis (SIMM, 2019).

Segundo Madhavi M. Ariyabandu na obra coletiva “Women, Gender and Disaster” (2009, p. 8), esses são alguns dos fatores porque mulheres se submetem a riscos maiores em situações de desastres: a) limitações de mobilidade, segregação, restrições sociais que exigem que mulheres e meninas estejam acompanhadas por homens; b) menor acesso a informações de alerta e pouca capacidade de resposta; c) maior risco de violência sexual e doméstica, abuso sexual; d) fatores relacionados ao parto e à gravidez; e) maiores taxas de analfabetismo, menores níveis de escolaridade e treinamento; f) papel socialmente atribuído de cuidar de jovens, idosos e doentes dentro da família. Além disso, pesquisas indicam que mulheres têm maiores índices de mortalidade e morbidade em situações de desastres (NEUMAYER; PLUMPER, 2007).

Em razão disso, o Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) emitiu em 7 de fevereiro de 2018 a Recomendação Geral nº 37, sobre a dimensão de gênero na redução de risco de desastres no contexto das mudanças climáticas. Apesar de não ser o primeiro ou o único documento da ONU que preveja medidas de não-discriminação no contexto de graves violações de direi-

22 Entre as mulheres, a taxa de desocupação chegou a 16,9% em setembro, maior que a dos homens (11,8%). Há uma aceleração no desemprego feminino. Em agosto, a taxa de desocupação entre as mulheres era de 16,2% e a dos homens, de 11,7%. Dados divulgados pela PNAD – COVID (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios), 23/10/2020. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/> Acesso em: 25 out. 2020.

23 A esse respeito: “The Covid-19 pandemic has increased the care burden of women and families” (POWER, 2020), e “The Impact of Covid-19 on Gender Equality” (ALON; DOEPKE; OLMSTEAD-RUMSEY; TERTILT, 2020).

tos humanos em desastres<sup>24</sup>, a Recomendação dita medidas e ações específicas para Estados no cumprimento dessas obrigações.

Com base nos princípios da a) igualdade substantiva e não discriminação; b) participação e empoderamento; e c) prestação de contas e acesso à justiça (Cláusula 26), a Recomendação Geral objetiva enfatizar a urgência de mitigar as mudanças climáticas e destacar as etapas que precisam ser tomadas para alcançar a igualdade de gênero como um fator que irá reforçar a resiliência de indivíduos e comunidades globalmente no contexto das mudanças climáticas e desastres (§ 12).

Isso implica tomar medidas concretas, direcionadas e mensuráveis para: a) Identificar e eliminar todas as formas de discriminação, incluindo formas cruzadas de discriminação, contra as mulheres nas políticas, legislação, políticas, programas, planos e outras atividades de redução do risco de desastres e mudança climática; b) Criar mecanismos eficazes para garantir que os direitos das mulheres e das meninas sejam uma consideração primária na formulação de medidas de redução do risco de desastres e mudança climática nos níveis local, nacional, regional e internacional (§ 31)<sup>25</sup>.

Segundo a recomendação, a categorização de mulheres e meninas como “grupos vulneráveis” passivos, que precisam de proteção contra o impacto dos desastres, é um estereótipo de gênero negativo que não reconhece as contribuições importantes para a redução do risco de desastres, gestão pós-desastre e mitigação das mudanças climáticas e estratégias de adaptação que as mulheres já estão fazendo (§7º). Por isso, além da garantia da subsistência e do bem-estar, é necessária a participação plena e efetiva das mulheres e a garantia de que sua representatividade nos espaços de tomada de decisão seja adequada.

Em complemento a tais ações, o relatório da Assembleia Geral da ONU sobre as melhores práticas e os principais desafios na promoção e proteção dos direitos humanos em situações pós-desastre e pós-conflito coloca que mulheres e meninas devem ser um dos grupos prioritários para ajuda humanitária, alívio e recuperação. Abordagens de proteção especial devem ser consideradas durante o planejamento de resposta e ajuda humanitária, inclusive devem ser implementados mecanismos para prevenir a violência de gênero, assédio sexual e estupro, assim como assistência jurídica e assistência social a vítimas de violência sexual e de gênero (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015, §30).

O reconhecimento dos organismos internacionais em relação às desigualdades entre os sexos, dialoga com o fato de que a base da população vulnerável é feminina. Como apontavam as estatísticas internacionais antes

24 Cumprir destacar aqui os “Princípios e diretrizes básicas sobre o direito a um recurso e reparação para vítimas de violações graves do Direito Internacional dos Direitos Humanos e violações graves do Direito Internacional Humanitário” (adotado e proclamado pela Assembleia Geral da ONU – 60/147 de 16 de dezembro de 2005) que trata da não-discriminação e a previsão de priorização de atendimento de meninas e mulheres (§30) no “Relatório final baseado em pesquisa do Comitê Consultivo do Conselho de Direitos Humanos sobre as melhores práticas e os principais desafios na promoção e proteção dos direitos humanos em situações pós-desastre e pós-conflito” (adotado e proclamado pela Assembleia Geral da ONU – A/HRC/28/76 em 10 de fevereiro de 2015).

25 Em relação às ações do Estado, verifica-se seis áreas específicas de preocupação pela Recomendação, quais sejam: a) Direito de viver livre de violência de gênero contra mulheres e meninas, b) Direito à educação e informação, c) Direito ao trabalho e proteção social, d) Direito à saúde, e) Direito a um padrão de vida adequado (alimentação, terra, habitação, água e saneamento), f) Direito à liberdade de ir e vir (mobilidade) (Capítulo IV). Em todos esses, são previstas obrigações aos Estados membros de desenvolvimento de políticas e programas específicos, além de obrigações normativas e de treinamento das forças de segurança pública, bem como infraestrutura e orçamento.

da pandemia, as mulheres encontravam-se mundialmente em situação desigual. Em 2017 apenas 48% das mulheres faziam parte da força de trabalho mundial, enquanto entre os homens essa porcentagem era de 75%, a diferença salarial/renda, o chamado *Gender Gap*, em 2019, girava em torno de 31% (WEF, 2020) e para cada 100 homens pobres entre 25-34 anos existiam 122 mulheres na mesma situação (WORLD BANK GROUP, 2018).

Isto posto, o advento da pandemia reforçou a conhecida desigualdade e em alguns pontos reverteu o avanço do último século. Os primeiros dados compilados pela ONU MULHERES apontam que o desastre da Covid-19 irá aumentar a pobreza feminina, o prognóstico é que, em 2021, 246 milhões de mulheres vivam com menos de 1,9 dólares por dia, nove milhões a mais do que os homens (AZCONA; BHATT; ENCARNACION; PLAZAOLA-CASTAÑO; SECK; STAAB; TURQUET, 2021).

Além da pobreza, a pandemia reforçou a violência contra as mulheres. A ONU MULHERES lançou um alerta para o crescimento da violência praticada contra mulheres e crianças em tempos de pandemia e a necessidade de os Estados combaterem essa violência.

A partir dessa visão é que os organismos internacionais defendem a priorização das mulheres nas ações de prevenção e recuperação em casos de desastre e conflitos. Sob a premissa de que a desigualdade de gênero é estrutural, compreendem os órgãos comprometidos com os direitos humanos que priorizar as mulheres possibilita a construção de uma saída mais igual entre os sexos das mazelas causadas pelos desastres.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização do direito dos desastres é hoje realidade que se apresenta não apenas no Brasil, mas em diversos países, inclusive da América Latina nas Constituições mais recentes. Um exemplo é a Constituição do Equador de 2008 que estabelece em seu Título VII o regime do bem-viver – e na sua nona seção o tema da gestão de risco; ou a Constituição da República Dominicana de 2010, que dispõe inclusive sobre o tema das mudanças climáticas no art. 194<sup>26</sup>, dentre outros inúmeros exemplos na África e na Europa (LEITE; CAVEDON, 2019, p. 430-ss).

A constitucionalização do tema decorre da evidência empírica que o avanço da urbanização, da degradação ambiental e com a visibilidade do impacto das mudanças climáticas das últimas décadas tais eventos catastróficos já se intensificam em número e grau – afetando desproporcionalmente as populações mais vulneráveis. O Direito tem um papel essencial na tutela das ações de prevenção, mitigação, resposta e recuperação de desastres naturais e tecnológicos – ao buscar regular o ambiente de extremo risco e vulnerabilidade e

26 Artículo 194.– Plan de ordenamiento territorial. Es prioridad del Estado la formulación y ejecución, mediante ley, de un plan de ordenamiento territorial que asegure el uso eficiente y sostenible de los recursos naturales de la Nación, acorde con la necesidad de adaptación al cambio climático. (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DOMINICANA, Votada y Proclamada por la Asamblea Nacional en fecha trece (13) de junio de 2015 Gaceta Oficial No. 10805 del 10 de julio de 2015). Disponível em: <https://www.mopc.gob.do/media/8011/constitucion-2015.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2021.

minimizar seu potencial devastador. A interdisciplinaridade do fenômeno exige a articulação de diversos saberes para o melhor enquadramento dos desafios preventivos, regulatórios e reparatórios que se apresentam.

Neste sentido, pela interpretação integrada das normas da [Constituição de 1988](#) verifica-se uma complementaridade entre os dispositivos que tratam dos direitos sociais, da proteção de grupos e monitorias, da proteção ambiental e do direito dos desastres. Isso porque, como visto, tais dimensões são todas interdependentes na gestão das ações em todo o ciclo dos desastres – pré e pós-desastre, de forma a prevenir, mas também “reconstruir melhor” tais situações para que não mais ocorram ou que, na sua ocorrência, impactem de forma mais branda as comunidades e promova a resiliência.

Especialmente no caso das mulheres, há recomendações específicas do Comitê CEDAW em situações de desastres e mudanças climáticas que estão reunidas na Recomendação Geral nº 37 de 2018. A recomendação indica a importância de Estados e organizações considerarem o fator gênero na condução de políticas, ações e planejamento relativos ao tema, dado todo o histórico de pesquisas e evidências que apontam para a afetação desproporcional de tais eventos nas mulheres e os fatores que levam a isso – o que pode direcionar as políticas públicas para este grupo.

Infelizmente no Brasil a legislação que disciplina as ações emergenciais e a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC para desastres ainda não contempla quaisquer diretrizes específicas para tratamento de vulnerabilidades sociais, focando no conceito de vulnerabilidade ambiental, muito menos é sensível a questões de gênero. Todavia, há motivos para supor que com o incremento da discussão e da organização social em torno do tema – especialmente por movimentos sociais como o Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB) e pelo fortalecimento de outros movimentos pelo país, haja uma maior pressão política para a mudança da legislação sobre desastres no país, no sentido de um aperfeiçoamento das diretrizes relativas à participação e ações de resposta direcionada à proteção de minorias além de uma maior participação desses grupos na gestão do desastre e nas estratégias e políticas de redução de desastres e na tomada de decisão, como recomendam as normativas internacionais e as boas práticas de países que têm enfrentado os mesmos desafios.

Os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro na [Constituição Federal de 1988](#), como nos acordos internacionais de Direitos Humanos da qual o Brasil é signatário, reconhecem a desigualdade entre homens e mulheres e indicam o Estado como o agente responsável pela criação das condições necessárias para o desenvolvimento de uma sociedade democrática, fraterna e igualitária.

Quando o desastre toma toda a sociedade é dever do Estado direcionar maiores esforços aos mais vulneráveis. A disseminação da Covid-19 acontece em um sistema jurídico em que tratar desigualmente os desiguais é uma obrigação estatal, logo priorizar as mulheres nas políticas de mitigação dos percalços e na recuperação pós-desastre é uma obrigação jurídica.

## REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Kenneth S. Derramamentos Catastróficos de Petróleo e o Problema do Seguro. *In*: FARBER, Daniel A.; CARVALHO, Délton W. (org.) **estudos aprofundados em direito dos desastres: interfaces comparadas**. 2. ed. Curitiba: Appris, 2019. p. 309-338.
- ALON, Titan M. DOEPKE, Matthias. OLMSTEAD-RUMSEY, Jane. TERTILT, Michèle. The Impact of Covid-19 on Gender Equality. **NBER Working Paper No. 26947**. April 2020. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w26947>. Acesso em: 25 out. 2020.
- ARIYABANDU, Madhavi Malalgoda. Sex, gender and gender relations in disasters. (Chapter 1). *In*: ENARSON, Elaine; DHAR CHAKRABARTI, P. G. **Women, gender and disaster: global issues and initiatives**. New Delhi: SAGE Publications, 2009.
- ARIYABANDU, Madhavi Malalgoda; FONSEKAD. Do disasters discriminate? A human security analysis of the impact of the tsunami in India, Sri Lanka and of the Kashmir Earthquake *In*: PAKISTAN; BRAUCH H.G. *et al.* (ed.) **Facing Global Environmental Change. Hexagon Series on Human and Environmental Security and Peace**, vol 4. Springer, Berlin, Heidelberg. 2009. [https://doi.org/10.1007/978-3-540-68488-6\\_93](https://doi.org/10.1007/978-3-540-68488-6_93)
- AZCONA, Ginette; BHATT, Antra; ENCARNACION, Jessamyn; PLAZAOLA-CASTAÑO, Juncal; SECK, Papa; STAAB, Silke; TURQUET, Laura. **From insights to action: gender equality in the wake of Covid-19**. UN Women Headquarters, 2021. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2020/09/gender-equality-in-the-wake-of-Covid-19>. Acesso em: 26 out. 2020.
- CARVALHO, Délton W. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- CEDAW. **General Recommendation No. 37 on Gender-related dimensions of disaster risk reduction in the context of climate change (CEDAW/C/GC/37)**. 07/02/2018. Disponível em: [https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/CEDAW\\_C\\_GC\\_37\\_8642\\_E.pdf](https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/CEDAW_C_GC_37_8642_E.pdf). Acesso em: 25 out. 2020.
- DAMASCENA, Fernanda Dalla Libera. Limites e possibilidades da prestação jurisdicional na redução da vulnerabilidade. *In*: FARBER, Daniel A.; CARVALHO, Délton W. (org.) **Estudos aprofundados em direito dos desastres: interfaces comparadas**. 2. ed. Curitiba: Appris, 2019. p. 447-482.
- FARBER, Daniel. Disaster law and emerging issues in Brazil. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 4, n. 1, p. 2-15, jan./jun. 2012. DOI: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2012.41.01>. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.41.01/932>. Acesso em: 19 nov. 2021.
- FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **A situação das mulheres atingidas pelo desastre do Rio Doce a partir dos dados da ouvidoria da Fundação**. Rio de Janeiro; São Paulo: FGV, 2019b. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/fgv/fgv\\_a-situacao-das-mulheres-atingidas-pelo-desastre-do-rio-doce-a-partir-dos-dados-da-ouvidoria-da-fundacao-renova](http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/fgv/fgv_a-situacao-das-mulheres-atingidas-pelo-desastre-do-rio-doce-a-partir-dos-dados-da-ouvidoria-da-fundacao-renova). Acesso em: 24 out. 2020.
- FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Parâmetros para uma abordagem baseada em direitos humanos para a resposta e reconstrução de desastres envolvendo empresas**. Rio de Janeiro; São Paulo: FGV, 2019a. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/fgv/fgv\\_parametros-para-uma-abordagem-baseada-em-direitos-humanos-para-a-resposta-e-reconstrucao-de-desastres-envolvendo-empresas.pdf](http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/fgv/fgv_parametros-para-uma-abordagem-baseada-em-direitos-humanos-para-a-resposta-e-reconstrucao-de-desastres-envolvendo-empresas.pdf). Acesso em: 24 out. 2020.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil**. 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 24 out. 2020.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Retratos da desigualdade de gêneros e raça: chefes de família. [2015]. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores\\_chefia\\_familia.html](https://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_chefia_familia.html). Acesso em: 19 nov. 2021.
- LEITE, José Rubens Morato; CAVEDON, Fernanda Salles. A justiça ambiental como paradigma para o direito das catástrofes: por uma abordagem ética e ambiental da gestão dos riscos de catástrofes ecológicas. *In*: FARBER, Daniel A.; CARVALHO, Délton W. (org.) **Estudos aprofundados em direito dos desastres: interfaces comparadas**. 2. ed. Curitiba: Appris, 2019. p. 407-446.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. Os desastres ambientais e a ação civil pública. *In*: FARBER, Daniel A.; CARVALHO, Délton W. (org.) **Estudos aprofundados em direito dos desastres: interfaces comparadas**. 2. ed. Curitiba: Appris, 2019. p. 377-406.
- MELO, Carlos; CABRAL, Sandro. A grande crise e as crises brasileiras: o efeito catalizador da Covid-19. **Revista Eletrônica Gestão & Sociedade**, v. 14, n. 39, p. 3681-3688. 2020. Especial Covid-19. DOI: <https://doi.org/10.21171/ges.v14i39.3259>. Disponível em: <https://ges.emnuvens.com.br/gestaoesociedade/article/view/3259/1469>. Acesso em: 19 nov. 2021.
- NEUMAYER, Eric; PLUMPER, Thomas. The gendered nature of natural disasters: the impact of catastrophic events on the gender gap in life expectancy, 1981–2002. **Annals of the Association of American Geographers**, v. 97, n. 3, p. 551–566, 2007. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8306.2007.00563.x>. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1111/j.1467-8306.2007.00563.x>. Acesso em: 19 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law.** Resolução 60/147, 16/12/2005. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/remedyandreparation.aspx> Acesso em: 25 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Final research-based report of the Human Rights Council Advisory Committee on best practices and main challenges in the promotion and protection of human rights in post-disaster and post-conflict situations.** Relatório A/HRC/28/7, 10/02/2015. 23 p. Disponível em: [https://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/28/76](https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/28/76) . Acesso em: 25 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Report of the open-ended intergovernmental expert working group on indicators and terminology relating to disaster risk reduction.** Relatório A/71/644, 01/12/2016, 41 p. Disponível em: <https://www.undrr.org/publication/report-open-ended-intergovernmental-expert-working-group-indicators-and-terminology> . Acesso em: 24 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **ILO Monitor: Covid-19 and the world of work.** 5th ed. 30/06/2020. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms\\_749399.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_749399.pdf). Acesso em: 24 out. 2020.

POWER, Kate. The Covid-19 pandemic has increased the care burden of women and families, **Sustainability: Science, Practice and Policy**, v. 16, n. 1, p. 67-73, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1080/15487733.2020.1776561>. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/15487733.2020.1776561>. Acesso em: 19 nov. 2021.

SIMM, Gabrielle. “Gender, disasters and international law” [2019] ELECD 348. *In*: HARRIS RIMMER, Susan; OGG, Kate (ed.). **Research handbook on feminist engagement with international law.** [S. l.]: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 118.

WORLD BANK GROUP (WBG). **Unrealized potential: the high cost of gender inequality in earnings. the cost of gender inequality.** Washington, DC: World Bank. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29865>. Acesso em: 26 out. 2020.

WORLD ECONOMIC FORUM (WEF). **Global gender gap report 2020.** Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/gender-gap-2020-report-100-years-pay-equality> . Acesso em: 26 out. 2020.

# CAPÍTULO 4

## A CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMA: A INEXORÁVEL LIGAÇÃO ENTRE A PROTEÇÃO DA VIDA E A PROTEÇÃO DA FAUNA

Eliana Franco Neme

### 1 INTRODUÇÃO

O fato de não estarmos sozinhos neste planeta não é novidade para ninguém e a realidade de nos comportarmos como se estivéssemos sozinhos neste planeta também não. De outro lado, a tomada de consciência e o reconhecimento de que fazemos parte de um planeta e que este planeta se comporta de maneira sistêmica, e ainda, que diariamente somos forçados a aceitar a ideia de nossa ligação umbilical com todas as outras demais formas de vida da terra, isso é novo. A preocupação do homem com as demais formas de vida do planeta passou a ganhar destaque muito recentemente<sup>1</sup>, na exata medida em que os direitos de primeira e segunda dimensão foram sendo reconhecidos. Isso explica como existem países em que o cuidado com o ambiente é tão incipiente e outros que caminham em um andar mais acelerado, como se ao colocarmos a proteção ambiental em uma classificação acadêmica tivesse o poder de delimitar o âmbito da sua importância, como se ao dizer que a proteção ao meio ambiente é direito de terceira dimensão ou geração, pudéssemos excluir sua incidência na dimensão mínima dos direitos fundamentais: uma vida, e uma vida digna. Sentimos informar, mas o planeta não se curva à vontade do homem, se ameaçado de maneira irreversível sacrificará a si e ao homem que nele vive como prova da sua ânsia de eliminar aquilo que causa o mal: nós. Como lembra Hans Jonas, “E não importa para quantas doenças o homem encontre a cura, a mortalidade não se dobra a sua astúcia”<sup>2</sup>.

Nossa pretensão neste artigo é partir desta ideia de que todos fazemos parte de um ambiente ecologicamente equilibrado, e alinhar as relações de causa e efeito entre a violência com os animais e a violência com os seres humanos. Não se pretende aqui refutar o pensamento antropocêntrico que norteia tradicionalmente o

<sup>1</sup> No campo das determinações internacionais destacamos a Declaração de Estocolmo das Nações Unidas para o meio Ambiente em 1972; o Protocolo de San Salvador em 1988; a Declaração do Rio de Janeiro em 1992; a Convenção da Nações Unidas sobre Mudança de Clima em também em 1992; A Declaração e Programa de Ação de Viena em 1993; o protocolo de Quioto em 1997; o Protocolo sobre Biossegurança em Cartagena de 2000; A Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes em 2001. Nos textos Constitucionais também encontramos a proteção específica na Constituição Portuguesa de 1976, na Constituição Espanhola de 1978; Na Constituição da Colômbia de 1991; Na Lei Fundamental Alemã pela reforma de 1994; Na Constituição da África do Sul de 1996; Na Constituição da Suíça de 2000; Na Constituição Francesa reformada em 2004; A Constituição do Equador em 2004 e a Constituição da Bolívia em 2009. Merece destaque a Constituição Equatoriana por reconhecer os direitos da “pacha mama”: *Art. 71. A natureza ou Pacha Mama, onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos. Toda pessoa, comunidade, povoado, ou nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos, observar-se-ão os princípios estabelecidos na Constituição no que for pertinente. O Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas e os entes coletivos para que protejam a natureza e promovam o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema.*

<sup>2</sup> HANS, Jonas. **O princípio da responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. p. 32.

direito, ainda que tenhamos sérias críticas a essa ideia, não pretendemos derrubar pensamentos, mas alargar olhares. Vamos aceitar o antropocentrismo na defesa dos animais porque acreditamos que se o homem compreender o que está acontecendo com o planeta, com a flora, com a fauna e com os animais, será capaz de impedir a crueldade, ainda que seja esta proteção utilizada apenas para salvaguarda de seus interesses, da vida, e, no dizer de Pessoa, “*Só quero torná-la grande, ainda que para isso tenha de ser o meu corpo e a minha alma a lenha desse fogo*”<sup>3</sup>.

O objetivo é abrir uma nova janela para que possamos perceber um mesmo tema sob outro olhar, para que possamos reconhecer que proteger o meio ambiente e proibir o tratamento cruel dos animais é, em última análise, resguardar a humanidade. Quem sabe o protagonismo que nos tenha sido outorgado no direcionamento e na condução deste planeta possa a partir daí ser exercido com maior responsabilidade trazendo frutos benéficos para todos nós, partícipes da presente e para os nossos descendentes nas futuras gerações.

## 2 A COMPREENSÃO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO AMBIENTAL

A Constituição Brasileira de 1988, refletindo a evolução da preocupação da sociedade com o meio ambiente, trouxe capítulo próprio para a disciplina da matéria, e especificou entre outras situações a proteção da fauna e da flora, registrando expressa vedação às práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem extinção das espécies ou submetam os animais à crueldade. Tal colocação constitucional revela uma pontuação um pouco mais biocêntrica no vasto campo do antropocentrismo tradicional do Constituinte, na medida em que a compreensão de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, não se encaixa no modelo do antropocentrismo regrado pela contemporaneidade de seu universo moral.

Neste ponto, o que o texto de 1988 faz ao informar que nossas obrigações em relação ao meio ambiente estão fundamentadas em compromissos de proteção em relação às gerações futuras é sinalizar que não é útil para a interpretação das normas aqui disciplinadas a consagrada visão de uma ética tradicional e antropocêntrica do homem como centro do universo e a natureza como objeto de suas atividades e desejos. Isto porque toda ética antropocêntrica, seja qual for sua origem se condensa no tempo presente: “*Amar ao próximo como a si mesmo*”; “*Tratar os semelhantes como fins em si mesmos*”; “*Agir de forma que seu comportamento possa se tornar uma lei universal*”; “*Fazer aos outros o que gostaria que fizessem a você*”. O fato é que nesses mandamentos e em outros mais da ética tradicional que coloca o homem como centro do universo, a expectativa do agir humano e da outra ou outras pessoas envolvidas na ação está reduzido ao presente comum, aos que vivem agora e que de alguma forma sofrerão os reflexos da conduta. Só os que vivem o agora, se conec-

3 Fernando Pessoa. Navegar é preciso. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/jp000001.pdf>



tam comigo, e que de alguma maneira sofrem as consequências do meu comportamento, seja por ação ou por omissão, estão albergados pelos comandos éticos tradicionais. Esta ética antropocêntrica está alicerçada em uma condição temporal de coexistência, precisamos partilhar o tempo para que possamos cobrar condutas, pois o universo moral se reduz aos contemporâneos e seu limite é a extensão previsível do tempo de nossas vidas.

Por aí é de se concluir que o Constituinte, ao consignar a proteção ambiental para as futuras gerações, rompeu com o tradicionalismo antropocêntrico, e reconheceu que as consequências do comportamento humano nas suas relações com o planeta, extrapola as relações tradicionais de causa e efeito, e sua cumulatividade e irreversibilidade impõem um novo tipo de comportamento ético, desapegado de valores exclusivos ao ser humano.

Esta lógica se impõe em relação a todas as determinações constitucionais relativas à proteção do meio ambiente, e especialmente ao que aqui abordamos: a vedação da crueldade com os animais. Prematuramente pareceria impróprio que fosse dada tanta ênfase para a proteção dos animais em um país em que alguns dos direitos humanos fundamentais são desprezados. E é razoável pensarmos que no Brasil, onde crianças ainda morrem de fome, jovens são massacrados por grupos de extermínio, homens e mulheres vagueiam às margens do trabalho formal, e idosos são tratados como um problema social, não reste muito tempo e disposição para nos preocuparmos com o meio ambiente e com os animais. Por outro lado, não é tão difícil imaginar o planeta terra como um sistema completo e que haja uma relação entre as questões que atormentam a humanidade e a especificidade da proteção dos animais. O que pretendemos demonstrar neste trabalho, é que não há como estabelecer uma efetiva proteção da vida humana sem que haja necessariamente um ambiente ecologicamente equilibrado, e para que este ambiente seja ecologicamente equilibrado devemos observar o preceito fundamental que proíbe a crueldade com os animais.

A tarefa é complexa uma vez que o ser humano tem como padrão a produção de conhecimento, analisando o meio ambiente com a exclusão dele próprio, e que o homem normalmente contabiliza os fatos do mundo sob o prisma de um observador imparcial, o que não é verdade. Por Descartes “aprendi a não crer com muita firmeza em nada do que só me fora persuadido pelo exemplo e pelo costume”<sup>4</sup>, e partilho aqui minha inquietação. Não somos imparciais, somos parte do problema e parte da solução deste problema apresentado: a dinâmica nas relações entre homens e animais. Richard Dawkins, sobre a necessidade de enfrentamento e análise permanente de nossa convicção, afirmou que: “Temos o poder de desafiar os genes egoístas de nosso nascimento e, se necessário, os genes egoístas de nossa doutrinação”<sup>5</sup>. Neste contexto, a primeira sinalização deste reconhecimento por parte do Constituinte pátrio foi a consagração de capítulo próprio para o tema, e a lição subliminar de que a compreensão de seus comandos deveria ser apartada de um antropocentrismo exacerbado onde o planeta existe apenas como instrumento para satisfação dos interesses humanos. Esta análise sistêmica apresenta-se com a constatação apropriada de que os sistemas não podem ser compreendidos pelas partes,

4 DESCARTES, Rene. *Discurso sobre o método*. São Paulo: Vozes, 1988. p. 22.

5 DAWKINS, Richard. *O gene egoísta*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 76.

ao contrário, as propriedades das partes só podem ser compreendidas a partir da organização do todo. Neste raciocínio para compreender o homem e os outros animais que habitam o planeta em que vivemos temos que observá-los a partir de princípios básicos, como integrantes de um mesmo todo. Não é possível fazer crítica analítica quando os objetos analisados estão inseridos em um mesmo painel, “a análise significa isolar alguma coisa a fim de entendê-la; o pensamento sistêmico significa colocá-la no contexto de um todo mais amplo”.<sup>6</sup>

Cumpramos ressaltar que a organização da **Constituição** não serve como suporte para uma observação analítica de seu conteúdo. Constituições apresentam-se como um conjunto de normas, que por razões técnicas e metódicas foram separadas em grupos distintos, não há hierarquia entre essas normas, e sua disposição física no texto não pode trazer outra consequência, a não ser a de dar mais organização às ideias que foram retratadas. Assim, a interpretação da proteção constitucional ao meio ambiente deve ser feita com cautela, e o intérprete deve ter o cuidado de não privatizar o entendimento e reduzi-lo para a órbita dos anseios humanos. Diante das possibilidades de leitura do texto, é necessário que nós façamos uma interpretação integrativa, na qual possamos enxergar que a vida humana e o ambiente estão inexoravelmente interligados.

É esta a compreensão que pretendemos dar para as normas que tutelam a fauna, a constatação de que fazem parte de um sistema normativo integrado, e que precisa de proteção como o todo que é. Esta é a parte mais difícil, a crença humana na sua superioridade sobre os outros elementos ambientais é tão forte e arraigada que é muito complicado revermos alguns conceitos. Nós nos achamos superiores, e em um primeiro momento acreditávamos que o ambiente se subjugaria aos nossos desejos sem que houvesse qualquer consequência. Estamos aqui há tanto tempo explorando, destruindo, poluindo, matando, queimando, usando e experimentando, que isso parece a coisa natural a ser feita. Não é verdade. Da mesma forma que precisamos sentir os sinais da insatisfação ambiental para que pudéssemos rever nossa atividade sobre a terra, teremos que nos envolver em um processo menos egoísta para entender a linguagem dos animais.

Felizmente, há setores que impulsionados por crenças religiosas, filosóficas ou humanísticas, deflagram o alerta no sentido da proteção dos animais. Esta categoria de pessoas já se deu conta de que não é tão importante, e que, se estamos todos no mesmo planeta e precisamos uns dos outros para sobreviver, é melhor passar a agir como parte e não como proprietários do todo. Assim, a proteção dos animais contra a crueldade é o reflexo de uma consciência que está surgindo, a de que qualquer crueldade contra os animais é um ato de crueldade contra todas as espécies vivas albergadas por este planeta. Fazer este caminho o caminho da identidade com os outros seres vivos não é confortável, mas no mundo líquido talvez a certeza da nossa superioridade sirva de alento diante de todas as demais inconstâncias que enfrentamos, e que não controlamos. Mas, se queremos a Justiça, e mais ainda, se queremos “ser justos” precisamos acima de tudo da coragem, pois como explica muito bem São Tomás, “a fortitudo é a condição de qualquer virtude”<sup>7</sup>. Toda razão é universal; toda coragem,

6 CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 2018. p. 41.

7 São Tomás de Aquino, Summa Theologica, I a II ae, quest. 57, art. 5, e quest. 61, art. 2.

singular. Toda razão é anônima, toda coragem, pessoal. Por isso é preciso coragem para pensar, porque ninguém pode pensar em nosso lugar. Felizmente ou infelizmente, o prêmio da capacidade racional que nos foi ofertado traz como consequência a imposição da sua utilização, devemos realmente repensar nossas condições de existência na terra, e como nossas escolhas de comportamento têm impactado na manutenção do ambiente.

### 3 A CONEXÃO ENTRE A VIDA DIGNA E A PROTEÇÃO AMBIENTAL

A despeito das considerações iniciais sobre a análise antropocêntrica e equivocada das normas de proteção ao meio ambiente, seguimos esta apresentação utilizando justamente o antropocentrismo como base para a estruturação do nosso raciocínio. Sabemos que existem variadas posições relacionadas aos valores éticos que norteiam a compreensão da proteção dos animais desde o antropocentrismo moderado, o antropocentrismo ecológico; o biocentrismo, o ecocentrismo, o ecocentrismo profundo, entre outras<sup>8</sup>, todas elas objetivando retirar do homem a exclusividade na destinação e no destino interpretativo dos desígnios do planeta. Tais correntes éticas defendem a ideia de que não é o homem o detentor exclusivo dos direitos no sistema ambiental, e que o planeta, os animais, as plantas e todos os demais ocupantes também merecem este protagonismo. Essas ideias não apenas merecem nosso respeito, mas também nossa aderência quando percebidas na sua essência acadêmica, mas não são a base que suporta nosso posicionamento neste texto, não porque lhes falte fundamento ou robustez, mas porque o caminhar humano rumo à equiparação de direitos para com os demais seres vivos deste planeta ainda é razoavelmente mesquinho, e há muito que possa ser feito sem que seja necessária a ruptura com os modelos até agora estabelecidos. Nossa opção pelo antropocentrismo baseia-se na compreensão de que é possível proteger os animais ainda que acreditemos ser os designados para guiar os seres vivos em uma plena existência na Terra, e que acreditamos que o consequencialismo antropocêntrico pode trazer grandes benefícios no campo da proteção ambiental, e especificamente na proteção dos animais. Não é preciso mudar tudo a respeito de uma ideia, podemos obter os mesmos benefícios se mudarmos uma ideia nossa sobre o todo. Parece razoável acreditar que o caminho mais fácil e célere para a proteção dos animais e consequentemente vedação do tratamento cruel, passa pela observação de que tais comportamentos (desproteção e violência) podem repercutir inequivocamente na esfera de existência da dignidade humana.

Neste diagrama a [Constituição Federal Brasileira](#) deixa claro desde o início a preocupação com a proteção do cidadão e seus direitos, e estabeleceu como um dos princípios fundamentais, vértice para a compreensão do sistema de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana. Não é tarefa simples tratar o princípio da dignidade da pessoa humana em qualquer tipo de trabalho acadêmico, e por esta razão optamos apenas por fazer a análise de uma das dimensões da dignidade humana, a que serve de estrutura para desenvolvimento do nosso raciocínio. O tema de conceituação difícil e enfrentando algum ceticismo por parte de autores que en-

<sup>8</sup> Para melhor compreensão do tema: Hans Jonas. O princípio da Responsabilidade; Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer. Direito Constitucional Ambiental; Luc Ferry. A nova ordem ecológica; Tom Reagan. Jaulas vazias; Peter Singer. Expanding Circle, entre outros.

tendem ser impossível sua definição<sup>9</sup> acaba por receber contornos da doutrina e da jurisprudência que, se não exaurem e pacificam sua compreensão, ao menos dão contornos mínimos para sua concretude e reconhecimento. Neste caminhar, serve como orientação o próprio texto constitucional que ao redundar cautelosamente suas afirmações sobre liberdade, igualdade, segurança, liberdade e propriedade tornou inequívoco seu comprometimento com a manutenção desses valores, e de todas os outros que servem para aprofundamento da ideia de dignidade da pessoa humana. Aqui o fundamento da dignidade humana serve como parte de um raciocínio que estabelece sua inexistência quando deixamos de proteger o ambiente.

Para Sarlet, dignidade humana “é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”<sup>10</sup>, assegurando assim uma base de direitos e garantias fundamentais que protegem o indivíduo de qualquer tipo de comportamento que importe em prejuízo das condições existenciais mínimas para uma existência saudável. Não é preciso se socorrer da doutrina para uma operação de lógica: meio ambiente é pré-requisito para a existência de qualquer tipo de vida, assim a existência de vida, ou vida digna, se condiciona à preservação das condições ambientais do planeta

Longe de tentar esgotar a matéria, a conceituação apresentada serve de suporte para o raciocínio que pretendemos desenvolver, sem embargo de qualquer outro que venha a se lhe acrescentar. Dignidade é assim a qualidade que transforma aquela pessoa em única, titular de atributos físicos, mentais, sensoriais e sociais que a diferenciam de todas as demais, e a colocam em condição de igualdade nas relações autônomas com outras pessoas, na medida em que deve ser considerada um fim em si mesma, a dignidade é assim, o vértice para compreensão do “meio ambiente ecologicamente equilibrado” de acordo com o disposto na Constituição Federal brasileira. O único entendimento possível para o projeto de vida digna para as presentes e futuras gerações é aquele em que individualismo é substituído pela releitura sistêmica e coletiva<sup>11</sup>. Sobre este assunto, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

“O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”<sup>12</sup>.

9 AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 797, 2002. p. 12.

10 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

11 “Reserva extrativista. Conflito de interesse. Coletivo versus individual. Ante o estabelecido no art. 225 da CF, conflito entre os interesses individual e coletivo resolve-se a favor deste último. (...) Não coabitam o mesmo teto, sob o ângulo constitucional, reserva extrativista e reforma agrária.” (MS 25.284, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 17-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010.)

12 MS 22.164, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995.

E também:

“Meio ambiente – Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) – Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade – Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade – Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais”.<sup>13</sup>

Para a complementação do valor dignidade humana a Constituição alocou em outros capítulos, e subsidiariamente ao que foi estipulado em tópico próprio, alguns elementos indissociáveis para a densificação da amplitude e profundidade do conceito da dignidade humana. Temos, então, entre outros: a proteção à saúde, à educação, à propriedade, à ordem econômica, à cultura e ao meio ambiente, que é o objeto desta reflexão. Por esse viés, é de se concluir que deve ter a tutela dos animais, na esfera da proteção ao meio ambiente assegurada pela Constituição Federal, o *status* de direito fundamental. Vale explicar: se topograficamente a proteção ao Direito Ambiental não se coloca ao lado dos valores insculpidos fundamentais, é preciso superar a análise pontual e reconhecer que não há que se falar em manutenção de direitos fundamentais sem plano ambiental de existência. Além disso, a Constituição brasileira estabeleceu regras de hermenêutica que levam à mesma compreensão, pois além de registrar a dignidade humana como princípio fundamental, em seu artigo 5º consagra direitos e garantias individuais e coletivos e informa que os direitos ali assegurados não excluem outros que por força de tratado e convenção internacional o Brasil venha a adotar. E esta é apenas a mais tacanha das interpretações e a mais positivista a que nos apresenta o texto constitucional como o extrato de valores reconhecidos para a existência humana, mas qualquer pessoa pode inferir que não há menor possibilidade de proteção à vida digna sem que haja proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na esteira do que dispõe o artigo 225 da Constituição Federal.

Há de se destacar que a dimensão da dignidade humana que nos inspira é que decorre de uma perspectiva histórico cultural da dignidade, a saber que este valor não pode ser conceituado de maneira estanque e estática, não apenas por se tratar de categoria axiológica aberta, reclama uma permanente concretização e delimitação pela práxis constitucional. O fato é que a Constituição de 1988 ao consignar o princípio da dignidade humana como fundamento da república, condicionou a leitura e interpretação de todos os seus comandos neste sentido. Some-se a esta construção a compreensão de que a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado vem, na esteira do reconhecimento e da consciência ecológica atribuídos à dignidade humana, ganhando projeção histórica e cultural e demanda por isso uma modificação no sistema de proteção que deve dar ao indivíduo e ao meio ambiente. O pensamento liberal que impulsionava os textos para serem meros reguladores da atividade econômica, com o prestígio de algumas poucas liberdades ruiu. De fato, uma Constituição que se anuncia como instrumento de efetivação dos valores humanos mais sagrados, com o projeto de reduzir as desigualdades sociais e incentivar a concretização de um Estado Democrático de Direito focado na dig-

13 ADI 3.540-MC, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-2005, Plenário, DJ de 3-2-2006.)

nidade humana, não poderia deixar de elevar o meio ambiente a uma categoria própria, um modelo banhado de imperatividade sistêmica.

Na esteira destas breves considerações, que não excluem outras de caráter complementar ao raciocínio aqui estabelecido, é forçoso concluir que a Constituição brasileira consagrou a proteção da vida humana digna como vetor interpretativo, e que a realização deste propósito condiciona-se à efetivação de vários outros direitos previstos pelo próprio texto, entre os quais se evidencia de maneira multidisciplinar a preocupação com o meio ambiente. Assim, é consequência da interpretação lógica constitucional em que a existência do Estado Democrático de Direito é voltada e condicionada à proteção da vida humana em todas as suas esferas de compreensão, e que não há proteção da vida humana em parâmetros constitucionais sem haja a proteção ao meio ambiente. Por aí é imperativo que se reconheça que o direito individual ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está elevado à condição máxima de proteção, petrificado e consagrado pelo Constituinte como um dos temas que não podem ser alterados pelo legislativo ou pelo poder reformador.

#### **4 CRUELDADE COM ANIMAIS E A PROTEÇÃO DE VIDA**

Estabelecida esta premissa, a de que a vida humana digna impõe necessariamente a proteção do meio ambiente, resta a nós adentrarmos na proteção dos animais contra a crueldade. Infelizmente, até agora e o que podemos perceber (e o que é ditado pela conveniência humana) é que acima de qualquer determinação ética, o valor que serve de parâmetro para a ponderação entre os direitos dos homens e dos animais é a vontade do homem.

Neste artigo, longe de tecermos qualquer tipo de consideração religiosa, filosófica, sociológica ou política a respeito da questionável superioridade entre homens e animais, vamos partir da ideia de que esta superioridade exista, e que realmente a implementação das políticas públicas e das regras de elaboração, aplicação e interpretação das leis deva ser feita nesse sentido. Advertimos desde já: não acreditamos que somos superiores aos demais animais deste planeta, mas apenas a título de argumentação podemos utilizar esta premissa para concluir que ainda assim, ainda que fôssemos superiores, qualquer atividade cruel com animais seria uma atividade basicamente inconstitucional. Se para o direito civil, o animal é coisa ou semovente; no direito penal, objeto material; no direito ecológico, bem ambiental de uso comum do povo, é forçoso concluir que entre se tivermos que optar entre eles e nós a segunda opção é a mais frequente. A ideia desse trabalho nos leva ao raciocínio de que mais ou menos desenvolvidos, espertos, hábeis, inteligentes ou belos, todos os animais (e entre eles incluí aqui os humanos), os minerais e os vegetais estão imediata e inexoravelmente interligados por um vínculo que lhes é comum, qual seja, o de pertencerem ao mesmo planeta, e integrarem o mesmo ambiente. Seguindo esse conceito, não temos assim, enquanto membros de uma mesma sociedade, a dos habitantes desse planeta, autoridade ou qualidade superior para determinar quem pode e deve ser eliminado em benefício

dos demais. Se a afirmação parece absurda hoje, basta nos recordarmos de alguns posicionamentos que já tomamos em relação os nossos semelhantes, para poder acreditar na fagulha da ética que se defende.

Os parâmetros dos Direitos dos Animais, ao contrário das demais revoluções de Direitos, não foram propagados pelos interessados (nunca vimos um cão, um ganso ou uma vaca peticionando por direitos) e tampouco estão comprometidos com uma esfera de benefícios ulteriores, como se pode dizer da revolução na proteção dos direitos das Mulheres e das Crianças, a revolução dos bichos foi e está sendo movimentada por pessoas impulsionadas pela empatia, pela religião, pela razão e inspiradas pelas demais Revoluções de Direitos. De fato, não é recente na história a ideia de exploração dos animais para benefício humano: a alimentação, a experimentação laboratorial para fins médicos, o lazer, a cultura, os esportes, a educação... Todos esses fatores já foram ou ainda são suporte para o estabelecimento de uma relação vertical e imperialista em que os homens têm direito a tudo, e os animais não tem direito a nada. O princípio essencial era que os animais existem para o benefício dos seres humanos. Na Bíblia hebraica, apenas citada como exemplo religioso, as primeiras palavras de Deus a Adão e Eva são:

*“Crescei e multiplicai-vos, enchei e dominai a terra. Dominai sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus e sobre todos os animais que se movem na terra”.*

Da mesma forma, Deus disse a Noé em Gênesis<sup>14</sup>:

*“Sereis temidos e respeitados por todos os animais da terra, por todas as aves do céu, por tudo quanto rasteja sobre a terra e por todos os peixes do mar; ponho-os à vossa disposição. Tudo o que se move e tem vida servir-vos-á de alimento; dou-vos tudo isso como já vos tinha dado as plantas verdes”.*

No livro “Os Anjos bons da nossa natureza”, Steven Pinker informa que a Grécia e Roma antigas tinham uma visão similar sobre o lugar dos animais na ordem das coisas. Aristóteles escreveu que *“as plantas foram criadas para o benefício dos animais e os animais para o benefício do homem”*. Na cristandade, Santo Agostinho e Tomás de Aquino combinavam enfoques bíblicos e gregos para ratificar o tratamento amoral dos animais. Tomás de Aquino escreveu:

*“Pela divina providência, [os animais] foram projetados para o uso do homem [...]. Por conseguinte, não é errado que o homem deles faça uso, seja matando-os ou de qualquer outra maneira”.*

A filosofia também não ajudou muito. Descartes escreveu que os animais eram mecanismos, de modo que não havia maneira de sentirem dor ou prazer. Porém Descartes estava comprometido com a existência da alma, concedida aos seres humanos por Deus, e a alma era onde residia a senciência. As faculdades de querer, sentir, conceber etc. não podem tampouco ser tomadas propriamente como partes: pois é o mesmo espírito que se empenha por inteiro em querer, e por inteiro em sentir, em conceber. A linguagem igualmente é uma

<sup>14</sup> Bíblia Sagrada. Capítulo 9,2-3.

faculdade dessa coisa indivisível que chamamos de espírito ou alma. Como os animais carecem de linguagem, têm de carecer de alma; portanto, necessariamente são privados da capacidade de sentir<sup>15</sup>. Hoje sabemos que a sciência depende, até o mais ínfimo vislumbre, da atividade fisiológica do cérebro, o que é completamente desconexo com o argumento anteriormente apresentado.

Foi na Renascença que os primeiros sinais de uma genuína preocupação com os direitos dos animais surgiram. Vieram da Índia relatos sobre o vegetarianismo com a informação de que comunidades inteiras sobreviviam sem carne. Alguns escritores, entre eles Leonardo da Vinci, tornaram-se vegetarianos e os valores renascentistas por ele representados acabaram por influenciar uma seleta elite intelectual europeia. Mas foi a separação entre o dualismo de substância de Descartes, pelo monismo e pelo dualismo de propriedades que deflagrou nos séculos XVIII e XIX maiores argumentos em benefício dos animais. Nesta nova perspectiva, havia a equiparação ou apenas a conexão íntima entre a sciência e a atividade cerebral. Assim, se comprovada a atividade cerebral, seria necessário reconhecer a existência de um senciente. Por fim Jeremy Bentham trouxe significativa contribuição para uma nova inteligência de valores éticos que deveriam ser utilizados no tratamento com os animais. Bentham<sup>16</sup> escreveu:

*Poderá existir um dia em que o resto da criação animal adquirirá aqueles direitos que nunca lhe poderiam ter sido retirados senão pela mão da tirania. Os franceses descobriram já que a negrura da pele não é razão para um ser humano ser abandonado sem mercê ao capricho de um algoz. Poderá ser que um dia se reconheça que o número de pernas, a vilosidade da pele ou a forma da extremidade do os sacrum são razões igualmente insuficientes para abandonar um ser sensível ao mesmo destino. Que outra coisa poderá determinar a fronteira do insuperável? Será a faculdade da razão, ou talvez a faculdade do discurso? Mas um cavalo ou cão adultos são incomparavelmente mais racionais e comunicativos do que uma criança com um dia ou uma semana ou mesmo um mês de idade. Suponhamos que eram de outra forma – que diferença faria? A questão não é: Podem eles raciocinar? nem: Podem eles falar? mas: Podem eles sofrer? (tradução nossa).*

Bentham assegura que reside na capacidade de sentir dor o repositório para a titularidade desses direitos. Por outro lado, a publicação de “A origem das espécies” por Darwin em 1859, e sua aceitação pelos biólogos, tornou praticamente impossível sustentar que a sciência era um atributo exclusivamente humano, e foi apenas em razão das duas grandes guerras mundiais e a escassez consequente, que o projeto de igualdade em direitos foi postergado para o final do século XX.

Mas foi apenas com a publicação do livro “Libertação Animal”, do filósofo Peter Singer, em 1975, que o movimento efetivamente eclodiu. Singer apresentou um argumento poderoso em favor de uma plena consideração pelos interesses dos animais, ainda que não lhes garantindo necessariamente “direitos”. A ideia começa pela noção de que é a sciência, mais que a inteligência ou o fato de pertencer a uma espécie, que torna um ser merecedor de consideração moral. Deriva daí que não devemos infligir aos animais nenhuma dor evitável.

15 PINKER, Steven. *Os anjos bons da nossa natureza*. São Paulo. Companhia das Letras. 2013. p. 457.

16 [BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. London: T. Payne and Sons, [1789?].]



Em outro livro, “O círculo expandido”, ele desenvolve uma teoria de progresso moral, segundo a qual os seres humanos foram dotados pela seleção natural de um cerne de empatia para com seus próximos e aliados, e gradualmente o estenderam a círculos cada vez mais amplos de seres vivos, da família e da aldeia ao clã, à tribo, à nação, à espécie e a toda a vida sensível<sup>17</sup>. Dessa forma, o homem quando subvaloriza a crueldade com os animais, e lhes impõe sofrimento inútil e desnecessário, nega a si próprio o valor de integração ao seu meio, se exclui do ambiente e informa que todo o planeta deve se curvar aos interesses humanos. A própria etimologia da palavra que vem do latim *crudelis*, *crudus*, avilta seu conteúdo selvagem: *aquele que sente prazer com a dor, com o sangue do outro; o que não passou pela ação civilizatória do fogo*. O progresso moral impõe que esse sentimento seja cada vez mais excluído da sociedade humana.

Ao julgar a questão da “Farra do Boi” no Brasil, o Ministro Francisco Rezek, do Supremo Tribunal Federal, ressaltou que *“a farra do boi é uma pratica manifestamente cruel com os animais, e, portanto contraria à Constituição”* e prosseguiu: *“que tipo de país queremos ser se protegemos práticas cruéis sob o argumento de que elas são vetores culturais?”*<sup>18</sup> O mesmo ocorreu no julgamento da “Vaquejada”, quando por seis votos a cinco o Supremo deu procedência a uma ação direta de inconstitucionalidade contra lei que regulamentava o esporte/cultura no Ceará. Em seu voto, Marco Aurélio considerou que a proteção ao meio ambiente, neste caso, deveria se sobrepor ao valor cultural da prática que indubitavelmente causa sofrimento desnecessário aos animais, no que foi acompanhado pela Ministra Carmen Lucia nos seguintes termos: *“Sempre haverá os que defendem que vem de longo tempo, se encravou na cultura do nosso povo. Mas cultura se muda e muitas foram levadas nessa condição até que se houvesse outro modo de ver a vida, não somente ao ser humano”*.<sup>19/20</sup>

Se pensarmos que o sistema biológico material é regrado por um sistema normativo constitucional ao qual pertencemos, devemos compreender que a regulamentação da proteção ao meio ambiente, nesta perspectiva antropocêntrica, está voltada unicamente à preservação da vida digna da espécie humana na terra. O Constituinte, ao proibir expressamente qualquer tipo de ação cruel para com os animais, compreendeu que a vida humana digna, a teor do que consagra o texto, só pode ser aquela em que os seres dotados de sensibilidade e de capacidade para o sofrimento tem sua integridade prestigiada. O deslocamento da interpretação, pelo que aqui dispomos, não retira do homem a qualidade de centro de convergência das atividades interpretativas, mas elucida que ainda nesta condição a vida do homem só pode ser digna quando ele não impuser sofrimento desnecessário aos animais. A perspectiva é que se for possível saber se uma determinada conduta é certa ou errada, levando-se em conta a felicidade ou infelicidade de todos os que foram afetados pela ação, sendo que a felicidade está relacionada ao prazer e a infelicidade à dor, é possível, também perceber que atos que causam

17 SINGER, Peter. **The expandig circle**. [New Jersey]: Princeton University Press, 2003. p. 149.

18 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4983.

19 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4983

20 Em 14 de abril de 2020 o plenário virtual do Supremo Tribunal Federal Em decisão unânime, o Plenário do STF julgou improcedente a ADI 5996, que contesta lei do Estado do Amazonas que proíbe testes com animais para a indústria cosmética e de produtos de limpeza. A ação foi ajuizada pela Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal, Perfumaria e Cosméticos (ABIHPEC) contra a Lei Estadual 289/2015. Com a decisão, nos termos do voto do relator, ministro Alexandre de Moraes, fica mantida a lei em sua integralidade. Em 20 de Abril de 2020 o acórdão permanecia pendente de publicação.

dor aos animais são vedados pelo nosso sistema jurídico. Com isso, o fato dos animais também serem capazes de sentir dor e prazer torna-se relevante para a consideração moral. E assim, nossa Constituição compreendeu que esta consideração moral deve ser levada em conta.

Se ao longo dos tempos os animais permaneceram excluídos da esfera de consideração moral dos seres humanos, não é de se estranhar que a ética tradicional tenha sido pensada apenas para atender ao aprimoramento dos seres dotados dessa característica, ou seja, dos homens. Para o que pretendemos esse critério tem que ser modificado, ainda que aqui, a ideia de extensão aos outros seres, do respeito concedido a indivíduos da espécie humana, seja viabilizada apenas como instrumento de efetivação do propósito maior da vida digna. Existe um inegável conteúdo ético no artigo 225, parágrafo 1º, inciso V da Constituição Federal, que se direciona ao equilíbrio das espécies e à valoração dos preceitos relacionados ao meio ambiente nas demais áreas de proteção estabelecidas pela Constituição. Por este viés, todos os demais direitos consagrados pelo texto devem, necessariamente, passar pela aceitação do que foi prometido para a proteção do meio ambiente. Vale lembrar, por fim, que a ideia aqui adotada, a da concepção sistêmica ambiental, serve como parâmetro para recente determinação do Tribunal Penal Internacional. Como sabemos, o TPI se configura como uma corte permanente e independente cujo objetivo principal é o de julgar os mais graves crimes contra a espécie humana. Na disciplina do Tribunal formulada pelo Estatuto de Roma, estão arrolados os seguintes crimes: crimes de guerra, crimes de agressão, crimes de genocídio e crimes contra a humanidade. A novidade surgiu com a publicação de um *policy paper*<sup>21</sup> em 15 de setembro de 2016, em que o Tribunal informa que a partir de agora os critérios para seleção dos crimes objeto de julgamento dará especial atenção a crimes relacionados à destruição do meio ambiente, à exploração de recursos naturais e à apropriação ilegal de terras. A situação por si anuncia o reconhecimento por parte do TPI, uma Corte de Direitos Humanos, que o tema ambiental é de indissociável importância para o Direito Internacional. Não havia até agora uma Corte Internacional dedicada ao Direito Internacional Ambiental e é imprescindível que a preocupação com a proteção ambiental seja compreendida como um valor fundamental, a ser preservado por toda a espécie humana.

## 5 CONCLUSÕES

I. A opção da Constituição Brasileira em estabelecer a tutela do meio ambiente em capítulo próprio, e ainda, de estabelecer o compromisso de proteção para as presentes e futuras gerações, é um indicativo de interpretação consignando que a leitura do texto deve compreender uma ética com os olhos para o futuro. A existência do homem está intrinsecamente ligada ao meio ambiente, as ameaças ao meio ambiente devem ser consideradas ameaças ao homem, e na medida em que o homem faz parte do ambiente, toda ameaça ao homem como uma ameaça ambiental;

21 Tribunal Penal Internacional. Gabinete do Procurador. *Policy paper on case selection and prioritization*. Disponível em: [https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915\\_OTP-Policy\\_Case-Selection\\_Eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf). Acesso em: 08 nov. 2019.

II. A colocação da proteção ao meio ambiente como direito fundamental e de aplicabilidade imediata nas constituições brasileira é consequência lógica de interpretação por equivaler-se em nível de importância, e mais ainda, como condição de exercício para todos os demais direitos. Sendo assim, os princípios constitucionais ambientais servem de diretrizes para a aplicação do próprio texto constitucional, de toda normatização interna, e para a atividade da administração pública e dos cidadãos;

III. O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado deve ser entendido como direito fundamental, um direito da humanidade, no sentido de que tem por objeto bens que pertencem a todo o gênero humano, e cuja lesão pode impedir ou restringir as possibilidades de sobrevivência do homem nesse planeta. Entre os bens ambientais tutelados estão os animais, elemento indissociável da fauna. O texto de 1988, ao registrar textualmente a vedação da crueldade com os animais, inseriu comando interpretativo que se destaca pela interligação com demais direitos inseridos no texto, se dentro do escopo da proteção do meio ambiente encontramos a vedação da crueldade devemos concluir que não há ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações quando se permite a violência com os animais;

IV. A interpretação constitucional recomendada pela inserção da dignidade humana como fundamento da República indica que devemos reconhecer que somos, animais, vegetais e minerais, parte de um todo, assim, a lesão a qualquer um dos integrantes desse sistema repercute necessariamente na existência dos demais. A proteção contra a crueldade com os animais, dentro de um processo evolucionista de proteção ao ambiente, nos informa que a crueldade com os animais não é admitida porque é, em última análise, uma crueldade contra nós mesmos.

## REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 797, 2002.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- [BENTHAN, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. London: T. Payne and Sons, [1789?].]
- CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 2018.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DAWKINS, Richard. **O gene egoísta**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- DESCARTES, Rene. **Discurso sobre o método**. São Paulo: Vozes, 1988.
- FERRY, Luc. **A nova ordem ecológica**. Rio de Janeiro: Dinfel, 2009.
- FERRY, Luc. **A revolução do amor**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- HANS, Jonas. **O princípio da responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.
- PINKER, Steven. **Os anjos bons da nossa natureza**. São Paulo. Companhia das Letras. 2013.
- REAGAN, Tom. **Jaulas vazias**. Porto Alegre: Lugano, 2006.
- ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2013.
- SARLET, Ingo (org.) **Dimensões da dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo; FERSTENSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SINGER, Peter. **The expandig circle**. [New Jersey]: Princeton University Press, 2003.

# SECÃO XII

## O PAPEL DA MULHER NAS RELAÇÕES ECONÔMICAS, TRIBUTÁRIAS E EMPRESARIAIS

## SUMÁRIO SEÇÃO XII

**INTRODUÇÃO**

O PAPEL DA MULHER NAS RELAÇÕES ECONÔMICAS, TRIBUTÁRIAS E EMPRESARIAIS .....2304

*RENATA MOTA MACIEL**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES**PATRICIA PACHECO RODRIGUES**SAMIRA RODRIGUES P. ALVES***CAPÍTULO 1**

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: BREVE RETROSPECTIVA HISTÓRICA COM RELAÇÃO ÀS PATENTES DE INVENÇÃO .....2305

*PATRICIA AURÉLIA DEL NERO***CAPÍTULO 2**

A LIBERDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 88 E O QUE NEM PRECISARIA SER DITO... .....2319

*ARNALDO VASCONCELOS**UNIE CAMINHA***CAPÍTULO 3**

O ENGAJAMENTO DAS EMPRESAS COM OS VALORES SOCIAIS: COMPROMISSO COM O FUTURO.....2332

*TANIA BAHIA CARVALHO SIQUEIRA***CAPÍTULO 4**

O ARTIGO 219 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O COMBATE À CORRUPÇÃO COMO MECANISMOS DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO NACIONAL.....2349

*GRACE LADEIRA GARBACCIO**SARA DE ASSIS AQUINO***CAPÍTULO 5**

LIVRE INICIATIVA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE QUANTO A REPRESENTAÇÃO DAS MULHERES NA GESTÃO DE EMPRESAS.....2359

*ALINE APARECIDA SANTOS COSTA PEGHINI**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES***CAPÍTULO 6**

COMÉRCIO ELETRÔNICO E A RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR EM TEMPOS DE PANDEMIA.....2377

*PATRICIA MARTINEZ ALMEIDA**HEITOR ROMERO MARQUES**NÁTHALIE CAROLINE BAZANIN***CAPÍTULO 7**

O DIREITO À INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A QUESTÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE DAS MULHERES NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO .....2391

*ANA ELIZABETH LAPA WANDERLEY CAVALCANTI**JULIANA LEANDRA MARIA NAKAMURA GUILLEN DESGUALDO*

**CAPÍTULO 8**

O DIREITO À INFORMAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO..... 2406

*ANNA CAROLINA CUDZYNOWSKI**SAMYRA HAYDÉE DAL FARRA NASPOLINI***CAPÍTULO 9**

O DIREITO À PRIVACIDADE PARA AS MULHERES: UMA MUDANÇA DE LÓGICA JURÍDICA A PARTIR DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS ..... 2417

*RUTH M. P. SANTOS**TATIANE PEPE DE ALMEIDA GENARO***CAPÍTULO 10**

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS ..... 2431

*CÍNTIA ROSA PEREIRA DE LIMA**CRISTINA GODOY BERNARDO DE OLIVEIRA***CAPÍTULO 11**

A INCLUSÃO DIGITAL E CIBERCIDADANIA..... 2442

*DOLORES PEREIRA RIBEIRO COUTINHO**PATRICIA MARTINEZ ALMEIDA**MARIA LAURA DUTRA FONSECA***CAPÍTULO 12**

LIBERDADE DE INICIATIVA E “LIVRES MERCADOS”: OS PRESSUPOSTOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS PARA UMA ECONOMIA DE MERCADO REALMENTE LIVRE..... 2453

*ANA FRAZÃO***CAPÍTULO 13**

SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: UMA REFORMA NECESSÁRIA E URGENTE.....2475

*DENISE LUCENA CAVALCANTE***CAPÍTULO 14**

REFORMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIA: TENDÊNCIAS E DESAFIOS..... 2484

*RENATA CORREIA CUBAS***CAPÍTULO 15**

INVESTIMENTOS ESG E SEUS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS ..... 2492

*RENATA WEINGRILL LANCELLOTTI***CAPÍTULO 16**

A EVOLUÇÃO SOCIAL CULTURAL DO SUPERENDIVIDAMENTO FEMININO ..... 2501

*MÔNICA DI STASI***CAPÍTULO 17**

UM OLHAR MAIS CONSTITUCIONAL PARA O IMBRÓGLIO DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLETIVAS: A PROBLEMÁTICA DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE ..... 2515

*GABRIELA SEGARRA*

# INTRODUÇÃO

## O PAPEL DA MULHER NAS RELAÇÕES ECONÔMICAS, TRIBUTÁRIAS E EMPRESARIAIS

**Renata Mota Maciel**

**Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques**

**Patrícia Pacheco Rodrigues**

**Samira Rodrigues P. Alves**

A reivindicação do espaço para as mulheres historicamente é marcada pela desigualdade nas relações de gênero. O poder feminino por um longo tempo não existiu, sendo as mulheres privadas de cidadania, sem direito ao voto, independência legal ou financeira.

As motivações que ensejam esta obra refletem o desejo de construir um panorama que contribua com o discurso jurídico, tornando-o mais equânime por meio da difusão da produção acadêmica das mulheres.

Assim, o objetivo deste livro não foi sobrepor a produção acadêmica das mulheres aos homens, mas apresentar a produção jurídica feminina e propor um diálogo na construção de um pensamento jurídico que contemple a perspectiva de gênero e provoque a reflexão sobre a urgente redefinição do papel das mulheres nas estruturas de poder.

A crise da saúde pública com a pandemia promoveu rápidas ingerências sobre os hábitos e estilos de vida das pessoas, com o achatamento do setor produtivo e dos serviços de economia, a precarização das relações de trabalho e aumento do desemprego. Houve reflexos diretos nas relações sociais, econômicas, tributárias, empresariais e o desgaste das relações familiares.

Nesse diapasão, a violência não diz respeito apenas às mulheres, mas a violência doméstica de todos os membros da família humana, e sua preservação é voltada para a dignidade humana daqueles que fazem parte da sociedade, em suas relações privadas e públicas, esta última, em especial, no âmbito das empresas prezando pelo desenvolvimento de seu viés pelo Capitalismo Humanista.



# CAPÍTULO 1

## ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: BREVE RETROSPECTIVA HISTÓRICA COM RELAÇÃO ÀS PATENTES DE INVENÇÃO

Patrícia Aurélio Del Nero

“Por isso não provoque!  
É cor de rosa choque!”  
(Rita Lee)

### 1 INTRODUÇÃO

É com satisfação que aceito o honroso convite formulado pela Professora Doutora Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques (querida amiga) e pela Professora Doutora Renata Mota Maciel, bem como às colegas Organizadoras. A ideia da obra é primorosa e original, no sentido de conferir vozes e letras às mulheres que interpretam, aplicam e lecionam as normas e os Princípios Constitucionais, ou seja, a [Constituição da República Federativa do Brasil](#), cada qual tendo a totalidade do Texto ou os temas objeto de pesquisas.

Desta forma, antecipadamente, ousou destacar que a obra será um sucesso: Uma referência na busca da construção efetiva de um mundo justo, fraterno e igualitário, tendo em vista a ótica das mulheres e sua saga histórica rumo a plenitude da emancipação.

O objetivo deste capítulo é construir e analisar, de forma exploratória, os aspectos referentes à propriedade intelectual, especialmente no campo da propriedade industrial (patentes de invenção) no âmbito de sua previsão, ao longo das sucessivas Constituições.

### 2 RECUPERAÇÃO DO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DAS NORMAS DISCIPLINADORAS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E AS INTERAÇÕES COM OS TEXTOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES: AS PATENTES DE INVENÇÃO

Antes de adentrar no mérito da discussão, necessário se faz destacar que o Brasil possui tradição em incorporar ao seu Direito Doméstico, Acordos e Tratados Internacionais que estabelecem normas multilaterais disciplinadoras da propriedade intelectual. No entanto, no que se refere à dimensão estritamente doméstica, verifica-se que o país, também, ao longo do tempo, disciplina a matéria, especialmente no que se refere à propriedade intelectual, de um modo geral e à concessão de patentes de invenção de forma específica.

Sendo assim, as normas disciplinadoras da propriedade intelectual no que se refere à concessão de patentes de invenção foram, ao longo do tempo, assumindo perfis diferenciados e acompanhando a dinâmica social da realização de experimentos que ensejam o seu reconhecimento, por meio da concessão de patentes de invenção.

Trata-se, nesse sentido, de um processo normativo que por um lado, disciplina a propriedade intelectual das patentes e, ao mesmo tempo, por outro lado, assume o perfil de novas invenções, acompanhando ou – pelo menos – tentando acompanhar a dinâmica das inovações que ocorrem no campo fenomênico ou social. É um movimento reflexivo, no qual as normas são postas e revogadas por outras normas ao longo do tempo, tendo em vista, os aspectos temporais e as possibilidades concretas das inovações.

Em face do exposto, pode-se brevemente acompanhar, de forma exploratória, o movimento histórico normativo, quer dizer, as diversas normas que disciplinaram a propriedade intelectual das patentes de invenção, localizando e acompanhando o perfil que o instituto assumiu ao longo do tempo, tendo em vista os Ordenamentos Constitucionais pertinentes e sucessivos.

O primeiro referencial normativo localizado, no Brasil, é o Alvará de 28 de abril de 1809, que “isenta de direitos as matérias primas do uso das fábricas e concede outros favores aos fabricantes e da navegação nacional” que expressamente estabelecia:

VI – Sendo muito conveniente que os inventores e introdutores de alguma nova máquina e invenção nas artes gozem do privilégio exclusivo, além do direito que possam ter ao favor pecuniário, que sou servido estabelecer em benefício da indústria e das artes, ordeno que todas as pessoas que estiverem neste caso apresentem o plano de seu novo invento à Real Junta do Comércio; e que esta, reconhecendo-lhe a verdade e fundamento dele, lhes conceda o privilégio exclusivo por quatorze anos, ficando obrigadas a fabricá-lo depois, para que, no fim desse prazo, toda a Nação goze do fruto dessa invenção. Ordeno, outrossim, que se faça uma exata revisão dos que se acham atualmente concedidos, fazendo-se público na forma acima determinada e revogando-se todas as que por falsa alegação ou sem bem fundadas razões obtiveram semelhantes concessões.

Conforme se verifica, no referido Alvará de 1809, constava disposição alusiva aos direitos de propriedade intelectual, muito embora o documento não fazia menção expressa a esta categoria. Era uma norma que, no contexto de suas prescrições comportamentais, continha previsão acerca dos direitos de propriedade intelectual.

No entanto, o contorno estabelecido no item VI do Alvará, previa o reconhecimento para atividades inventivas, com atribuição da titularidade e de recebimento pecuniário respectivo. A outorga desse reconhecimento era da alçada da “Real Junta do Comércio” e o prazo de validade da concessão desse direito era de 14 anos.

Cumprе mencionar que, no plano constitucional, a [Constituição Política do Império do Brasil de 1824](#)<sup>1</sup>, em seu artigo 179, item XXVI, possuía previsão específica e expressa para a proteção da propriedade intelectual, no que se refere às invenções ou produções industriais:

<sup>1</sup> Consultar: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05.out.2020.

Art. 179 – [...]

Os inventores terão a propriedade de suas descobertas, ou das suas produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda que hajam de sofrer pela vulgarização.

Destaca-se, no plano infraconstitucional, que o Alvará de 1809, embora não fosse uma disposição normativa especificamente adotada no campo da propriedade intelectual, vigorou por duas décadas, no Brasil, sendo que em 1830, é editada uma Lei<sup>2</sup> que: “concede privilégio ao que descobrir, inventar ou melhorar uma indústria útil e um prêmio ao que introduzir uma indústria estrangeira, e regula sua concessão.” Necessário se faz evidenciar que a expressão “vulgarização” constante neste dispositivo, refere-se à propagação ou utilização indevida do objeto ou bem passível de proteção.

Esta Lei é a primeira, ao nível nacional, que disciplinava textual e taxativamente a concessão de patente de invenção. Utiliza-se de termos ou locuções jurídicas comuns da época, como “privilégio<sup>3</sup>” e “prêmio<sup>4</sup>”, mas traça o contorno jurídico da figura da patente. Saliente-se que a referida Lei disciplinava as disposições contidas na Constituição Imperial que, naquela época, fazia referência às disposições no campo da propriedade intelectual.

O artigo 1º da [Lei de 28 de agosto de 1830](#), estabelecia que: “A lei assegurará ao descobridor, ou inventor de uma indústria útil a propriedade e o uso exclusivo da sua descoberta, ou invenção.”

Em face do dispositivo transcrito, verifica-se que a Lei confere reconhecimento do direito e sua exclusividade quanto ao exercício para as descobertas e para as invenções. No artigo 4º da destacada Lei era previsto expressamente que o direito do descobridor ou do inventor era firmado por meio do reconhecimento de uma patente, concedida gratuitamente, pagando-se apenas o selo<sup>5</sup> e o feito para consegui-la. Desta forma, a concessão da patente, restava condicionada apenas ao pagamento do selo, que na atualidade, corresponde aos custos previstos em tabelas de retribuições próprias, estabelecidas pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), bem como a expedição do documento, ou como menciona o dispositivo, seu feito<sup>6</sup>.

Para a concessão da patente, o solicitante (“descobridor” ou “inventor<sup>7</sup>”) deveria demonstrar, por escrito, que o objeto a ser protegido ou concedido, nos termos do disposto no parágrafo 1º do artigo 4º da [Lei de 28 de agosto de 1830](#), atendia ou cumpria seus requisitos.

2 Nesse sentido consultar: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-28-8-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-28-8-1830.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.

3 No tocante à expressão “privilégio”, “S.m. vantagem que se concede a alguém com exclusão de outros e contra o direito comum. Do lat. *Privilegium-ii*. Verbetes constantes no Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa. p. 635.

4 A expressão “prêmio” tem o seguinte significado: “s.m. ‘recompensa’ ‘lucro, juro’ ‘ágio’. Do lat. *Praemium*. Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa. P. 631.

5 O verbo “selo” significa: “v.b. ‘pôr selo’ ‘estampilhar’. Do lat. *Sigillare*. Cp. SIGILOSO.” Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa. P. 712.

6 Equivalente na atualidade à Carta Patente.

7 Verifica-se que a Lei conferia o mesmo tratamento à invenção e à descoberta. Equiparava e, ao mesmo tempo, disciplinava de forma sinônima categorias que são diversas e inconfundíveis entre si. Tratava-se, nesse sentido, de uma prescrição comportamental imprecisa na sua formulação semântica; resultando em uma imprecisão técnica na sua formulação jurídica.

Verifica-se que a Lei de 28 de agosto de 1830 é um instrumento normativo específico para disciplinar a categoria jurídica da patente. No entanto, não estabelece um rol do que pode ou não ser objeto de proteção por meio de patente, apenas disciplina genericamente que é permitido, no Brasil, quanto à concessão de patente. Vale dizer, disciplinava de forma genérica o instituto.

Posteriormente, em 1882, foi editada a [Lei n. 3.129](#)<sup>8</sup>, de 14 de outubro que “regula a concessão de patentes aos autores de invenção ou descoberta industrial.” Trata-se de mais um diploma normativo brasileiro, cronologicamente anterior à adesão da Convenção da União de Paris.

O artigo 1º da Lei em pauta estabelecia que:

Art. 1º – A lei garante pela concessão de uma patente ao autor de qualquer invenção ou descoberta a sua propriedade e uso exclusivo.

1º – Constituem invenção ou descoberta para os efeitos desta lei:

2º – a invenção de novos produtos industriais;

3º – a invenção de novos meios ou a aplicação nova de meios conhecidos para se obter um produto ou resultado industrial;

4º – o melhoramento de invenção já privilegiada, se tornar mais fácil o fabrico do produto ou uso do invento privilegiado, ou se lhe aumentar a utilidade.

Entendem-se por novos os produtos, meios, aplicações e melhoramentos industriais que até ao pedido da patente não tiverem sido, dentro ou fora do Império, empregados ou usados, nem se acharem descritos ou publicados de modo que possam ser empregados ou usados.

2º – Não podem ser objeto de patente as invenções:

1º – contrárias à lei ou à moral;

2º – ofensivas da segurança pública;

3º – nocivas à saúde pública;

4º – as que não oferecerem resultado prático industrial.

3º – A patente será concedida pelo Poder Executivo, depois de preenchidas as formalidades prescritas nesta lei e em seus regulamentos.

4º – O privilégio exclusivo da invenção principal só vigorará até 15 anos, e o do melhoramento da invenção concedido ao seu autor, terminará ao mesmo tempo que aquele.

Se durante o privilégio, a necessidade ou utilidade pública exigir a vulgarização da invenção ou o seu uso exclusivo pelo Estado, poderá ser desapropriada a patente mediante as formalidades legais.

5º – A patente é transmissível por qualquer dos modos de cessão ou transferência admitidos em direito

Em face das longas disposições do artigo mencionado, verifica-se que ocorre a equiparação dos conceitos de “invenção” e de “descoberta” como categorias jurídicas similares<sup>9</sup>. Aliás, essa norma acompanha as anteriores que veiculavam a mesma forma de prescrição normativa.

O dispositivo traz para o campo normativo as modalidades que podem dar margem à concessão da patente de invenção, ao estabelecer que a invenção pode incidir sobre produtos (parágrafo 1º do artigo 1º); sobre meios de aplicação (parágrafo 2º do artigo 1º) e no que se refere ao melhoramento de uma invenção (parágrafo 3º do artigo 1º). Além do mais, esses parágrafos destacados do artigo 1º da [Lei 3.129, de 14 de outubro de](#)

<sup>8</sup> Nesse sentido, consultar: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim3129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3129.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.

<sup>9</sup> No momento oportuno, ou seja, quando da análise da categoria da patente, será exposto que os conceitos ou as categorias da “invenção” e da “descoberta” não são similares e, tampouco inconfundíveis. Esta distinção é especialmente relevante para a proteção da biotecnologia.

1882, evidenciam e aliam a concessão da patente ao critério da novidade, na medida em que esses dispositivos enfatizam e normatizam como critério para seu reconhecimento o “novo<sup>10</sup>”.

É interessante observar que o artigo 1º da Lei 3.129, de 14 de outubro de 1882, primeiramente estabelece o que pode ser objeto de concessão de patente e, posteriormente, no mesmo dispositivo, encontravam-se estabelecidas às proibições, ou seja, a previsão geral e abstrata do que não pode ser objeto de patente de invenção.

A legislação daquela época, conforme evidenciado, fazia menção expressa às invenções no campo da indústria alimentícia, química e farmacêutica. Portanto, nessas áreas industriais, havia a expressa possibilidade de concessão de patente de invenção.

A **Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891**<sup>11</sup>, em seu artigo 72, que estabelecia a “Declaração de Direitos”, sendo que os parágrafos 25, 26 e 27, traziam disposições expressas e específicas no campo da propriedade industrial, relativamente à proteção dos inventos industriais, dos direitos autorais e da propriedade das marcas, nos seguintes termos:

25 – Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento.

26 – Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

27 – A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica.

Em face dos dispositivos citados, verifica-se que o tratamento constitucional impresso à previsão da proteção da propriedade intelectual envolvia os direitos autorais, bem como a proteção no contexto ou no ambiente industrial, fazendo referência expressa tanto às invenções ou inventos, quanto às marcas.

Sendo assim, o tratamento constitucional da matéria, na primeira Constituição Republicana brasileira era sistematizado a partir das “duas vertentes da propriedade intelectual”, quais sejam, os direitos autorais ou direitos do autor e os direitos de propriedade industrial.

Em que pese o fato de o Brasil ter normatizado a disciplina jurídica da propriedade intelectual, no tocante às invenções, isto é, com relação à dinâmica da concessão das patentes, desde 1809, Laerte Rímoli (s. d., p.35.) chama a atenção para o fato de que a primeira carta patente brasileira foi concedida pelo Imperador Dom Pedro II, em 1889, em que era requerente o advogado e médico José Roberto da Cunha Salles, inventor da fórmula de um preparado que denominou “vinho vivificante”. A concessão dessa carta patente só foi possí-

10 O significado dessa expressão é o seguinte: “novo. Adj. ‘moço’, ‘jovem’ ‘original’ ‘de pouco uso’. Do lat. INOVAÇÃO.” Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa. p. 552.

11 Nesse sentido, consultar: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.

vel, conforme exposto, em virtude de o Brasil possuir normas específicas no campo da propriedade intelectual das invenções e em face da adesão brasileira aos termos da Convenção da União de Paris<sup>12</sup>.

A título de ilustração, no rol do acervo das patentes antigas concedidas pelo I.N.P.I.<sup>13</sup>, constam as seguintes: Emprego do Ferro na Construção Civil e o Canhão de Higgins.

É interessante mencionar que o I.N.P.I. disponibiliza a informação, no tocante à concessão da patente relativa ao emprego do ferro na construção civil em que o Sr. Stephen, cidadão francês, radicado no Rio de Janeiro, onde trabalhava como arquiteto construtor, solicitou, em 1864, a concessão de privilégio para a construção de casas empregando elementos de ferro. O inventor ofereceu uma exposição minuciosa das vantagens oferecidas pelo referido material. O requerente se limitava a solicitar o direito de exclusividade para aspectos de um sistema por ele desenvolvido<sup>14</sup>.

No tocante à evolução histórica da legislação da propriedade intelectual brasileira que concede proteção às invenções, destaca-se o [Decreto n. 16.254, de 19 de dezembro de 1923](#), que “Crêa a Diretoria Geral da Propriedade Industrial”. Esse diploma legal foi revogado expressamente pelas disposições constantes no [Decreto n. 22.989, de 26 de julho de 1933](#).

No tocante à concessão de patente, o Decreto n. 16.254, de 19 de dezembro de 1923, estabelecia que:

Art. 32. Ao autor de invenção suscetível de utilidade industrial será concedida uma patente, que lhe garanta a propriedade e o uso exclusivo da invenção, de acordo com as condições estabelecidas neste regulamento.

Art. 33. Constitui invenção ou descoberta suscetível de utilidade industrial:

1º – a invenção de novo produto industrial;

2º a invenção de novo meio ou processo ou aplicação nova de meios ou processos conhecidos para se obter um produto ou resultado prático industrial.

No artigo 34 do referido Decreto, encontravam-se previstas as possibilidades proibitivas da concessão de patente, destacando-se as seguintes: “1º As invenções contrárias à lei ou à moral; 2º As invenções nocivas à saúde pública; 3º As invenções ofensivas à segurança pública; 4º os sistemas de cálculo, planos ou combinações de finanças e de crédito; 5º as invenções que não oferecem resultado prático industrial.”

A [Constituição Federal de 16 de julho de 1934](#)<sup>15</sup>, em seu Título III – “Da Declaração de Direitos”, Capítulo II – “Dos Direitos e das Garantias Individuais”, no artigo 113 traçava, nos mesmos moldes da Constituição que lhe era anterior previsões acerca da propriedade intelectual no campo dos direitos do autor e dos direitos de propriedade intelectual, estabelecendo, nos itens 18, 19 e 20 que:

12 BRASIL. Palácio do Rio de Janeiro. **Decreto n. 9.233, de 28 de junho de 1884**. Promulga a convenção assignada em Paris a 20 de março de 1883, pela qual o Brazil e outros Estados se constituem em União para a proteção da propriedade industrial. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9233-28-junho-1884-543834-publicacaooriginal-54426-pe.html>

13 Consultar: <http://www.inpi.gov.br/>. Acesso em 05 out 2020.

14 Deve-se observar que a cópia constante da patente, ora destacada, possui o cumprimento das formalidades estabelecidas na Lei e é construída de forma manuscrita. Para ter acesso ao referido documento, cuja aparência temporal em termos de antiguidade é visível pelo aspecto amarelado, envelhecido do papel. Nesse sentido, pode-se acessar o ambiente do INPI, na *internet*, no endereço eletrônico constante na nota de rodapé anterior.

15 Consultar: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.

- 18) Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou concederá justo prêmio, quando a sua vulgarização convenha à sociedade;
- 19) É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso do nome comercial;
- 20) Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de produzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar.

Posteriormente, no Brasil, foi editado o Decreto n. 24.507, de 29 de junho de 1936, que: “Aprova o regulamento para a concessão de patentes de desenho ou modelo industrial, para o registro do nome comercial e do título de estabelecimento e para a repressão à concorrência desleal, e dá outras providências”.

Esse Decreto, conforme se pode verificar disciplinava a concessão de patente de desenho ou de modelo industrial. No tocante às patentes de invenção, é necessário mencionar, que o artigo 2º traçava a seguinte determinação: “Art. 2º Não podem constituir modelo ou desenho industrial: 1º. Aquilo que for objeto de privilégio de invenção, modelo de utilidade, marca de indústria ou de comércio e o que, como tal, for proibido; [...]”.

A [Constituição de 10 de novembro de 1937](#)<sup>16</sup>, no artigo 122, ao dispor acerca dos “Direitos e Garantias Individuais”, assegurava apenas a propriedade, no que diz respeito aos seus aspectos genéricos, sendo que o tem 14, deste dispositivo estabelecia que: “O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão definidos nas leis que lhe regularem o exercício.”

Em 1945, no Brasil, a disciplina jurídica da propriedade intelectual, no campo das categorias, referentes à proteção da propriedade industrial, conquista a estrutura codificada. Sendo assim, o [Decreto-Lei n. 7.903, de 27 de agosto de 1945](#)<sup>17</sup> institucionalizava o “Código de Propriedade Industrial”. Com relação ao objetivo estabelecido pela nova normatização jurídica, da época, o artigo 2º do referido Código estabelecia que:

Art. 2º A proteção da propriedade industrial, em sua função econômica e jurídica, visa reconhecer e garantir os direitos daqueles que contribuem para o melhor aproveitamento e distribuição de riqueza, mantendo a lealdade de concorrências no comércio e na indústria e estimulando a iniciativa individual, o poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo.  
Parágrafo único. Estende-se essa proteção por igual, ao domínio das indústrias agrícolas e extrativas.

O rol das categorias passíveis de proteção no campo da propriedade industrial era previsto no artigo 3º do Código de Propriedade Industrial que estabelecia:

Art. 3º A proteção da propriedade industrial se efetua mediante:  
a. concessão de privilégio de:  
patente de invenção  
modelos de utilidade;  
desenhos ou modelos industriais;

<sup>16</sup> Consultar: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.

<sup>17</sup> Texto publicado no Diário Oficial da União de 29 de setembro de 1945.

- variedades novas de plantas;
- b. a concessão de registros de:
  - marcas de indústria e de comércio;
  - nomes comerciais;
  - títulos de estabelecimento, insígnias comerciais ou profissionais;
  - expressões ou sinais de propaganda;
  - recompensas industriais;
- c. a repressão de falsas indicações de proveniência;
- d. a repressão da concorrência desleal.

Observe-se que neste Código de Propriedade Industrial a novidade estabelecida, dentre as clássicas e tradicionais categorias de proteção no campo da propriedade intelectual, é a “concessão de privilégio para variedades novas de plantas”. As legislações anteriores de propriedade intelectual analisadas não faziam previsão a essa forma de proteção.

Para os autores<sup>18</sup> de invenção e/ou inventores o Código de Propriedade Industrial assegurava a proteção, por meio de patente de invenção, garantindo a propriedade e a exclusividade em sua utilização. Para fins de proteção a invenção deve ser considerada nova, ou seja, aquela que, até a data do depósito do pedido da patente, não tenha sido, no País, depositada ou patenteada, nem usada publicamente ou descrita em publicações, de modo que possa ser realizada; ou que até um ano antes do depósito do pedido de patente, no país, não tenha sido patenteada no exterior, nem descrita em publicações, de modo que possa ser realizada, nos termos do parágrafo 1º do artigo 7º do Código de Propriedade Industrial de 1945.

O prazo de duração, estabelecido pelo Código de Propriedade Industrial, para as patentes de invenção era de 15 anos, contados da data da expedição da carta patente.

A [Constituição da República de 18 de setembro de 1946](#)<sup>19</sup>, por seu turno, estabelecia no Título IV “Da Declaração de Direitos”, Capítulo II – “Dos Direitos e das Garantias Individuais”, no artigo 141, parágrafos 17, 18 e 19, vinham expressamente previstas disposições acerca da propriedade intelectual, nos mesmos moldes previstos nas Constituições anteriores, ou seja, disposições acerca da concessão de propriedade intelectual no campo dos direitos autorais e no campo dos direitos de propriedade industrial,

17 – Os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convir à coletividade, concederá justo prêmio.

18 – É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade de uso do nome comercial.

19 – Aos autores de obras literárias, artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar.

<sup>18</sup> Os autores eram considerados, além dos inventores, os seus sucessores, sejam pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, nos termos do parágrafo único do artigo 6º do Código de Propriedade Industrial.

<sup>19</sup> Consultar, nesse sentido: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.



A [Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967](#)<sup>20</sup>, por seu turno, no artigo 150, parágrafos 24 e 25, estabelecia a disciplina da propriedade intelectual, da seguinte forma:

24 – A lei garantirá aos autores de inventos industriais privilégios temporários para sua utilização e assegurará a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade de nome comercial.

25 – Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.

O Decreto-Lei em pauta foi expressamente revogado por outro: o [Decreto Lei n. 1005, de 21 de outubro de 1969](#), que instituía um outro Código de Propriedade Industrial. Esse, por seu turno, foi editado pela “Junta Militar”, no período histórico, no qual o Brasil vivia um longo e obscuro contexto jurídico e político de exceção e de inobservância dos direitos civis, políticos e da ausência total da liberdade de expressão, comunicação e de exercício da democracia.

Ao ser institucionalizado esse Código de Propriedade Industrial, em seu preâmbulo constavam as seguintes fundamentações: “Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhe confere o artigo 3º do Ato Institucional n. 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o 1º do artigo 2º, do Ato Institucional n. 05, de 13 de dezembro de 1968, decretam:”

No que se refere aos seus aspectos essencialmente normativos, deve-se destacar que: A fundamentação, na qual se baseou a “Junta Militar” era consubstanciada em dois Atos Institucionais. Nesse sentido, é preciso recordar enfaticamente que essas “figuras” criadas pela Ditadura Militar não são legais, e nem tampouco jurídicas. Eram, na verdade atos de força, de arbítrio e de violência, impostos unilateralmente pelos Ministros Militares, em detrimento do debate Parlamentar que, naquela época, encontrava-se silenciado, policiado e de certa forma suspenso. Os atos institucionais pairavam sobre a Constituição Federal.

Sendo assim, os Atos Institucionais que foram, ao longo do tempo, editados, no Brasil, eram inconstitucionais, ilegais, ilegítimos, reproduzindo nas normas que foram produzidas, sob a égide de sua validade, atos de força. Tinham em seu fundamento e em sua fundamentação, os mesmos efeitos, quais sejam: a inconstitucionalidade, a ilegalidade, e a ilegitimidade. Esses são, em última instância, os vícios formais e materiais que assolaram o Código de Propriedade Industrial de 1969.

Além do mais, o referido Código foi institucionalizado por intermédio da espécie normativa “Decreto-Lei”, prevista no artigo 58 da [Constituição Federal de 1967](#) que estabelecia expressamente,

Art. 58 – O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

I – segurança nacional;

II – finanças públicas.

<sup>20</sup> Consultar: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.

Parágrafo único – Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado.

Esse instituto era amplamente questionado pelos Constitucionalistas, à época, pois era uma espécie normativa emanada do Poder Executivo Federal, entrando em vigor, após a imediata publicação e, uma vez submetido à apreciação do Congresso Nacional, se as Casas Legislativas não o aprovassem, decorrido o período de 30 (trinta) dias, a matéria era automaticamente aprovada, sem discussão, nem deliberação. Tratava-se da previsão constitucional que disciplinava, por meio de Decreto-Lei, com a expressa possibilidade de aprovação de seu conteúdo por decurso de prazo. Essa sistemática, nesse sentido, subvertia a ordem democrática e participativa, no que se refere ao processo de discussão e deliberação das espécies normativas, razão pela qual os juristas dedicaram inúmeras críticas a essa categoria jurídica.

Em face do exposto, verifica-se que em sua essência o Código de Propriedade Industrial de 1969 que foi institucionalizado por uma figura normativa que não era, segundo o entendimento defendido neste capítulo, o mais apropriado para dispor acerca de tal matéria. Desta forma, a disciplina jurídica da propriedade intelectual teve seu eixo deslocado do debate parlamentar, que é próprio e inerente a todo e qualquer processo de produção legislativa, para o eixo do unilateralismo do Poder Executivo que ainda possibilitava a aprovação da matéria se e quando não fosse apreciada pelo Poder Legislativo.

As categorias normativas previstas naquele novo Código de Propriedade Industrial eram as seguintes:

Art. 1º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial se efetua mediante:

a. concessão de privilégios:

de invenção;

de modelo de utilidade e de desenhos industriais;

b. concessão de registros:

de marcas de indústria, de comércio e de serviços;

de títulos de estabelecimento e de expressões ou sinais de propaganda;

c. repressão a falsas indicações de proveniências;

d. repressão à concorrência desleal.

Conforme se verifica, a disciplina da propriedade intelectual no campo da propriedade industrial foi reduzida à concessão de “privilégios” de invenção, de modelo de utilidade e de desenhos industriais, e registro das marcas e dos títulos de estabelecimento e de expressões ou dos sinais de propaganda. A redução aqui mencionada é estabelecida se for comparado esse Diploma legal com o já mencionado anteriormente que o antecedia na disciplina jurídica da propriedade intelectual.

Outro aspecto que merece destaque no artigo ora em análise, refere-se à linguagem utilizada para representar as prescrições legais das figuras jurídicas possíveis de apropriação no campo da propriedade intelectual, em seu ambiente industrial. O Decreto-Lei em questão não se referia expressamente à concessão de patentes

para as invenções, mas apenas se reportava à concessão de “privilégios” de invenção; de modelo de utilidade e de desenhos industriais. Não se tratava de mera sutileza semântica ou retórica.

Na verdade, essa forma pela qual a matéria relativa à propriedade intelectual das inovações ou invenções tecnológicas prescrevia não a concessão, outorga ou reconhecimento de um direito, mas trazia em seu conteúdo a conotação ou efetivação de um “privilégio”, quer dizer: a outorga de um favorecimento, de uma elevação, de destaque, o que, em princípio pressupõe o reconhecimento de algo a favor de alguém em detrimento de outros, de terceiros. Além do mais, era o reconhecimento de um direito para alguns, ou seja, para poucos, aqueles efetivamente privilegiados em detrimento de todos os demais.

Conforme observado, não se tratava de mera sutileza semântica, mas, é da essência do instituto jurídico da patente engendrar a exclusividade e a exclusão. Em síntese, reconhecer e até mesmo outorgar de forma institucionalizada um “privilégio”. Nesse sentido, o próprio artigo 4º do [Decreto-lei n. 1005, de 21 de outubro de 1969](#), destacava que: “Aos autores de invenção, de modelo industrial e de desenho industrial, será assegurado o direito de obter patente que lhes garanta a propriedade e o uso exclusivo, nas condições estabelecidas neste Código” (destaques desta autora).

Em que pesem todas as críticas aqui destacadas à forma pela qual a matéria relativa à propriedade intelectual quanto aos seus aspectos industriais era normatizada, dois anos depois, isto é, em 1971, outro Código de Propriedade Industrial foi adotado, sendo que esta matéria foi submetida à deliberação democrática no âmbito do Congresso Nacional, haja vista que a veiculação de suas disposições foi efetivada por intermédio da [Lei n. 5.772, de 21 de dezembro](#).

O Código de Propriedade Industrial de 1971, em seu artigo 2º estabelecia as figuras ou categorias jurídicas passíveis de proteção no âmbito da propriedade industrial, determinando que,

- Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial se efetua mediante:
- a. concessão de privilégios:
    - de invenção;
    - de modelo de utilidade;
    - de modelo industrial; e
    - de desenho industrial;
  - b. concessão de registros:
    - de marca de indústria e de comércio ou de serviços; e de expressão ou sinal de propaganda;
  - c. repressão a falsas indicações de procedência;
  - d) repressão à concorrência desleal.

Verifica-se que este Código foi objeto de deliberação e de votação no Congresso Nacional, porquanto se tratava de uma Lei democraticamente votada. No entanto, as impropriedades quanto à forma de prescrição relativamente às figuras ou categorias jurídicas passíveis de proteção no âmbito da propriedade intelectual, seus

aspectos industriais, permanecem. Não se verifica nenhuma referência ao reconhecimento das patentes para as invenções, mas sim de “Concessão de privilégio de invenção.”

No que diz respeito ao contorno genérico do que pode ser objeto de apropriação por intermédio de privilégio de invenção, o artigo 6º reproduz o mesmo conteúdo do Código de Propriedade Industrial a ele anterior, determinando que: “São privilegiáveis a invenção, o modelo de utilidade, o modelo e o desenho industrial considerados novos e suscetíveis de utilização industrial.”

Por fim, no que se refere à recuperação dos antecedentes históricos referentes à normatização da propriedade intelectual, na atualidade, a [Lei 9.279, de 14 de maio de 1996](#) “regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial” e permite expressamente, no âmbito de suas disposições, a proteção da biotecnologia, por meio da concessão de patentes de invenções. A referida Lei normatiza as determinações constantes na Constituição da República Federativa do Brasil, nos seguintes termos:

I - PROPRIEDADE INTELECTUAL	
Norma	Conteúdo
Artigo 5º, inciso XXVII da Constituição Federal	Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;
Artigo 5º, inciso XXVIII da Constituição Federal	são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;
Artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal	A lei assegura àos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico do País;

Na atualidade, a Lei de Propriedade Intelectual no tocante ao reconhecimento da proteção de seus aspectos industriais, encontram-se em sintonia com as disposições internacionais e, ao mesmo tempo, acompanhando as mudanças tecnológicas possibilitando a proteção no âmbito das patentes de invenção e as determinações constantes na Constituição da República.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto nesse breve capítulo e de forma exploratória o ordenamento jurídico brasileiro possui ampla tradição em previsões e referências normativas no campo da previsão das patentes de invenção.

Ao longo do tempo, as sucessivas Constituições também faziam previsão expressa ao reconhecimento, por parte do Estado, das patentes de invenção.

As determinações constantes na [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988](#) mantiveram essa tradição histórica que deve ser aplicada e interpretada a partir dos sucessivos avanços tecnológicos e, ao mesmo tempo, mantendo sua dinâmica afinada com seu tempo.

Verifica-se, no Brasil, que as disposições da proteção e do reconhecimento da concessão de patentes de invenção, também pode ser considerada como legado, ao longo do tempo.

Espera-se que esse capítulo, de forma singela, a partir da recuperação das determinações constitucionais, ao longo da História e dos espaços específicos das invenções e das inovações tecnológicas abarcada no contexto das patentes, propiciar investigações acuradas e aprofundadas sobre o tema de relevante atualidade para a formulação do Direito Constitucional de Propriedade Intelectual.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei de 28 de agosto de 1830**. Concede privilégio ao que descobrir, inventar ou melhorar uma indústria útil e um prêmio ao que introduzir uma indústria estrangeira, e regula sua concessão. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-28-8-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-28-8-1830.htm). Acesso em: 05.out.2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 5.772, de 21 de dezembro de 1971**. Institui o Código de Propriedade Industrial e dá outras providências. Brasília, D.F., 31.dez.1971. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15772.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15772.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996**. Disciplina os direitos e obrigações referentes à propriedade industrial. Brasília, D.F., 15.mai.1996. Diário Oficial da União p. 8353. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 10 de dezembro de 1937. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-35093-10-novembro-1937-532849-publicacaooriginal-15246-pl.html>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1967**. Promulgada em 24 de janeiro de 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Palácio do Rio de Janeiro. **Alvará de 28 de abril de 1809**. Isenta de direitos as matérias primas do uso das fábricas e concede outros favores aos fabricantes e da navegação nacional. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/alvara/anteriores/1824/alvara-40051-28-abril-1809-571629-publicacaooriginal-94774-pe.html>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Palácio do Rio de Janeiro. **Decreto n. 9.233, de 28 de junho de 1884**. Promulga a convenção assignada em Paris a 20 de março de 1883, pela qual o Brazil e outros Estados se constituem em União para a proteção da propriedade industrial. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9233-28-junho-1884-543834-publicacaooriginal-54426-pe.html>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 16.254, de 19 de dezembro de 1923**. Crêa a Diretoria Geral da Propriedade Industrial. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16264-19-dezembro-1923-505763-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 24.507, de 29 de junho de 1934**. Aprova o regulamento para a concessão de patentes de desenho ou modelo industrial, para registro do nome comercial e do título de estabelecimento e para a repressão à concorrência desleal e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24507-29-junho-1934-498477-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 75.572, de 8 de abril de 1975**. Promulga a Convenção de Paris para proteção da Propriedade Industrial, Revisão de Estocolmo de 1967. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-75572-8-abril-1975-424105-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei n.7.903, de 27 de agosto de 1945**. Código de Propriedade Industrial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del7903.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7903.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.

RÍMOLI, Laerte. Supermercado de Idéias. **Revista Brasileira de Tecnologia**. Rio de Janeiro, v. 19, n. 04, p. 35-37, [s.d.].

# CAPÍTULO 2

## A LIBERDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 88 E O QUE NEM PRECISARIA SER DITO...

Uinie Caminha

*“Direito é compartilhamento de liberdades”*

ARNALDO VASCONCELOS

### INTRODUÇÃO

O objetivo deste breve capítulo é trazer os fundamentos para a necessidade de mudança nos paradigmas de interpretação da Constituição Federal após a edição da [Lei 13.874/19](#), em especial das disposições a respeito da ordem econômica nacional, para privilegiar os valores da liberdade e da autodeterminação do indivíduo.

Sabe-se que o legislador Constituinte de 1988 optou por um modelo prolixo de constituição, criticado por muitos. Com efeito, o texto ingressa em pormenores dos quais, em princípio, não deveria se ocupar uma Constituição e, em alguns casos, nem mesmo a legislação infraconstitucional. Mesmo considerando que após mais de 30 anos de vigência algumas dessas distorções foram corrigidas, mantém-se o caráter analítico do texto constitucional brasileiro, que, todavia, deve evoluir com sua interpretação de acordo com as mudanças da sociedade. É do que se trata neste trabalho.

Como uma das consequências do excesso de normas, convivem na constituição Brasileira dispositivos que podem parecer antinômicos (inclusive princípios), necessitando-se, assim, de técnica aguçada para sua interpretação/aplicação. Essa característica acabou por fazer nascer em nosso sistema jurídico uma excessiva aplicação de princípios que se preenchem do conteúdo pretendido pelo intérprete sem a utilização de métodos adequados de avaliação de colidência e sua ponderação diante do caso concreto.

As características do texto constitucional brasileiro acabaram por tornar a tarefa do Supremo Tribunal Federal, dizer a constituição no caso concreto, especialmente árdua, e, ao invés de avaliar os princípios e regras mais adequados ao fato/direito posto em julgamento, muitas vezes julgam conforme ideologias pessoais ou “valores da moda”. Não é de surpreender que os entendimentos da corte máxima brasileira modifiquem-se com uma constância surpreendente<sup>1</sup>.

Não se defende aqui uma constituição estática, pois o caráter político desse texto legal é inegável. Ao contrário, defende-se a interpretação da Constituição de acordo com as modificações inevitáveis à sociedade...

<sup>1</sup> -A esse respeito, conf. Pereira Junior, Antônio Jorge e Barbosa, Milton Vasconcelos. Supremos Erros. Decisões inconstitucionais do STF. Porto Alegre: Fundacao Fênix, 2020.

a não ser assim, não só a Constituição mas todos os textos legais estariam presos à época em que foram escritos, sem a capacidade de rejuvenescer pela interpretação. Todavia, também não se está advogando pela interpretação da constituição de acordo com as “vozes das ruas”, prevalecendo aquelas que mais alto se elevem. Isso daria aos juízes um poder que, a rigor, não têm legitimamente. Pretende-se, sim, que pelo processo previsto em nosso ordenamento jurídico se possa, dentro do previsto no texto constitucional, acompanhar as escolhas da sociedade na interpretação constitucional.

Neste trabalho, defende-se exatamente a necessidade da revalorização da interpretação em defesa da liberdade e dos direitos fundamentais de primeira geração. Inicialmente, analisa-se, de maneira breve, o tratamento dado à liberdade individual (especialmente à liberdade econômica) na [Constituição de 1988](#). Em seguida, a [Lei 13.844/19](#) – Lei da Liberdade Econômica é analisada em seus fundamentos, de modo a demonstrar uma mudança necessária na valoração dos princípios constitucionais.

Ao se tratar da necessidade de, por vezes, dizer o óbvio para que ele seja enxergado, relembra-se que a evolução do ordenamento jurídico não pode, sob a justificativa de estender supostos direitos sociais, sacrificar outros, que estiveram na gênese do que hoje se consideram direitos fundamentais do indivíduo.

## 1 A CONSTITUIÇÃO E AS ESCOLHAS DO POVO

A [Constituição Brasileira de 1988](#) determina, como fundamentos da república, a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político. Esses valores devem, assim, permear todo o ordenamento jurídico, inclusive as demais normas da própria constituição, sendo ponderados quando postos em colisão entre si. Nesse sentido são as palavras de Eros Grau<sup>2</sup>:

De um outro lado, sendo a Constituição um sistema dotado de coerência, não se presume contradição entre suas normas. A admitir-se a ocorrência de contradições entre elas – ‘princípios e soluções contraditórias’, como refere Raul Machado Horta – por força hão de ser elas eliminadas, seja para afirmar-se que umas não são válidas (ou não se aplicam a determinados casos), seja as interpretando de modo adequado, e suficiente à superação da contradição ou contradições.

A Constituição é um documento político tanto quanto jurídico, e, portanto, reflete – e deve refletir, as escolhas políticas da sociedade da qual pretende ser o documento fundamental. Apesar de já se haver há muito reconhecido a juridicidade mesmo das normas programáticas que compõem o texto constitucional, não se nega que o caráter político sempre é considerado, sob pena de não se ter como interpretar a norma de maneira a refletir valores de determinado tempo. Com efeito, mesmo autores que defendem a natureza plenamente jurídica do texto constitucional, admitem que “Haverá sempre uma instância invisível, um poder latente ao lado da Constituição formal, definindo, modificando, renovando comportamentos. Essa instância é política.”<sup>3</sup>

2 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 1997. p. 205.

3 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 211.



É inegável que, ao tempo em que foi promulgada a Constituição de 1988, o Brasil passava por uma fase de transição entre um regime autoritário e o que se pretendia uma democracia, e esse fato teve influência sobre a forma e o conteúdo do texto. Reações a extremos costumam, também, ser extremas. Todavia, após mais de três décadas de redemocratização, também a Constituição deve responder às mudanças de concepção ocorridas no período, sob pena de não se sustentar socialmente. Nas palavras de Eros Grau<sup>4</sup>

o que importa nesse passo é a verificação de que o direito é, sempre, um instrumento de mudança social. O direito é produzido pela estrutura econômica mas, também, interagindo em relação a ela, nela produz alterações. A economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia.

A **Constituição de 1988** tem caráter intervencionista, e, apesar de seu texto originário ter sofrido modificações necessárias para corrigir distorções absurdas (como, por exemplo, a limitação de juros remuneratórios em seu próprio texto), ela reflete a escolha feita à época. Optou-se por um “estado social”, em oposição, não ao liberalismo econômico (apesar de ter sido um efeito colateral), mas às iniciativas antidemocráticas que os governos anteriores perpetraram.

Não há como se apartar, na origem, o teor do texto constitucional brasileiro – ou qualquer outro, do momento histórico em que foi escrito, nem tampouco deve-se prendê-lo a esse tempo para sempre, sob pena de não acompanhar a inevitável evolução social. Nesse sentido, ainda afirma Eros Grau<sup>5</sup>:

É que, de um lado, não se pode visualizar a ordem econômica constitucional como produto de imposições circunstanciais, ou meros caprichos dos Constituintes, porém como resultado do confronto de posturas e texturas ideológicas e de interesses que, de uma ou de outra forma, foram compostos, para como peculiar estrutura ideológica aninhar-se no texto constitucional.

O chamado “estado social” é inevitavelmente intervencionista, e, na seara econômica, propõe-se a corrigir distorções oriundas de supostas falhas de mercado. Tenta responder, após às crises econômicas do início do século XX, a demandas daqueles que se consideravam incapazes participar da vida econômica por si mesmos. Bonavides assim ensina:

O Estado social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios a sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas.<sup>6</sup>

Mesmo nessa conjuntura, a Constituição traz em seu texto dezessete vezes a palavra liberdade, sendo a primeira ocorrência em seu Preâmbulo, dentre os valores a serem assegurados pelo estado democrático. A considerar o quanto ensinado por Rui Barbosa, “Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir

4 GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 41.

5 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 1997. p. 214.

6 BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 228.

meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições, todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular a seus órgãos.”<sup>7</sup> Assim, o fato de a constituição de 1988 trazer em seu preâmbulo a liberdade como um dos fins a que se destina o estado democrático aí instituído, não pode ser considerado de maneira leviana. A liberdade é, e assim deve ser tratada, fundamento e fim do Brasil.

Já no Título VII, determina-se que a ordem econômica constitucional é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa: valores complementares pois não se pode imaginar a livre iniciativa sem o trabalho humano, que dele depende, seja como empreendedor, seja como trabalhador assalariado. Subordina-se aos seguintes princípios: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (art. 170).

Há, ainda, no parágrafo único do mesmo artigo, disposição expressa prevendo o livre exercício de atividades econômicas independentemente de autorização de órgãos públicos, sendo que a exceções a essa regra devem ser expressas na legislação.

Assim, verifica-se que a [constituição de 1988](#), apesar de seu caráter intervencionista, traz todos os elementos para a valorização da liberdade individual, especialmente no âmbito da livre iniciativa econômica. O problema, portanto, não seria natural do texto em si, mas da ponderação desse valor em comparação com outros, que acabam por prevalecer e tornar o ambiente econômico no Brasil hostil para os que pretendem empreender. Todavia, não há como legitimamente destacar esse princípio da constituição, vez que se trata, assim como a dignidade da pessoa humana, tanto de princípio político constitucionalmente confirmador, como princípio constitucional impositivo.<sup>8</sup>

Para ilustrar esse ponto, uma pesquisa simples na ferramenta de busca de jurisprudência no sítio do Supremo Tribunal Federal aponta a tendência: na busca livre, utilizando-se o termo “dignidade da pessoa humana”, tem-se 455 ocorrências. Já o termo “livre iniciativa” aparece em apenas 218 resultados<sup>9</sup>. Ainda sobre o tema, manifesta-se Accioly<sup>10</sup>:

A interpretação é quase sempre no sentido *oposto* à liberdade: permissões são interpretadas restritivamente e as vedações são ampliadas ao máximo, considerando-se as normas como um fim em si mesmo, num formalismo prejudicial a muitos, em favor apenas de quem é capaz de extrair dessa realidade benefícios de moralidade no mínimo questionável, se é que lícitos.

7 BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933. , p. 489.

8 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 1997. p. 221.

9 – A pesquisa foi feita utilizando o operador booleano “e”, sem recorte temporal na base de acórdãos. Não foi realizada seleção ou análise dos acórdãos e a informação se pretende apenas como exemplo ilustrativo.

10 ACCIOLY, João Carlos de Andrade Uzêda. *Hermeneutica pro libertatem*. In: MARQUES NETO, F. P; RODRIGUES JÚNIOR., O. L.; LEONARDO, R. X. *Comentários à Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 40.

É de se notar que apesar de ter peso igual, ou superior a outros princípios, visto que também é fundamento da república, a liberdade no âmbito econômico é por vezes preterida quando da interpretação/aplicação do direito no caso concreto. Por vezes, tende-se erroneamente a preterir direitos individuais em favor de direitos sociais, quando, na verdade, os primeiros são pressupostos dos segundos. Essa preocupação é compartilhada por Fiúza:

Deve-se ter enorme cuidado, porém, para, em nome dessa constitucionalização, da dignidade humana, do interesse público ou da função social de algum instituto, como o da empresa, dos contratos ou da propriedade não se admitirem intervenções arbitrárias no domínio da autonomia privada, da liberdade de agir e de empreender, de ter, de pensar e de se expressar, de ir e vir, de ensinar, de publicar onde quiser, de casar ou não casar, de ser como se é, independentemente da maioria, enfim, não podemos, em nome de valores, abrir mão de outros valores, talvez tão ou mais caros, porque conquistados historicamente com muito sangue, suor e lágrimas.<sup>11</sup>

Essa interpretação ou abordagem da Constituição não se coaduna com a valoração dada ao princípio da liberdade de uma maneira geral, e da liberdade econômica em especial pelo próprio texto constitucional. Ela deriva muito mais de uma escolha dos intérpretes do que do próprio texto. Nesse sentido, esclarece Accioly<sup>12</sup>

[...] há a visão ainda muito influente na cultura jurídica de que o direito privado é decorrência de “valores constitucionais” (em contraste com a visão da constituição como documento de organização do estado e limitador dos seus poderes de modo a proteger um direito que lhe é antecedente). Uma das manifestações dessa visão de mundo que sugere que as regras de direito devem ser interpretadas não apenas de modo a não violar direitos assegurados constitucionalmente, mas, mais que isso, de modo a “realizar”, positivamente, os valores que compõem a “tabua axiológica” da constituição. Pelas peculiaridades e defeitos de nossa constituição, essas teorias a tornam uma espécie de teste de Rorschach, donde o intérprete extrai os valores de sua preferência e os impõe aos outros por meio das normas que interpreta.

A visão do autor é verificada sem grande esforço, quando se examinam obras que pretendem atribuir caráter publicista a relações de direito privado (que abundam atualmente). Tome-se, por exemplo, no seguinte trecho:

O objetivo de se instituir a livre iniciativa é possibilitar a promoção do desenvolvimento da personalidade humana, chamando a atenção o fato de que o caput do artigo em exame não deixa dúvidas quanto à visão solidarista em que se apoia o texto normativo. Afinal, ao prescrever que a livre iniciativa ‘tem por fim assegurar a todos uma existência digna’, fica patente o abandono da noção de ‘sujeito isolado’, para situar a pessoa humana como ‘sujeito situado’[...]<sup>13</sup>

Pode-se reparar que a liberdade não foi desprezada no texto constitucional brasileiro<sup>14</sup>, mas tem sido, em grande medida, em sua interpretação, e, por conseguinte, na interpretação da legislação infraconstitucional.

11 FIÚZA, César. Prefácio à BOTREL, S. In: BOTREL, Sérgio. **Direito societário constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

12 ACCIOLY, João Carlos de Andrade Uzêda. *Hermeneutica pro libertatem*. In: MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JÚNIOR., O. L.; LEONARDO, R. X. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 40.

13 BOTREL, Sergio. **Direito societário constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 58.

14 – A esse respeito, conf. (Oliveira, 2020), quando trata de uma possível “ideologia” da Constituição brasileira em vigor. Afirma a autora: “Se é certo que a opção sempre foi pelo capitalismo – e a consagração do direito de propriedade, sozinha, tem o poder de assim definir – definição tão peremptória não pode ser realizada no que diz respeito a uma possível ideologia constitucional pré-definida. É que, se possui ideologia própria, a Constituição de 1988 não pode se dizer puramente Social. Tampouco pode-se dizer Liberal

Dada a tradição nacional romano-germânica, isso pode ser atribuído, em alguma medida, ao fato de que, dentre os fundamentos e princípios informadores da ordem econômica, a livre iniciativa era o único que não contava com regras próprias infraconstitucionais, cenário que foi modificado com a edição da [lei 13.874/2019](#), conhecida como Lei da Liberdade Econômica.

## 2 A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

Tendo em vista os parâmetros estabelecidos na [Constituição Federal](#), a legislação infraconstitucional acerca da atividade econômica deve levar em conta a natureza dos direitos regulados. Quando trata de Direito Privado, deve ocupar um lugar subsidiário à vontade das partes, apenas preenchendo eventuais lacunas ou dispondo sobre situações em que se configure interesse de ordem pública. Assim devem ser, especialmente, as regras de Direito Comercial. Mesmo aquelas áreas de regulação da economia que se configuram como Direito Público devem prezar pela interferência mínima no mercado, evitando, especialmente, a criação de obstáculos injustificados ao ingresso de novos agentes econômicos. Como ensina Armando Pinheiro<sup>15</sup>:

As Leis relacionadas à atividade econômica desempenham quatro funções principais. Primeiro, definem e protegem os direitos de propriedade, direitos essencialmente privados. Segundo, estabelecem as regras para a negociação desses direitos, não só entre agentes privados, como também entre estes e o Estado. Terceiro, definem regras para se entrar e sair do mercado. Quarto, promovem a competição e regulam a conduta nos setores onde prevalecem monopólios.

Todavia, ao contrário do que preconiza o autor, não é incomum que a regulação de vários setores da economia, nas esferas mais distintas, acabe por fazer o oposto do que objetivavam – ora por falta de técnica legislativa ou de estudos de base, e às vezes por se apegar à tradição intervencionista que cresceu no Brasil nas últimas décadas.

Em 2019, a [Lei da Liberdade Econômica](#) trouxe um novo modelo de regulação da atividade econômica, impondo limites e parâmetros para a elaboração e aplicação das regras que pretendam regular essa seara. Ela veio suprir essa lacuna:

a falta de um marco legal nacional que, com clareza e consistência, defina as técnicas, limites e possibilidades básicas dessas competências públicas, além de lhes estabelecer um programa mínimo de ação, que envolva os deveres de avaliação e revisão permanentes. Falta unidade nesse campo, o que tem facilitado as interferências ineficazes, exageradas ou inconstitucionais na vida econômica privada, em prejuízo da produtividade do país.<sup>16</sup>

pura. Mas o movimento que se observa recentemente autoriza dizer que, dentro de um espectro híbrido ou misto existente, estar-se-ia caminhando de um Estado de Bem-Estar Social para mais próximo de um Estado Liberal”.

15 PINHEIRO, Armando Castelar. **Judiciário e Economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000. p. 22.

16 SUNDFELD, Carlos Ari, *et. al.* **Para uma reforma em favor da liberdade econômica e das finalidades públicas da regulação**. São Paulo: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. 4 de abril de 2019. p. 3, nota de rodapé 2. Disponível em: <https://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/04/Lei-Nacional-da-Liberdade-Econ%C3%B4mica-FGV-Direito-SP-sbdp-vers%C3%A3o-final-04.04.19.docx.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2021.

De acordo com Sundfeld<sup>17</sup> podem-se de identificar três objetivos a serem alcançados com o Lei da Liberdade Econômica: o primeiro deles seria alçar a liberdade econômica, a exemplo dos demais princípios norteadores da Ordem Econômica Constitucional, a um patamar de legislação positiva. Note-se que isso é especialmente importante em um país de tradição jurídica romano-germânica como é o Brasil.

O segundo objetivo diz respeito à constante avaliação das medidas de ordenação, tanto a priori, como é o caso da análise de impacto regulatório, como a posteriori, como os conceitos de abuso de poder regulatório. Nas palavras de Sundfeld (on line) “São instrumentos para assegurar que toda regulação estatal da vida privada seja considerada sempre como experimental e provisória”.

O terceiro objetivo, ainda conforme o autor, seria a redução da corrupção por meio da facilitação da entrada de novos agentes econômicos no mercado. Sabe-se que o excesso de barreiras criadas por regulação em diversos níveis acaba por criar incentivos para comportamentos oportunistas e atos ilícitos, por um lado, pelos agentes públicos, que detém relevante parcela de poder na liberação do ingresso novos agentes em determinado mercado, quando dos agentes privados, que pode se utilizar desses meios para a obtenção de seus interesses.

Pode-se acrescentar ainda um quarto objetivo, não citado pelo autor, que é o de colocar a legislação positivada como subsidiária à vontade das partes quando elas estipularem contratos paritários, e ao mesmo tempo a interferência do Estado nesses contratos como sempre excepcional. Assim, tanto a norma em sentido abstrato quanto sua aplicação no caso concreto devem respeitar a alocação de riscos pretendida pelos contratantes.

A Lei da Liberdade Econômica está dividida em cinco capítulos que tratam das disposições gerais, da Declaração dos Direitos a Liberdade Econômica, das garantias da livre iniciativa, da Análise de Impacto Regulatório e de alterações na legislação existente, especialmente no **Código Civil** e registro empresarial. A norma tem natureza de metarregulação, ou seja, traz normas que definem como outras normas devem ser criadas e interpretadas, em benefício do princípio constitucional da livre iniciativa. Nesse sentido, ensina Rosenwald<sup>18</sup>:

A LLE não estabeleceu um microsistema, atua, na verdade, de forma microbiana, reagindo com os elementos previamente existentes no sistema (macro), dando a eles uma roupagem (mais) claramente econômica. Trata-se de um mecanismo que parte do âmago de cada categoria, devendo estar presente ao próprio ato de leitura e decodificação dos direitos e deveres de diversas esferas, notadamente (dada a finalidade deste artigo), civil e contratual.

Portanto, as disposições introduzidas no ordenamento jurídico pela LLE devem produzir uma modificação na forma de produzir regulação e ainda de interpretar/aplicar a legislação existente. Os parâmetros ali

17 SUNDFELD, Carlos Ari, *et. al.* **Para uma reforma em favor da liberdade econômica e das finalidades públicas da regulação**. São Paulo: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. 4 de abril de 2019. p. 3, nota de rodapé 2. Disponível em: <https://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/04/Lei-Nacional-da-Liberdade-Econ%C3%B4mica-FGV-Direito-SP-sbdp-vers%C3%A3o-final-04.04.19.docx.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2021.

18 ROSENWALD, Nelson; DIAS, Wagner Ignácio. Reacomodando a função social do contrato: é possível um Sistema em que a menor minoria possua uma tutela efetiva? **Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa**, v. 12, n. 2, 2020. DOI: <https://doi.org/10.32361/2020120211069>. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/11069>. Acesso em: 21 nov. 2021. p. 08.

dispostos indicam uma modificação de valores esteados pela sociedade e que, mesmo antes de sua edição, já deveriam ser observados pelas autoridades.

### 3 O QUE NÃO PRECISARIA SER DITO MAS “BELO É DIZER MESMO DUAS VEZES O QUE É NECESSÁRIO”<sup>19</sup>

Quando se analisam as disposições da Lei da Liberdade Econômica, pode-se inadvertidamente entender que ela não traz inovação, que diz o óbvio, ou mesmo que as alterações legislativas trazidas apenas tornam mais prolixos textos legais. Todavia, entende-se, assim como Accioly<sup>20</sup> que:

[...] críticas dessa natureza não devem prosperar. Antes sobram palavras desnecessárias que faltarem as necessárias. A realidade é que há na prática jurídica brasileira grave miopia e incompreensão da estrutura econômica das relações jurídicas patrimoniais, da natureza contratual dos investimentos, da noção de cumprimento dos contratos como comportamento imbuído de boa-fé e como meio de proteção efetiva da propriedade (já que descumprir o contrato é negar as dimensões de dela fruir e dispor).

Apesar de admitir que, em grande parte, o texto da Lei da Liberdade Econômica traz disposições que deveriam ser entendidas como corolários naturais dos princípios da livre iniciativa e da própria natureza da relação entre o indivíduo e o estado, o fato de haver se desenvolvido uma cultura jurídica propensa a preterir a autonomia privada em favor de valores coletivistas a torna imprescindível. Nota-se que, ao contrário dos demais poderes, que passam periodicamente por eleição direta e, portanto, tendem, em menor ou maior grau, refletir mudanças sociais, o Poder Judiciário precisa de outros incentivos para responder a essas mudanças, como alterações legislativas. A Lei da Liberdade Econômica, nascida no Ministério da Economia e aprovada pelo Congresso Nacional mostra de maneira clara essa mudança<sup>21</sup>.

Portanto, a inovação legislativa trazida na primavera de 2019, tem um objetivo maior que simplesmente alterar a Lei, pretende, mais que isso, alterar o eixo interpretativo do Direito que regula as relações econômicas entre empreendedores (reforçando o respeito à autodeterminação) e entre estes e o Estado (deixando clara a excepcionalidade de sua intervenção e os limites diante do particular).

Interessante observar que mesmo os termos utilizados na Lei foram escolhidos de forma a refletir esses valores. Accioly<sup>22</sup> traz interessante reflexão sobre a utilização do termo “administrado” no Direito Brasileiro, que, a exemplo do que ocorre em outros países, o usa para designar o indivíduo em suas relações com o Estado, em suas relações com a administração pública. Nesse sentido, o autor aponta que a Lei da Liberdade Econômica,

19 – Empédocles de Agrigento

20 ACCIOLY, João Carlos de Andrade Uzêda. *Hermeneutica pro libertatem*. In: MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JÚNIOR., O. L.; LEONARDO, R. X. *Comentários à Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 4.

21 – Diversas são as obras que noticiam a desvalorização da autonomia privada desde o meio do século passado, cite-se, por exemplo, o clássico volume de Atiyah (1979, p. 716) “The second sense in which contract may be said to have waned in the past century relates to the declining importance attached to the value of free choice as a source of legal rights and liabilities, and the consequent increase in the importance attached to non-voluntary rights and duties”. O autor ainda acrescenta que a função do contrato como instrumento de alocação de risco tem sido desconsiderada, mantendo-se ênfase apenas na função de instrumento de trocas.

22 ACCIOLY, João Carlos de Andrade Uzêda. O indivíduo autoadministrado: notas sobre as relações entre particular e o estado na Lei da Liberdade Econômica. In: CUNHA FILHO, A.; PICCELLI, R.; MACIEL, R. (coord.) *A Lei da Liberdade Econômica anotada*. vol. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 447.

ao não utilizar o termo, substituindo-o por “particular”, reconhece a autonomia do indivíduo, mesmo reconhecendo a desigualdade flagrante em suas relações com o Estado:

No que a LLE se refere à relação com o particular, ela o valoriza, o respeita, reconhece-lhe sua autonomia e começa um movimento de devolver ao público o papel que ao longo da existência humana tanto é preciso lutar para proteger: o de diretor, roteirista e protagonista da ordem social.

Esses são os primeiros pontos que se destacam na Lei da Liberdade Econômica, mas que, de fato, não precisariam ser positivados. Eles se refletem em todas as demais normas do texto de maneira coerente e sistêmica. É claro que o indivíduo deve ser autônomo e poder autodeterminar (ou autoadministrar) ao invés de ser administrado pelo Estado. Da mesma forma, não há como discordar do fato de que, quando em confronto com o Estado, há uma batalha entre forças absolutamente desiguais, e esse reconhecimento tem caráter didático, pedagógico para o intérprete da Lei quando adota, como princípio norteador “o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado” (LLE, art. 2º, IV).

Nesse sentido, a Lei da Liberdade Econômica avança estabelecendo limites aos poderes do Estado em restringir a livre iniciativa constitucionalmente garantida aos particulares, especialmente quanto ao que denomina “atos de liberação”, assim entendidos como licenças, alvarás, registros ou outras exigências ao exercício de atividade econômica, observados níveis de risco envolvidos. Cria ainda o conceito de abuso regulatório, que ocorre sempre que o poder público cria empecilhos ou entraves desarrazoados os empreendedores.

Note-se que, por se tratar de uma norma geral de Direito Econômico, a Lei da Liberdade Econômica cria parâmetros de interpretação que vão além das regras específicas dispostas. Exatamente por isso, sofreu muitas críticas e foi alvo de várias Ações Direitas de Inconstitucionalidade, propostas, em sua maioria por partidos políticos com viés ideológico identificado com o chamado “Estado Social”<sup>23</sup>.

Citem-se, como ilustração, trechos da petição inicial de uma dessas ADIs (no. 6156)<sup>24</sup> de autoria do Partido Democrático Trabalhista (PDT):

Feitas essas ponderações, observa-se que a leitura da MP no. 881/2019, aporta na conclusão inarredável de que o Poder Executivo agiu com o fito de tencionar um retorno ao Estado Liberal, de caráter abstencionista, concebido como um “Estado Mínimo”, através do qual a máquina estatal deveria atuar o menos possível da vida dos cidadãos, garantindo apenas, direitos civis, políticos e as clássicas liberdades públicas. Os apanágios deste modelo de Estado eram o individualismo, o abstencionismo, os direitos de primeira dimensão e a neutralidade, valores caros à liberdade burguesa. Por outro lado, o Estado Social, entronizado como modelo mais consentâneo com a efetivação da justiça distributiva, surge da falência do liberalismo em propiciar condições de vida digna à maior parte da população, significando, por isso mesmo, intervencionismo, patronagem e paternalismo.

23 A maioria das ações foi proposta ainda na vigência da Medida provisória 881, cuja conversão deu origem à Lei 13.874/19. Citem-se como exemplos as ADIs 6217, 6156, 6184, 6528, não tendo contudo, qualquer delas logrado êxito na declaração de inconstitucionalidade das disposições atacadas.

24 Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5718874>. Acesso em: 20 nov. 2020.

Veja-se, por seu turno, que o artigo 2º, inciso III, da MP no. 881/2019 erige a intervenção mínima do Estado sobre o exercício de atividades econômicas como um dos princípios norteadores do ato ora atacado, de modo a reduzir a atuação estatal sobre o domínio econômico em um retrocesso nunca dantes visto. O desiderato da MP 881/2019 é nítido: arrefecer as ideias de justiça social, com o apogeu ‘Estado Mínimo’, em uma total afronta às diretrizes traçadas pelo Texto Fundamental. Deveras, a Constituição não pode vale (sic) menos que uma lei, um regulamento, ou um medida provisória. Ela e a medida de todas as coisas. Se o texto constitucional proclama que ‘a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’, isto significa que hasteou essa finalidade em cânone mais forte que uma simples regra, como supedâneo imediato de uma pretensão jurídica.

Pode-se perceber sem grande esforço que os argumentos empregados são de ordem ideológica (não se utiliza aqui a palavra em tom de crítica, mas meramente como constatação), bem mais que técnico-jurídica, uma vez intencionalmente elegem o princípio que deve se sobrepor aos demais, sem uma justificativa ou argumentação. Conforme se ponderou no início deste artigo, apesar de se tratar de documento jurídico, não se pode negar o caráter político da Constituição, pois sua interpretação deve espelhar os valores da sociedade em determinada época.

Portanto, não há que se falar em inconstitucionalidade das disposições da LLE, pois agiu trazendo para uma realidade mais concreta comandos constitucionais. Assim também entendem mesmo aqueles que advogam por uma excessiva constitucionalização do Direito Civil:

Não há qualquer exagero por parte do Legislador ou atuação em contrariedade à Constituição Federal, pois não atuou o mesmo afastando a função social das relações privadas. Muito menos estabeleceu uma guinada de orientação. Pelo contrário, ele afinou os controles, definiu com clareza o fundamento de orientação, não deixando, agora, qualquer dúvida da funcionalização econômica, e firmando que a racionalidade econômica deve ser ponderada pelo intérprete e aplicador do direito. Não há inconstitucionalidade quando o legislador infraconstitucional assume o espaço que lhe fora deixado pelo Constituinte, definindo com precisão direitos ou regras estabelecidos genericamente por este.<sup>25</sup>

Note-se que, no trecho transcrito, apesar de não entender haver uma alteração na orientação de interpretação constitucional – com o que não se concorda, o autor percebe que não há inconstitucionalidade na norma vez que atua em espaços já existentes na Constituição: os valores da liberdade individual de maneira geral e mais especificamente na livre iniciativa econômica não são apenas imprescindíveis, mas constitucionalmente protegidos:

<sup>25</sup> ROSENWALD, Nelson; DIAS, Wagner Ignácio. Reconstituo a função social do contrato: é possível um Sistema em que a menor minoria possua uma tutela efetiva? *Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa*, v. 12, n. 2, 2020. DOI: <https://doi.org/10.32361/2020120211069>. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/11069>. Acesso em: 21 nov. 2021. p. 11.



Em que pese a solidariedade, que é uma premência, deve-se observar que não haverá partilha se a pessoa se vir desestimulada a produzir; não haverá contrato, se as partes não puderem ver respeitadas suas legítimas intenções; não haverá circulação, se riquezas não existirem para se movimentar.<sup>26</sup>

A rigor, apesar de já prescrita constitucionalmente, a inserção de norma infraconstitucional sobre a liberdade econômica tem importância prática essencial, tendo em vista que mune o particular de fundamentação específica para defender seu direito ao autodesenvolvimento, sem a interferência inadequada do estado. Pode-se citar, a esse respeito, Amanda de Oliveira<sup>27</sup>

Nos planos executivo e legislativo, a nova disciplina da liberdade se presta essencialmente a desestimular afãs regulatórios para além dos limites cabíveis, pelo menos. Coibir abuso de direito constitui um dos pilares da teoria jurídica tradicional. Coibir abuso de direito regulatório, portanto, representa apenas uma especificação desse preceito. No plano judicial, a seu turno, a publicação de uma Lei de Liberdade Econômica concede fundamento legal (para além de constitucional) para decisões e pleitos, e, sobretudo, resgata a instância recursal titularizada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) para discussão de situações em que a liberdade econômica esteja indevidamente sacrificada.

A *Lei da Liberdade Econômica*, ao relembrar o indivíduo sobre direitos básicos que podem ser considerados anteriores ao direito positivo, lembra ainda ao Estado de que lhe cabe também proteger esses direitos, e não restringi-los.

## CONCLUSÃO

A sociedade brasileira, por seus representantes, deixou bastante claro, com a Lei da Liberdade Econômica, que pretende que os valores ligados à livre iniciativa e respeito à autodeterminação preponderem na interpretação da ordem econômica na Constituição. Tais valores, que são constitucionalmente tutelados desde 1988, passam a um patamar de concretude que já era previsto para outros princípios constitucionais.

A inclusão de novos “direitos”, que na verdade se consolidam na imposição constitucional ou legal ao estado em prover bens e serviços à população, sem entrar no mérito de sua conveniência ou factibilidade, não pode fazer retroagir outros, já conquistados. Os direitos sociais não devem restringir direitos individuais básicos, e as garantias de não interferência do estado em searas que pertencem à autodeterminação devem ser preservadas.

Ao restringir os direitos individuais de liberdade econômica, o Estado diminui a produção de riqueza e dificulta, contraditoriamente, a possibilidade de concretização de outros direitos que têm seus custos imputa-

26 ROSENWALD, Nelson; DIAS, Wagner Ignácio. Reconstituo a função social do contrato: é possível um Sistema em que a menor minoria possua uma tutela efetiva? *Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa*, v. 12, n. 2, 2020. DOI: <https://doi.org/10.32361/2020120211069>. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/11069>. Acesso em: 21 nov. 2021. p. 16.

27 OLIVEIRA, Amanda Flavio de. Lei de Liberdade Econômica: constitucionalidade. Apontamentos acerca da constitucionalidade material da Lei n. 13.874/2019. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Boas e FRAZÃO, Ana (coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 190.

dos à coletividade. A liberdade econômica não é antagônica ao que se chama de justiça social, mas, ao contrário, a única forma de se chegar até ela.

Não é possível, a partir de legislação escrita (ainda que uma Constituição), magicamente transmutar bens e serviços em direitos disponíveis e ajustáveis a um orçamento restrito. Todavia pode-se, garantindo que as pessoas não sofram intervenções inadequadas, facilitar o desenvolvimento econômico e possibilitar que elas próprias busquem e alcancem seus objetivos, segundo suas escolhas e prioridades.

Conforme exposto, a **Lei da Liberdade Econômica** não trouxe grandes inovações legislativas, mas procurou reposicionar o indivíduo como protagonista de seu desenvolvimento econômico, especialmente afastando a intervenção do estado nesse processo. A **Constituição Federal** não desprezou a liberdade como princípio, mas sua interpretação, durante muito tempo, pendeu essa interpretação para o coletivismo. Nesse sentido, é base e fundamento de um novo paradigma para a interpretação e aplicação das normas constitucionais que regulam a econômica.

## REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, João Carlos de Andrade Uzêda. *Hermeneutica pro libertatem*. In: MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JÚNIOR., O. L.; LEONARDO, R. X. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 39-54.
- ACCIOLY, João Carlos de Andrade Uzêda. O indivíduo autoadministrado: notas sobre as relações entre particular e o estado na Lei da Liberdade Econômica. In: CUNHA FILHO, A.; PICCELLI, R.; MACIEL, R. (coord.) **A Lei da Liberdade Econômica anotada**. vol. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 442-8.
- ATIYAH, P.S. **The rise and fall of freedom of contract**. Oxford: Claredon Press, 1979.
- BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1933.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BOTREL, Sergio. **Direito societário constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.
- FIÚZA, César. Prefácio à BOTREL, S. In: BOTREL, Sérgio. **Direito societário constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.
- GRAU. Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 1997.
- GRAU. Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de Liberdade Econômica e Constituição de 1988. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Lei de Liberdade Econômica e o ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 119-132.
- OLIVEIRA, Amanda Flavio de. Lei de Liberdade Econômica: constitucionalidade. Apontamentos acerca da constitucionalidade material da Lei n. 13.874/2019. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Boas e FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 181-196.
- PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge; BARBOSA, Milton Vasconcelos. **Supremos Erros. Decisões inconstitucionais do STF**. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020.
- PINHEIRO, Armando Castelar. **Judiciário e Economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000.
- ROSENWALD, Nelson; DIAS, Wagner Ignácio. Reconstituindo a função social do contrato: é possível um Sistema em que a menor minoria possua uma tutela efetiva? **Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa**, v. 12, n. 2, 2020. DOI: <https://doi.org/10.32361/2020120211069>. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/11069>. Acesso em: 21 nov. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari *et. al.* **Para uma reforma em favor da liberdade econômica e das finalidades públicas da regulação.** São Paulo: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. 4 de abril de 2019. p. 3, nota de rodapé 2. Disponível em: <https://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/04/Lei-Nacional-da-Liberdade-Econ%C3%B4mica-FGV-Direito-SP-sbdp-vers%C3%A3o-final-04.04.19.docx.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2021.

# CAPÍTULO 3

## O ENGAJAMENTO DAS EMPRESAS COM OS VALORES SOCIAIS: COMPROMISSO COM O FUTURO

Tania Bahia Carvalho Siqueira

### 1 INTRODUÇÃO

É inegável o poder alcançado pelas empresas. Aliás, o poder econômico das potências privadas globais ultrapassa o de muitos Estados<sup>1</sup>, sendo inequívoco, portanto, o impacto das empresas transnacionais<sup>2</sup> na política, na economia mundial e, conseqüentemente, na formação de classes sociais. A expansão do mercado globalizado deu lugar de destaque a organismos não estatais transnacionais que passaram a influenciar políticas estatais, como protagonistas da economia global. Influenciam, portanto, o cenário político e econômico internacional e, logicamente, o dos locais em que se estabelecem. A eliminação de fronteiras aos fluxos de capital e investimentos provocaram mudanças no cenário econômico internacional, com reflexos nos ordenamentos nacionais dos Estados e no desenvolvimento econômico interno. Não restam dúvidas de que a integração econômica mundial estabeleceu novos padrões de interação e produção de riqueza, mas também ampliou a concentração do poder econômico (não podemos deixar de observar que o poder econômico tende a se converter em poder político). O mercado de bens e serviços, sem dúvida, é determinado pelas decisões das grandes entidades privadas, detentoras de poder econômico suficiente para pressionar o mercado financeiro e de capitais, e isso impacta diretamente na vida das pessoas. Não por outra razão, a ONU estabeleceu, em 2000, diretrizes internacionais voltadas a definir a boa atuação empresarial, advogando dez princípios universais como fundamento da função social das empresas.<sup>3</sup>

A demanda global é no sentido de que o poder econômico seja exercido segundo sua função social, isto é, as macroempresas são convocadas a cumprir uma função social. O propósito não pode ser o da maximização de lucros a qualquer preço, pois há interesses da sociedade que prevalecem e que são inalienáveis, como os direitos humanos.

Assim, considerando o papel de destaque da empresa na ordem econômica, nada mais congruente do que sua funcionalização, condicionando o exercício da atividade ao atendimento de interesses que extrapolam aqueles próprios do empresário e acionistas, atingindo todos que, direta ou indiretamente, sejam afetados pelo

1 Conforme noticiado em agosto de 2020, a Apple, maior empresa de capital aberto do mundo, atingiu valor de mercado que supera o PIB do Brasil. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/bbc/2020/08/20/apple-vale-us-2-tri-valor-de-empresa-nascida-em-garagem-ja-e-maior-que-pib-de-95-dos-paises.htm> Acesso em: 23 nov. 2020.

2 Organizações transnacionais são “entidades de direito privado, vinculadas a uma ou mais ordens jurídicas nacionais” (BEDIN, 2001, 315-316)

3 O pacto global é apontado como a maior iniciativa de sustentabilidade corporativa do mundo. Disponível em [www.pactoglobal.org.br](http://www.pactoglobal.org.br). Acesso em: 23 nov. 2020.

processo produtivo. O movimento de funcionalização das empresas enfatiza o livre exercício da atividade econômica, mas com sustentabilidade, ou seja, há imposições constitucionais positivas direcionadas aos agentes econômicos para contrabalançar o poder, pois “quanto mais se estende o poder de um dos sujeitos da relação, mais diminui a liberdade do outro, e vice-versa”.<sup>4</sup> A liberdade é um direito fundamental que precisa ser preservado frente as mudanças econômicas organizacionais que afetam a vida das pessoas. A pobreza, a tirania, a carência de oportunidades econômicas, provocadas pela concentração de riqueza são violações à liberdade<sup>5</sup> e, portanto, violações aos direitos humanos.

Nesse contexto, pretende este capítulo estimular a reflexão sobre os interesses sociais expostos pelas lentes dos interesses econômicos, iniciando por traçar a relação da ideia de função social da empresa com o desenvolvimento econômico sustentável, assim como a atuação do Estado frente aos efeitos negativos da globalização, na perspectiva estrita do Direito nacional. Nessa linha, a [Constituição Federal](#) buscou conciliar o desenvolvimento econômico advindo a partir do mercado globalizado com a garantia de uma existência digna de todos, o que o fez dispor sobre direitos e garantias individuais e coletivos, e impondo limites ao exercício da atividade econômica. A empresa desempenha o papel de protagonista da ordem econômica e, a par dos interesses de lucro, há interesses sociais e coletivos a serem por ela atendidos. A regulação jurídica se pauta, assim, na necessidade de promover o equilíbrio entre os valores econômicos e os valores humanos.

O grande desafio está na efetividade da proposta de coexistência da função social da empresa com o escopo da atividade empresarial, que é a maximização dos lucros, até mesmo porque a geração de lucros responde pela preservação da empresa, circunstância imprescindível para o efetivo cumprimento do seu fim social, que desencadeia a realização de valores como a geração de empregos e a redução das desigualdades. É um movimento cicloidal vinculado à implementação de políticas públicas, mas que, sem dúvida, se submete a fatores externos, tais como alterações no contexto econômico (inflação, majoração de tributos) aptas a resvalar na situação patrimonial (insolvência, crise financeira), assim como fatores internos (decisão dos gestores por investimentos ou desinvestimentos em práticas que gerem eficácia à sustentabilidade). O ambiente das atividades econômicas, portanto, é palco de opções políticas no estabelecimento de normas que assegure a todos uma existência digna.

É por todos sabido que o Direito reflete os valores da sociedade e é elemento chave no movimento de funcionalização da empresa, garantindo o livre exercício da atividade econômica com sustentabilidade, isto é, com observância ao bem-estar da coletividade, com o olhar atento também para o entorno da empresa, aspectos que azeitam o sucesso dos negócios a longo prazo. Ao mesmo tempo em que o Direito dá ênfase ao desenvolvimento e preservação da empresa, também pontua o exercício de seus direitos e deveres articulados com o interesse social. A promoção e a proteção dos direitos fundamentais passaram a ocupar lugar de desta-

4 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 209.

5 SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 18.

que na atuação das empresas que são, portanto, importante elo de acomodação entre os interesses privados e os interesses sociais. Como bem pondera especializada doutrina, “a empresa é considerada gerador de riquezas e fator de progresso social, e não propriedade dos sócios ou sujeita aos egoísticos interesses dos credores”, perspectiva aquilatada pelo reconhecimento de sua função social.<sup>6</sup> A empresa, seja tomada no seu sentido jurídico como no seu sentido econômico, atua como matriz de valores tutelados pelo Direito. É o que se extrai da orientação presente nos princípios constitucionais dispostos no art. 170, os quais conectam o exercício da atividade empresarial com uma hígida concorrência, com o respeito aos direitos dos consumidores, com a redução das desigualdades, com a observância das leis trabalhistas, com a preservação do meio ambiente. O redirecionamento do Estado vem com o objetivo de traçar o caminho para efetivação da liberdade, direito humano fundamental. O núcleo do presente estudo é, portanto, justamente apurar como se articulam, no cenário jurídico, as seguintes lógicas: a funcionalização da empresa, a sustentabilidade que dela decorre e a consecução dos fundamentos e princípios da ordem econômica. Afinal, a atuação empresarial vertida para o campo da preservação da biodiversidade e da exploração dos meios de produção ancoradas no viés jurídico e social da sustentabilidade deve ser capaz de atender o compromisso legal outorgado às organizações sem comprometer sua autonomia. Ao segmento privado foi atribuído o papel de grande catalisador da transformação, mas, na prática, o movimento de promoção do bem-estar social enseja participação e apropriação por todos os que se beneficiam com o desenvolvimento sustentável.

## 2 A CONEXÃO ENTRE A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL

Desconsiderando a abertura semântica do vocábulo, e com apoio simplesmente no perfil funcional desenvolvido por Alberto Asquini, define-se empresa como atividade econômica organizada<sup>7</sup> empreendida pelo empresário, que, aduza-se, encontra sua razão de ser no mercado.<sup>8</sup> Chama a atenção o fato de que a empresa transformou-se em centro de imputação de direitos, deveres e obrigações<sup>9</sup> reconhecido pela sua função social. Ou seja, a empresa é um fenômeno jurídico – além de ser uma realidade econômica – que assumiu, dentro do ambiente da livre iniciativa, o dever de equacionar interesses como agente propulsor do desenvolvimento. É reconhecida como uma instituição social, um ente que se inter-relaciona com diversos sujeitos. Assim, não obstante os interesses próprios do empresário e dos *shareholders*, que é extrair lucros da empresa, o seu exercício vincula-se à concretização de princípios constitucionais descritos no art. 170, o que conduz a finalidade da empresa à dimensão de proporcionar benefícios aos empresários, aos seus colaboradores, aos investidores, enfim, aos diversos grupos sociais que gravitam em torno da empresa. Assim, para além da geração de rique-

6 FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito Comercial Brasileiro*: da mercancia ao mercado. 2. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 81.

7 Organização dos fatores de produção (trabalho, capital, matéria-prima, equipamentos, tecnologia) necessários para a satisfação das necessidades do mercado.

8 FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito Comercial Brasileiro*: da mercancia ao mercado. 2. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 82.

9 FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito Comercial Brasileiro*: da mercancia ao mercado. 2. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 104.

za, a empresa tem uma função social a cumprir, isto é, há uma finalidade específica que afeta a propriedade sobre os bens de produção. Isso significa dizer que o exercício dessa propriedade está subordinado aos ditames da justiça social, transformado que foi “esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna.”<sup>10</sup> Alinhado à premissa de que a função social corresponde a um poder-dever, sintetiza Calixto Salomão Filho que:

No Brasil, a ideia da função social da empresa também deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade (art. 170, III). Estendida à empresa, a ideia de função social da empresa é uma das noções de talvez mais relevante influência prática na transformação do direito empresarial brasileiro. É o princípio norteador da ‘regulamentação externa’ dos interesses envolvidos pela grande empresa. Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental. Em todos eles, é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa. Exatamente na imposição de deveres positivos está o seu traço característico, a distingui-la da aplicação do princípio geral *neminem laedere*. Aí está a concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais.<sup>11</sup>

Há, portanto, interesses internos e externos à empresa que necessariamente deverão estar alinhados, inclusive como afirmação da preservação da empresa e de seus meios de produção. Ao identificar os preceitos que ordenam a economia e a atuação do Estado na economia (ordem econômica), a [Constituição Federal](#) enuncia a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho e a livre iniciativa como fundamentais para a efetivação da justiça social. No nosso ponto de vista, os princípios balizadores da ordem econômica (incisos I ao XII do art. 170, além de vários outros esparsos pela CF) denotam o prestígio ao desenvolvimento sustentável<sup>12</sup>, pressupondo a dignidade humana na perspectiva mais ampla de respeito aos direitos humanos. O desenvolvimento sustentável converge para a dignidade da pessoa humana. E, de fato, o segmento empresarial foi integrado no processo de concretização da dignidade humana, princípio e valor constitucional compreendido como “qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”<sup>13</sup>

A importância econômica das empresas, e o conseqüente poder que alcançaram, projetou-as a uma posição de destaque nos campos político e social, impondo-lhes a conciliação dos seus interesses com os interesses públicos como dever legal. Nesta linha, Fábio Konder Comparato é enfático ao apontar que:

10 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 215.

11 SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLII, n. 132, out./dez. 2003. p. 8.

12 Desenvolvimento que não comprometa a condição humana no planeta.

13 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

O direito ao lucro ou à expansão da empresa não é garantido contra os interesses da comunidade local, regional e nacional em que ela se insere; interesses esses não só de ordem econômica [...] como também de ordem social em sentido amplo (proteção ao meio ambiente, dos interesses dos consumidores, ou do patrimônio cultural). No seio da empresa, a harmonia entre os diferentes interesses supõe, primeiramente, o respeito às normas-objetivo inscritas na Constituição, como a busca da justiça social e a valorização do trabalho, condição da dignidade humana.<sup>14</sup>

O papel a ser protagonizado pelas empresas, a partir do sistema constitucional e das atuais exigências dos investidores e, claro, do corpo social, é o de agente conciliador de interesses, especialmente quando levados em consideração os impactos decorrentes da exploração da atividade econômica. A empresa representa poder e importância perante a coletividade, o que justifica a existência de “limites à liberdade econômica e de busca pelo lucro – que é salutar, diga-se de passagem – mesmo em uma economia de mercado. O que se impõe é que a empresa concilie – no que se tem delicado convívio – seus interesses particulares com interesses coletivos ou sociais constitucionalmente avalizados.”<sup>15</sup>

Enfim, a atuação empresarial é temática global e, cada vez mais, interage com a comunidade, relacionando seus objetivos econômicos com interesses sociais e ambientais. Essa interação decorre da funcionalização da empresa, atributo que lhe foi outorgado pela [Constituição Federal](#) e que se exterioriza no uso dos bens de produção como instrumento de políticas públicas, implementadas através da geração de empregos e do fomento ao crescimento econômico, aptos a propiciar o bem-estar coletivo. O crescimento econômico, o desenvolvimento tecnológico e a rota por uma sociedade<sup>16</sup> que seja mais justa e igualitária, trazem a sustentabilidade como resposta à necessária compatibilização entre as intervenções do homem no meio em que vive e: (i) a preservação dos recursos naturais; (ii) a garantia de uma vida digna e com qualidade; (iii) a redução da pobreza; (iv) a inclusão educacional; (v) a orientação para uma gestão empresarial focada para resultados em longo prazo, preocupada com o bem-estar e segurança dos trabalhadores e dos consumidores de seus produtos. Trata-se de observar a sustentabilidade (princípio articulador da atuação do Estado em relação ao corpo social) pela lente jurídica, como um paradigma que rompe com a concepção meramente utilitarista do mundo, seja na sua dimensão ambiental, social ou econômica. E, nesta esteira, temos a função social da empresa como meio de se alcançar a sustentabilidade. Ou seja, a sustentabilidade agindo através da implementação de ações que mantenham a viabilidade econômica da empresa em harmonia com a sua eficiência ambiental e social aplicada às suas operações, articulando os seus próprios interesses e de seus acionistas aos interesses de seus empregados, *stakeholders*<sup>17</sup> e, afinal, aos da sociedade.

Conduzir a gestão dos negócios apoiada nesses pilares, gerando valores de sustentabilidade para a empresa através do desenvolvimento de ações positivas e inovadoras, é o desafio a que se propõe organizações cons-

14 COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 317.

15 TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional da empresa**. São Paulo: Método, 2013. p. 106.

16 Sociedade reconhecidamente plural, globalizada e transnacional.

17 Partes interessadas, cujos interesses devem ser considerados no momento das decisões tomadas pelas organizações.



cientes da amplitude do seu papel frente às atuais pressões externas políticas, econômicas e sociais. Inegável, assim, o impacto da sustentabilidade no governo das empresas. Aqui entra a função social da empresa na dimensão do poder de controle e a administração da organização que, em harmonia com as normas orientadoras da ordem econômica constitucional, têm compromisso com o interesse da coletividade e não tão somente com os interesses dos *shareholders*.

Para além da responsabilidade social, portanto, a sustentabilidade tem força normativa suficiente para orientar o crescimento econômico em sintonia com a capacidade dos recursos naturais, com a equidade social, com o bem-estar coletivo, sem comprometer a busca pela lucratividade. Como fonte agregadora de valor à organização, integrada aos interesses da comunidade numa perspectiva sistêmica da qual emerge a função social da empresa, é possível enumerar uma série de políticas empresariais que impactam na efetividade da sustentabilidade, como, por exemplo: a implementação de programas de educação ambiental; o atendimento da ISO 14000; a utilização de tecnologias que minimizem a poluição; o investimento em soluções adequadas de descarte de resíduos poluentes; a implementação de políticas contra o assédio sexual e moral no ambiente de trabalho; políticas internas de inclusão, como o preenchimento de cargos e igualdade de remuneração independente de gênero, raça, religião; o tratamento adequado à questão da diversidade; o repúdio à utilização do trabalho infantil; o cumprimento da legislação trabalhista e tributária; a alocação de recursos em projetos alinhados aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS).<sup>18</sup> Tais aspectos denotam a necessária observância aos valores e diretrizes insertos na empresa funcionalizada e conduzem à realização da sustentabilidade, que tem por premissa “enxergar o futuro no presente”.

Aliás, é importante deixar claro que não mais remanesce discussão quanto a relação positiva entre a adoção de práticas sustentáveis – alinhadas aos negócios – e os resultados econômico-financeiros obtidos em decorrência de tais práticas. O desempenho financeiro das organizações está cada vez mais relacionado com os valores socioambientais que as empresas refletem, a forma como são percebidas pela sociedade e, especialmente, pelos investidores que estão atentos a tais questões no momento de alocar seus recursos. Como exemplo, podemos citar as práticas identificadas pelo acrônimo ESG – *Environmental, Social and Governance* – como vetor na análise de concessão de créditos e aquisição de ativos. Pesquisas apontam que organizações com melhor desempenho ESG<sup>19</sup> são mais valorizadas por investidores (principalmente institucionais) e por consumidores que passaram a escolher produtos e marcas sob uma nova lente<sup>20</sup>. Com efeito, dados do CFA *Institute*, uma associação que representa profissionais de gestão de investimentos, revelam a crescente importância da análise ESG no processo de decisão de investidores institucionais europeus e norte-americanos ao escolher ativos.<sup>21</sup>

18 Objetivos de orientação às políticas e financiamento do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD

19 Empresas que se posicionam e assumem, no exercício de suas atividades, compromissos com aspectos ambientais, sociais e de governança, dentre eles os direitos humanos.

20 Disponível em <https://tiinside.com.br/21/02/2020/engajados-quase-90-dos-consumidores-no-brasil-optam-por-marcas-sustentaveis>. Acesso em: 29 nov. 2020. Sobre o tema, ver também pesquisa realizada pelo SEBRAE sobre ações sustentáveis que os pequenos negócios vêm adotando. Disponível em <http://sustentabilidade.sebrae.com.br/sites/Sustentabilidade/Acontece/Noticias/Pesquisa>. Acesso em: 29 nov. 2020.

21 Disponível em <https://www.cfainstitute.org/en/research/survey-reports/evolving-future-of-fiduciary-duty-in-an-esg-world>. Acesso em: 29 nov. 2020.

A estratégia é financiar organizações que respeitem os direitos humanos e estejam engajadas com a proteção do meio ambiente<sup>22</sup>. Ou seja, a ideia é a de que os recursos investidos sirvam para fomentar projetos e movimentar o mercado, mas sem comprometer as condições de vida no planeta, o bem-estar da sociedade, afinal, não podemos perder de vista que a sobrevivência das empresas<sup>23</sup> no mercado em que atuam depende também da sobrevivência das pessoas.

### 3 CAPITALISMO DOS *STAKEHOLDERS*

Após 5 décadas da célebre frase de Milton Friedman “*the business of business is business*”, com a mensagem de que o objetivo do capitalismo é o de, prioritariamente, gerar lucro para o acionista, assistimos a transformação do sistema através da ampliação de objetivos. Ou seja, as relações das empresas com a máquina capitalista assumiram nova dinâmica. A motivação corporativa não mais provém unicamente da obtenção de lucros, até mesmo porque se tornou inviável aos negócios desprezar o impacto das atividades das empresas sobre o meio ambiente, a comunidade e todos que estão ao seu entorno. A pressão exercida pela sociedade contemporânea – sociedade civil e comunidade internacional – e as características do atual capitalismo impuseram o movimento “propósito além do lucro”, significando dizer que, sem afastar o necessário impulso à geração de lucro, as organizações empresariais estão convocadas a assumir o papel de agente que, consciente das potenciais externalidades negativas que a atividade possa gerar ao meio ambiente e à expansão dos direitos humanos, atua em prol do desenvolvimento sustentável (econômico e social).

Aliás, desenvolvimento sustentável é “aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades”, definição dada pelo relatório “Nosso Futuro Comum”, publicado em 1987, lançado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento instituída em 1983 pela ONU. O relatório teve por objetivo expor a forma pela qual o crescimento econômico poderia afetar o meio ambiente e a humanidade, deixando claro que o crescimento é indispensável para o desenvolvimento, mas não o suficiente na medida em que só considera o acúmulo de riquezas, e tal elemento não é o único indicativo de desenvolvimento. Segundo o relatório, o principal objetivo do desenvolvimento é satisfazer as necessidades e as aspirações humanas em caráter contínuo, a longo prazo. Consta no texto que “em essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mu-

22 Nesta mesma linha, podemos citar a recente manifestação do BNDES em direcionar seus investimentos para debêntures incentivadas de infraestrutura voltadas para projetos sustentáveis, isto é, projetos que produzam impactos socioambientais positivos.

23 A preservação da empresa, isto é, a continuidade do exercício da atividade econômica, interessa não só ao empresário, mas a toda a sociedade: a exploração da atividade econômica gera empregos, gera recursos públicos através do recolhimento de tributos, movimentada a economia, orienta o desenvolvimento econômico. Enfim, a geração de riquezas está sustentada na empresa, nos bens de produção, que, por ordem constitucional, deverão ser empregados no cumprimento da sua função social. É o Estado intervindo para reduzir tensões sociais e garantir equilíbrio econômico, corrigindo distorções e afastando a abusividade no mercado. Por sobrevivência da empresa também devemos considerar os processos competitivos: a inovação, a busca por novos produtos e tecnologia como insumos para reagir à dinâmica do mercado concorrencial.

dança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações humanas”.<sup>24</sup>

Percebeu-se, assim, que o capitalismo visto sob a singular perspectiva do acúmulo de riquezas não responde às demandas da humanidade<sup>25</sup>. O crescimento é importante, assim como desenvolvimento econômico é formidável, mas não se pode desprezar o atendimento às questões socioambientais, até mesmo porque “o funcionamento eficiente da economia capitalista depende, na verdade, de poderosos sistemas de valores e normas”<sup>26</sup>, e os valores atuais, em escala mundial, vão além da riqueza voltada ao lucro.

É claro que não se está a sustentar o capitalismo sem geração de riqueza para os empresários e acionistas<sup>27</sup>, mas sim o seu engajamento com os interesses coletivos, sob o paradigma da sustentabilidade e valorização dos *stakeholders*, como orienta a nova ordem econômica mundial. A participação do setor privado na promoção do desenvolvimento sustentável se converteu em proposta lançada pela ONU de um Pacto Global anunciando dez princípios universais como guia para as empresas no desempenho de suas operações. Os princípios estão distribuídos em 4 grandes áreas do Direito: Direitos Humanos, Direito do Trabalho, Direito Ambiental e Direito Penal com foco no combate à corrupção e suborno.<sup>28</sup> As organizações que optarem por aderir ao Pacto Global deverão tornar público o compromisso de implementação dos princípios, inclusive comunicando formalmente os *stakeholders*.

A agenda global preconizada pela ONU tem 17 objetivos, conhecidos como ODSs – Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – e que exigem cooperação internacional em torno da cultura da sustentabilidade ambiental e social nos governos e nas empresas. São eles: erradicação da pobreza; fome zero e agricultura sustentável; saúde e bem estar; educação de qualidade; igualdade de gênero; água potável e saneamento; energia acessível e limpa; trabalho decente e crescimento econômico; indústria, inovação e infraestrutura; redução das desigualdades; cidades e comunidades sustentáveis; consumo e produção responsáveis; ação contra a mudança global do clima; vida na água; vida terrestre; paz, justiça e instituições eficazes; parcerias e meios de implementação. Embora não tenha caráter vinculatório jurídico, tratam-se de valores já embrenhados na sociedade contemporânea e que pressionam por regulação através de instrumentos que assegurem previsibilidade e oportunidades nas interações humanas, e que promovam o desenvolvimento com compromisso social.

Ainda falando de movimentos focados na compatibilização dos interesses da comunidade empresarial com as expectativas sociais – o que denota alteração de rota do capitalismo – a organização *Business Roundtable* (BRT), que reúne as mais importantes organizações norte-americanas, divulgou em 2019, declaração firmada pelos executivos das empresas anunciando como propósito das corporações não apenas a busca pelo lucro, mas

24 COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001. p. 46.

25 O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) utiliza em seus relatórios anuais, como critério de mediação do desenvolvimento dos países, não só indicadores econômicos, mas também sociais, através do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)

26 SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 298.

27 A atividade econômica gera crescimento, o que implica benefícios para o Estado e para a sociedade através de postos de trabalho, inovação, desenvolvimento tecnológico, arrecadação de tributos, financiamento da seguridade social, fortalecimento do mercado, etc. No entanto, a Constituição Federal determina a conciliação da livre iniciativa: – com a valorização do trabalho; – com a proteção da dignidade humana; – com a proteção do meio ambiente; – com a redução das desigualdades sociais.

28 Disponível em <https://www.pactoglobal.org.br/10-principios>. Acesso em: 30 nov. 2020

a geração de benefícios aos clientes, colaboradores, consumidores, fornecedores, enfim, a sociedade, adotando por premissa o impacto das atividades sobre o planeta.<sup>29</sup> A proposta do documento é inspirar os CEOs a olhar a repercussão das decisões de negócios para além do resultado que será gerado aos acionistas.

Não podemos deixar de destacar, também, o movimento *Imperative 21*, grupo que reúne empresas sediadas em cerca de 80 países e que propõe a redefinição do capitalismo a partir da premissa de que é possível (e necessário) empreender visando o lucro e, ao mesmo tempo, considerar as questões sociais e ambientais afetadas pelo negócio, criando, assim, valor no longo prazo para os acionistas e para os *stakeholders*.<sup>30</sup>

Temos, portanto, as bases do capitalismo sendo questionadas pelo viés dos efeitos negativos que decorrem da forma pela qual se dá a exploração da atividade econômica. A proposta dos movimentos globais é assegurar o futuro do planeta, compartilhar a prosperidade, redesenhar o sistema econômico, ampliar o número de líderes focados no alinhamento dos interesses das empresas com os das pessoas e da sociedade. Com efeito, os valores essenciais e perenes à humanidade precisam ser vistos como fontes de riqueza, necessários, inclusive, para confirmar a atividade econômica a longo prazo. É um caminho incontornável que reflete nas regras do mercado, em termos de investimentos, concorrência, imagem das empresas, promoção dos direitos humanos, observância da igualdade racial e de gênero como política de governança, transparência perante o consumidor, colocação de produtos a partir de soluções que não agredem a natureza, etc. Como vivemos em uma sociedade de mercado – que é uma construção social e política – nada mais legítimo do que esperar do Direito uma posição regulatória, como resposta local a fenômenos globais. Esse movimento aloja o alicerce da arquitetura jurídica que estrutura o modelo econômico brasileiro no texto constitucional que, conforme passaremos a expor, contempla disposições que se alinham às diretrizes do Pacto Global da ONU para a responsabilidade das empresas.

#### 4 O CONTEXTO NORMATIVO COMO VETOR DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O modo pelo qual as atividades econômicas deverão ser realizadas, isto é “o modo de ser da economia brasileira”<sup>31</sup>, vem enunciado no art. 170 da Constituição Federal através da expressão “ordem econômica”, cujo conteúdo deve ser compreendido como “conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser).”<sup>32</sup> O objetivo que o sistema constitucional traça para a economia implica compatibilizar os interesses

29 Disponível em <https://purpose.businessroundtable.org>. Acesso em: 30 nov. 2020

30 Disponível em <https://imperative21.com.br>. Acesso em: 30 nov. 2020 / <https://www.youtube.com/c/Imperative21>. Acesso em: 21 nov. 2021.

31 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 57.

32 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.p. 61.

empresariais com os interesses humanos, fomentando o desenvolvimento econômico sem vulnerar a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio que repercute sobre todo o ordenamento jurídico. Mantidos os institutos básicos do modo de produção capitalista – livre iniciativa, propriedade privada, livre concorrência, autonomia privada – a Constituição posicionou o Estado como agente normativo e com atuação reguladora da atividade econômica (art. 174).

Desta maneira, ao dispor sobre a ordem econômica, a [Constituição Federal](#) evidencia que o trabalho humano e a livre iniciativa são fundamentos do desenvolvimento socioeconômico, significando dizer que “a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.”<sup>33</sup>

Portanto, o art. 170 da Constituição Federal<sup>34</sup> orienta a livre iniciativa como programa que tem por função assegurar a valorização do trabalho, a proteção da dignidade da pessoa humana e a promoção da justiça social. Com efeito, a técnica constitucional de regulação da ordem econômica assenta-se em princípios – defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e pessoais, busca do pleno emprego – que prestigiam a humanização do capitalismo, isto é, a ordem econômica “deve ser dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar.”<sup>35</sup>

Conforme bem pondera a doutrina, o sistema capitalista desafia a efetividade<sup>36</sup> dos ditames da justiça social, razão pela qual “algumas providências constitucionais formam agora um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social.”<sup>37</sup> Nesta perspectiva, os fundamentos e princípios da ordem econômica articulam-se como instrumentos para a realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a saber: (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional; (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (iv) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, CF). Nas palavras de Oscar

33 SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 800.

34 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;  
II – propriedade privada;  
III – função social da propriedade;  
IV – livre concorrência;  
V – defesa do consumidor;  
VI – defesa do meio ambiente [...]  
VII – redução das desigualdades regionais;  
VIII – busca do pleno emprego;  
IX – tratamento favorecido para empresas de pequeno porte [...]

35 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 176.

36 Por efetividade devemos entender a concretude da função social das normas jurídicas. A efetiva “representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.” (BARROSO, 2003, p. 85)

37 SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 801.

Vilhena Vieira, “as constituições, se pretendem ter algum sentido, devem ser formuladas, sobretudo, como parâmetro de justiça da comunidade.”<sup>38</sup>

Está claro, portanto, que à prática da atividade econômica – fonte geradora de riquezas no meio social – impõe-se propiciar o bem-estar de todos os membros da sociedade, o que exige não só garantia como efetividade dos direitos fundamentais, dos quais provêm os direitos humanos. Com base nessa matriz valorativa, o texto constitucional incentiva<sup>39</sup>, legitima e determina a forma pela qual deverão as empresas atuar e se relacionar com o mercado. Vê-se que os valores constitucionalmente positivados atuam como condutores das estratégias e práticas dos agentes econômicos, a quem é reconhecida liberdade para empreender, como expressão do trabalho. Ou seja, a liberdade de iniciativa está consagrada pela ordem constitucional, mas não de forma absoluta. E isso porque os agentes econômicos são reconhecidamente imprescindíveis não apenas pela produção e fornecimento de bens e serviços essenciais à coletividade, mas também por constituir elo essencial na rede da sustentabilidade. Assim sendo, os interesses dos agentes econômicos são orientados a se compatibilizar com os valores que estruturam a ordem econômica. A livre iniciativa e a livre concorrência são, pelo texto constitucional, vetores para a valorização do trabalho, a busca do pleno emprego, a redução das desigualdades regionais e sociais, afinal o exercício da atividade econômica – seja pelo setor privado ou público – implica responsabilidade dos agentes por concretizar o bem-estar de todos. O campo das atividades econômicas, repita-se, está afetado pelos fundamentos constitucionais da valorização do trabalho humano e na livre iniciativa como diretriz para o pleno desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CF). Essa é a pauta para o legislador brasileiro, projetada pela Constituição: criar condições para o desenvolvimento de uma ordem socioeconômica mais justa, com equitativa distribuição da riqueza. Importante realçar que desenvolvimento é um processo que envolve as esferas econômica, social, cultural e política, voltadas ao incremento do bem-estar, valor objetivo cuja configuração não é positiva, mas negativa, como observa Tercio Sampaio Ferraz Junior, ao explicar que “não há bem-estar enquanto não se erradica a pobreza, a marginalização, as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III). Neste sentido, pode-se dizer que o bem-estar, como valor, revela-se em uma situação de não miséria. Nestes termos, deve-se então configurar o desenvolvimento como valor.”<sup>40</sup>

O sujeito central do desenvolvimento é a pessoa humana<sup>41</sup> e essa constatação provocou um repensar quanto ao papel do Estado na promoção de políticas públicas<sup>42</sup> e o protagonismo das instituições – inclusive a iniciativa privada – no fortalecimento e na proteção das capacidades humanas,<sup>43</sup> propósitos determinantes para

38 VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento constitucional. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 48.

39 O Estado incentiva a atividade econômica, inclusive impondo o dever de ser conferido tratamento jurídico diferenciado às empresas de pequeno porte (art. 170, IX, e art. 179, CF), como política para consecução da soberania nacional econômica (art. 170, I)

40 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989. p. 30.

41 O art. 2º da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, consagra que “a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento.” Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar>. Acesso em: 24.11.2020

42 O desenvolvimento está atrelado à educação, à capacitação, à proteção do meio ambiente, à implementação de direitos políticos e culturais, enfim, o desenvolvimento abrange várias dimensões além da econômica.

43 SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 71.

operar o pleno desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CF), realização a ser empreendida pelo Estado “na aliança” que sela com o setor privado,<sup>44</sup> e que supõe avanços sociais.

Nesse sentido, é apropriado dizer que a determinação constitucional se harmoniza com as diretrizes do Pacto Global para a responsabilidade social das empresas, na medida em que submeteu os agentes econômicos à observância da valorização do trabalho e do ser humano.

Aliás, a normativa em nível infraconstitucional também confirma as diretrizes do Pacto Global, podendo ser mencionadas, como exemplos, a [Lei nº 12.846/2013](#), que ficou conhecida como lei anticorrupção, a [Lei nº 9.605/98](#), que dispõe sobre crimes e infrações contra o meio ambiente, e a [Lei nº 8.078/90](#) – Código de Defesa do Consumidor. Também merece referência o [decreto 9.571/2018](#), que estabelece diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos<sup>45</sup>. Ainda com base nas diretrizes que orientam a legislação infraconstitucional, e, portanto, em reforço ao compromisso com a erradicação do trabalho escravo, forçado ou exercido em condições análogas à escravidão, em prol dos princípios constitucionais consolidados na dignidade humana, foi publicada, no estado de São Paulo, a [Lei nº 14.946/2013](#), que define parâmetros para punir empresas envolvidas com trabalho escravo, figurando dentre as sanções, o cancelamento da inscrição no cadastro do ICMS<sup>46</sup>.

A caminho da conclusão, podemos então confirmar a presença de regulamentação jurídica para as atividades econômicas atribuindo valor social à livre iniciativa e integrando a atuação empresarial à concretização da dignidade humana. Há um arcabouço jurídico regendo o alinhamento entre o desempenho econômico das empresas e o seu compromisso social, horizontalizando a relação Estado-empresa-sociedade. Essa é a concepção de desenvolvimento objetivada pelo texto constitucional, que direciona seus esforços para uma “harmônica convivência entre princípios que inspiram o Estado Liberal de Direito, que prestigia as liberdades e o princípio da livre iniciativa, com o Estado Social de Direito, que se compromete com a igualdade, e com a regulação estatal para aquelas situações em que são necessárias intervenções no processo de equalização de distorções históricas.”<sup>47</sup>

Todavia, a complexidade do processo de globalização e a míope visão da economia como fim, tem demonstrado a insuficiência do sistema jurídico para o alcance do equilíbrio entre os interesses econômicos e os valores humanos. Diante desse quadro, é imprescindível a conscientização e cooperação de todos, pois todos são responsáveis pelos problemas da humanidade.

44 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 198.

45 O decreto estabelece diretrizes para empresas, incluídas multinacionais com atividades no País, a serem implementadas voluntariamente. Para aquelas que o fizerem será concedido o selo “Empresa e Direitos Humanos”.

46 Através da ADI 5.465 vem sendo discutida a constitucionalidade da Lei nº 14.946/2013, do Estado de São Paulo, particularmente no que tange à extensão das sanções. Como mecanismo de *soft law*, cite-se, como exemplo, o Protocolo Agroambiental do Setor Sucroalcooleiro Paulista, que tem por objetivo a implementação de medidas e ações sustentáveis no setor, como a eliminação da queima da palha de cana como medida atenuante de danos ambientais. Disponível em: <https://unica.com.br/iniciativas/protocolo-agroambiental>. Acesso em: 24.11.2020

47 STF, ADI 4.637/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. virtual finalizado em 04.12.2020. Trecho extraído do voto do Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4123688>. Acesso em: 21 nov. 2021.

#### 4.1 A TENSÃO ENTRE AS DIRETRIZES DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A EFETIVAÇÃO DOS VALORES SOCIAIS

Conforme já visto, pelas balizas constitucionais o modelo de desenvolvimento tem a sustentabilidade na sua base e a função social como padrão do verdadeiro sentido a ser extraído das regras tocantes ao regime jurídico da empresa. Ou seja, temos a função social da empresa como manifestação da sustentabilidade – valor multidimensional<sup>48</sup> – pauta que objetiva a concretização da dignidade das gerações futuras. Ao integrar a ordem econômica ao dever de atuar na implementação dos objetivos previstos no art. 3<sup>o</sup><sup>49</sup>, a [Constituição Federal](#) reconheceu a empresa como instrumento de realização daqueles objetivos, transcendendo os interesses egoísticos do agente econômico. Nesta esteira, a empresa exerce um papel fundamental como meio de concretização de valores alinhados ao bem-estar e interesses sociais. Outra não pode ser a interpretação senão a de que a ordem econômica “deve garantir que o processo econômico, enquanto produtor, não impeça, mas ao contrário, se oriente para o bem-estar e a justiça sociais.”<sup>50</sup>. Resumidamente, podemos dizer que o art. 170 da Constituição Federal outorga relevância jurídica à livre iniciativa por tudo que ela representa de valioso à sociedade, sob o ponto de vista prático. A consequência esperada é impulsionar um padrão de desenvolvimento que exprima o crescimento econômico integrado aos aspectos social, ambiental, cultural e político da coletividade humana. E isso se reconhece a partir da junção promovida pelo texto constitucional entre os direitos fundamentais, a ordem social e a ordem econômica. Nessa perspectiva, conclui-se que o objetivo seja orientar o caminho do equilíbrio, o que significa dizer, acolher a inserção da sustentabilidade na ordem jurídica como elemento determinante para a realização das condições dignas de vida desta e de outras gerações.

Teoricamente os conceitos estão consolidados. Resta, no entanto, confirmar: (i) se os efeitos sociais desejados pelas normas jurídicas realmente sobrevêm; (ii) se efetivamente o modo de produção econômica disposto na [Constituição da República](#) tem se mostrado eficaz; (iii) se o desenvolvimento econômico, considerada a atual dinâmica do mercado, efetivamente contribui para a melhoria no nível de vida das pessoas, reduzindo as desigualdades, diminuindo o desemprego, promovendo maior distribuição de riqueza, proporcionando maior acesso à educação e à saúde.

Ora, é sabido por todos que não há uma correlação simétrica entre o desenvolvimento econômico e o desenvolvimento humano. Por mais que uma economia mais desenvolvida possa propagar sua repercussão positiva através da expansão no número de postos de trabalho, incremento nas receitas tributárias favorecendo o crescimento do gasto social e distribuição de riqueza, na realidade o que vem sendo testemunhado são os avanços crescentes na desigualdade social e concentração de renda. Pela “ótica” dos estudiosos, “a dinâmica tec-

48 A sustentabilidade envolve variadas dimensões: ambiental, social, econômica, cultural, tecnológica.

49 Extrai-se da integração entre o art. 3<sup>o</sup> e art. 170 da CF, que o desempenho da atividade econômica propiciará a (i) construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) o desenvolvimento nacional; (iii) a erradicação da pobreza; (iv) a redução das desigualdades; (v) o bem-estar de todos.

50 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia.** São Paulo: Atlas, 1989. p. 53.



nológica e econômica que se afirma como parte das tendências novas da globalização, não autoriza qualquer otimismo no que se refere à eventual contribuição para melhorar esse quadro de desigualdade. Ao contrário, o que temos com ela, mesmo nos países economicamente avançados, são o aumento da desigualdade social, níveis inéditos de desemprego, a ‘nova pobreza’, o aumento da violência urbana.”<sup>51</sup>

É um quadro complexo, na medida em que a expansão das relações econômicas, com incremento da competitividade no mercado, e a evolução tecnológica advinda da integração em nível mundial, certamente geram efeitos positivos, mas, ao mesmo tempo, produzem assimetrias. De maneira ampla “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*, não será tarefa fácil num sistema de base capitalista e, pois, essencialmente, individualista.”<sup>52</sup>

Seja por conta do processo de globalização, com a concentração de poder das empresas transnacionais e a formação de uma elite nacional – normalmente empresários, líderes políticos e dirigentes de instituições financeiras – ou mesmo em razão da flexibilização das políticas sociais<sup>53</sup>, parece inegável o crescente distanciamento entre os padrões econômicos e os sociais, realidade que pode ser comprovada, por exemplo, pela segregação em acesso de bens e o aumento da concentração de riqueza.<sup>54</sup>

Os Estados nacionais – em especial, países em desenvolvimento – estão cada vez mais frágeis frente aos interesses econômicos e o poder empresarial, e embora haja sistema normativo<sup>55</sup> direcionado aos objetivos de equalização dos interesses econômicos<sup>56</sup> com os sociais, a realidade é de um dramático desequilíbrio na distribuição de renda, o que impacta no desenvolvimento humano desejado, afinal o desenvolvimento econômico deveria ser o meio eficiente para se alcançar melhoria no nível de vida das pessoas.

O balanço em torno do conflito entre o crescimento econômico e o descaso com o tema “sustentabilidade” aponta para a premente necessidade de um trabalho conjunto – governo, empresas, sociedade civil – que amplie a percepção do papel que todos ocupam na economia do planeta e na sua capacidade de regeneração. Nesse sentido, e felizmente, as demandas ambientais e sociais têm fomentado crescentes debates em torno do modelo de negócios centrado no aumento dos lucros. O panorama que vem se estruturando, muito graças a movimentos de investidores (gestores e proprietários de ativos)<sup>57</sup>, é de expansão no escopo dos negócios, a

51 REIS, Fabio Wanderley. O nacional e o social em tempos globais. In: GERSCHMAN, Sílvia; VIANNA, Maria Lúcia Werneck (org.). **A miragem da pós-modernidade: democracia e políticas sociais no contexto da globalização**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1997. p. 49.

52 SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 801.

53 Por políticas sociais estamos considerando a “oferta de bens e serviços, transferência de renda e regulação com o objetivo de atender as necessidades e os direitos sociais que afetam vários dos componentes das condições básicas da vida da população, inclusive aqueles que dizem respeito à pobreza e à desigualdade.” (CASTRO, 2013, pp. 168-169)

54 Os relatórios indicam que, enquanto metade mais pobre do planeta teve seu patrimônio reduzido no período 2018/2019, a fortuna dos bilionários aumentou. A proporção é de 26 pessoas no mundo deter mais riqueza que 50% da humanidade. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-01/patrimonio-dos-26-mais-ricos-do-mundo-e-igual-ao-da-metade-mais-pobre>. Acesso: 21 nov. 2021. E mais: a concentração de renda no Brasil é apontada como uma das mais altas no mundo, conforme Relatório de Desenvolvimento Humano da ONU. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/12/09/brasil-tem-segunda-maior-concentracao-de-renda-do-mundo-diz-relatorio-da-onu.ghtml>. Acesso em: 04 dez. 2020.

55 Normatização por instrumentos de *soft law* e de *hard law*

56 Na trilha dos interesses econômicos, não podemos deixar de ponderar quanto a pressão exercida pelas empresas por redução de custos, inclusive com desprezo à valorização da mão de obra, no anseio pela maximização dos seus lucros.

57 Sobre isso já falamos ao abordar o chamado “capitalismo dos *stakeholders*”

fim de que realmente as organizações estejam atentas aos impactos ambientais e sociais decorrentes da atividade econômica.

A dimensão social do desenvolvimento, a redução de incertezas e a estruturação de processos socioeconômicos futuros, perpassa pela necessária articulação entre Estado<sup>58</sup>, órgãos reguladores, os agentes econômicos, as organizações, as instituições, a sociedade civil. Todos são “players” do desenvolvimento sustentável e centros de poder, capazes de, uma vez articulados, alcançarem a promoção do bem-estar social. Organizações sem fins lucrativos, como o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa<sup>59</sup> e o movimento *Imperative 21*, ao qual já nos referimos, reafirmam a agenda para uma base sólida ao desenvolvimento sustentável. Há, portanto, iniciativas postas em prática, mas tantas lacunas ainda dependentes de soluções. Esse movimento global, ativa mecanismos que traduzem primazia à jornada da sustentabilidade e que devem ser fomentados, como a conscientização de consumidores influenciando atitudes – ao prestigiar empresas que respeitem os direitos humanos, por exemplo – e instituições financeiras ao negar, energicamente, financiamento a projetos que contrariem os pilares da sustentabilidade<sup>60</sup>. E mais: os indivíduos podem e devem exercer a cidadania – numa posição de solidariedade e, particularmente, de exercício da liberdade – exigindo políticas públicas socioeconômicas e ambientais fundamentadas na ordem jurídica, que enuncia a resposta nacional às premissas para a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

## CONCLUSÃO

Neste ensaio tangenciamos alguns aspectos considerados essenciais para compreender a sustentabilidade como princípio articulador da atuação não só do Estado como das empresas. É fato que as demandas da sociedade contemporânea há algum tempo não mais se restringem ao eixo das soberanias estatais. A estrutura base para a transformação no modelo de desenvolvimento, com olhar para as demandas sociais e ambientais, não consiste apenas em dever do Estado, assumindo as empresas um importante papel de catalisador na efetivação de novas formas de produção, alinhando o desenvolvimento econômico ao desenvolvimento social e inclusivo.

Tentamos trazer à tona a reflexão de que o alinhamento do modelo econômico capitalista aos atuais valores da sociedade civil, que tem a sustentabilidade como ícone do desenvolvimento, é determinante para o futuro dos direitos inerentes ao ser humano. Na construção de novas perspectivas político-sociais, o Estado atua como indutor ao regulamentar o mercado através de normas que objetivam atender aos direitos das presentes e das futuras gerações. Neste sentido, o redesenho na forma de governo das empresas provocado pela afetação

58 Em termos de produção legislativa, vale referência à Lei nº 13.986/2020 que direciona a emissão de CPR (Cédula de Produto Rural) para produtos que sejam obtidos a partir das atividades de conservação de floresta nativa, isto é, o financiamento é direcionado para a preservação de florestas.

59 Confira-se, por exemplo, a Agenda Positiva de Governança que traz como proposta aos gestores das organizações – públicas, privadas e terceiro setor – a adoção de medidas relacionadas a diversidade e inclusão, e a integração das questões ambientais e sociais nos modelos de negócios, dentre outras. Disponível em: [www.ibgc.org.br](http://www.ibgc.org.br). Acesso em: 05 dez. 2020.

60 Projetos que, por exemplo, envolvam exploração econômica de recursos naturais às custas da degradação ambiental e prejuízos à vida e saúde da comunidade local, situação que, infelizmente, não é de rara ocorrência, especialmente em países em desenvolvimento.

da propriedade sobre os bens de produção a uma função social, pelo compromisso que a liberdade econômica impõe aos agentes de atender interesses que transcendam os limites dos interesses individuais, vinculando-os a direitos que resguardam valores universais, como a proteção da pessoa humana.

O *mainstream* da sustentabilidade nas empresas aponta para transformações na forma de serem realizados negócios – gestão de impactos atrelada à gestão de riscos – na relação das empresas com os *stakeholders* e na sua submissão aos limites constitucionais. Portanto, o planejamento estratégico das organizações que realmente estejam preocupadas com o futuro dos negócios, com a manutenção da empresa a longo prazo, inclui ferramentas e instrumentos de gestão relacionados à sustentabilidade, isto é, na tomada de decisões impõe-se sejam levados em conta os reflexos internos e externos que decorram do exercício da atividade. Não mais se mostra possível às empresas ignorar a miríade de interesses que com elas interagem, e que influenciam o seu desempenho financeiro. O sentido, o propósito das organizações, vêm sendo impulsionado pela dinâmica dos interesses de todos os públicos que se relacionam com as atividades empresariais. Neste aspecto, é crucial o posicionamento que os investidores (principalmente os institucionais) vêm tomando, no sentido de prestigiar as organizações que potencializam suas externalidades positivas e reduzem as negativas. O cenário atual é de uma sociedade que, finalmente, está se mobilizando para assumir um papel mais propositivo. Ou seja, cada vez mais vem sendo cobrado das organizações compromisso com as diretrizes do capitalismo de *stakeholders*. É uma mudança de paradigma que atrai um novo olhar para o desenvolvimento econômico alinhado aos valores sociais. Imprimir um ritmo mais acelerado a esse processo, e afastar qualquer ancoragem em discursos retóricos ou meramente acadêmicos que demandem a participação de multiatores: os governos, as organizações não governamentais, as instituições, as empresas transnacionais, os reguladores, os investidores e a própria sociedade civil. O futuro clama por esse olhar!

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BEDIN, Gilmar Antônio. **A sociedade internacional e o século XXI**: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: Unijuí, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRITO, Vanessa. Pequenos negócios estão aderindo à sustentabilidade, segundo pesquisa do Sebrae. **Sebrae Notícias**, 18 set. 2018. Disponível em: <http://sustentabilidade.sebrae.com.br/sites/Sustentabilidade/Acontece/Noticias/Pesquisa>. Acesso em: 29 nov. 2020.
- CASTRO, Jorge Abrahão. Política Social, distribuição de renda e crescimento econômico. In: FONSECA, Ana; FAGNANI, Eduardo (org.). **Políticas sociais, desenvolvimento e cidadania**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013.
- COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001.
- COMPARATO, Fabio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 25, n. 63, jul./set. 1986
- COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.
- FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do Direito Comercial Brasileiro**: da mercancia ao mercado. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MACIEL, Camila. Patrimônio dos 26 mais ricos do mundo equivale ao da metade mais pobre. **Agência Brasil**, 21 jan. 2019. Disponível: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-01/patrimonio-dos-26-mais-ricos-do-mundo-e-igual-ao-da-metade-mais-pobre>. Acesso: 21 nov. 2021.
- REIS, Fabio Wanderley. O nacional e o social em tempos globais. *In*: GERSCHMAN, Sílvia; VIANNA, Maria Lúcia Werneck (org.). **A miragem da pós-modernidade**: democracia e políticas sociais no contexto da globalização. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1997. p. 43-51.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano XLII, n. 132, out./dez. 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional da empresa**. São Paulo: Método, 2013.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento constitucional. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

# CAPÍTULO 4

## O ARTIGO 219 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O COMBATE À CORRUPÇÃO COMO MECANISMOS DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO NACIONAL

Grace Ladeira Garbaccio

Sara de Assis Aquino

### 1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da corrupção ganha importância em meados do século passado e os estudos sobre o tema podem ser divididos em três grupos analíticos: funcionalista, análise da cultura política e econômico (FILGUEIRAS, 2009). Embora haja diversas teorias para explicar as causas e as consequências da corrupção, tem-se que a relação entre corrupção e economia é indissociável. O custo de transação da corrupção afeta a estrutura macroeconômica do Estado, de modo que os gastos envolvidos nestas transações ilícitas impactam negativamente o sistema econômico. Segundo estudo realizado por Tanzi (1998), os efeitos negativos da corrupção irradiam-se tanto para o sistema econômico quanto para a renda *per capita*. Sob este viés, a “corrupção é vista como causa do fraco crescimento econômico de alguns países, do empobrecimento relativo e do mau funcionamento do sistema econômico” (CARRARO; FOCHEZATTO; HILLBRECHT, 2006).

Especificamente no Brasil, pesquisas apontam que a corrupção implica em um significativo custo econômico. Entre 1994 e 1988, Carraro et al (2006), estimam que a corrupção custou, anualmente, o equivalente a 11,30% do Produto Interno Bruto (PIB). Embora seja expressivo o efeito da corrupção em âmbito nacional, a [Constituição Federal de 1988](#), a exemplo dos textos constitucionais anteriores<sup>1</sup>, não aborda em profundidade a matéria. Há apenas uma menção, no §10, do art. 14, que elenca a corrupção como requisito para impugnação de mandato eletivo.<sup>2</sup>

Este artigo se justifica pela necessidade de demonstrar como a prática da corrupção viola diretamente a [Constituição Federal de 1988](#). Para além de estabelecer os princípios da função social da propriedade e da livre concorrência, que regem a ordem econômica (art. 170, III e IV)<sup>3</sup>, dos quais pode-se extrair a vedação às

1 As Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946 não mencionam o termo corrupção. Já a Constituição de 1967 possui três menções ao termo (arts. 151, 152, §3º e 166, §2º), no contexto de ser a corrupção pressuposto para determinadas suspensões de direito.

2 “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) §10 – O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso de poder econômico, *corrupção* ou fraude.” (grifo nosso) (BRASIL, 1988)

3 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III – função social da propriedade; IV – livre concorrência.

práticas anticoncorrenciais, o texto constitucional determina a função do mercado interno. Nos termos do art. 219, “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal” (BRASIL, 1988).

O presente capítulo, pois, propõe-se à análise do art. 219, da referida Constituição, como mandado expresso de vedação à corrupção. Se, como exposto, o “mercado interno integra o patrimônio nacional”, então impõem-se práticas íntegras, éticas, morais e economicamente orientadas, cuja finalidade seja o desenvolvimento social amplo. Com efeito, o Estado depara-se com a dupla função: a de corroborar com a viabilização do desenvolvimento por parte do mercado e a de obstar atos ilegítimos desconectados com o objetivo constitucionalmente estipulado. Neste contexto, destacam-se os instrumentos normativos para o combate da corrupção, quais sejam, a [Lei nº 12.846/2013](#) e o [Decreto nº 8.420/2015](#). Além disso, o desenvolvimento da gestão de *compliance* nas empresas, públicas e privadas, demonstra o interesse e a potencial capacidade de alterar o comportamento do mercado. Estes mecanismos mostram-se harmoniosos com a disciplina constitucional, notadamente porque, em âmbito infralegal, são aptos a estimular o desenvolvimento sustentável e a conduta empresarial íntegra.

Este estudo visa abordar o campo científico de forma completa e clara, com base na pesquisa dedutiva e exploratória a partir da análise de referências de artigos científicos, estudos bibliográficos e da legislação pertinente.

## 2 O MERCADO INTERNO NA CONSTITUIÇÃO: A FUNÇÃO DA SOCIEDADE E O DEVER ESTATAL DE COIBIR PRÁTICAS DANOSAS

Em uma primeira abordagem, a despeito da hipótese defendida neste capítulo, vale mencionar que não se ignoram as críticas dirigidas ao art. 219, da [Constituição Federal de 1988](#). Questionou-se a topografia da norma, inscrita na seção da “Ordem Social”, o que poderia levar à conclusão de que o mercado teria viés social pujante. Havia também críticas direcionadas ao excessivo paternalismo nacionalista, em detrimento da abertura à economia global, já que o artigo diz expressamente “mercado interno”, contrapondo-se ao mercado externo.<sup>4</sup>

Segundo Camargo (1996), a redação do art. 219 foi sugerida pelo professor Eros Grau, de cujos comentários sobre o artigo, é possível extrair a seguinte lição:

[...] o vocábulo ‘mercado’ só aparece, significativamente, no texto constitucional, neste art. 219. O preceito nele inscrito foi objeto de largos debates na Constituinte. Curiosamente, no entanto, os adeptos da linha do pensamento liberal, que à sua aprovação mais se opuseram, no ressoar desses debates na imprensa, agora se apegam a ele justamente para tentar demonstrar o óbvio, ou seja, que a Constituição adotou um regime de mercado.

4 Para análise mais detida das críticas, conferir CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. O mercado interno, o patrimônio público e o art. 219 da Constituição Brasileira de 1988. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Brasília: TRF, v. 8, n. 4, out./dez., 1996.

Afirmar, como faz o texto constitucional, que o mercado interno integra o *patrimônio nacional* não significa – isso é nítido – que tenha sido ele integrado ao *domínio público* ou que constitua *bem de uso comum do povo*, como o meio ambiente. Isso somente poderia ser concebido por quem nutrisse o firme e deliberado propósito de *não compreender* o preceito. Sua integração no patrimônio nacional se dá na medida que a Constituição o torna como expressão da *soberania econômica nacional*.

Por isso mesmo é que – prossegue o preceito – “*será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal*”.

A alusão ao dever de o Estado incentivá-lo – porque de *dever* se trata – evidentemente não coarta a intervenção estatal, por direção, sobre ele. O preceito, no seu todo, antes – pelo contrário – a fundamenta.” (GRAU, 2010, p. 260, grifo do autor).

Sob tal perspectiva, a lição imediata transmitida pelo preceito inscrito no referido artigo é de que o mercado interno possui função constitucional de promover o desenvolvimento cultural, socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do Brasil, e esta promoção há de ser subsidiada pelo Estado, já que o mercado faz parte do patrimônio nacional. Assim, podemos observar que o enunciado cumpre, sobretudo, a tarefa de legar ao Estado o compromisso com o desenvolvimento nacional, mediante a criação de instrumentos e incentivos ao mercado (MARQUES, 2018).

O Constituinte originário foi intencional em celebrar a natureza do mercado interno, que a partir do texto promulgado em 1988, seria indissociável do patrimônio brasileiro. Ao comentar o dispositivo, o Constituinte Aroldo de Oliveira comemorou: “é uma inovação, é um avanço... em benefício da sociedade brasileira” (MARQUES, 2018). Isso porque o texto dá um passo além para selar o que convencionou-se chamar de “constitucionalização do direito privado”<sup>5</sup>. A Constituição conferiu função social à propriedade (art. 170, inciso III)<sup>6</sup> e, neste particular, a exegese constitucional firma o que se entende por “função social” aplicável ao mercado interno – ações voltadas (i) ao desenvolvimento cultural e socioeconômico; (ii) ao bem-estar da população e (iii) à autonomia tecnológica do Brasil.

Diante desse cenário, a norma não alude apenas a um dever estatal, conforme pontua, alhures, Eros Grau (2010), senão se traduz como a revalorização do que se entendia por mercado numa acepção simplista e meramente econômica (MARQUES, 2018). Ao contrário, o conceito social de mercado, por detrás do art. 219, permite uma interpretação mais extensiva, na qual cabe falar em diretrizes essenciais à lógica privada, vedando-se, por exemplo, abuso de poder econômico (CAMARGO, 1996). A esse respeito, coaduna-se a lição de José Afonso da Silva (2007, p. 822):

[...] a Constituição, no texto sob consideração, dá ao mercado interno um valor para além do seu significado econômico, ao integrá-lo no patrimônio nacional. Com esse sentido, o mercado adquire valor constitucional, que nos dá sua dimensão social, sob a ideia de que, em seu sentido puramente econômico, pode fixar preços, mas não pode fixar valores sociais, porque estes é que têm que fixar a natureza e os

5 Para referências sobre o tema, consultar SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumem Jurídica, 2004.

6 Vide nota de rodapé nº 5.

limites dele. A previsão constitucional de que o mercado integra o patrimônio nacional significa repulsa ao Liberalismo, e dá a ele um sentido social [...]

A composição constitucional da ideia de mercado atrelada às funções sociais foi internalizada pela doutrina contemporânea. Rosângela Cavallazzi, neste sentido, visualiza no dispositivo a fixação de uma política estatal. Em suas palavras, o art. 219 refere-se a “um princípio normativo, porque mais do que assegurar uma política social, o incentivo ao mercado interno se constitui em exigência de equidade” (CAVALLAZZI, 2008). Com esteio nesse contexto de virada paradigmática do mercado, à luz da [Constituição de 1988](#), é possível enxergar o art. 219 como promotor do desenvolvimento nacional em diversas frentes, a ser concretizado por normas infralegais.

Um paralelo, ainda, pode ser apontado entre o art. 219 e a doutrina clássica sobre função social da propriedade. Desde que surgiu tal conceito, o bem privado sai do campo puramente do exercício de direitos, e passa a ensejar obrigações ao proprietário (COMPARATO, 1986). É esta lição, a propósito, que se extrai do célebre art. 153, §2º, da Constituição alemã de Weimar, de 1919, a primeira norma referente à função da propriedade, e cuja literalidade pode ser assim traduzida: “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade”<sup>7</sup>.

Assim, ao observar que a Constituição brasileira determina o “mercado interno” como integrante do patrimônio nacional, torna-se indissociável a atuação da empresa da função conferida constitucionalmente, qual seja, corroborar para o desenvolvimento do País, especificamente na cultura, na economia e na tecnológica. Por isso, tal determinação faz surgir, para o Estado, o dever de proibir condutas ilícitas no âmbito de instituições privadas, visto que a funcionalização da empresa leva à conclusão de que o ilícito empresarial, além de contrário à lei, ofende o interesse público.

### 3 A LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL: MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DO ART. 219

No Brasil, a responsabilização legal de pessoas jurídicas, em razão de atos lesivos à Administração Pública, encontra amparo na [Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013](#), também conhecida como Lei Anticorrupção (LAC). A criação desta lei no que tange à responsabilização das pessoas jurídicas se justifica por acordos internacionais firmados pelo Brasil, por convenções de combate à corrupção das quais faz parte, a saber: Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção – ONU; Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais – OCDE; e Convenção Interamericana de Combate à

7 Conf. COMPARATO, Fabio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 63, p. 71-79, jul./set. 1986: “A disposição do art. 153 desse texto constitucional foi retomada *ipsis verbis* pela Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949 (art. 14, 2.º alínea): “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade.” (Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen.)”.



Corrupção – OEA. Por outro lado, havia internamente a necessidade tanto de concentrar a legislação esparsa sobre ilícitos contra a Administração Pública, quanto de reprimir de modo mais veemente práticas corruptas.

Desse modo, devem ser pensadas formas eficazes no combate à corrupção, a partir de instrumentos cíveis ou administrativos. Nesse sentido, pode-se dizer que a LAC inova em vários pontos em relação à legislação anterior. Já no art. 1º, *caput* e parágrafo único, a Lei fixa sob quais sujeitos se aplica:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Uma inovação importante na LAC é a possibilidade de a pessoa jurídica ser responsabilizada, diretamente, por ilícito cível ou administrativo (OLIVEIRA; NEVES, 2014). Os sócios, diretores e demais funcionários respondem subjetivamente, ou seja, quando comprovado culpa ou dolo na conduta, enquanto a pessoa jurídica é responsabilizada a título objetivo. É bastante, portanto, para a condenação, o exame do nexos causal, a relação de causa-e-efeito entre a conduta ilícita e o dano, sem que seja necessário aferir qualquer elemento volitivo ao momento da prática do ato pela pessoa jurídica (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014).

Dentre as condutas puníveis, chama atenção o rol extenso do art. 5º, que dispõe os atos lesivos à Administração Pública – dentre os quais se destacam as ações “que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro” (BRASIL, 2013). O dispositivo define como ato lesivo, em síntese: (i) promessa de vontade indevida a agente público – inciso I; (ii) financiar a prática de atos ilícitos – inciso II; (iii) utilizar pessoa interposta, física ou jurídica, para dissimular aspectos do ato ilícito – inciso III; (iv) fraudar licitação ou contrato administrativo, especialmente perturbando o caráter competitivo do procedimento de contratação público – inciso IV; e (v) dificultar a fiscalização dos órgãos responsáveis – inciso V.

Quanto às sanções, a Lei possui formas bastante criativas para cominação de multa. Na esfera administrativa (art. 6º), há previsão de multa, que pode variar entre 0,1% a 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica, calculado sob o valor do ano anterior ao da instauração do processo administrativo. A norma é cuidadosa na ressalva de que o valor calculado com base no faturamento bruto não pode ser inferior ao da vantagem auferida pela pessoa jurídica, tendo em vista a multa como punição. Há, ainda, um critério subsidiário para situações em que não for possível utilizar o valor do faturamento: a multa pode ser fixada entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

Ao lado das punições econômicas, tem-se a publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, §5º), cuja finalidade é garantir ao público o conhecimento da conduta ilícita da pessoa jurídica. A expensas da pessoa jurídica, garante-se a veiculação da sentença em meio de comunicação de grande circulação, de modo

que há, neste mecanismo sancionador, o abalo à reputação e à imagem pública da empresa. Além disso, este instrumento transborda o caso concreto, uma vez que, essencialmente, propõe-se ao incremento da transparência e do controle da corrupção pela sociedade.

A Lei estabelece, em seu art. 7º, critérios para quantificar as sanções, como uma lista de elementos importantes para proceder à dosimetria da punição. Assim, o julgador deve levar em conta, por exemplo, a gravidade da infração, o valor da vantagem indevida, o grau da lesão à administração e as consequências negativas da conduta. Chama atenção o conteúdo do art. 7º, incisos VII e VIII, dos quais extraem-se os seguintes parâmetros: “VII – a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Dessa forma, a Lei Anticorrupção estimula as empresas a estruturarem programas de *compliance* – neste artigo entendidos como sinônimos de “programas de integridade”, tendo em vista a terminologia utilizada pela legislação brasileira – cuja existência tem por consequência a atenuação de sanções cíveis e administrativas, em razão do arcabouço empresarial para mitigação de riscos e aumento da transparência corporativa. Importa frisar, porém, que a [Lei nº 12.846/2013](#), com todos os pontos positivos, olvidou-se de tornar compulsória a adoção de sistemas de *compliance*, o que poderia mitigar ou até evitar ainda mais a corrupção, bem como facilitar a responsabilização das empresas.

#### **4 COMPLIANCE NO BRASIL: O PROGRAMA DE INTEGRIDADE REGULAMENTADO PELO DECRETO Nº 8.426/2015**

O termo *compliance* é uma derivação do verbo *to comply*, que pode ser traduzido como os verbos cumprir, executar, estar em conformidade, observar algo. Adentrando-se à acepção jurídica, entende-se o *compliance* como “o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório” (COIMBRA; MANZI, 2010). De forma sintética, pode-se dizer que se trata de um conjunto de regras cujo objetivo precípua é o controle de riscos, a exemplo de conflito de interesse e lavagem de dinheiro, especialmente em ambiente empresarial.

A legislação brasileira, no entanto, vai além do conceito apresentado, na medida em que traduz *compliance* como “programa de integridade”. À tradução soma-se o escopo mais amplo dado ao programa de integridade, que se dissocia da mera conformidade legal, abrangendo, também, os valores da empresa. O conceito mais acertado, pois, é aquele que alcança as finalidades estendidas do *compliance* brasileiro, conceituando-se como “um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários” (CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2012).

Como apontado, a [Lei Anticorrupção \(LAC\)](#) impulsiona a adoção dos programas de integridade por empresas, em troca de serem beneficiadas com a redução de sanções cíveis ou administrativas. A regulamentação da LAC fica a cargo do [Decreto nº 8.420, de 2015](#), que trata da matéria do programa com profundidade nos artigos 41 e 42.

O *caput* do art. 41 determina o conceito conferido pela legislação brasileira ao programa de integridade, a saber “[o] conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos”. Dessa forma, a despeito de quaisquer conflitos doutrinários a respeito da abrangência atribuída ao *compliance*, no Brasil adotou-se por bem a definição mais ampla, extrapolando-se a observância de leis.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 41 abre margem de liberdade às empresas, porque consigna que os programas de integridade não de ser estruturados de acordo com as características e riscos atuais de cada pessoa jurídica. Tendo em vista a particularidade de cada projeto, impõe-se o dever de constante aprimoramento e adaptação, com vistas ao ganho em efetividade.

O art. 42, por sua vez, lista taxativamente o rol de parâmetros de avaliação do programa de integridade. Pode-se dividir os parâmetros em alguns grupos, tais como: (i) compromisso institucional com o funcionamento do programa, como os parâmetros de comprometimento da alta direção e de padrões de conduta aplicáveis a todos os empregados; (ii) gestão dos riscos da atividade empresarial, como o parâmetro de relatório período dos riscos e o controle sobre registros contábeis; (iii) prevenção a irregularidade, como o parâmetro de adoção de procedimentos específicos para prevenir fraudes e atos ilícitos, sobretudo no âmbito de processos licitatórios e arrecadamento tributário; (iv) estrutura interna do *compliance*, sendo observada a existência de independência e autoridade do programa, bem como as facilidades de acessá-lo; (v) caráter sancionador, verificado a partir de medidas disciplinares em caso de descumprimento às regras de integridade, bem como mecanismos para interrupção de irregularidades; e (vi) publicidade empresarial, decorrente do acompanhamento das diligências para contratação e transparência de atos de doação a candidatos e partidos políticos.

A eleição destes critérios demonstra o intuito do Poder Público de traçar um novo plano de cultura ética às empresas brasileiras (GABARDO; CASTELLA, 2015). Apesar de não haver obrigatoriedade na instituição de programas de *compliance* pelo mercado, as inovações da LAC e do [Decreto nº 8.420/2015](#), não tratam de mera recomendação normativa. A regulação do programa de integridade demonstra que – a despeito do caráter não vinculante dos mesmos – as regras moldam a atuação de empresas que contratam com a Administração Pública.

Dessa forma, a LAC serve para o Estado responsabilizar as pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção e, por via preventiva, o referido Decreto cuida de desenhar a forma do programa de integridade, a ser desenvolvido particularmente por cada empresa, cuja finalidade é justamente estabelecer uma instância inter-

na para a padronização de condutas éticas e balanço dos riscos da atividade econômica. Em suma, entende-se que as normas conjuntamente dizem respeito à necessidade de desenvolvimento de programas de *compliance* para detecção de condutas previstas na LAC pela empresa, os quais podem reduzir eventuais penas pecuniárias em nome da pessoa jurídica (GABARDO; CASTELLA, 2015).

Sob estas premissas, é de se ressaltar que o desenho legal dos programas de integridade, no Brasil, assume dois vetores de benefícios. Primeiramente, as previsões para aplicação de códigos de ética e para instituição de instância gestora de riscos e de irregularidades beneficiam em maior medida a sociedade empresarial. De outro lado, é inegável a prestação em prol da Administração Pública, que pode escolher se relacionar com pessoas jurídicas cujo projeto de *compliance* seja efetivo e imponha a transparência da gestão corporativa. Sob essa premissa, Kenneth Galbraith é preciso ao ensinar: “o bom comportamento das empresas, com regulamentações efetivas, é do maior interesse público”. Sob esta égide, pode-se considerar que um eficiente e eficaz programa de *compliance* empresarial contribui fortemente para o desenvolvimento cultural, social e econômico saudáveis de modo a proteger o patrimônio nacional.

## CONCLUSÃO

O presente artigo procurou analisar o art. 219, da [Constituição Federal de 1988](#), como instrumento constitucional de vedação à corrupção. A inclusão do mercado interno no patrimônio nacional gera consequências práticas ao Poder Público, dentre as quais ressalta-se a imposição de ações para incentivar o mercado, para concretização da função a ele atribuída – a de viabilizar o desenvolvimento social amplo, notadamente nas searas cultural, socioeconômica e tecnológica. O preceito constitucional, de outro ponto de vista, impõe ao Estado, igualmente, o dever de desencorajar práticas de mercado incompatíveis com aquela função determinada na Constituição. É dizer: se o mercado integra o patrimônio nacional, então as práticas particulares que afetem negativamente o patrimônio devem ser objeto de sanção.

A corrupção é exemplo de ato ilícito que irradia efeitos negativos para a sociedade, nacional e internacional. É de interesse público a responsabilização de agentes públicos e privados corruptos. Nesse sentido, a Lei Anticorrupção apresenta-se como importante passo para mitigação da corrupção no Brasil, tendo em vista os avanços face às normas anteriores. A inclusão de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, que agora pode responder, ela mesma, pelo ilícito constitui evolução no ordenamento interno. As sanções previstas na legislação são arrojadas, seja porque pretendeu preencher lacunas quanto à dosimetria sobre a multa a ser cominada, seja porque incluiu outros mecanismos sancionatórios além dos pecuniários, como a publicação extraordinária de sentença, cujo objeto afetado é a reputação e a imagem pública da empresa. Ao lado das sanções, a LAC inova também na previsão de instrumentos garantidores da atuação empresarial ética e correta, tendo como menção os procedimentos de integridade.

Neste contexto, examinou-se o [Decreto nº 8.420/2015](#), que regulamenta a Lei Anticorrupção, tratando de forma pormenorizada o programa de integridade – nome comumente conhecido de *compliance*. O exame dos dispositivos pertinentes demonstrou que a importância do programa de integridade salta para além da atuação conforme às normas, adentrando-se ao mérito da governança corporativa calcada em condutas privadas éticas e transparentes, sob as quais recai intenso controle interno e até externos para apuração de irregularidades, fraudes ou ilícitos praticados contra a Administração Pública.

Assim, pode-se concluir que estes mecanismos infraconstitucionais cumprem o objetivo de satisfazer o preceito inscrito no art. 219, da [Constituição Federal de 1988](#), do qual se extrai que o mercado interno, por integrar o patrimônio nacional, deve-se abster de condutas que a ele ensejam danos. As normas, por ora, são tímidas, ante a inexistência de compulsoriedade para a adoção da gestão de *compliance*. No entanto, afiguram-se como aparato normativo relevante vanguardista no ordenamento brasileiro, porque se prestam à prevenção da corrupção, e não apenas da repreensão, preservando, assim, o patrimônio nacional.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. O mercado interno, o patrimônio público e o art. 219 da Constituição Brasileira de 1988. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília: TRF, v. 8, n. 4, out./dez. 1996.
- CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.
- CARRARO, A.; FOCHEZATTO, A.; HILLBRECHT, R. O impacto da corrupção sobre o crescimento econômico do Brasil: aplicação de um Modelo de Equilíbrio Geral para o período 1994-1998. In: Encontro Nacional de Economia, 34., 2006, Salvador. **Anais...** Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A057.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2020.
- CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Comentários aos arts. 218 e 219**. Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil, 2008.
- COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (coord.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010.
- COMPARATO, Fabio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, n. 63, p. 71-79, jul./set. 1986.
- FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **Revista Opinião Pública**, Campinas, SP, v. 15, n. 2, p. 386-421, nov. 2009. p. 414.
- GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, MG, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v15i60.55>. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/55/358>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes**. Tradução de Paulo A. Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 71.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. Art. 219. *In*. CANOTILHO, José. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. (Série IDP).

OLIVEIRA, Rafael Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O sistema brasileiro de combate à corrupção e a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). **RBDP – Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, MG, ano 12, n. 44, p. 9-21, jan./mar. 2014.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. **Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

TANZI, Vito. Corruption Around The World. **IMF Staff Papers**, v. 45, dec./1998. Disponível: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/wp9863.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2021.

# CAPÍTULO 5

## LIVRE INICIATIVA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE QUANTO A REPRESENTAÇÃO DAS MULHERES NA GESTÃO DE EMPRESAS

Aline Aparecida Santos Costa Peghini

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques

### INTRODUÇÃO

Pretende o presente artigo intentar analisar o instituto da Livre Iniciativa com fulcro na dignidade da pessoa humana e a interferência mínima do Estado. Nesse diapasão, analisará qual é a importância da mulher inserida nesse contexto, e, se há o aferimento da função social quando essa atua como gestora de empresa.

Para buscar respostas, analisará os interesses internos e externos das organizações, e se com isso será possível aferir a função social frente a obtenção dos interesses coletivos e o desenvolvimento social e econômico do país.

Com objetivo de sopesar a história frente às conquistas de direitos e deveres das mulheres buscará dados concretos no IBGE frente a constatação ainda irrazoável, da distinção do gênero e a renda média entre homens e mulheres.

Ato contínuo analisará como corte metodológico, a relação estreita entre o sucesso das Micro e Pequenas empresas durante e após Covid-19 e o empreendedorismo advindo das mulheres.

Nesse ritmo, inquieta-se responder ao questionamento feito quanto da efetiva contribuição das mulheres como líderes/gestora de empresa e, mais, ante a uma justiça social, a livre iniciativa é possível garantir a dignidade da pessoa humana a função social frente das empresas.

Para alcançar os objetivos pretendidos, utilizou-se dos métodos de abordagem hipotético-dedutivo.

### 1 A LIVRE INICIATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No presente Estado Democrático de Direito entre outros princípios basilares, tem-se os regulamentados no art. 1º, da [Constituição da República de 1988](#), os quais reportam a soberania, cidadania, a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político.

A *valorização social do trabalho humano* e a livre iniciativa fundam a ordem econômica, sendo por derradeiro a base para consubstanciar uma existência digna, nos termos da justiça social<sup>1</sup>, notados os princípios<sup>2</sup>: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País<sup>3</sup>. Nesse sentido, Danilo Junior de Oliveira<sup>4</sup> pontua que:

A valorização do trabalho humano, que é uma condição de existência para a dignidade humana passou por evoluções no decorrer da história. Cabe aqui, lembrar todo o período em que o trabalho escravo foi entendido como processo natural nas sociedades. Para Platão, os escravos não possuíam alma, ou seja, não possuíam essência humana, e o trabalho devia ser direcionado a eles. Neste entendimento o trabalho era tido como castigo e não como direito. Para Aristóteles o ócio é condição fundamental da filosofia.

Dessa sorte a todos é assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei<sup>5</sup>. Tanto é assim, que a *Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, instituída pela Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*<sup>6</sup> institui normas de proteção à livre iniciativa, ao exercício de atividade econômica e a atuação do Estado como agente normativo e regulador, conforme inciso IV do art. 1<sup>o</sup><sup>7</sup>; parágrafo único do art. 170 e do *caput* do art. 174 da [Constituição Federal de 1988](#).

Deve ser feita pela iniciativa privada, a exploração direta da atividade econômica, como regra constitucional. As exceções contemplam ao Estado a exploração direta da atividade econômica a partir das empresas públicas e sociedades de economia mista<sup>8</sup>.

1 “[...] não basta descobrir o “nível” da desigualdade, é necessário que os atores sociais, principalmente o Estado como um meta-ator, promovam em todos os campos sociais os mais caros valores e sentimentos construídos historicamente pela humanidade, em especial, a igualdade substantiva. AZEVEDO, Mário Luiz Neves de. Igualdade e equidade: qual é a medida da justiça social? *Avaliação (Campinas)*, v. 18, n. 1, p. 129-150, mar. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-40772013000100008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/aval/a/PsC3yc8bKMBBxzWL8XjSXYP/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 05 nov. 2020.

2 “Na visão histórica de Paulo Bonavides, as normas jurídicas são concebidas pela distinção entre princípios e regras. A juridicidade dos princípios passou pelas seguintes fases: sob um olhar jusnaturalista, esse tinha pouca relevância, haja vista tratar-se de tratados abstratos e insignificantes perto de uma regra; no período positivista, os princípios foram tratados de forma subsidiária às regras aplicáveis na inconsistência de uma norma legal, tal como a analogia, a equidade, entre outros elementos. Apenas no período pós-positivista foi que os princípios se elevaram à espécie do gênero norma”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 258-266. In: PEGHINI, Aline Aparecida Santos Costa. *A cooperação como modelo processual civil*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho – UNINOVE, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/2114?mode=full>. Acesso em: 21 nov. 2021.

3 Art. 170, da CF/1988.

4 OLIVEIRA, Danilo Junior de. O trabalho humano e a livre iniciativa na ordem econômica e o neoliberalismo. *Argumenta Journal Law*, n. 12, 2020. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/156>. Acesso em: 21 nov. 2021.

5 Art. 170, parágrafo único, da CF/1988.

6 Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm). Acesso em: 05 Nov 2020.

7 BRASIL, Art. 1<sup>o</sup>, da CF/88. “Art. 1<sup>o</sup> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...); IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

8 FERREIRA, Maria Conceição Martins. *Princípios constitucionais informadores da República Federativa do Brasil e da ordem econômica (soberania, livre iniciativa e valor social do trabalho)*.

vol. 25/1998. DTR/1998/438. On line: Revista de Direito Constitucional e Internacional, 1998, p. 134 – 168. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document>. Acesso em: 05 nov. 2020.



*Para afiançar a liberdade humana no âmbito privado, em especial frente à economia, tem-se como guia o princípio da não interferência estatal na ordem econômica. Lembrando referido elemento principiológico Gastão Alves de Toledo<sup>9</sup> anota que:*

[...] é preciso assinalar que a livre iniciativa pressupõe a existência de algumas condições de ordem política para o seu exercício, tais como o pluralismo, a democracia e a propriedade privada, assentadas na concepção liberal da economia.

Destarte, são princípios norteadores da [Lei nº 13.874/2019](#)<sup>10</sup>: a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; a boa-fé do particular perante o poder público; a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado. Nos termos do parágrafo único, caberá ao regulamento dispor sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.

Não é só, pois nos termos do art. 174, da CF/1988: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado deve exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

O disposto no art. 1º, § 1º, da [Lei 13.874/2019](#), deve ser observado na aplicação e na interpretação do Direito Civil, Empresarial, Econômico, Urbanístico e do Trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.

São objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previsto no art. 3º, da CF/1988:

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

Por derradeiro, cumpre ser aplicado os objetivos fundamentais da República em conjunto com a interpretação axiológica do direito nas vivências do Direito Civil, Empresarial, Econômico, Urbanístico e do Trabalho (conforme citado). Ademais, nos termos do art. 1º, § 2º, da [Lei nº 13.874/2019](#): “Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas”.

Ressalta ainda que é direitos de toda pessoa, seja ela natural ou jurídica, o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País (art. 170, parágrafo único, da CF/88), a atividade deve ser observada conforme art. 3º, inciso II, alíneas *a* e *c*, da [Lei nº 13.874/2019](#):

9 O direito constitucional econômico e sua eficácia. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 176.

10 Art. 2º, da Lei nº 13.874/2019.

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: (...) II – desenvolver atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados, sem que para isso esteja sujeita a cobranças ou encargos adicionais, observadas: a) as normas de proteção ao meio ambiente, incluídas as de repressão à poluição sonora e à perturbação do sossego público; (...), c) a legislação trabalhista.

Nesse ínterim tem-se que os preceitos relativos à ordem econômica devem estar em harmonia com a ordem social, a qual apresenta como base o *primado do trabalho*, como objetivo o bem-estar e a justiça social<sup>11</sup>. Tanto é assim que lembra Maria Conceição Martins Ferreira<sup>12</sup> anota como dever do Estado “(..) promover na ordem econômica uma interferência limitada e delimitada, onde a subsidiariedade é a regra geral. A atuação do Estado só quando devidamente justificada se torna legítima”.

A livre iniciativa de acha-se também sopesada ao art. 225, da CF/1988 que prevê a todos os cidadãos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, motivo pelo qual incumbe não só ao Poder Público como também à coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações<sup>13</sup>.

Corroborando nesse sentido Amauri Mascaro do Nascimento<sup>14</sup>:

os aspectos puramente técnicos e econômicos da produção de bens não podem redundar num total desprezo às condições mínimas necessárias para que um homem desenvolva a sua atividade dentro de condições humanas e cercado das garantias destinadas à preservação de sua personalidade. [...] Para que o trabalhador atue em local apropriado, o direito fixa condições mínimas a serem observadas pelas empresas, quer quanto às instalações onde as oficinas e demais dependências se situam, quer quanto às condições de contágio com agentes nocivos à saúde ou de perigo que a atividade possa oferecer.

Embora a soberania econômica seja basilar para que o Estado exerça livremente sua incumbência em relação à igualdade, a política neoliberal, capitalista, de economia globalizada tem na centralização de riquezas seu maior crivo, advento qual age em dissonância à política social. Trata ainda Danilo Junior de Oliveira que “Estes fatores não poderiam gerenciar a economia interna orientada pela justiça social, com base no princípio constitucional da soberania”<sup>15</sup>.

11 BRASIL, Art. 193, da CF/1988.

12 **Princípios constitucionais informadores da República Federativa do Brasil e da ordem econômica (soberania, livre iniciativa e valor social do trabalho)**, vol. 25/1998. DTR\1998\438. On line: Revista de Direito Constitucional e Internacional, 1998, p. 134 – 168. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document>. Acesso em: 05 nov. 2020.

13 CAMPOS, Adriana; ARDISSON, Daniel Piovanelli. Por uma nova concepção jurídica de empresa no marco da sociedade do risco: do lucro inconsequente à responsabilidade socioambiental. Sequência, Florianópolis, v. 64, jul. 2012. DOI: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p85>. Disponível em: [https://www.scielo.br/j/seq/a/SmNXysByd\\_mVkwHm4mgffrRd/?format=pdf&lang=pt](https://www.scielo.br/j/seq/a/SmNXysByd_mVkwHm4mgffrRd/?format=pdf&lang=pt). Acesso em: 21 nov. 2021.

14 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 23. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 357-358.

15 OLIVEIRA, Danilo Junior de. O trabalho humano e a livre iniciativa na ordem econômica e o neoliberalismo. **Argumenta Journal Law**, n. 12, 2020. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/156>. Acesso em: 21 nov. 2021.

A **Constituição Federal de 1988**, corrobora com os valores da liberdade econômica, pois, exige uma não-interferência estatal, em contrapartida, “enfrenta os direitos sociais que urgem ações estatais, estes geralmente ficam comprometidos com a pauta neoliberal de concentração de riqueza”<sup>16</sup>.

Por bem, a livre iniciativa incide na restrição da atuação estatal quanto à atividade econômica, pois, diante de uma pseudo “liberdade individual”, o Estado interfere “na economia quando e nos limites em que o Direito positivo expressamente autorizar. Em outras palavras, a regra é que não haverá intervenção estatal na ordem econômica, senão em virtude de lei”<sup>17</sup>.

Assim, o Estado intervém na vida econômica como um redutor de riscos seja em prol da empresa ou dos indivíduos, ou seja, em termos econômicos, age como um princípio de segurança<sup>18</sup>, bem como o resultado do choque da globalização, verifica-se alguns impactos marcantes por exemplo<sup>19</sup>:

1) Estados ameaçados e atingidos por uma suposta globalização do mercado mundial; 2) Estados de bem-estar social vivendo o dilema da política social na era da globalização, onde o desenvolvimento econômico escapa ao controle do Estado Nacional; 3) a globalização abala a imagem de um Estado Nacional homogêneo, fechado e isolado; e 4) o choque da desnacionalização pondo em xeque categorias centrais de identidade de um país.

Em um “mundo em que o capital não tem domicílio fixo e os fluxos financeiros estão bem além do controle dos governos nacionais, muitas das alavancas da política não mais funcionam”<sup>20</sup>. Ademais, diante do alcance crescente das organizações supranacionais verifica-se um enfraquecimento dos Estados Nações e as forças erosivas são exatamente as transnacionais<sup>21</sup>.

Diante do que se apresenta, nesse compasso há quem defenda de forma veemente que a liberdade econômica trouxe menor número de direitos aos trabalhadores, haja vistas que para o Brasil acarretou mais dependência, e para os trabalhadores menos direitos. Nesse sentido: Paulo Bonavides<sup>22</sup>:

Todas essas emendas constitucionalizaram a dependência do País, um crime que jamais a ditadura militar de 1964 ousou perpetrar, pois os seus generais-presidentes – faça-lhes justiça – eram quase todos nacionalistas. Aceito e aplaudido por algumas elites como o determinismo do fim do século XX, o neoliberalismo arvora a ideologia de sujeição, para coroar, como uma fatalidade, a abdicação, nos mercados globais, da independência econômica do país.

16 OLIVEIRA, Danilo Junior de. O trabalho humano e a livre iniciativa na ordem econômica e o neoliberalismo. *Argumenta Journal Law*, n. 12, 2020. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/156>. Acesso em: 21 nov. 2021.

17 OLIVEIRA, Danilo Junior de. O trabalho humano e a livre iniciativa na ordem econômica e o neoliberalismo. *Argumenta Journal Law*, n. 12, 2020. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/156>. Acesso em: 21 nov. 2021.

18 AVELÃS NUNES, Antônio José. *Neoliberalismo & direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 53.

19 BECK, Ulrich. *O que é a globalização? Equívocos do globalismo, respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 35.

20 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 64.

21 DEZEM, Renata Mota Maciel; RUIZ, Renata de Oliveira Bassetto; MATTOS DE OLIVEIRA, André Luiz. Função social da empresa: concretização a partir da regulação da atividade empresarial. *Revista Prisma Jurídico*, v. 17, n. 2, p. 313-330, jul./dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5585/prismaj.v17n2.8728>. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/8728/5213>. Acesso em: 21 nov. 2021.

22 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 662.

De todo o exposto é possível depreender em primeiro momento a necessidade da *valorização social do trabalho humano* e o livre exercício da atividade econômica, pois o Estado Democrático de Direito visa consolidar a valorização do capital humano nos termos da justiça social, e, igualmente, acha-se no dever de alavancar a economia; motivo pelo qual chancela a fim de obter o desenvolvimento do país, a interferência mínima do Estado.

A não intervenção estatal sofre limitadores, como por exemplo, o dever de o Estado exercer na forma da lei as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Acha-se imprescindível o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, porém, calcado na Lei e nos princípios norteadores do direito como a dignidade da pessoa humana.

O distanciamento da aplicação das normas fundamentais aclara e confirma um descompasso entre o crescimento econômico e a sadia qualidade de vida dos cidadãos expostos ao mercado de trabalho. Desse modo é dever do Estado obter um equilíbrio entre justiça social e a ordem econômica, calcada na primazia do trabalho afetando diretamente as Empresas percebendo uma nítida necessidade de as Sociedades Empresárias buscarem além de seu fim econômico a sua Função Social.

## 2 FUNÇÃO SOCIAL DAS EMPRESAS

Do estudo sobre a possibilidade da efetivação da Livre Iniciativa aplicada sob a égide do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, passa-se a transcorrer em passos largos sobre a marcha histórica da origem do Direito de Empresas, a fim de obter êxito frente a aplicação efetiva do cumprimento da Função Social tão singular e igualmente imprescindível para alavancagem da economia do país.

No que tange às sociedades empresárias, o fato social enfrentou uma mutação da esfera econômica. Tal situação consubstanciou no fruto de uma transformação do regime empresarial. Nesse sentido, a própria evolução lógica apregoada pela doutrina<sup>23</sup> quantos aos primórdios oriundos da Idade Média, distingue em três períodos importantes<sup>24</sup>:

O primeiro deles, conforme podemos verificar é o período subjetivo corporativista. Decorrente dos séculos XII à XVII, sendo que o comércio em tal período era fechado e privativo daqueles que estivessem matriculados nas chamadas Corporações de Ofício. Contudo, as pessoas matriculadas em Corporações Europeias praticavam atos que nada tinham de mercantis, por exemplo, contraía dívidas particulares ou vendiam a sua casa. Por isso, o direito comercial teve a primeira evolução. Em continuidade, sucedeu-se o período objetivo dos atos de comércio, a partir do final do século XVII, com a entrada em vigor do código comercial francês de 1808.

23 MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 2.

24 PEGHINI, Cesar Calo. A função social da empresa: Análise de sua extensão aplicada à desconsideração da personalidade jurídica. In: BRUSHI, Gilberto Gomes; COUTO, Mônica Bonetti. **Direito Processual Empresarial. Estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 135.

Referido período, em substituição do anterior, adota a teoria dos Atos de Comércio, pela qual eram considerados comerciantes aqueles que desenvolvessem atividades consideradas objetivamente pela lei como mercantis. Importante frisar, que o [Código Comercial Brasileiro de 1850](#), adotou a *Teoria dos Atos de Comércio*, todavia, não descrevia os atos mercantis, que somente foram enumerados pelo artigo 19 do regulamento nº. 737/1850. Destarte, eram considerados atos de comércio a compra e venda de bens móveis e semoventes, atividade bancária, securitária, câmbio, corretagem e quaisquer atividades de armação e expedição de navios.

Como se observa não eram mercantis os atos relativos a compra e venda de imóveis e de prestação de serviços. Porém, a partir da década de 1940, com a entrada em vigor do Código Civil Italiano de 1942, foi abandonada aos poucos a Teoria dos Atos de Comércio que não envolviam os prestadores de serviços e, foi adotada a *Teoria da Empresa*, assim, considera-se empresa o exercício profissional de qualquer atividade organizada, exceto intelectual, para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, desde que de forma profissional e com fins lucrativos<sup>25</sup>. Neste sentido Fabio Ulhôa Coelho pondera<sup>26</sup>:

[...] A teoria dos atos de comércio vê-se substituída pela da teoria da empresa, ainda que não se adotem, na lei ou na doutrina, exatamente estas designações, para fazer referência, respectivamente, ao modelo Frances de partição das atividades, ou o italiano, de regime geral parcialmente excepcionado.”

O direito de empresa, portanto, envolve a produção – indústria ou atividade agropecuária – e a circulação – intermediação – de bens ou de serviços. Em síntese, empresa significa atividade organizada, profissional e lucrativa, ou seja, no direito de empresa são envolvidas quaisquer atividades, menos a intelectual<sup>27</sup>.

Importante notar, que o Brasil adotou a Teoria da Empresa definitivamente a partir do [Código Civil de 2002](#), todavia, mesmo antes da entrada em vigor deste, havia leis que adotaram esta mesma teoria, tais como, a [Lei nº 6.404/76](#) alcinhada de Lei das Sociedades Anônimas e Comanditas por Ações, a [Lei nº 8.884/94](#) denominada Antitruste, bem como a Lei das Microempresas.

O Código Civil de 2002 acabou com a chamada dicotomia do direito privado. Antes o Brasil possuía o Código Civil de 1916 e o Código Comercial de 1850. Não somente em decorrência destas alterações, mas sem dúvida alguma da importância que a empresa contemporânea possui, podemos afirmar sem nenhum temor reverencial que ela cumpre sua função social<sup>28</sup>.

A geração de empregos oriundos das sociedades empresárias, podem ser considerados como Função Social da empresa à luz do preceito constitucional econômico<sup>29</sup>. Tal justificativa tem como fundamento, inicialmente

25 PEGHINI, Cesar Calo. A função social da empresa: Análise de sua extensão aplicada à desconsideração da personalidade jurídica. In: BRUSHI, Gilberto Gomes; COUTO, Mônica Bonetti. **Direito Processual Empresarial. Estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 135.

26 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 1. 6. ed., rev. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 20.

27 PEGHINI, Cesar Calo. A função social da empresa: Análise de sua extensão aplicada à desconsideração da personalidade jurídica. In: BRUSHI, Gilberto Gomes ; COUTO, Mônica Bonetti. **Direito Processual Empresarial. Estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 135.

28 PEGHINI, Cesar Calo. A função social da empresa: Análise de sua extensão aplicada à desconsideração da personalidade jurídica. In: BRUSHI, Gilberto Gomes; COUTO, Mônica Bonetti. **Direito Processual Empresarial. Estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 136.

29 Neste sentido pondera Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “Sobre esse mesmo comando legal curioso salientar que, em sua redação, faz-se expressa menção à função social da empresa e à preservação desta, embora este último princípio seja uma decorrência da primeira. Isso somente confirma o reconhecimento, pelo legislador infraconstitucional,

os aspectos sociais e econômicos nelas envolvidas expressadas por diversas maneiras, como a interferência e integração dos agentes econômicos assalariados e não assalariados, o consumo de bens e serviços delas decorrentes, a forte influência na determinação do comportamento de outros grupos sociais, não se limitando a estes<sup>30</sup>.

Corroborando nessa esteira, Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho<sup>31</sup>:

No Brasil, a ideia de função social da empresa também deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade (art. 170, inciso III). Estendida à empresa, a ideia de função social da empresa é talvez uma das noções de maior relevância prática e legislativa no direito brasileiro. É o principal princípio norteador da “regulamentação externa” dos interesses envolvidos pela grande empresa. Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa.

Por oportuno, há que se analisar os interesses da empresa em interesses internos e externos, com fulcro em seus interesses, finalidades e objetivos. No âmbito dos interesses internos da empresa há o interesse dos acionistas, dos empregados e dos administradores, já na esfera externa compete àqueles resultantes da comunidade onde acha-se a atividade empresarial, seja regional ou nacional<sup>32</sup>.

Pode ser tida como função social da empresa os seus próprios benefícios como a obtenção de lucro – acionistas –, ampliação da autonomia privada, benefícios para os trabalhadores e stakeholders e, enfim, para a sociedade onde acha-se inserida a empresa (Região, Município, Estado, País)<sup>33</sup>. Nesse contexto, reporta Ana Frazão<sup>34</sup>:

A empresa é vista hoje principalmente como a organização profissional da atividade de produção de bens e serviços para mercados, apresentando diversos perfis e desdobramentos que impossibilitam a sua conceituação em fórmulas fechadas. Talvez por essa razão o novo Código Civil brasileiro tenha optado, no art. 966, por definir apenas o empresário como “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

da noção de função social da empresa na específica acepção de condicionamento do exercício da empresa, vertente bastante discutida quanto a seus contornos e aplicação, mas que já encontra um importante respaldo legal”. De qualquer modo, em nenhum destes diplomas legislativos se faz referência a um conteúdo denominado para função social da empresa, que reforça a condição de cláusula aberta daquela, técnica pela qual se prove profunda sujeição “a interpretação do juiz nos casos concretos e que pode vir a ser bem empregada, por atender à extrema flexibilidade hermenêutica exigida nesse campo, desde que orientada pelos parâmetros em valores constitucionais.” GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função social no direito civil**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 114 – 115.

30 COMPARATO, Fabio Konder. **A reforma da empresa**. v. 290. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1985. p. 9.

31 COMPARATO, Fábio Konder ; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 132-133.

32 DEZEM, Renata Mota Maciel; RUIZ, Renata de Oliveira Bassetto; MATTOS DE OLIVEIRA, André Luiz. Função social da empresa: concretização a partir da regulação da atividade empresarial. **Revista Prisma Jurídico**, v. 17, n. 2, p. 313-330, jul./dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5585/prismaj.v17n2.8728>. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/8728/5213>. Acesso em: 21 nov. 2021.

33 DEZEM, Renata Mota Maciel; RUIZ, Renata de Oliveira Bassetto; MATTOS DE OLIVEIRA, André Luiz. Função social da empresa: concretização a partir da regulação da atividade empresarial. **Revista Prisma Jurídico**, v. 17, n. 2, p. 313-330, jul./dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5585/prismaj.v17n2.8728>. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/8728/5213>. Acesso em: 21 nov. 2021.

34 FRAZAO, Ana. **Função social da empresa**. Rio de Janeiro: Inovar, 2011. p. 110.

Não está condicionada aos bens de produção, nem à questão patrimonial, a Função Social da empresa não está limitada, propõe intentar os interesses pertinentes à forma como seus sócios e administradores gerem suas atividades empresariais<sup>35</sup>. Nesse mesmo direcionamento Fabio Konder Comparato<sup>36</sup> anota que:

O poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.

A intervenção com influência reequilibradora das relações sociais desiguais emana da concepção social intervencionista<sup>37</sup>. Contudo há de questionar se a Função Social da empresa seria aplicável em congruência à prática da livre iniciativa. Destarte Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho<sup>38</sup>:

A todo o poder correspondem deveres e responsabilidades próprias, exatamente porque se trata de um direito-função, atribuído ao titular para a consecução de finalidades precisas. Assim, também no que diz respeito ao poder de controle, na estrutura da sociedade anônima. Ora, uma das mais sentidas lacunas de nossa ordenação jurídica, até a promulgação da nova lei acionária, consistia, justamente, na falta de previsão de limites rigorosos para o exercício do controle societário, na medida em que esse fenômeno social havia sido descurado, quase que totalmente, na visão do legislador, ou concebido como realidade menos honesta, numa democracia acionária próxima da ilusão comunitária.

Assim inegável anotar seguindo a melhor doutrina<sup>39</sup> deve ser anotada como assertiva: “que a crise do Estado social abriu caminhos para um novo modelo de Estado de Direito, que buscava alinhar a liberdade e a igualdade através da democracia, criando-se, assim, o Estado Democrático de Direito”, assim como a ordem econômica, além de garantir a livre iniciativa visa buscar a justiça social. Ela se molda frente aos princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana com o fito de abrandar as diferenças sociais sem, contudo, deixar de salvaguardar a livre iniciativa em suas ramificações<sup>40</sup>, ou seja, “o objetivo da função social é, sem desconsiderar a autonomia privada, reinserir a solidariedade social na atividade econômica”<sup>41</sup>.

Detém a função social uma incumbência para a conforme muito bem aponta a doutrina<sup>42</sup> “geração de empregos, tributos e riquezas, tanto para seus sócios quanto para a sociedade, o que, para muitos autores, seria o único e, não menos importante, objetivo a ser cumprido pela empresa”.

35 DEZEM, Renata Mota Maciel; RUIZ, Renata de Oliveira Bassetto; MATTOS DE OLIVEIRA, André Luiz. Função social da empresa: concretização a partir da regulação da atividade empresarial. *Revista Prisma Jurídico*, v. 17, n. 2, p. 313-330, jul./dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5585/prismaj.v17n2.8728>. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/8728/5213>. Acesso em: 21 nov. 2021.

36 COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 34.

37 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 363.

38 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 363.

39 DEZEM, Renata Mota Maciel; RUIZ, Renata de Oliveira Bassetto; MATTOS DE OLIVEIRA, André Luiz. Função social da empresa: concretização a partir da regulação da atividade empresarial. *Revista Prisma Jurídico*, v. 17, n. 2, p. 313-330, jul./dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5585/prismaj.v17n2.8728>. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/8728/5213>. Acesso em: 21 nov. 2021.

40 DEZEM, Renata Mota Maciel; RUIZ, Renata de Oliveira Bassetto; MATTOS DE OLIVEIRA, André Luiz. Função social da empresa: concretização a partir da regulação da atividade empresarial. *Revista Prisma Jurídico*, v. 17, n. 2, p. 313-330, jul./dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5585/prismaj.v17n2.8728>. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/8728/5213>. Acesso em: 21 nov. 2021.

41 FRAZAO, Ana. *Função social da empresa*. Rio de Janeiro: Inovar, 2011. p. 193.

42 DEZEM, Renata Mota Maciel; RUIZ, Renata de Oliveira Bassetto; MATTOS DE OLIVEIRA, André Luiz. Função social da empresa: concretização a partir da regulação da atividade empresarial. *Revista Prisma Jurídico*, v. 17, n. 2, p. 313-330, jul./dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5585/prismaj.v17n2.8728>. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/8728/5213>. Acesso em: 21 nov. 2021.

Tal justificativa tem como fundamento, inicialmente os aspectos sociais e econômicos nelas envolvidas expressadas por diversas maneiras, como a interferência e integração dos agentes econômicos assalariados e não assalariados, o consumo de bens e serviços delas decorrentes, a forte influência na determinação do comportamento de outros grupos sociais, não se limita a estes<sup>43</sup>.

Nessa toada, com a marcha evolutiva acerca do Direito de Empresa, numa visão mais fechada, em resumo, lê-se a partir dos interesses internos e externos de cada frente de interesse. Seja frente aos interesses dos seus gestores e empregados, por exemplo, seja o resultante dos benefícios trazidos na comunidade onde acha-se a atividade empresarial, no âmbito territorial.

Por via de consequência, cumpre as empresas uma função social, seja em favor seus gestores e interessados, como os acionistas, seja como fonte de benefícios aos trabalhadores, como a geração de empregos, stakeholders, e, portanto, à sociedade que dela se beneficia rumo a obtenção dos interesses coletivos.

Assim, a ordem econômica visa a justiça social e prima por garantir a livre iniciativa. Amoldada por princípios fundamentais como o da dignidade da pessoa humana procura atenuar as diferenças sociais, sem abster a autonomia privada, ou seja, intui recompor a solidariedade social na atividade econômica. Cumpre saber agora qual é a relação da Função Social da frente importância da Mulher e sua representação nas sociedades empresárias.

### **3 DA IMPORTÂNCIA DA MULHER COMO EMPREENDEDORAS E GESTORAS NAS EMPRESAS**

Nos termos do que já foi verificado a função social da empresa se perfaz com o bom desempenho de sua finalidade econômica frente aos agentes da organização, com a distribuição de lucros para seus sócios e acionistas, igualmente se perfaz ao proporcionar empregos, melhoria da qualidade de vida de seus empregados e terceiros que concorrem ao desenvolvimento social e econômico do país<sup>44</sup>.

Para obter uma percepção da importância do presente trabalho frente aos direitos da mulher, mais notadamente frente ao uso da liberdade da livre iniciativa aplicada sob a égide do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o impulso na propagação do cumprimento da função social das empresas, valer-se-á pelo breve resumo acerca da transformação histórica dos direitos e deveres atribuídos às mulheres e a conquista na ocupação de cargos de gestão das empresas, ainda que de forma tímida, porém crescente nos dias atuais.

Assim, com o passar dos tempos e a visível mutação histórica frente ao ambiente familiar e doméstico. Nitidamente a visível distinção foi cunhada pela sociedade na diferença biológica a justificativa para a desigualdade entre homens e mulheres e muitos outros fatores históricos. A partir da Revolução Industrial sentiu-se

43 COMPARATO, Fabio Konder. **A reforma da empresa**. v. 290. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1985. p. 9.

44 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Empreendedorismo e função social da empresa. v. 946. DTR\2014\8187. **Revista dos Tribunais**, 2014. p. 129-156. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document>. Acesso em: 14 dez. 2020.



uma marcha lenta para conquista da independência com o trabalho fabril, que por consequência, iniciaram-se as reivindicações sobre direitos trabalhistas em prol das mulheres<sup>45</sup>.

Diante da industrialização, as mulheres empregam-se como assalariadas nas indústrias e oficinas como inferiores salários em jornadas extremamente exploratória sem qualquer direito ou garantia. Vê-se a substituição da indústria manufatureira doméstica pela realizada nas fábricas, será fácil entender por que as mulheres para estas foram atraídas. Formaram elas, com as crianças, a primeira população das manufaturas<sup>46</sup>.

A completar o quadro, era usual a utilização das chamadas “meias-forças”, ou seja, trabalho do menor, trabalho da mulher, cuja remuneração era ainda inferior a do trabalhador maior, do sexo masculino. A consequência foi o aviltamento das condições de trabalho<sup>47</sup>.

Inevitavelmente após as grandes Guerras Mundiais do Século XX houve um fator impulsionador para a entrada das mulheres e as crianças no mercado de trabalho, vez que as indústrias se aproveitaram da mão de obra disponível. Enquanto os homens estavam em guerra, as mulheres foram incumbidas de fabricar armas, munições e insumos para abastecê-los bem como fomentar a economia<sup>48</sup>.

As décadas de 1960 e 1970, foram marcadas por revoluções feministas as quais desencadearam a ideia de que as mulheres tinham valores sociais, morais e culturais, para agregar no mercado de trabalho para garantir a cidadania e a igualdade entre os sexos<sup>49</sup>. Por certo, a relação de diversidade entre homens e mulheres na seara trabalhista permitiu a partir da [Constituição Federal de 1988](#) a igualdade material entre os indivíduos. Neste diapasão afirma Alexandre de Moraes<sup>50</sup>:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenças arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.

45 CARDONE, Marly Antonieta. Aspectos histórico-sociais do direito do trabalho da mulher. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 3, n. 14, 1978. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1978;1000362467>. Acesso em: 15 dez, 2020.

46 CARDONE, Marly Antonieta. Aspectos histórico-sociais do direito do trabalho da mulher. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 3, n. 14, 1978. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1978;1000362467>. Acesso em: 15 dez, 2020.

47 SOUZA, Otávio Augusto Reis de; CARNEIRO, Ricardo José das Mercês. *Direito e processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 6.

48 MATTOS, Flávia Motta de. DEL PRIORE, Mary (Org.). História das mulheres no Brasil. Coordenação de textos de Carla Bassanesi. São Paulo: Contexto, 1997. 678 p. *Horiz. antropol.* v. 3, n. 7, nov. 1997. Resenha. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-71831997000300020>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ha/a/cYjcCmMKw9FX7G3jYMzx4Qp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 dez. 2020.

49 MATTOS, Flávia Motta de. DEL PRIORE, Mary (Org.). História das mulheres no Brasil. Coordenação de textos de Carla Bassanesi. São Paulo: Contexto, 1997. 678 p. *Horiz. antropol.* v. 3, n. 7, nov. 1997. Resenha. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-71831997000300020>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ha/a/cYjcCmMKw9FX7G3jYMzx4Qp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 dez. 2020.

50 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 66.

Dessa monta consagrou a igualdade entre os gêneros a partir de aspectos sociais e culturais, tendo como moderador a garantia de livre acesso ao trabalho, a isonomia, e a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, consagrado pela [Constituição Federal de 1988](#), art. 5º e 7º, respectivamente.

Aqui, faz-se uma pausa por corte metodológico necessário. Não será tratado acerca das garantias como indivíduo de direitos e deveres num ambiente laborativo, sob a égide da CLT. Mas, sim, pretende analisar a partir dessa imagem de conquistas ao longo dos Séculos a crescente e indispensável promoção da economia das empresas geridas por mulheres que outrora era reconhecidas como “meias-forças”.

Sendo assim, a inserção da mulher no panorama profissional se mantém dinâmica e em crescimento conforme estudo elaborado IBGE em 2018<sup>51</sup>:

Em 2018, o rendimento médio das mulheres ocupadas com entre 25 e 49 anos de idade (R\$ 2.050) equivalia a 79,5% do recebido pelos homens (R\$ 2.579) nesse mesmo grupo etário. Considerando-se a cor ou raça, a proporção de rendimento médio da mulher branca ocupada em relação ao do homem branco ocupado (76,2%) era menor que essa razão entre mulher e homem de cor preta ou parda (80,1%).

Ainda no grupo etário dos 25 aos 49 anos, o valor médio da hora trabalhada pelas mulheres era de R\$ 13,0, ou 91,5% da hora trabalhada pelos homens (R\$14,2). Se não considerarmos o tempo dedicado a afazeres domésticos e cuidados de pessoas, as mulheres trabalhavam, em média, 4,8 horas semanais a menos do que os homens

Considerando-se as ocupações selecionadas, a participação das mulheres era maior entre os Trabalhadores dos serviços domésticos em geral (95,0%), Professores do Ensino fundamental (84,0%), Trabalhadores de limpeza de interior de edifícios, escritórios, hotéis e outros estabelecimentos (74,9%) e dos Trabalhadores de centrais de atendimento (72,2%). No grupo de Diretores e gerentes, as mulheres tinham participação de 41,8% e seu rendimento médio (R\$ 4.435) correspondia a 71,3% do recebido pelos homens (R\$ 6.216). Já entre os Profissionais das ciências e intelectuais, as mulheres tinham participação majoritária (63,0%) mas recebiam 64,8% do rendimento dos homens.

As ocupações com maior nível de instrução também mostram rendimentos desiguais. Entre os Professores do Ensino fundamental, as mulheres recebiam 90,5% do rendimento dos homens. Já entre os Professores de universidades e do ensino superior, cuja participação (49,8%) era próxima a dos homens, o rendimento das mulheres equivalia a 82,6% do recebido pelos homens. Outras ocupações de nível de instrução mais elevado, como Médicos especialistas e Advogados, mostravam participações femininas em torno de 52% e uma diferença maior entre os rendimentos de mulheres e homens, com percentuais de 71,8% e 72,6%, respectivamente.

Neste diapasão, na mesma pesquisa feita ao IBGE, consta-se que “no grupo de Diretores e gerentes, as mulheres tinham participação de 41,8% e seu rendimento médio (R\$ 4.435) correspondia a 71,3% do recebido pelos homens (R\$ 6.216)”, ou seja, ainda se verifica a dissonância entre os valores percebidos mensalmente entre homens e mulheres.

51 OLIVEIRA, Nielmar de. Mulher ganha em média 79,5% do salário do homem, diz IBGE. *Agência Brasil*, 08 mar. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-03/mulheres-brasileiras-ainda-ganham-menos-que-os-homens-diz-ibge>. Acesso em: 21 nov. 2021.

As desigualdades históricas de gênero em termos ocupacionais persistem, sobretudo se mencionarmos que as mulheres constituem minoria nas ocupações de maior *status*, como, por exemplo, cargos de alta gerência e posições executivas<sup>52</sup>.

No Brasil, a realidade não poderia ser diferente: poucas são as mulheres que ocupam a posição de CEO, diretora de board ou mesmo executiva de segunda ou terceira linha. Apenas 4,5% dos diretores de board de empresas brasileiras são mulheres – a média em países emergentes é de 7,2% (GMI RATINGS, 2012). Além disso, em 2016, o Brasil ficou com o 85º lugar no índice de desigualdade de gênero (IDG), na comparação entre 159 países, ficando bem atrás da Bolívia (65º) e da Nicarágua (50º), que melhoraram seu IDG nos últimos 10 anos (BBC BRASIL, 2016). A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), de 2016, mostrou que, na população ocupada com mais de 16 anos, as mulheres dedicam 20,3 horas semanais na jornada doméstica, enquanto os homens gastam apenas 10 horas – outro fator que tem impacto direto na trajetória da mulher como profissional<sup>53</sup>.

Neste estudo, com base na teoria do labirinto da liderança de Eagly e Carli, buscou-se identificar os obstáculos que se apresentam ao longo da carreira da mulher brasileira, bem como entender seu discurso sobre *boa liderança* em um cargo e em sua vida<sup>54</sup>.

Há evidências de que a falta de confiança que as mulheres têm em si próprias, reforçada pelas características que são atribuídas a homens e mulheres, pode ter grande influência no modo como a mulher se percebe e é percebida pelos outros no mercado de trabalho<sup>55</sup>. Há quem veja como uma problemática<sup>56</sup>:

a incompatibilidade entre comportamentos considerados mais femininos, como empatia e bondade, e comportamentos associados aos líderes, como confiança e assertividade, pode levar a uma distorção no que se espera de uma líder feminina. Acredita-se que a mulher deva se manter feminina e, ao mesmo tempo, aderir ao comportamento de um líder tradicional – o que pode ser fonte de preconceito no ambiente de trabalho.

Nesse compasso, questiona-se sobre qual contribuição constitui um líder e quais são seus benefícios frente à empresa? O que se sabe é que a liderança detém extrema importância nas organizações, frente a uma estrutura dinâmica e flexível do mercado recai ao líder, sobretudo saber delegar, ser capaz de propagar o co-

52 HRYNIEWICZ, Lygia Gonçalves Costa, VIANNA, Maria Amorim. Mulheres em posição de liderança: obstáculos e expectativas de gênero em cargos gerenciais. *Cad. EBAPE.BR*, v. 16, n. 3, set. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/1679-395174876>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/Wwqj4gNdm8k8jcGRjCFxvqm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 nov. 2021.

53 HRYNIEWICZ, Lygia Gonçalves Costa, VIANNA, Maria Amorim. Mulheres em posição de liderança: obstáculos e expectativas de gênero em cargos gerenciais. *Cad. EBAPE.BR*, v. 16, n. 3, set. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/1679-395174876>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/Wwqj4gNdm8k8jcGRjCFxvqm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 nov. 2021.

54 HRYNIEWICZ, Lygia Gonçalves Costa, VIANNA, Maria Amorim. Mulheres em posição de liderança: obstáculos e expectativas de gênero em cargos gerenciais. *Cad. EBAPE.BR*, v. 16, n. 3, set. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/1679-395174876>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/Wwqj4gNdm8k8jcGRjCFxvqm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 nov. 2021.

55 HRYNIEWICZ, Lygia Gonçalves Costa, VIANNA, Maria Amorim. Mulheres em posição de liderança: obstáculos e expectativas de gênero em cargos gerenciais. *Cad. EBAPE.BR*, v. 16, n. 3, set. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/1679-395174876>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/Wwqj4gNdm8k8jcGRjCFxvqm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 nov. 2021.

56 HRYNIEWICZ, Lygia Gonçalves Costa, VIANNA, Maria Amorim. Mulheres em posição de liderança: obstáculos e expectativas de gênero em cargos gerenciais. *Cad. EBAPE.BR*, v. 16, n. 3, set. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/1679-395174876>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/Wwqj4gNdm8k8jcGRjCFxvqm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 nov. 2021.

nhecimento, o espírito de liderança em relação à equipe. Como já dizia Chiavenato<sup>57</sup> “para dirigir pessoas não basta apenas dar ordens e instruções, comunicar e motivar. É preciso ainda liderar”.

Para Manfred Vries<sup>58</sup> os talentos femininos estão tão perceptíveis, que na grande maioria das organizações que surgem no momento, parece que as empresas estão fazendo sob medida para as habilidades das mulheres. E com isso entram em desafio com sua própria personalidade de mostrar e encontrar seu ponto de equilíbrio entre a firmeza e feminilidade, competitividade e solicitude, fatos e sentimentos.

Insurge propalar a importância das Micro e Pequenas empresas, principalmente durante e após a instalação da crise econômica e social em período de pandemia do vírus Covid-19. Essas empresas ganharam de forma virtuosa destaque no desenvolvimento da economia do país, e, não obstante, são as mulheres que fomentam esse crescimento em sua maioria<sup>59</sup>.

Nesse passo insurge pontuar que o empreendedorismo se propagou acima de tudo por meio da iniciativa do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Sebrae, esse, responsável em apoiar a abertura de novas empresas, bem como conceder apoio à manutenção dos negócios iniciados com o fim de amortecer a taxa de encerramento precoce dessas atividades<sup>60</sup>. Nesse sentido, verificam-se os índices abaixo, a partir de levantamento feito pelo Sebrae-SP entre 2003 a 2007:

No Brasil, as micro e pequenas empresas têm consolidada uma participação expressiva na economia, totalizando 99% do total de empresas, com 20% na participação do PIB nacional, segundo o IBGE (INSTITUTO..., 2010). Segundo pesquisa do SEBRAE e DIEESE (SEBRAE; DEPARTAMENTO..., 2011), essas empresas respondem por quase 52% dos postos de trabalho do setor privado. Considerando 6,1 milhões de micro e pequenas empresas, a Região Sudeste concentra 50,8% das empresas do País. A Região Sul conta com 23,3% das empresas. A Região Nordeste possui 15,0%, a Centro-Oeste, 7,4%, e a Norte, 3,5% (SEBRAE; DEPARTAMENTO..., 2011)<sup>61</sup>.

As micro ou pequenas empresas reportam um importante fatia de negócios iniciados no país, em regra são iniciadas sem planejamento ou conhecimento, constituídas de fato por ex-funcionários, por meio de economia própria, ou por meio de resgate do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, ou ainda, por herança<sup>62</sup>.

Em comparação com os indivíduos que trabalharão como assalariados, regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas, considera baixas as pessoas que de forma qualificada constituirão “seu próprio negócio”,

57 CHIAVENATO, I. *Iniciação à administração geral*. 2. ed. São Paulo: ABDR 1999.

58 VRIES, Manfred F. R. Kets de. *Liderança na empresa* – como comportamento dos líderes afeta a cultura interna. São Paulo: Atlas, 1997.

59 VILELA, Pedro Rafael. Pandemia faz Brasil ter recorde de novos empreendedores. *Agência Brasil*, 05 out. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-10/pandemia-faz-brasil-ter-recorde-de-novos-empreendedores>. Acesso em: 21 nov. 2021.

60 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Empreendedorismo e função social da empresa. v. 946. DTR\2014\8187. *Revista dos Tribunais*, 2014. p. 129-156. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document>. Acesso em: 14 dez. 2020.

61 FERREIRA, Luis Fernando Filardi; OLIVA, Fabio Lotti; SANTOS, Silvio Aparecido dos; GRISI, Celso Cláudio de Hildebrand e; LIMA, Afonso Carneiro. Análise quantitativa sobre a mortalidade precoce de micro e pequenas empresas na cidade de São Paulo. *Gestão e Produção*, São Carlos, v. 19, n. 4, dez. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-530X2012000400011>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/gp/a/YWkhSjgTYnpXtfPy7ynrnSz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 nov. 2021.

62 DORNELAS, José Carlos Assis. *Empreendedorismo: transformando ideias em negócios*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 1-2.

nesse sentido até mesmo as faculdades irão formar profissionais para administrar empresas alheias e não, para a criação de novas empresas<sup>63</sup>.

A título ilustrativo que reporta quantitativamente a mortalidade precoce de micro e pequenas empresas na cidade de São Paulo, evidenciaram que 27% não ultrapassam o primeiro ano de atividade, e, 58% não sobrevivem mais que cinco anos<sup>64</sup>.

Em um mercado altamente competitivo, é imprescindível para manutenção da qualidade de vida da empresa e o cumprimento dos preceitos fundamentais como a função social que se faça uma educação corporativa, mediante profissionalização dos seus gestores, como na sua maioria reporta em empresas familiares vê-se importante a implantação de visão de negócios e formação consolidada<sup>65</sup>.

Uma constatação importante remonta ao advento de que embora a **Constituição Federal** reconheça a livre iniciativa, isso traz consigo a responsabilidade refletida nas mais diversas áreas do Direito e na própria economia. “A função social da empresa é um valor a ser alcançado, mas as dificuldades decorrentes do mau exercício da atividade empresarial são reais e afetam o bem-estar de todos”<sup>66</sup>.

No país, há uma estreita vinculação ao empreendedorismo e, as micro e pequenas empresas, isso conforme Eduardo Tomasevicius Filho<sup>67</sup> apresenta:

de modo algum é um mal em si, porque estas empresas cumprem função social, por serem as que mais empregam, são as que mais usam mão-de-obra por causa do menor uso de tecnologia de automação de processos. Além disso, as grandes empresas precisam ser empreendedoras, para conquistar espaço no mercado internacional.

Nesse diapasão, ao verificar os elementos apresentados, é perceptível o movimento do empoderamento feminino, isso conforme a própria história demonstra, e, os dados elucidam há uma crescente no aprimoramento da educação e por consequência na mão de obra qualificada. Se demonstra inegável a presença da mulher não somente nas relações de emprego, mas frente a gestão dessas empresas pelas suas competências.

Assim, verifica-se uma forte relação da função social da empresa e a necessidade da inclusão das mulheres nesse respectivo quadro. Diante da necessidade da inserção da mulher no mercado de trabalho, embora os indicadores ainda mantenham um crescimento lento e descompassado frente aos homens, a mudança de forma notória é vislumbrada.

63 DORNELAS, José Carlos Assis. **Empreendedorismo**: transformando ideias em negócios. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 7.

64 FERREIRA, Luis Fernando Filardi; OLIVA, Fabio Lotti; SANTOS, Silvio Aparecido dos; GRISI, Celso Cláudio de Hildebrand e; LIMA, Afonso Carneiro. Análise quantitativa sobre a mortalidade precoce de micro e pequenas empresas na cidade de São Paulo. **Gestão e Produção**, São Carlos, v. 19, n. 4, dez. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-530X2012000400011>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/gp/a/YWkhSjgTYnpXtftPy7ynrnSz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 nov. 2021.

65 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Empreendedorismo e função social da empresa. v. 946. DTR\2014\8187. **Revista dos Tribunais**, 2014. p. 129-156. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document>. Acesso em: 14 dez. 2020.

66 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Empreendedorismo e função social da empresa. v. 946. DTR\2014\8187. **Revista dos Tribunais**, 2014. p. 129-156. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document>. Acesso em: 14 dez. 2020.

67 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Empreendedorismo e função social da empresa. v. 946. DTR\2014\8187. **Revista dos Tribunais**, 2014. p. 129-156. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document>. Acesso em: 14 dez. 2020.

Destarte, de acordo com os estudos, tal afirmação se mostra justificável por conta das competências, principalmente no período e, pós, a Covid-19, em que se verifica um crescimento exponencial frente às micro e pequenas empresas sob o comando das mulheres.

## CONSIDERAÇÕES

No que se infere sobre Livre Iniciativa na [Constituição Federal](#) e a dignidade da pessoa humana, que- dou-se em valorizar em sentido amplo e coletivo acerca do *trabalho humano* e o livre exercício da atividade econômica, bem como, destarte, frente ao sistema capitalista e em prol da alavancagem na economia do país, chancela-se a interferência mínima do Estado.

Em continuidade pode ser apercebido, de outra ponta, existência de limitadores em relação ao não inter- vencionismo estatal. Nesse sentido, cita-se o dever de o Estado em exercer na forma da lei as funções de fisca- lização, incentivo, planejamento e ponderadamente sopesada com os princípios norteadores do direito como a dignidade da pessoa humana.

Pode ser confirmado para uma devida aplicação do Direito ser imprescindível aplicar as normas funda- mentais para atingir o crescimento econômico e a sadia qualidade de vida dos cidadãos expostos ao mercado de trabalho. Motivo pelo qual acha-se o Estado o detentor de um cabedal responsável, sobretudo, na aplicação de uma justiça social equilibrada calcada na primazia do trabalho.

Assim, com intuito de atingir uma melhor otimização do Direito Empresarial, expôs-se a necessidade de implementação da eficácia interna e externa da Função Social da Empresa que beneficiam rumo a obtenção dos interesses coletivos e o desenvolvimento social e econômico do país.

Porém não é só, foi confirmada a importância da mulher como empreendedora e gestora nas empresas, para tanto, realizou uma dicotomia sistêmica desde a transformação histórica como coisa/propriedade, para a conquista de detentora de direitos, deveres e a ocupação de cargos de gestão, antes inimaginável.

Não obstante a premente confirmação, os dados obtidos no IBGE/2018, constata a latente distinção, ain- da presente acerca dos gêneros, que provou haver no grupo de Diretores e gerentes a participação de 41,8% das mulheres e seu rendimento médio (R\$ 4.435,00), correspondia a 71,3% do recebido pelos homens (R\$ 6.216,00).

Conforme se verificou há uma projeção de mudanças no presente cenário, pois a importância das Micro e Pequenas empresas, principalmente durante e após Covid-19 ganharam de forma virtuosa destaque no desenvol- vimento da economia do país, e, não obstante, são as mulheres que fomentam esse crescimento em sua maioria.

Ainda no referido sentido, os dados apontam para o aprimoramento da mão de obra qualificada das mu- lheres, que de forma crescente, vê-se na necessidade da inclusão nesse respectivo quadro. Conseqüentemente, e, embora, caminhe em passos lentos os índices demonstram numa mudança positiva.

Assim, a ordem econômica visa a justiça social e prima por garantir a livre iniciativa, amoldada por princípios fundamentais como o da dignidade da pessoa humana procura atenuar as diferenças sociais, sem abster a autonomia privada, ou seja, intui recompor a solidariedade social na atividade econômica empresarial.

## REFERÊNCIAS

- AMORIM, Rosane Oliveira; BATISTA, Luiz Eduardo. **Empreendedorismo feminino**: razão do empreendimento. Online. São Paulo: Uniesp, (s.d.) Disponível em: [http://uniesp.edu.br/sites/\\_biblioteca/revistas/20170602115149.pdf](http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170602115149.pdf). Acesso em: 15 dez 2020.
- AVELÃS NUNES, António José. **Neoliberalismo & direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AZEVEDO, Mário Luiz Neves de. Igualdade e equidade: qual é a medida da justiça social? **Avaliação (Campinas)**, v. 18, n. 1, p.129-150, mar. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-40772013000100008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/aval/a/PsC3yc8bKMBBxzWL8XjSXYP/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 05 nov. 2020.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BECK, Ulrich. **O que é a globalização? Equívocos do globalismo, respostas à globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CAMPOS, Adriana; ARDISSON, Daniel Piovanelli. Por uma nova concepção jurídica de empresa no marco da sociedade do risco: do lucro inconsequente à responsabilidade socioambiental. **Sequência**, Florianópolis, v. 64, jul. 2012. DOI: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p85>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/SmNXysBydmVkwHm4mgffRd/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- CARDONE, Marly Antonieta. Aspectos histórico-sociais do direito do trabalho da mulher. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 3, n. 14, 1978. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1978;1000362467>. Acesso em: 15 dez, 2020.
- CARVALHO, Maria de Lourdes. **A empresa contemporânea**: sua função social em face das pessoas com deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- CHIAVENATO, I. **Iniciação à administração geral**. 2. ed. São Paulo: ABDR 1999.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 1. 6. ed. rev. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002
- COMPARATO, Fabio Konder. **A reforma da empresa**. v. 290. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1985.
- COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DEZEM, Renata Mota Maciel; RUIZ, Renata de Oliveira Bassetto; MATTOS DE OLIVEIRA, André Luiz. Função social da empresa: concretização a partir da regulação da atividade empresarial. **Revista Prisma Jurídico**, v. 17, n. 2, p. 313-330, jul./dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5585/prismaj.v17n2.8728>. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/8728/5213>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- DORNELAS, José Carlos Assis. **Empreendedorismo**: transformando ideias em negócios. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- FERREIRA, Luis Fernando Filardi; OLIVA, Fabio Lotti; SANTOS, Silvio Aparecido dos; GRISI, Celso Cláudio de Hildebrand e; LIMA, Afonso Carneiro. Análise quantitativa sobre a mortalidade precoce de micro e pequenas empresas na cidade de São Paulo. **Gestão e Produção**, São Carlos, v. 19, n. 4, dez. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-530X2012000400011>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/gp/a/YWkhSjgTYnpXtfPy7ynrnSz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- FERREIRA, Maria Conceição Martins. Princípios constitucionais informadores da República Federativa do Brasil e da ordem econômica (soberania, livre iniciativa e valor social do trabalho). v. 25/1998. DTR\1998\438. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, p. 134-168. 1998. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/delivery/document>. Acesso em: 05 nov. 2020.
- FRAZAO, Ana. **Função social da empresa**. Rio de Janeiro: Inovar, 2011.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função social no direito civil**. São Paulo: Atlas, 2007.
- HRYNIEWICZ, Lygia Gonçalves Costa, VIANNA, Maria Amorim. Mulheres em posição de liderança: obstáculos e expectativas de gênero em cargos gerenciais. **Cad. EBAP.BR**, v. 16, n. 3, set. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/1679-395174876>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/Wwqj4gNdm8k8jcGRjCFxvqm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 nov. 2021.

- LEMOS, Rafael Diogo Diógenes. A isonomia, o STF e o art. 387 da CLT – uma análise crítica do RE 658.312. v. 178. DTR 2017-1572. **Revista dos Tribunais**, p. 43-60, 2017. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document/1/10>. Acesso em: 05 nov. 2020.
- LIMA, Maria José de Oliveira. **As empresas familiares da cidade de Franca**: um estudo sob a visão do serviço social. São Paulo: Editora UNESP, 2009. 240 p. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/cbyx4>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. São Paulo: Atlas, 2005.
- MATTOS, Flávia Motta de. DEL PRIORE, Mary (Org.). História das mulheres no Brasil. Coordenação de textos de Carla Bassanesi. São Paulo: Contexto, 1997. 678 p. **Horiz. antropol.** v. 3, n. 7, nov. 1997. Resenha. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-71831997000300020>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ha/a/cYjcCmMKw9FX7G3jYMzx4Qp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 dez. 2020.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 23. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 357-358.
- NASCIMENTO, Cleonice Nazaré do. **A Mulher no Mercado de Trabalho e na Liderança das Organizações: Uma Análise Bibliométrica no Campo da Administração**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/1146>. Acesso em: 25 out 2020.
- NUNES, Eunice. O judiciário e as micro e pequenas empresas. In: CASTELAR, A. (org.). **Judiciário e economia no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. p. 93-102. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/zz9q9/pdf/castelar-9788579820199-06.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.
- OLIVEIRA, Danilo Junior de. O trabalho humano e a livre iniciativa na ordem econômica e o neoliberalismo. **Argumenta Journal Law**, n. 12, 2020. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/156>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- OLIVEIRA, Nielmar de. Mulher ganha em média 79,5% do salário do homem, diz IBGE. **Agência Brasil**, 08 mar. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-03/mulheres-brasileiras-ainda-ganham-menos-que-os-homens-diz-ibge>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- PEGHINI, Aline Aparecida Santos Costa. **A cooperação como modelo processual civil**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho – UNINOVE, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/2114?mode=full>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- PEGHINI, Cesar Calo. A função social da empresa: Análise de sua extensão aplicada à desconsideração da personalidade jurídica. In: BRUSHI, Gilberto Gomes; COUTO, Mônica Bonetti. **Direito Processual Empresarial. Estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- SOUZA, Otávio Augusto Reis de; CARNEIRO, Ricardo José das Mercês. **Direito e processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- TOLEDO, Gastão Alves de. **O direito constitucional econômico e sua eficácia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Empreendedorismo e função social da empresa. v. 946. DTR\2014\8187. **Revista dos Tribunais**, 2014. p. 129-156. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document>. Acesso em: 14 dez. 2020.
- VILELA, Pedro Rafael. Pandemia faz Brasil ter recorde de novos empreendedores. **Agência Brasil**, 05 out. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-10/pandemia-faz-brasil-ter-recorde-de-novos-empresarios>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- VRIES, Manfred F. R. Kets de. **Liderança na empresa** – como comportamento dos líderes afeta a cultura interna. São Paulo: Atlas, 1997.



# CAPÍTULO 6

## COMÉRCIO ELETRÔNICO E A RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR EM TEMPOS DE PANDEMIA

Patricia Martinez Almeida

Heitor Romero Marques

Náthalie Caroline Bazanin

### 1 INTRODUÇÃO

Diante do cenário atual, houve um aumento significativo das compras pelos meios digitais, via Internet, devido a da pandemia do Covid-19, e com isso diversos consumidores vêm sendo prejudicados, tendo seus direitos lesados pela falta de reponsabilidade dos fornecedores, os quais dispõe de seus produtos para a venda no comércio eletrônico. Visto isso, é necessário e imprescindível destacar quais as obrigações que os fornecedores possuem na relação de consumo, quais condutas que devem ter diante de uma compra e venda, e quais os comportamentos não devem ter, apesar de estarem em uma relação virtual.

**É inadiável a discussão do compromisso que o fornecedor possui, sendo que, por se tratar de uma relação de confiança, na qual o consumidor adquire um produto com base no que o *site* dispõe, ou até mesmo uma propaganda por meio das redes sociais, é necessário que o produto adquirido seja entregue da maneira como foi proposto, no prazo estipulado e sem vícios. Porém, não é o que está acontecendo, especialmente perante o episódio atual.**

Atentando para isso, o artigo proposto trará a realidade de muitos compradores que são lesados pela má fé e pela falta de comprometimento e cuidado de quem disponibiliza seu produto à venda. Há casos de reclamações nas quais os consumidores adquirem via *Internet* e não recebem a mercadoria como estava descrito no *site*, ou se recebem, há algum vício não verificável e/ou informado no momento da compra. Por isso, é relevante a abordagem do tema deste artigo que visa frisar a responsabilidade do fornecedor no comércio eletrônico no momento de crise que o mundo se encontra.

O objetivo deste artigo é defender quais os direitos do consumidor, o que deve exigir do fornecedor e se houve alguma mudança diante do cenário da pandemia, e há como finalidade apresentar como se norteia o Comércio Eletrônico e, principalmente, como está classificado a Responsabilidade Civil do fornecedor neste meio. Outro intuito, além disso, é indicar quais são as mudanças no âmbito jurídico acerca desse assunto perante a pandemia que se lida atualmente. Ademais, os direitos e deveres do consumidor estão elencados e,

mormente, os do fornecedor, que assim comercializa seus produtos em *sites*, sendo este o principal e o mais acessível meio de vendas durante a Covid-19.

Como hipótese inicial, diante da fragilidade dos consumidores e diante do aumento questões entre as relações de consumo virtual, torna-se essencial que os fornecedores sejam responsabilizados, independentemente do requerimento dos consumidores. Por isso, torna-se dever de todos fiscalizar as condutas por eles praticadas, para que possa ser zelado os direitos dos consumidores, diante do [Código de Defesa do Consumidor](#), da [Constituição Federal](#) ou de outras leis especiais que dispõe sobre o assunto, e para evitar as práticas abusivas e de má-fé dos fornecedores. Também cabe aos consumidores, de início, tomar cuidado antes de qualquer compra virtual, estando atento aos preços abusivos, aos possíveis fornecedores “golpistas”, verificar a procedência dos sites, sua segurança, efetuar pesquisas do produto que deseja ser adquirido para que se possa ter uma base do valor real da mercadoria, além de checar e buscar conhecer sobre a loja, se a mesma atende os requisitos legais para comercializar, e conhecer mais sobre aquele que está por trás da venda.

A vinculação institucional é orientada na Linha II, adequando-se como Função Social do Direito e Interculturalidade e considerando-a subárea o Direito e Mudanças Sociais. Nesse contexto, a sociedade possui, naturalmente, a tendência de mudar e o Direito acompanha essas transformações, como a adaptação em tempos de pandemia, por exemplo. O intuito do projeto, dessa forma, é a orientação acerca das responsabilidades do fornecedor diante do comércio eletrônico, tendo em vista também as mudanças do direito do consumidor e, por conseguinte, dos deveres do fornecedor.

A metodologia utilizada quanto ao método é dedutiva, na qual se analisa o todo, para confirmar a particularidade, ou seja, avaliar como a responsabilidade civil se aplica a todos, e confirmá-la na responsabilidade dos fornecedores diante do comércio virtual. Sua abordagem é caracterizada como diagnóstica e se trata de uma revisão bibliográfica da literatura, sendo narrativa e integrativa. A pesquisa compreendeu o ano de 2020.

Em relação às matérias ventiladas neste artigo, no item 2 será abordado a densidade normativa do direito ao consumo, destacando qual a natureza jurídica do direito do consumidor, interna e internacionalmente, conforme a resolução da ONU 32/248 de 1985, a [Constituição Federal de 1988](#) e o [Código de Defesa do Consumidor](#), além de explicar a importância do acesso aos bens de consumo para a dignidade humana.

No item 3, será abordado o comércio eletrônico, seu funcionamento, sua importância (principalmente em tempos de pandemia) e a responsabilidade do fornecedor na proteção o ao consumidor neste contexto. Em decorrência disso, o objetivo desse trabalho é ao final conseguir esclarecer qual a reponsabilidade do fornecedor, em relação ao consumidor que adquire produtos de maneira online, especialmente, diante do Covid-19.

## 2 A DENSIDADE NORMATIVA DO DIREITO AO CONSUMO

Em se tratando das relações de consumo e suas proteções diante do mundo jurídico, há que se destacar a Resolução da ONU 32/248 de 1985, que dispõe sobre a natureza do direito ao consumo e a proteção ao consumidor, traçando diretrizes básicas para o acesso aos bens de consumo a proteção dos consumidores, especialmente nos países em desenvolvimento. Tal resolução visa que as necessidades dos consumidores sejam alcançadas, independentemente dos desequilíbrios econômicos, e que sejam a eles assegurados que os produtos não ofereçam qualquer tipo de risco ou perigo, fazendo com que os fornecedores reforcem a cooperação internacional para que sejam reduzidas as práticas abusivas contra os consumidores, prevendo também que a fabricação dos produtos siga um padrão internacional de maior segurança.

Vale ainda destacar, que em caso de defeito na mercadoria ou serviço, o fornecedor tem o dever de reparar imediatamente, sendo ele o responsável por entregar um produto em perfeito estado. A Organização das Nações Unidas (ONU) reforça que cada Governo deve definir as prioridades no que se trata de proteção ao consumidor, adotando diretrizes com objetivos de incentivar a conduta ética nas relações de consumo, assistir países e conseguir manter as proteções necessárias, entre outros. As universidades e instituições de ensinos, bem como empresas e organizações não governamentais que tratam deste assunto, também devem ter o papel de assegurar os direitos do consumidor, de maneira que incentivem que a educação do consumidor seja elemento do currículo escolar básico, inteirando aos alunos matérias relacionadas à nutrição, saúde, como tomar precauções em relações à determinadas doenças, como realizar a leitura de rótulo de produtos, estudar elementos acerca de pesos e medidas, quais legislações são aplicáveis ou não aos consumidores, e ainda tratar sobre temas de poluição e meio ambiente, além de que é necessidade legítima que os consumidores tenham todas as informações fundamentais dos seus direitos em uma relação de consumo.

No que se tange a fiscalização, os governos devem adotar políticas para alcançar o padrão internacional o mais rápido possível. Caso haja a necessidade de o consumidor ingressar em juízo, deve ser assegurado um procedimento que seja acessível a todos, justo, célere, com a devida publicidade, tendo em vista também que as empresas devem resolver as questões de forma rápida e séria, já que estão previstas medidas que permitam aos consumidores obterem indenização.

Além das proteções internacionais ao consumidor previstas na resolução da ONU 32/248 de 1985, em âmbito interno, o direito do consumidor é classificado como um direito fundamental, conforme a [Constituição Federal de 1988](#) que atribui status de direito/garantia para dignidade humana no Brasil em seu artigo 5º, inciso XXXII, o qual trata das garantias fundamentais, e dispõe que “o Estado proverá a defesa do consumidor, na forma da lei”. Da mesma forma, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal, legislar sobre a responsabilidade ao consumidor (artigo 24 da CF/1988), como também está elencado no artigo 170 da CF/1988, que a ordem econômica tem por fim assegurar a defesa do consumidor.

Proteção do consumidor é aclamada por todos, disposta não somente em Resolução Internacional, como também na Constituição Federal, listada com os direitos mais essenciais tutelados na hierarquia constitucional, e principalmente pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), que é o objeto de uma Lei própria: [Lei nº 8078 de 11 de setembro de 1990](#). Esta lei tem como objetivo, além das proteções previstas, conceituar que o consumidor é aquele que está em uma posição de vulnerabilidade frente aos fornecedores de bens e serviços, e é entendimento também do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para o qual a vulnerabilidade se tornou requisito do próprio conceito de consumidor.

O CDC, além de ser multidisciplinar, visa garantir a dignidade humana nas relações de consumo, sendo essa o valor supremo da norma jurídica, e não pode ser lesada. Nesta mesma vertente, Hogemann afirma:

Convém apontar o progressivo avanço do Direito Civil contemporâneo ao direcionar-se pela valorização da pessoa humana em todos os seus aspectos, em um movimento de repersonalização através do qual passa a promover a tutela da totalidade dos direitos tanto patrimoniais como os extrapatrimoniais ou indisponíveis, de forma a garantir a dignidade da pessoa humana, pois o indivíduo como sujeito de direitos da personalidade não poderá ter a sua dignidade violada. Significa promover através do reconhecimento dos direitos da personalidade a proteção efetiva da integridade física, psíquica e intelectual. Há, portanto, um vínculo relacional fundamental entre os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana.

Hogemann ainda cita Karl Larenz<sup>1</sup> que “entende a dignidade da pessoa humana como a prerrogativa do ser humano de ser respeitado como pessoa, de não ter sua vida, corpo ou saúde prejudicados, e de gozar da sua própria existência”.

Além da importância da proteção dos mais vulneráveis em uma relação de consumo, cabe lembrar que é necessário ter igualdade real das partes envolvidas, garantindo o acesso aos bens de consumo, de maneira segura, sobretudo aos bens essenciais à dignidade da pessoa humana. Já esses são de suma importância, pois podem afetar diretamente o consumidor, como por exemplo, no caso de produtos que contenham informações incorretas ou imprecisas ou até mesmo de má qualidade.

Conforme Sarlet,<sup>2</sup> o direito do consumidor deve ser valorizado e reconhecido, já que disciplina assuntos afetos à dignidade da pessoa humana, à sua existência e sobrevivência, e principalmente com o essencial, para que seja garantido o mínimo ao cidadão. Sendo assim, cabe afirmar que o consumo de bens e serviços é diretamente ligado com a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, pois para que um cidadão tenha uma existência digna, é necessário que ele receba bens de consumo essenciais, com qualidade e segurança. Razão pela qual a importância da igualdade e do equilíbrio em uma relação jurídica, pois somente assim haverá a garantia do princípio da dignidade humana, e a garantia do acesso aos bens de consumos, sejam eles essenciais ou não, por se trata do conjunto de garantias materiais para uma vida condigna.

1 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 1991. p. 88.

2 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

### 3 O COMÉRCIO ELETRÔNICO E O ACESSO AOS BENS DE CONSUMO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Analisada a densidade normativa do direito ao consumo, ressaltando as proteções diante do mundo todo, seja nacional como a [Constituição Federal de 1988](#) e o [Código de defesa do Consumidor](#), e internacional como a Resolução da ONU 32/248 de 1985, ou seja, um direito humano e fundamental, este tópico tem como finalidade conceituar o comércio eletrônico, indicar suas categorias e avaliar sua importância diante da pandemia do Covid-19 e, por fim, elencar as responsabilidades do fornecedor e os direitos do consumidor.

Para que haja uma maior compreensão sobre o assunto abordado neste artigo, é necessário conceituar o comércio eletrônico. Há muitas maneiras de se descrever o instituto, e para Peixoto<sup>3</sup>, o comércio eletrônico pode ser conceituado de acordo com seus aspectos: a) técnico; b) econômico; c) administrativo (privado); e, d) jurídico.

O conceito técnico dispõe que o comércio eletrônico é a fusão de tecnologias, procedimentos negociais e aplicações, no qual permite a compra e venda *online* entre sociedades, governos e corporações, sejam privadas ou públicas. Em se tratando do conceito econômico, este podemos classificar como aquele que é a realização, no ambiente virtual, de toda cadeia de valor dos processos de negócios. Já o administrativo, o comércio eletrônico é todo e qualquer transação do comércio que se utiliza de um meio digital para ser realizada, tendo em vista a otimização do relacionamento do fornecedor, vendedor e comprador, e a melhora da comunicação entre a empresa e o consumidor final. E no âmbito jurídico, o comércio eletrônico é aquele que a atividade comercial é explorada através de contratos de compra e venda, celebrado de maneira virtual, sendo que o objeto é a transmissão de bens físicos ou virtuais e de serviços. O comércio eletrônico traz a ideia de que se trata de uma transação comercial entre um fornecedor e um consumidor, que esteja em uma relação de consumo por intermédio das plataformas virtuais, sejam acessadas por um *notebook*, um celular ou qualquer outro meio em que esteja distante fisicamente daquele fornecedor que dispôs de seu produto ou serviço à venda. Além disso, este meio de compra envolve um processo desenvolvido pelas plataformas *online*, na qual deve dispor ao consumidor a gestão de estoque e a logística no envio das mercadorias ou da realização dos serviços.

O comércio eletrônico é também nomeado de *e-commerce*, que abrange lojas virtuais que vendem seus produtos e serviços para uma empresa, que comercializam para o consumidor final.

Pode ser categorizado em várias modalidades, tais como a *Business-to-Business* (B2B) que é uma forma de transação comercial de produtos e serviços entre empresas, na qual uma pessoa jurídica comercializa para outros empreendimentos, com finalidade de revenda, transformação ou consumo. Geralmente é exigido uma quantidade mínima de produtos e de valores por pedido, sendo o foco a venda de grandes volumes de itens. Já a *Business-to-Consumer* (B2C) é a venda dos produtos de uma empresa para o consumidor final, por meio das

3 PEIXOTO, Rodney de Castro. *Comércio eletrônico e suas categorias*. Disponível em: <http://jjsis.50webs.com/categorias.html>. Acesso em: 29 set.2020.

plataformas digitais, podendo o consumidor receber a mercadoria em casa ou retirar em uma loja física próxima. Na maioria das vezes não há o contato direto entre o fornecedor e o consumidor.

O *Consumer-to-Business* (C2B) é a parte do comércio eletrônico em que a pessoa física dispõe da troca de bens com a pessoa jurídica. Sendo assim, as pessoas físicas disponibilizam seus produtos e serviços para que as empresas possam adquirir. Por outro lado, a *Consumer-to-Consumer* (C2C) é a transação realizada entre os consumidores, ou seja, uma pessoa dispõe de seu produto em uma plataforma que divulga e faz a mediação dessas transações, para que outra pessoa possa adquirir.

A *Business-to-Administration* (B2A) são as transações realizadas entre uma empresa e a administração pública, na qual possui algumas exigências para que seja prestados os serviços. Em contrapartida, a *Consumer-to-Administration* (C2A) trata das transações entre o indivíduo, pessoa física, e a administração pública, no qual traz o intuito da eficiência e facilidade dos serviços que são prestados pelo Estado aos cidadãos.

A *Social Commerce* (S-Commerce) é de suma importância, visto que é uma modalidade bem recente e se trata das transações realizadas por meio das redes sociais, na qual se atrai os clientes e estabelece uma relação de fidelidade com a marca que está divulgando e dispondo seu produto. Há em algumas redes sociais a opção de vendas para as páginas comerciais. Também, ligado à esta modalidade, temos a *TV-Commerce* (T-Commerce), na qual o telespectador ao assistir um programa de TV, tem a opção de realizar compra de produtos e serviços por meio dos recursos interativos que a própria TV dispõe.

Durante o isolamento social, devido à pandemia do Covid-19, houve grandes adaptações diante do comércio para que grandes e pequenas empresas não encerrassem suas atividades. E uma das maiores transformações foi à transição do comércio presencial ao comércio eletrônico. Houve um aumento de 26,7% com o faturamento das vendas *online*, comparado ao primeiro trimestre do ano de 2019, segundo levantamento realizado pela Compre&Confie – empresa de inteligência de mercado para o comércio eletrônico. Vale destacar também, que de acordo com a Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABComm), mais de 135 mil lojas migraram para o comércio eletrônico, em quatro meses, após o início da quarentena.

Muitas dessas grandes empresas se beneficiaram com esse novo hábito dos consumidores de comprar *online*, seja bens de consumo, seja utensílios e alimentos para sua subsistência, remédios, entre outros. Mas também muitas pequenas empresas conseguiram se reerguer mesmo diante desse cenário caótico que se encontrava o mundo e, principalmente, a economia. Tem-se, por exemplo, de acordo com dados da 4ª edição da pesquisa O Impacto da Pandemia do Coronavírus nos pequenos negócios, realizada pelo Sebrae, entre 29 de maio e 2 de junho, quase 60% das pequenas empresas que foram pesquisadas em Minas Gerais, aumentaram suas vendas devido ao comércio eletrônico durante essa pandemia. Há que se destacar ainda, dados realizados pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), que relatam que o setor teve um au-

mento de cerca de 16% e a taxa de conversão média, na qual contabiliza as visitas ao *site* que resultaram em compras, teve um aumento de 8,1%.

Mesmo antes das compras *online* ter esse avanço, nos últimos 5 anos, se observou uma tendência de crescimento muito maior do que o do Produto Interno Bruto (PIB) do país, diante do comércio eletrônico brasileiro B2C. De acordo com os Relatórios WebShoppers (Ebit/Nielsen, 2020), houve um faturamento gigantesco de 2015 a 2019, tendo uma média de crescimento de 11% por ano.

Além das compras nacionais, o consumidor brasileiro também realizou mais compras em *sites* estrangeiros diante da pandemia. De acordo com a Compre&Confie<sup>4</sup> (2020), uma pesquisa realizada com 2.397 consumidores, verificou-se que *sites* estrangeiros faturaram somente no último ano, mais de 6 bilhões de reais. Isso não gerou uma preocupação aos consumidores locais, visto que o comércio eletrônico brasileiro movimentou mais do que dez vezes, e atingiu cerca de 178 milhões de pedidos de compras. Mesmo em meio à crise, houve um aumento de 19% para 34% das pessoas que compram pela *Internet*, conforme o relatório *Consumer Thermometer #6*, no qual há uma série de pesquisas sobre o impacto do Covid-19 no Brasil.

Vale ressaltar que a venda de produtos de saúde teve um aumento de 160% devido às compras digitais, conforme pesquisa realizada pela Compre&Confie (2020), e produtos de higiene tiveram um aumento de 80%, alimentos e bebidas de 72% e medicamentos 63%, de acordo com a *NZN Intelligence*<sup>5</sup> (2020), visto que esses são os produtos principais durante esse período. Outra notícia que comércio eletrônico trouxe durante esse momento de conter a pandemia, foi que a GPA, um grupo responsável pelo Pão de Açúcar, Extra e Assaí Atacadista, criou cinco centros de distribuição *de e-commerce* no Brasil, estando ainda previsto a criação de mais três centros de distribuição, no qual propiciarão aproximadamente 500 empregos, além dos já gerados.

Nesse tempo de Covid-19, com a recomendação de ficar em casa, foi de grande importância o crescimento e o reconhecimento do Comércio Eletrônico, já que continuou incentivando a economia local, além de gerar empregos, e dar sobrevida à pequenas empresas que estavam à beira da falência.

Com o comércio eletrônico conquistando grande espaço durante a pandemia, verificou-se um aumento de práticas abusivas nas relações de consumo virtuais, principalmente por parte dos fornecedores, em virtude da maior vulnerabilidade dos consumidores nessa situação em que se encontram. Pesquisas realizadas pelo Procon de São Paulo<sup>6</sup> (2020) demonstraram um aumento de mais de 100%, durante a pandemia, nos registros de reclamações por parte dos consumidores, seja pela não entrega do produto, ou produtos com algum vício e até mesmo cobranças indevidas.

Há que se ponderar a crescente venda de produtos piratas ou falsificados por parte dos fornecedores, que agem de má fé com aqueles que compram de seus bens. Como consequência, surgiu a necessidade de estabelecer

4 <https://www.compreconfie.com.br/>

5 <https://intelligence.nzn.io/>

6 <https://www.procon.sp.gov.br/>

critérios para impedir o acontecimento desses atos ilegais, assim, foi elaborado um Guia de Autorregulamentação, pela Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), preceituando boas condutas nas plataformas do comércio eletrônico, para que fossem evitados de qualquer modo à pirataria e qualquer ato ilícito.

Notam-se os grandes e graves problemas que os consumidores vêm enfrentando, não somente agora, mas principalmente durante esse estado de pandemia, que se dá por conta da má fé dos fornecedores e pela falta de responsabilidade e comprometimento. E diante desta situação, é indispensável ressaltar como os fornecedores devem se tratar nas relações de consumos, e quais as proteções e direitos dos consumidores, principalmente na Era Digital.

Vale destacar um princípio que está sendo violado por parte dos fornecedores: O princípio da boa-fé objetiva. Tutelado tanto pelo [Código Civil](#), quanto pelo Código de Defesa do Consumidor, e aclamado pelo STJ. É um princípio que visa boa conduta e comportamento, impondo nas relações de consumo probidade, honestidade e lealdade. Dispõe ainda o Código Civil (2002): “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Sendo assim, fica visível que, quando os fornecedores não cumprem com suas responsabilidades e deveres, estão violando um princípio que se tornou básico para uma relação de consumo.

Cabe salientar que o Código de Defesa do Consumidor considera algumas condutas como práticas abusivas, vedando totalmente em seu artigo 39 esses comportamentos: Se o fornecedor condicionar o fornecimento de um produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, sem que haja uma justa causa, a limites quantitativos; Caso o fornecedor recuse atendimento às demandas ou, caso entregue ou envie qualquer produto ou serviço ao consumidor que não seja solicitado; Se o fornecedor se aproveitar da situação de fraqueza ou ignorância do consumidor, por conta da idade, ou saúde, para força-lo a adquirir algum serviço e produto, como também se ainda exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva.

Ainda é considerado prática abusiva quando o fornecedor executa serviços sem o prévio orçamento e sem autorização expressa do consumidor, como também no momento em que repassa informações depreciativas; colocam qualquer produto ou serviço no mercado de consumo em desacordo com as normas; recusam a prestação de serviços ou venda de produtos, diretamente a quem se disponha a adquirir, conforme a pronto pagamento; quando deixa de estipular prazo ou termo inicial, para o cumprimento da obrigação, permitem o ingresso em estabelecimento de consumidores em número maior que o permitido; além de quando os fornecedores aplicam fórmula ou reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido e elevam o preço dos produtos e serviços sem justa causa.

E diante deste cenário de pandemia, muitas práticas abusivas são cometidas contra o consumidor, como por exemplo: com o aumento do preço sem justa causa, os fornecedores deixam ingressar um número maior de pessoas do que o permitido nos estabelecimentos, além de aplicar fórmulas ou reajustes diversos do legal



ou que fora contratualmente estabelecido pelas partes. Vale ressaltar ainda que alguns fornecedores entregam produto ou serviço diferente do que fora ofertado ou compactuado no momento da compra, e por conta da vulnerabilidade dos consumidores, impõe seus produtos e serviços se aproveitando da fraqueza e da ignorância por conta da saúde, idade, conhecimento e até mesmo condição social.

No tocante à responsabilidade do fornecedor, apesar de ser uma relação de consumo virtual, seus deveres e obrigações perante o consumidor não mudam ao se comparar com uma relação de consumo física, realizado em estabelecimento comercial físico. Para Ulhôa<sup>7</sup> :

Assim, o empresário brasileiro dedicado ao comércio eletrônico tem, em relação ao consumidor, exatamente as mesmas obrigações que a lei atribui aos fornecedores em geral. A circunstância de a venda ter-se realizado num estabelecimento físico ou virtual em nada altera os direitos dos consumidores e os correlatos deveres dos empresários. O contrato eletrônico de consumo entre brasileiros está, assim, sujeito aos mesmos princípios e regras aplicáveis aos demais contratos (orais ou escritos) disciplinados pelo Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, a responsabilidade do fornecedor é objetiva, seja pelo fato do produto ou pelo vício do produto ou serviço, ou seja, não há no que se falar na culpa, o fornecedor responde independentemente da mesma existir, sendo que deverá indenizar tanto danos patrimoniais causados ao consumidor, quanto danos morais, todos em sua integralidade.

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 14, afasta a responsabilidade do fornecedor quando o mesmo provar que a culpa dos fatos é exclusivamente do consumidor ou de terceiros, ou seja, o nexo de causalidade é atingido pela excludente de responsabilidade, excluindo assim o dever de indenizar, visto que estava imprevisível o efeito dos fatos. Em relação a situação do Covid-19, se tornou um acontecimento imprevisível, externo e que aconteceu independente da vontade humana, principalmente do fornecedor e do consumidor. Porém, visto isso, não há como justificativa o artigo do CDC para afastar a responsabilidade do fornecedor, visto que os impasses ocorridos dentro da relação de consumo, em meio a pandemia, não acontecem por conta dela, e sim pela falta de comprometimento e cuidado do fornecedor.

Tendo em vista os produtos de consumo não duráveis ou duráveis, conforme disposto no artigo 18 do CDC, e os vícios de quantidade do produto, diante do artigo 19 do mesmo código, os fornecedores respondem de forma solidariamente. E ainda, responderá o fornecedor pelos vícios de qualidade que tornem o produto impróprio, de maneira que diminua o valor ou não dê para consumir (artigo 20 do CDC). Assim sendo, o fornecedor possui responsabilidade de entregar o produto de maneira que sua qualidade e quantidade estejam próprias para uso e consumo, na qual não tenha seu valor diminuído, e também entregar o produto que esteja de acordo com as indicações na rotulagem, ou embalagem, ou até mesmo na mensagem publicitária que colocou aquele produto à venda. Além disso, não poderá entregar ao consumidor produto defeituoso, ou seja,

7 ULHÔA, Fabio. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2006. *E-book*.

aquele que não demonstre a segurança necessária, levando em consideração o uso e risco que dele se presume, a época que fora introduzido no mercado e principalmente sua apresentação (§1º, artigo 12 do CDC). É também considerado defeituoso, produto que não contém informações suficientes, claras, adequadas sobre como utilizá-lo ou sobre seu risco.

Em se tratando do dever do fornecedor, cabe salientar o [Decreto de nº 10.271](#), que versa sobre a proteção dos consumidores nas relações de consumo do comércio eletrônico. Além do *site* garantir aos consumidores informações claras, suficientes, exatas e de fácil acesso sobre o fornecedor, produto ou serviço e a transação em que foi realizada (artigo 1º do Decreto), o fornecedor deverá dispor um acesso fácil diante dos termos da contratação do produto ou serviço, tendo uma redação fácil, legível, contendo um resumo antes de sua formalização, com as cláusulas mais importantes, além de que deve fornecer um serviço eficiente de atendimentos e reclamações. Dispõe ainda o artigo 2º do Decreto nº 10.271 de 6 de março de 2020, algumas medidas que o fornecedor deve tomar diante do consumidor, colocando à disposição deles, em seus *sites* e outros meios eletrônicos, de fácil acesso e visualização, e antes do contrato, o nome comercial e social, seu endereço eletrônico e físico, como também do correio eletrônico para o atendimento ao consumidor caso necessário, o número de identificação tributária e a identificação do fabricante, como também a identificação de registro dos produtos que estão sujeitos a autorização prévia. Devem disponibilizar aos consumidores as características essenciais do produto e do serviço, bem como os riscos para a saúde e a segurança, o preço, detalhando os impostos ou qualquer custo adicional, como também os custos de entrega e de seguro se houver. Cabe ainda ao fornecedor discorrer sobre as formas de pagamento, quantidade de parcelas, e o custo total da operação.

Os termos, as condições, principalmente a que se sujeitam a garantia legal ou contratual do produto ou serviço, e/ou as limitações da oferta e da disponibilidade do produto ou do serviço também devem estar à disposição do consumidor, e qualquer outra circunstância ou característica que seja relevante e que o consumidor deva ter conhecimento.

No que concerne ao [Decreto nº 7.962/2013](#), cuja sua vigência se deu no dia 14 de maio de 2013, o mesmo instituiu o Plano Nacional de Consumo e Cidadania, além de criar a Câmara Nacional das Relações de Consumo, e tem como por objetivo a garantia do acesso à justiça, além de reforçar a defesa dos direitos dos consumidores, e impor a educação para o consumo e obrigações e deveres aos *sites* para que possam propiciar informações claras e discriminadas sobre o serviço, produto e principalmente sobre o fornecedor, visto que, em consoante com o CDC, se torna obrigatório informar entre dados de contato, endereço eletrônico para que os consumidores possam enviar suas reclamações ou solicitações, além de conter de maneira explícita o nome empresarial, endereço físico e número de CNPJ, CPF do fornecedor. Vale destacar também que Gonçalves<sup>8</sup> afirma que:

8 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – responsabilidade civil*. 15.ed. Saraiva, 2020. p. 113-4.

Se as informações transmitidas são incompletas ou obscuras, prevalece a condição mais benéfica ao consumidor (CDC, arts. 30 e 47). E, se não forem verdadeiras, configura-se vício de fornecimento, sendo que a disparidade entre a realidade do produto ou serviço e as indicações constantes da mensagem publicitária, na forma dos arts. 18 e 20 do mencionado Código, caracteriza vício de qualidade.” Além disso, “Podem ser destacadas as que exigem informações claras e precisas do produto, em português, sobre o preço, qualidade, garantia, prazos de validade, origem e eventuais riscos à saúde ou segurança do consumidor (art. 31), e as que se referem à necessidade de identificação dos fabricantes pelo nome e endereço (art. 33).”

O fornecedor terá ainda como obrigação entregar um orçamento prévio ao consumidor com valor de mão-de-obra, materiais, equipamentos, bem como discriminar as formas de pagamento, dispondo ainda sobre a data de início e término dos serviços, conforme consta o artigo 40 do CDC. Há também que frisar que, em casos de o fornecedor infringir as normas de defesa do consumidor, os mesmos ficam sujeitos às sanções administrativas, em consoante com o artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor.

Em se tratando dos direitos do consumidor, mesmo nas relações virtuais, deverão exigir que se cumpra o que foi ofertado e compactuado no momento da compra, além de que possam aceitar um produto equivalente ao que foi solicitado, ou até mesmo pedir para que haja o abatimento proporcional do preço, ou a reexecução do serviço, e quando não satisfeito, poderá cancelar a compra e exigir a devolução dos valores integrais, no quais são direitos tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor. Vale ressaltar ainda que em relação às responsabilidades do fornecedor dispostas, e já citadas no decorrer deste artigo, poderá ainda o consumidor exigir as perdas e danos, podendo exercer em juízo a defesa dos seus interesses e direitos.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a proteção do consumidor aparada por Resolução da ONU, Decretos-Leis, Lei própria, entendimentos do STJ e principalmente pela [Constituição Federal](#), conclui-se que o Direito do Consumidor possui densidade normativa de Direito Humano Fundamental, pois de caráter constitucional e de direito internacional, sendo objeto de lei própria e decretos. Portanto devem ser respeitados, valorizados, reconhecidos e tratados com igualdade e equilíbrio, pois trata de garantia à dignidade de uma pessoa vulnerável em uma relação de consumo, seja física ou virtual.

Verificou-se que o comércio eletrônico teve/tem grande importância durante a pandemia da Covid-19, visto que além de viabilizar a movimentação da economia do país no tempo em que a população está em isolamento social, trouxe aos consumidores o conforto de comprar em casa, além de manter postos de trabalhos e gerar novos empregos para atender a demanda do mercado virtual.

Não obstante, como toda relação de consumo tem seus impasses, não seria diferente no meio digital. Práticas abusivas, preços elevados, produtos falsificados, falta de assistência, produtos e serviços com vícios, e vários outros problemas, atingem os consumidores principalmente diante do Covid-19.

Apesar do próprio CDC “afastar” a responsabilidade do fornecedor em casos de fortuito externo, no caso a pandemia do Covid-19, deve-se sobressair a ideia de que ele ainda sim é responsável pelos inúmeros casos de abusos e pela falta de assistência e cuidado com o consumidor, que está vulnerável, e que baseia em uma relação de confiança com o fornecedor, principalmente por se tratar de uma venda virtual. Deve haver por parte deste, a boa-fé objetiva, devendo ser responsável, objetivamente, como dispõe o CDC e outros Decretos, pelos danos causados ao consumidor.

O Procon de São Paulo (2020) ainda sugere que os consumidores tenham preferência para converter os serviços contratados, quando houver algum impedimento de realizá-lo, para que possa ser realizado em momento posterior, sem que o fornecedor o penalize ou cobre algo a mais por alterar o serviço. Outra sugestão do órgão seria que depois de encerrada a pandemia, o consumidor terá o direito de escolha, por 12 meses, de reagendar o serviço contratado, substituir o produto por outro, e até mesmo substituir o serviço, proporcional a utilização de crédito para ser usado na mesma empresa que fora contratada.

Além disso, é dever do fornecedor em zelar pelo comprometimento, e não medir esforços para cumprir com o que foi pactuado na relação de consumo, como também, deverá o fornecedor assegurar ao consumidor meios de comunicação e assistência, seja por e-mail, autoatendimento virtual ou até mesmo via telefone, para que possam informar tudo quanto for necessário ao consumidor, do produto e do serviço por ele ofertado. Incumbe ao fornecedor, dispor de informações claras, adequadas, especialmente nos anúncios ofertados pela internet. São condutas que se forem tomadas, não lesará o consumidor e evitará ao fornecedor de ser responsabilizado.

Em se tratando dos vícios dos produtos ou serviços, o prazo para troca é de 30 dias conforme o CDC, mas ainda as partes podem convencionar até 180 dias para que seja resolvido o problema em questão. No que se refere ao atraso nas entregas, o fornecedor deverá expor todos os possíveis e eventuais incidentes ao consumidor, com alternativas de solução para todas as situações, para que não lesem o consumidor. Por isso a importância de frisar a disponibilidade dos meios de comunicação e de assistência por parte do fornecedor, pois é neste momento em que as partes irão negociar e buscar o consenso para a solução dos problemas.

Depreende-se, portanto que não há como eximir a responsabilidade do fornecedor, principalmente no meio virtual, por se trata de uma relação de confiança do consumidor para com o fornecedor. Apesar da responsabilidade objetiva do fornecedor, em tempos de pandemia, deve propor ao consumidor alternativas para resolver todos os problemas em questão, visando um equilíbrio nas relações de consumo no contexto atual.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Daniela Ferreira Dias. **O direito do consumidor e a efetivação do princípio da dignidade humana**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8baf3a74f2ae5c8d#:~:text=O%20C%C3%B3digo%20de%20Defesa%20do%20Consumidor%20se%20mostra%20corol%C3%A1rio%20com,o%20acesso%20com%20qualidade%20e>. Acesso em: 30 set. 2020.

BENTO, Rafael Tedrus; ALMEIDA, Camila Eduarda M. de As relações de consumo e o Covid-19. **Migalhas**, 31 mar. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/323082/as-relacoes-de-consumo-e-o-Covid-19>. Acesso em: 21 nov. 2021.

- BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4. ed. Saraiva, 1990.
- BRASIL. **Decreto Nº 10.271, de 6 de março de 2020**. Dispõe sobre a execução da Resolução GMC nº 37/19, de 15 de julho de 2019, do Grupo Mercado Comum, que dispõe sobre a proteção dos consumidores nas operações de comércio eletrônico. Brasília: Secretaria-Geral, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10271.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10271.htm). Acesso em: 01 ago. 2020.
- BRASIL. **Legislação Brasileira de Proteção e Defesa do Consumidor**. [recurso eletrônico]: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, e legislação correlata. – 8. ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 21 nov. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, [1990]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 27 ago. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT). **Nas relações de consumo, a responsabilidade do fornecedor é, em regra, objetiva?** 14 set. 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-perguntas/onus-da-prova-direito-do-consumidor/responsabilidade-civil/nas-relacoes-de-consumo-a-responsabilidade-do-fornecedor-e-objetiva-fundada-na-teoria-do-risco-do-negocio-atividade>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- CASTRO, Bárbara Carneiro Paolinelli; MALTA, Marcela de Vasconcellos; HENRIQUES FILHO, Tarcísio. A proteção do consumidor no âmbito internacional. **Jus.com.br**, dez. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62654/a-protexao-do-consumidor-no-ambito-internacional/2>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- CLIMBA COMMERCE. **Conheça os 8 principais tipos de e-commerce em operação no mercado**. [2019?]. Disponível em: <https://www.climba.com.br/blog/conheca-os-8-principais-tipos-de-e-commerce-em-operacao-no-mercado/>. Acesso em: 29set.2020
- EXAME. **Como o comércio eletrônico cresceu – e mudou – no meio da pandemia**. 09 abr. 2020. Disponível em: <https://exame.com/negocios/como-o-comercio-eletronico-cresceu-e-mudou-no-meio-da-pandemia/>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- FERREIRA, Michel. O direito do consumidor nas compras on-line em tempos de pandemia. **Jus.com.br**, jun. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82835/o-direito-do-consumidor-nas-compras-on-line-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – responsabilidade civil**. 15.ed. Saraiva, 2020.
- GRAÇA, Victor; SENTO, Larissa. O impacto da Covid-19 na responsabilidade civil das relações de consumo. **ConJur: Consultor Jurídico**, 12 abr. 2020. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-abr-12/graca-sento-impacto-Covid-19-relacoes-consumo?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=twitter](https://www.conjur.com.br/2020-abr-12/graca-sento-impacto-Covid-19-relacoes-consumo?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter). Acesso em: 21 nov. 2021.
- HOGEMANN, Edna Raquel. danos morais e direitos da personalidade: uma questão de dignidade. In: *KLEVENHUSEN, Renata Braga (org.). Direito público e evolução social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- IMMAKERS. **O sucesso no comércio eletrônico durante a pandemia no Brasil**. Disponível em: <http://immakers.com/o-sucesso-no-comercio-eletronico-durante-a-pandemia-no-brasil/>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 1991.
- LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. Dignidade do consumidor e direitos da personalidade. **ConJur: Consultor Jurídico**, 20 jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-20/eujecio-coutrim-dignidade-consumidor-direitos-personalidade>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- MARTUCCI, Rodrigo. **Covid-19: o impacto da pandemia no comportamento de compra online**. E-Commerce Brasil, 4 ago. 2020. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/Covid-19-o-impacto-da-pandemia-no-comportamento-de-compra-online/>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Metodologia da pesquisa no direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MOREIRA, Paulo. Comércio eletrônico: antes e depois da pandemia do coronavírus. **E-Commerce Brasil**, 13 abr. 2020. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/comercio-eletronico-antes-e-depois-da-pandemia-do-coronavirus/>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- OLIVEIRA FILHO, Walberto L.; OLIVEIRA, Fernanda Regina Negro de. Relação de consumo no comércio eletrônico em tempos de pandemia. **Migalhas**, 30 abr. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/325925/relacao-de-consumo-no-comercio-eletronico-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- PEIXOTO, Rodney de Castro. **Comércio eletrônico e suas categorias**. Disponível em: <http://jjsis.50webs.com/categorias.html>. Acesso em: 29 set.2020.
- PINTO, Amanda Pereira. O comércio eletrônico nas relações de consumo a luz do código de defesa do consumidor. **Farelos Jurídicos**, 29 jun. 2020. Disponível em: <http://farelosjuridicos.com.br/colunistas/blog/o-com%C3%A9rcio-eletr%C3%B4nico-nas-rela%C3%A7%C3%B5es-de-consumo-luz-do-c%C3%B3digo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 21 nov. 2021.

REDAÇÃO E-COMMERCE BRASIL. **Comércio eletrônico**: pequenos negócios conseguem sobreviver em meio à pandemia. 8 jul. 2020. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/coronavirus-comercio-eletronico-pequenos-negocios-conseguem-sobreviver-em-meio-a-pandemia/>. Acesso em: 21 nov. 2021.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Vinícius Medeiros Rossi da; ALMEIDA, Camila Eduarda M. de. Combate a venda de produtos falsificados em plataformas eletrônicas pelo aumento em razão da pandemia. **Migalhas**, 1 jul. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/329966/combate-a-venda-de-produtos-falsificados-em-plataformas-eletronicas-pelo-aumento-em-razao-da-pandemia>. Acesso em: 21 nov. 2021.

TERRA. **Crescimento do comércio eletrônico durante a pandemia**. 3 ago. 2020. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/dino/crescimento-do-comercio-eletronico-durante-a-pandemia,f253ad7083452d8bc1b3756445273d83k9g0xyhv.html>. Acesso em: 21 nov. 2021.

ULHÔA, Fabio. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2006. *E-book*.

ZARONI, Bruno Marzullo; PEREIRA, Laura Graner. Mitigação da responsabilidade do fornecedor pelo atraso na entrega de mercadorias em tempos de pandemia. Vernalha Pereira, 15 maio 2020. Disponível em: <https://vernalhapereira.com.br/mitigacao-da-responsabilidade-do-fornecedor-pelo-atraso-na-entrega-de-mercadorias-em-tempos-de-pandemia/>. Acesso em: 21 nov. 2021.

# CAPÍTULO 7

## O DIREITO À INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A QUESTÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE DAS MULHERES NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti

Juliana Leandra Maria Nakamura Guillen Desgualdo

### INTRODUÇÃO

O primado da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da república, conforme estabelece o art. 1º, III, da [Constituição Federal](#)<sup>1</sup>. De modo simplista, poder-se dizer que a dignidade é o alicerce dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna, porém, a noção de dignidade remonta aspectos histórico-filosóficos que merecem abordagem.

No mundo antigo, a ideia de dignidade (*dignitas*) era de cunho político, antropológico, inerente à natureza humana, porém, restrita aos homens livres, com um viés público, voltado a atributos exteriores e comportamentais que permitiam a inserção em determinados círculos sociais e o reconhecimento de méritos e virtudes (RIDOLA, 2014, p. 24).

A “democratização” da dignidade, no entanto, teve seu marco inicial na tradição cristã, com a superação do aspecto exterior, passando-se a entendê-la na perspectiva de igualdade entre homens, como qualidade inata, e não como conquista, conforme a doutrina de Santo Agostinho, deixando de ser apenas vinculada à honra, como atributo reconhecido. Em São Tomás de Aquino, a individualidade é substância concreta dotada de dignidade.

Na modernidade, especialmente com o pensamento humanista, a dignidade se afirmou em Kant (2003), não mais sob o prisma político ou religioso, mas antropológico, verdadeiro valor intrínseco e absoluto, no plano racional e abstrato e, como tal, suscetível de ser fundamento de imperativo categórico, ou seja, um preceito moral a ser seguido de forma inquestionável.

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

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a **dignidade da pessoa humana**;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; ([Vide Lei nº 13.874, de 2019](#))

V – o pluralismo político.

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

Se pela dignidade da pessoa humana preceitua-se que todo ser racional é dotado deste atributo, existindo por si só e não podendo ser utilizado como meio para quaisquer finalidades, fica claro o respeito necessário e recíproco daí decorrente. Trata-se de um elemento imaterial e universal, que abriu caminho para sua inserção em diplomas jurídicos mundo afora.

A dignidade afigura-se como condição para a igualdade e, a despeito da diretriz igualitária que permeia a [Constituição Federal de 1988](#), alguns pontos merecem atenção.

É histórico o tratamento desigual conferido a homens e mulheres, apesar de todos os movimentos sociais que se verificam, especialmente, desde a Revolução Sexual.

Historicamente, à mulher cabia cuidar da casa e dos filhos. Ao homem, cabia prover o sustento da família. O período das grandes guerras mundiais mudou esse aspecto. Com os homens nos campos de guerra, as mulheres ocuparam vagas no mercado de trabalho, especialmente na indústria bélica e passaram a integrar o mercado, sujeitando-se a baixos salários e tratamento desigual.

Com a Revolução Sexual e as modificações no perfil das famílias, as mulheres buscaram sua independência e liberdade, bem como o direito de serem tratadas em igualdade de condições.

Apesar desse movimento, a tradição familiar patriarcal se manteve forte e, mesmo no Século XXI, ainda é regra em vários países mundo afora. Um exemplo que se verifica no Brasil é o da possibilidade de divórcio somente a partir de 1977. Até então, não havia divórcio no país (existia separação, desquite, mas não divórcio). E a regra era de que a mulher passava a usar o nome de família do marido.

Apesar de todos os movimentos sociais e mudanças verificadas quanto a presença da mulher cada vez mais inserida no mercado de trabalho, ainda hoje, a maioria dos cargos de alto escalão nas empresas e na política ainda é ocupada por homens. Note-se que os salários pagos às mulheres ainda são inferiores aos salários pagos aos homens. Isto acontece não só no Brasil, mas em outros países do mundo. O movimento *Time's up*<sup>2</sup>, por exemplo, denunciou a desigualdade de salários na indústria do cinema.

Em 2020, o Movimento de Libertação das Mulheres, iniciado na França, completou 50 anos e, ainda em plena pandemia da Covid-19, as desigualdades parecem ter ficado mais contundentes pela sobrecarga decorrente do trabalho em *home office*, o cuidado e acompanhamento dos estudos dos filhos à distância e as tarefas domésticas.

A atual sociedade é pautada na informação e no conhecimento, a chamada sociedade da informação. O conhecimento científico atual, por meio das Tecnologias do Conhecimento e da Informação (TIC's), nos permite divulgar informações quase em tempo real, o que, de certa forma, ajuda a impulsionar movimentos globais,

2 O movimento *Time's up* se difundiu mundo afora tendo por inspiração a *hashtag* #MeToo, esta, com vistas a combater a violência sexual. Em janeiro de 2018, diversas celebridades femininas de Hollywood denunciaram o produtor Harvey Weinstein por estupro e outras agressões praticadas contra mulheres, e que acabou por jogar luz sobre as desigualdades, o assédio e o abuso na indústria do cinema norte-americano. Harvey Weinstein foi condenado a 23 anos de prisão em fevereiro de 2020. Já o movimento #MeToo tem por um de seus objetivos a promoção de superação de episódios de violência vividos por mulheres.



apresentando ao mundo possibilidades de discussões mais amplas, marcando a sociedade com a divulgação de questões, como a mencionada acima, a da indústria do cinema, que nos fazem refletir que este não é uma questão pontual, mas sim global. A mulher ainda tem a necessidade de se fazer presente, ainda precisa mostrar a sua condição de cidadã, sujeito de direitos.

Importa dizer que a sociedade da informação é um modelo no qual a informação adquire o status de produto. Se se pensar em termos de modelos sociais, até a Revolução Industrial, a sociedade possuía um modelo agrícola. Com a Revolução Industrial, a economia passou a girar em torno das manufaturas. Houve êxodo rural e as cidades passaram a ser ocupadas não só como centros de trocas, mas também para habitação.

Desde o advento da Revolução Industrial, a cada intervalo menor de tempo a população mundial dobra seu tamanho. Até o início do Século XX, por exemplo, a Cidade de São Paulo possuía cerca de 100 mil habitantes. Hoje, são mais de 12 milhões de habitantes. E, por certo, o crescimento das cidades está, em muito, atrelada ao desenvolvimento da tecnologia.

Contudo, com o surgimento de grandes cidades e centros urbanos, violações de direitos passam, não só a ser mais frequentes, mas também, mais visíveis.

Com a internet, a fluidez da informação aumentou e a instantaneidade da comunicação conectou as pessoas ao redor do mundo. É nessa medida que movimentos como o *Time's up* assumem proporções globais. A denúncia contra a desigualdade e o assédio ganharam voz. Na sociedade da informação, nada se esconde. Tudo está à mostra. Veja-se a importância das redes sociais, tal como o Facebook, envolvido na suposta violação à privacidade, com vazamento de dados de mais de 50 milhões de usuários à [Cambridge Analytica](#)<sup>3</sup> por ocasião da eleição norte-americana que resultou na vitória de Donald Trump<sup>4</sup>.

Os direitos fundamentais (numa perspectiva constitucional), os direitos da personalidade (numa perspectiva individual privada) e os direitos humanos se fundam na dignidade da pessoa humana, que se desenvolve tal como se a tem hoje, desde Kant (2003), filósofo do século XVIII, que concebeu a ideia de que o homem é um fim em si mesmo; não pode ser utilizado como instrumento. O homem é dotado de valor. O homem deve ter reconhecido seu direito à dignidade. A filosofia de Kant (2003) é uma das mais destacadas mundo afora até os dias de hoje, especialmente diante da necessidade de se conferir reconhecimento à pessoa humana.

As desigualdades seguem existindo, seja em relação a homens e mulheres, seja em relação ao gênero. Nesse sentido, a internet é capaz de “jogar luz” e colocar sob foco situações envolvendo assédio, discriminação, dentre outras condutas que merecem repúdio numa sociedade dita igualitária.

3 Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridade. **BBC News Brasil**, 20 mar. 2028. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43461751>. Acesso em: 07 jan. 2021.

4 O presidente norte-americano perdeu a eleição de 2020 para o candidato democrata, Joe Biden, que tem como vice-presidente a primeira mulher eleita na história do país, Kamala Harris.

Neste sentido, o presente artigo tem como objetivo principal tratar da concepção moderna de dignidade da pessoa humana, tendo como fundo a sociedade da informação, para que se possa traçar uma ponte entre o direito à informação como mecanismo para o exercício adequado da autonomia da vontade, como forma de efetivação dos direitos das mulheres em busca da igualdade e dignidade.

## 1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No Brasil, os direitos e garantias fundamentais estão inscritos na [Constituição Federal de 1988](#), em especial nos artigos 5º e 6º. Importante ressaltar que os direitos fundamentais compreendem uma categoria de direitos que tem a finalidade precípua proteger a dignidade humana (*die Menschenwürde*) e para tanto, resguarda os direitos do homem (indivíduo) em relação à sua liberdade, necessidades e a própria preservação. Em sendo assim, nota-se que os direitos fundamentais são marcados pela universalidade, já que inerentes à condição humana, sem que com isso se abandone as características peculiares de cada povo ou grupo social (CAVALCANTI, 2020. p. 23).

Sabe-se que os direitos fundamentais possuem, como ponto de partida e principal embasamento, a dignidade humana. Portanto, é indissociável o estudo da dignidade da pessoa humana ao dos direitos fundamentais. Assim, a defesa e respeito à dignidade humana deve ser a meta permanente da humanidade e, por consequência, do Estado de Direito.

A ideia da dignidade como valor intrínseco do ser humano, data de tempos antigos, principalmente com a força da doutrina cristã. Mas foi com o pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII que a concepção da dignidade começou a ser, ainda que timidamente, explorada. Tal movimento cristão resultou na elaboração do conceito de igualdade e liberdade como direitos subjetivos (SARMENTO, 2020, p. 30).

Emmanuel Kant (2003, p. 134) encarou a dignidade como atributo da natureza racional do homem. A filosofia Kantiana mostra que o homem, como ser racional, existe como fim em si e não simplesmente como meio, enquanto os seres desprovidos de razão, têm um valor relativo e condicionado, o de meios. Ainda de acordo com Kant, no reino dos fins tudo tem um “preço” ou uma “dignidade”, sendo que, aquilo que tem “preço” pode ser substituído por outra coisa equivalente, por outro lado, aquilo que não pode ser substituído, tem “dignidade”. Sendo assim, seguindo-se a filosofia Kantiana, a “dignidade” é atributo intrínseco ou da essência da pessoa humana, único ser dotado de “dignidade”. Nas palavras de José Afonso da Silva (1998, p. 91), ao explicar a posição de Kant, “a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano”.

Neste ponto da evolução histórica estamos diante do termo “dignidade” (*Würde*) como conceito ético, mas ainda não jurídico, que se enche com o sentido de “honra” e que é decorrente da *dignitas* romana.

O fato é que a *dignidade da pessoa humana*, como princípio, que estudamos na seara do direito hoje, é uma decorrência do que antes já existia e que recebia o nome apenas de “dignidade” (NOVAIS, 2016, p. 31),

mas que se diferencia daquela, na medida em que a *dignidade da pessoa humana*, é um valor inerente à condição humana, tido como princípio jurídico intangível, universal e que busca a igualdade de condições, nas palavras de Jorge Reis Novais (2016, p. 33), “igual dignidade”.

Seguindo-se a evolução histórica, no âmbito jurídico, o uso da expressão “dignidade da pessoa humana”, segundo Junqueira Azevedo Júnior (2002, p. 01) “é fato histórico recente”. Apesar de já existir o conceito religioso, ético e filosófico de “dignidade” anteriormente, juridicamente a verbalização da expressão *dignidade da pessoa humana*, apenas aparece em tempos mais modernos. Principalmente, após a Declaração Universal da ONU de 1948, momento em que o termo passa a ser utilizado em documentos de direito internacional de direitos humanos e nas constituições nacionais.

Note-se que, apenas após a Segunda Guerra Mundial o valor da dignidade humana passou a ser reconhecido expressamente em quase todas as Constituições dos Estados de Direito organizados como um princípio fundamental e fundante do Estado de Direito (como as Constituições Alemã, Espanhola, Grega, Irlandesa, Portuguesa, Italiana, Belga, Brasileira e Paraguaia, dentre outras).

Contudo, dizer que somente o homem tem dignidade mostra-se, atualmente, uma tese falível e que, portanto, pode ser questionada. Não há dúvidas de que o homem por ser racional se coloca em destaque, mas não podemos esquecer dos demais seres vivos e que por estarem vivos também possuem dignidade. Tanto é assim que o meio ambiente saudável e equilibrado é considerado valor fundamental de toda humanidade. Portanto, importa para a dignidade humana não só a sua própria defesa e preservação, mas também de todas as formas de vida, que sem dúvida nos levará a uma vida humana digna. Assim, apesar da dificuldade em encarar a dignidade como um valor não só atribuído ao homem, ao estudarmos a dignidade humana, na maioria das vezes, nos deparamos com a dignidade da vida de uma forma geral, uma vez que o ser humano é o grande responsável pelas modificações do seu habitat natural. Tanto é assim que já se fala numa divisão terminológica, de um lado a dignidade humana e de outro, a dignidade (no seu aspecto geral) como valor mais amplo.

Em assim sendo, é possível afirmar que por ser qualidade intrínseca da pessoa humana, a dignidade é valor irrenunciável, inalienável e indisponível, não podendo ser dissociada da própria condição humana, portanto, não existe dignidade apenas como valor reconhecido pelo direito. Logicamente que o direito é importante para delinear este valor e atribuir sanções para sua violação, mas a dignidade é inerente a toda e qualquer pessoa humana, trata-se de um valor humano, da própria existência. Tanto é assim, que mesmo aqueles que cometem atos ilícitos têm assegurada a sua dignidade e merecem ser tratados com comportamento digno e igual em relação aos direitos aplicáveis.<sup>5</sup>

O direito brasileiro trata do reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana em seu texto constitucional de 1988 (artigo 1º, III) como um princípio constitucional fundamental e geral do próprio Estado. Ou

5 O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948) determina que todo ser humano nasce livre igual em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.

seja, é valor supremo e fundante de toda ordem jurídica, social e política do nosso País, colocando tal valor acima de todo e qualquer direito (SARLET, 2001, p. 61), incluindo os chamados direitos fundamentais e garantias individuais, bem como os chamados direitos da personalidade.

Ainda neste sentido José Afonso da Silva (1998, p. 92) salienta que:

a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. ‘Concebido como referência unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-se a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais.’ Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos, existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da ,dignidade da pessoa humana.

Nota-se ainda a importância do texto de José Afonso da Silva (1998, p. 93) acima citado, quando se retira lições como a de que a dignidade deve ser encarada como um valor supremo que permite, dentre outras coisas, a realização dos direitos fundamentais do homem (em todas as suas dimensões) ou que a dignidade acompanha o indivíduo até a sua morte, como um valor a ele inerente. Observa ainda o mencionado autor que, a dignidade não estará assegurada se houver discriminação, humilhação ou depreciação do sujeito. E, para que a dignidade seja plena, é necessária a observância da autonomia (liberdade). Um sistema de desigualdades, constitui desrespeito à dignidade da pessoa humana e é, neste aspecto, que a presente pesquisa se fundamenta.

## **2 O DIREITO À INFORMAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

Importante frisar que o direito à informação como direito fundamental vem destacado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 19) *todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.*

Além disso, a informação é direito fundamental do ser humano e pedra angular da cidadania no direito brasileiro. O direito à informação abrange, de acordo com a [Constituição Federal de 1988](#) (art. 5º, IV, XIV e XXXIII), o direito de informar, direito de se informar e direito de ser informado. E, diante da sociedade informatizada atual, verifica-se a real importância da informação na efetivação dos direitos.

José Afonso da Silva (2005, p. 252) ao tratar do direito à informação ressalta que o direito à informação tem caráter coletivo e individual, segundo a [Constituição Federal](#), posto que ela ressalta que é *assegurado a todos o direito de informação* (art. 5º XIV) mas também o direito individual da manifestação de opinião, ideias

e pensamento (art. 5º IV), além do art. 5º XXXIV da Constituição Federal que declara que *todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível a segurança da sociedade e do Estado*.

Para Paulo Bonavides (2015, p. 586), o direito à informação pertence à quarta geração (ou dimensão), com vistas a institucionalização do Estado social e a globalização dos direitos fundamentais.

Há que se distinguir a liberdade de informar, plasmada no inciso IV do art. 5º da [Constituição](#), do direito de se informar (art. 5º, XIV CF) e o direito de ser informado<sup>6</sup>. Enquanto a liberdade de informar diz respeito à manifestação do pensamento, o direito de se informar passa pelo crivo da vontade, da autonomia do destinatário da informação.

O direito de informar, por suas próprias características, está sujeito a consequências jurídicas, de tal sorte que é vedado o anonimato e o autor responde por eventuais danos que cause<sup>7</sup>.

O direito de se informar (direito à informação, no sentido mais restrito) possui, em seu conteúdo, não só o acesso à informação, como o direito de *não* se informar, prerrogativa da pessoa, dentro da esfera de suas liberdades pessoais. A informação deve estar disponível, seja por vedação à censura, seja por força do disposto no inciso XXXIV do art. 5º da CF –, mas isso não significa que a pessoa seja obrigada a consumir a informação. Em determinados casos, há obrigatoriedade em sua prestação. É o que ocorre, por exemplo, quanto às políticas de privacidade em sites, recentemente adequadas para atendimento da [Lei Geral de Proteção de Dados](#)<sup>8</sup>. Outra hipótese de disponibilidade da informação, de forma obrigatória, observa-se a partir dos princípios que regem as relações de consumo, com ampla difusão de informação.

Porém, se de um lado a informação deve estar disponível, de outro, o destinatário tem o direito a não ser informado, tal como ocorre em pacientes que não desejam conhecer o resultado diagnóstico de seus exames clínicos, preferindo que a informação seja dada a procurador em seu nome. Mas, esta é uma questão que merece um estudo a parte.

Pensando na construção do conhecimento e sua democratização, o ideal seria processar as informações disponíveis, até mesmo para não se deixar influenciar pela desinformação que circula, sem freios, nas redes sociais,

Buscando-se o significado de informação De Plácido e Silva (2005, p. 739) a define como:

6 Líliliana Minardi Paesani já defendeu que a liberdade de informação é “a mãe de dois direitos: de informar e de ser informado”. In: PAESANI, Líliliana Minardi. **Direito e internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 21-22.

7 O inciso X do art. 5º da Constituição Federal já prevê o direito à indenização por dano material e/ou moral decorrente de violação à intimidade, a honra, imagem e vida privada da pessoa. A Súmula 221 do STJ, por sua vez, estabelece que “são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”.

8 Lei 13709/2018, com alterações posteriores pela Lei 13853/2019.

Do latim *infirmatio*, de *informare* (instruir, esboçar, dar forma), é o vocábulo tido, geralmente, no sentido de notícia, comunicação, pesquisa ou exame, acerca de certos fatos, que se tenham verificado e para sua confirmação ou elucidação. E, neste aspecto, equivale a conhecimento e cognição.

Costuma-se dizer que “*informação é poder*”. Analisando o desenvolvimento da sociedade, desde a Idade Média até seu atual modelo econômico, a hipótese se confirma. A informação era objeto de monopólio nas estruturas medievais, permitindo a condução e ingerência na vida das pessoas, não como causa direta, mas a ela relacionada. Com o surgimento da prensa, criada por Gutenberg, tornou-se possível a disseminação de informação em grande escala, abrindo espaço para o que se conhece como comunicação em massa, iniciada com jornais, passando pelo rádio, televisão e, hoje, internet.

Armand Mattelart (2002, p. 11) identifica a Revolução Francesa como início do período no qual a informação se torna elemento do sistema de produção. No Século das Luzes, o discurso era de busca da perfeição, alcançada pela matemática. Os números não mentem. A filosofia do alemão Leibniz trouxe a concepção de algoritmo, “*seqüência ordenada de operações elementares extraídas de um repertório finito de operações executáveis em um tempo dado*” (MATTELART, 2002, p. 12), essencial na automação do tratamento da informação, permitindo sua universalidade e promovendo *a igualdade* entre as pessoas. Leibniz (1646-1716) buscou, em seu tempo, a unificação dos povos, mas, para isso, seria necessária uma linguagem universal: a matemática.

Cresceram as redes comunicacionais e se estabeleceu uma ordem planetária a que McLuhan denominou *aldeia global*.

Informação não significa, necessariamente, conhecimento. Contudo, a informação adequada e verdadeira é a matéria-prima para o conhecimento. Uma pessoa só adquire conhecimento, a partir do momento que consegue compreender a informação recebida e consegue emitir um juízo de valor sobre ela. De nada adianta o indivíduo receber informações que não consegue compreender, que não consegue decodificar.

Neste sentido, podemos lançar mão das palavras de Manuel Castells (2013, p. 83) quando ressalta o conhecimento como “um conjunto de declarações organizadas sobre fatos ou ideias, apresentando um julgamento ponderado ou resultado experimental que é transmitido a outros por intermédio de algum meio de comunicação, de alguma forma sistemática.”

De outro lado, Tercio Sampaio Ferraz Jr (2014, p. 31) muito bem ressalta que, apesar da importância da promoção e divulgação do conhecimento tecnológico, com vistas à universalização do acesso à nova informação, observam-se impactos na esfera dos direitos subjetivos. E, a este propósito, considerando a informação privada e a necessidade de proteção da privacidade, a atual Lei Geral de Proteção de Dados brasileira ([Lei 13.709/2018](#)) prevê, já no seu art. 1º, o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, bem como o controle dos dados pelo seu

próprio titular (art. 5º, XII). Neste aspecto, o Enunciado 404 do Conselho da Justiça Federal, da V Jornada de Direito Civil<sup>9</sup> estabelece que:

a tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.

Assim, a informação pode ser conceituada, juridicamente, como a estruturação de dados, ou seja, é a matéria prima para o conhecimento que, por sua vez, é a informação processada e transformada em experiência pelo indivíduo (SANCHES; CAVALCANTI, 2018, p. 454). Portanto, nem toda informação gera conhecimento. Este, inclusive é um dos grandes problemas surgidos com o advento das redes sociais, que muitas vezes, emitem informações falsas ou sem contextualização adequada, levando o indivíduo, em algumas situações, a erro.

Em que pese esta questão negativa, não se pode deixar de dizer que a informação facilitada permite, também, que as pessoas possam conhecer mais sobre seus direitos e, inclusive, descortinar as violações deles, de forma mais simples e talvez, menos traumática.

A informação adequada possibilita ao indivíduo a prática da opção consciente, posto que permite ao sujeito de direitos, formar sua consciência sobre determinado assunto, fazer sua opção com conhecimento, exercer sua autonomia e autodeterminação, assumindo, inclusive, responsabilidades.

Não há dúvidas de que a sociedade da informação permite destacar o papel da informação na vida dos cidadãos. A informação é, talvez, a principal ferramenta para o desenvolvimento social, político, econômico e humano (CASTELLS, 2013, p. 134-135).

### 3 A QUESTÃO DA IGUALDADE DE GÊNERO E OS OBJETIVOS PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS) DA ONU PARA 2030

No final da década de 1940, Simone de Beauvoir (1970) dizia que “*ninguém nasce mulher, mas torna-se mulher*”. A filósofa ficou conhecida pela defesa do feminismo. Naquela época, gênero servia como reflexão para o feminismo. Mais recentemente, Judith Butler se manifestou no sentido de que o gênero é uma produção social.

De qualquer forma, atualmente fala-se, mais do que nunca, na importância de se ressaltar a diversidade de gênero como mecanismo de se assegurar que **todos**, sem distinção, possam exercer seus direitos de forma igualitária e com dignidade, como muito bem ressalta a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH) da Organização das Nações Unidas (ONU), no seu artigo 1º com a seguinte redação: *Todos os seres*

9 <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/208>. Acesso em: 07 jan. 2021.

*humanos nascem livres e iguais em dignidades e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.*

Em setembro de 2015, representantes dos 193 Estados-membros da ONU se reuniram em Nova York e trabalharam para o reconhecimento da necessidade de o mundo aderir a políticas destinadas à erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, como o maior desafio global e como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável. Neste esforço conjunto, surgiu o documento “Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”. Neste documento, os países comprometeram-se a tomar medidas transformadoras para promover o desenvolvimento sustentável até o ano de 2030. Surgiu, assim, a chamada Agenda 2030<sup>10</sup>.

Tal Agenda se mostra como um plano de ação indicando 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), com metas para erradicar a pobreza e promover vida digna para todos.

Dentre os 17 ODS da Agenda 2030, consta a busca pela “Igualdade de Gênero” como ODS 5, com o intuito de promover, também, o empoderamento de mulheres e meninas. Daí a importância de se falar e tratar abertamente do assunto em todas as sociedades organizadas. A igualdade de gênero é sim, mecanismo imprescindível para a promoção da vida digna e saudável e instrumento essencial para o desenvolvimento sustentável proposto pela ONU.

Em 2019, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) publicou os Cadernos ODS<sup>11</sup>, para divulgar os estudos, pesquisas e ações promovidas pelo Brasil para atingir e garantir o cumprimento do ODS no território brasileiro.

O ODS 5 tem 9<sup>12</sup> metas indicadas para a obtenção da finalidade principal, qual seja, a igualdade de gênero e, dentre estas metas está a 5.b. *Aumentar o uso de tecnologias de base, em particular as tecnologias de informação e comunicação, para promover o empoderamento das mulheres*<sup>13</sup>.

Verifica-se, portanto, a preocupação da ONU com a questão do acesso à informação, em especial, às Tecnologias da Informação e Conhecimento (TICs) como instrumento catalizador de esforço para dirimir ou minimizar as diferenças entre homens e mulheres e o exercício dos seus direitos fundamentais.

10 <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel> Acesso em: 21 nov. 2021.

11 [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=34776](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34776). Acesso em: 07 jan. 2021.

12 São as seguintes metas do ODS 5: 5.c. Adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas, em todos os níveis. 5.b. Aumentar o uso de tecnologias de base, em particular as tecnologias de informação e comunicação para promover o empoderamento das mulheres. 5.a. empreender reformar para dar às mulheres direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso a propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, serviços financeiros, herança e os recursos naturais, de acordo com as leis nacionais. 5.6 Assegurar o acesso universal à saúde sexual e reprodutiva e os direitos reprodutivos, como acordado em conformidade com o programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e com a Plataforma de Ação de Pequim e os documentos resultantes de suas conferências de revisão. 5.5. Garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública. 5.4. Reconhecer e valorizar o trabalho de assistência e doméstico não remunerado, por meio da disponibilização de serviços públicos, infraestrutura e políticas de proteção social, bem como a promoção da responsabilidade compartilhada dentro do lar e da família, conforme os contextos nacionais. 5.3 Eliminar todas as práticas nocivas, como os casamentos prematuros, forçados e de crianças e mutilações genitais femininas. 5.2 Eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos. 5.1 Acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda parte.

13 [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/190905\\_cadernos\\_ODS\\_objetivo\\_5.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/190905_cadernos_ODS_objetivo_5.pdf). Acesso em: 07 jan. 2021.



O acesso à internet, tornou-se essencial para o exercício de direitos no cotidiano. Tal situação ficou ainda mais evidente por conta do isolamento social imposto pela pandemia do coronavírus (Covid-19) que assolou o mundo no início de 2020. O uso das tecnologias da informação possibilitou que pessoas pudessem trabalhar, estudar e exercer suas atividades de casa, por meio da rede de computadores. A internet, já não é mais um artigo de luxo, passou a ser essencial no dia a dia<sup>14</sup>. Mas para que o uso da internet seja adequado há que se ter em primeiro lugar, acesso a ela<sup>15</sup> e, em segundo lugar, informação e conhecimento sobre seu uso adequado. Na esteira do entendimento de Pierre Lévy (2010, *passim*), o direito de acesso é considerado um direito fundamental.

Segundo o IPEA, citando dados levantados pelo IBGE, em 2016, 79,5% das mulheres e 76,9% dos homens brasileiros tinham celular móvel no Brasil. Contudo, como já falado anteriormente, não basta ter acesso à tecnologia. Faz-se necessário ter conhecimento para operá-la. Neste aspecto, verifica-se um número muito maior de homens em cursos e profissões atreladas à ciência da computação, ciências matemáticas e tecnologias afins. Segundo dados do Censo da Educação Superior de 2016, foram efetivadas 91.790 matrículas no curso de ciência da computação, das quais apenas 10.384 de mulheres, indicando claramente a concentração masculina nessa área do conhecimento. Tal situação, impõe dificuldades às mulheres que pretendem seguir profissões nesta área, mostrando-se um claro desequilíbrio de possibilidades profissionais e um ambiente que pode ser mais hostil para as mulheres<sup>16</sup>.

Ainda segundo a pesquisa apresentada pelo IPEA<sup>17</sup> sobre o cumprimento no Brasil do ODS 5, apesar das mulheres serem maioria nos cursos superiores do país, no que diz respeito à continuidade de produtividade acadêmica e conhecimento científico, os homens têm melhor posição. Em 2015, por exemplo, apenas 36% das bolsas em produtividade (premiação pelo mérito acadêmico) CNPq foram destinadas a mulheres cientistas. Este é, certamente um desafio para o Brasil na busca pela igualdade de gênero e melhoraria na distribuição de conhecimento, possibilitando que as mulheres tenham condições de igualdade nas mais diversas áreas do conhecimento, poder, tomada de decisões e, também, igualdade em relação aos salários, rendimentos e cargos ocupados.

14 De acordo com cetic.br, 87% dos entrevistados pela pesquisa realizada em 2016 pela TIC Domicílios, afirmaram utilizar a internet todos os dias ou quase todos os dias. [https://cetic.br/media/analises/tic\\_domicilios\\_2016\\_coletiva\\_de\\_imprensa.pdf](https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2016_coletiva_de_imprensa.pdf). Acesso em: 07 jan. 2021.

15 De acordo com a cetic.br, em pesquisa publicada em 2020, 1 a cada 4 brasileiros ainda não tem acesso à internet. 47 milhões de brasileiros não são usuários e 134 milhões de brasileiros são usuários da internet no Brasil. [https://cetic.br/media/analises/tic\\_domicilios\\_2019\\_coletiva\\_imprensa.pdf](https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2019_coletiva_imprensa.pdf) Acesso em: 07 jan. 2021.

16 [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/190905\\_cadernos\\_ODS\\_objetivo\\_5.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/190905_cadernos_ODS_objetivo_5.pdf) Acesso em: 07 jan. 2021.

17 [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/190905\\_cadernos\\_ODS\\_objetivo\\_5.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/190905_cadernos_ODS_objetivo_5.pdf) Acesso em: 07 jan. 2021.

#### 4 A AUTONOMIA DA VONTADE DA MULHER COMO MECANISMO PARA A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Em que pese a existência de discussão doutrinária sobre o conceito de autonomia da vontade<sup>18</sup> e, especialmente, em relação à diferença entre “autonomia da vontade” e “autonomia privada”, utiliza-se aqui a nomenclatura “autonomia da vontade” como forma de “autogoverno”, autonomia existencial, ou seja, mecanismo que todo indivíduo tem para decidir sobre seus interesses, relações sociais e jurídicas.

Nesta direção é o entendimento de Perlingieri (2002, p. 17) ao ressaltar que não é uma operação simples definir autonomia privada, mas querendo-se tentar uma definição inicial, pode-se entender que a autonomia privada é o poder reconhecido por um ordenamento jurídico a um indivíduo ou grupo de pessoas de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos. Salienta ainda o autor que:

Na base desta concepção reside, frequentemente, de modo somente tendencial, a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento comum.

Nas palavras de Madaleno (2013, p. 91) “a autonomia privada se liga ao exercício pleno da liberdade da pessoa, corolário natural de sua dignidade humana e não fica apenas restrita à capacidade de estabelecer acordos eminentemente judiciais”.

No mesmo sentido, Fachin (2014, p. 39) defende que:

A autodeterminação das pessoas configura-se como elemento fundamental para a garantia de qualidade de vida. Autodeterminar-se não significa agir irresponsavelmente, mas sim, exercer as liberdades pessoais do modo mais amplo possível, seja produzindo escolhas, seja criando uma identidade própria ou mesmo tomando decisões quanto ao próprio corpo.

Portanto, a autonomia, como autogoverno, consiste na possibilidade de o indivíduo decidir questões sobre si mesmo, sua própria vida. A autonomia é, sem dúvida nenhuma, elemento formador da personalidade do indivíduo e, conseqüentemente, determinante para o exercício da sua dignidade (CAVALCANTI; BRITO, 2018, p. 17).

Neste ponto do presente estudo, levanta-se a preocupação com o exercício de direitos por parte das mulheres na sociedade contemporânea e informatizada. Tendo em vista a informação adequada, para que esta possa tomar suas decisões de forma autônoma e esclarecida.

Apesar de ser algo que acontece há muito tempo, verifica-se, atualmente, um crescente número de denúncias e notícias sobre violação aos direitos das mulheres. Não se diz que a sociedade da informação impulsionou

<sup>18</sup> Sobre o assunto indica-se a obras de Ana Prata. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra, Almedina, 2017. Bruno Torquato de Oliveira Naves. *O Direito pela perspectiva da autonomia privada*. Belo Horizonte, Arraes, 2014.

e fez aumentar os casos de violência por conta do gênero. Contudo, acredita-se que os meios de comunicação em massa, permitem que essas notícias tomem corpo e cada vez mais, mostrem uma realidade infeliz e antiga que teima em ainda existir, em que pese, a legislação vigente orientar sobre a igualdade, direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, dentre os movimentos sociais surgidos recentemente sobre esta temática, se sobressai o chamado *Time's up* (já citado anteriormente) que se encontra na pauta das transformações sociais, não só no Brasil, como no mundo. Tais movimentos e a recente eleição de Kamala Harris como a primeira vice-presidente mulher dos Estados Unidos da América, como exemplos, nos fazem acreditar que a informação tem um impacto positivo na mudança de paradigmas na sociedade contemporânea e informatizada.

É certo que a sociedade informatizada, líquida, em que a informação corre rapidamente entre os mais diversos ambientes e cantos do planeta, permite que a sociedade tenha conhecimento mais rápido das situações de desigualdades e desrespeito quanto à efetivação de direitos, mas não basta que a população tenha conhecimento dos fatos, é preciso que as pessoas que se encontrem em vulnerabilidades possam se sentir capazes o suficiente para exercer seus direitos com autonomia e conhecimento. Somente com autonomia o indivíduo pode tomar decisões de acordo com a lei, sua consciência, seus valores, suas vontades e até necessidades. Não há como se atingir a dignidade da pessoa humana sem o respeito à liberdade individual e à tomada de decisão consciente.

A informação adequada permite que o indivíduo tenha respaldo para buscar a efetivação dos seus direitos. E isso, é assegurar o respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Sem informação adequada, não é possível que o indivíduo lute pelos seus direitos e faça valer a lei posta e que deve ser cumprida. A autonomia da vontade é instrumento para o exercício da liberdade, que por sua vez, é essencial para a busca da igualdade não somente formal, mas também material (real). A informação é, igualmente, imprescindível para a mudança de paradigmas e de comportamento social. Somente com conhecimento a sociedade pode se transformar.

A Dignidade deve ser encarada como fundamento para a construção de uma sociedade melhor, mais humana, mas fraterna. Sem dignidade não há possibilidade de diminuir vulnerabilidades, desigualdades e discriminações. Sem autonomia não há liberdade e, conseqüentemente, igualdade.

Portanto, verifica-se que, sem informação adequada, sem conhecimento, não há, autonomia, liberdade, igualdade e, finalmente, dignidade. O Estado e a sociedade devem priorizar mecanismos e instrumentos para fazer com que a informação chegue a todos e que a coletividade possa evoluir de forma consciente e responsável. Para tanto, é preciso, que a informação verdadeira, clara e precisa, chegue a todos e daí a necessidade de se reconhecer o acesso adequado à internet e outros mecanismos capazes de gerar e distribuir informações, como direito fundamental. Na sociedade contemporânea, informação pode mudar comportamentos e salvar vidas.

## CONCLUSÕES

A dignidade da pessoa humana é valor fundante do Estado Democrático do Direito brasileiro ([Constituição Federal de 1988](#) art. 1º, III) e a igualdade de gênero é objetivo fundamental no Estado brasileiro demonstrado pelo art. 3º da Constituição Federal no seu inciso I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária e, no inciso IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, é razoável dizer que a desigualdade de gênero fere as regras fundamentais e basilares do Estado Democrático de Direito brasileiro e que se faz necessário divulgar, cada vez mais, quais são os direitos fundamentais reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro e, de que forma o indivíduo pode fazer valer seus direitos.

O direito à informação emerge como importante direito fundamental que garante não só o direito de informar, como de se informar e ser informado, e de forma adequada. Mais: a informação há de ter qualidade, de tal sorte que permita a construção do conhecimento a partir de seu processamento pela pessoa.

A sociedade informatizada pode e deve ser um instrumento valioso na busca pela efetivação de direitos, mas até mesmo neste aspecto, deve-se observar a importância de promover o acesso igualitário e universal ao conhecimento, para que, todos possam formar suas decisões com autonomia e consciência.

Conclui-se, portanto que a autonomia da vontade deve ser reconhecida como um instrumento para a efetivação da dignidade da pessoa humana e mitigação das desigualdades existentes, em especial quanto à identidade de gênero. A pessoa recebe a condição de ser sujeito de direito pelo fato de ser humano e vivo e não por conta do seu gênero. Já é tempo dessa vulnerabilidade derivada do gênero acabar!

## REFERÊNCIAS

- AZEVEDO JÚNIOR, Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 97, p. 107-125, mar./maio 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. 1. Fatos e Mitos. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**, volume 1: A sociedade em rede. Tradução Roneide Venancio Majer; atualização para a 6. ed. Jurssara Simões. São Paulo: Paz e Terra, 2013.
- CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti. Os direitos da personalidade na Sociedade da Informação: impactos das novas tecnologias. In: LISBOA, Roberto Senise (coord). **O Direito da Sociedade da Informação V**. São Paulo: Almedina, 2020.
- CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; BRITO, Gabriel Oliveira. A questão da identidade de gênero na sociedade contemporânea: respeito aos direitos da personalidade e autonomia da vontade. In: SCHWARTZ, Germano (org.). **A reflexividade jurídica dos novos movimentos sociais do século XXI no Rio Grande do Sul**. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2018.
- FACHIN, Edson. O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 39-65, jul./set 2014.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014.

- KANT, Immanuel (1724-1804). **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- LEVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução Carlos Irineu da Costa. 3. ed. São Paulo: 34, 2010.
- MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. São Paulo. Gen– Forense, 2013.
- MATTELART, Armand. **História da sociedade da informação**. 2. ed. Título original: Histoire de la Société de l'information. Tradução Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2002.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada**. Belo Horizonte. Arraes Editora, 2014.
- NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. Dignidade e Direitos fundamentais. v. 1. Coimbra: Almedina, 2016.
- PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro. Renovar. 2002.
- PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra. Almedina, 1982.
- RIDOLA, Paolo. **A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia**. Coord. e revisão técnica Ingo Wolfgang Sarlet. Tradução Carlos Luiz Strapazzon, Tula Wesendonck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- SANCHES, Samyra Haydeê Dal Farra Napolini; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti. Direito à saúde na sociedade da informação: a questão das fake news e seus impactos na vacinação. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 4, n. 53, p. 448-466, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum Editora, 2020.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.
- SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 212, p. 89-94, 1998.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo. Malheiros. 2005.

# CAPÍTULO 8

## O DIREITO À INFORMAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO<sup>1</sup>

Anna Carolina Cudzynowski

Samyra Haydêe Dal Farra Napolini

### INTRODUÇÃO

Vivencia-se atualmente na sociedade global uma revolução da informação que mudou de maneira definitiva o panorama no qual a vida é organizada. Com a difusão dos microcomputadores e da *Internet*, a informação passou a significar poder nas mãos daqueles que a detém, sendo a figura central da sociedade.

Da mesma forma que na era industrial as riquezas eram a máquina a vapor e a eletricidade, na Sociedade da Informação, a riqueza é a informação que se apresenta como ator central na produção econômica.

No Brasil, o direito à informação encontra-se previsto no Artigo 5º da [Constituição Federal](#), sendo, portanto, um direito de caráter fundamental, ou seja, imprescindível aos indivíduos e necessário para o desenvolvimento do ser humano e para efetivação do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, o presente estudo visa verificar qual o papel da informação no contexto da Sociedade da Informação e como a informação é assegurada enquanto um direito em nosso ordenamento pátrio.

Sendo assim, o artigo encontra-se dividido em três tópicos. O primeiro tópico abordará a temática relacionada à Revolução da Informação e o impacto na Sociedade da Informação, a qual coloca a informação no centro do poder.

O segundo tópico será destinado ao estudo do direito à informação, por intermédio da sua conceituação, bem como irá analisar o seu papel nos dias atuais.

Por fim, o último tópico irá estudar o direito à informação como direito fundamental, primeiro conceituando o que são direitos fundamentais, para que, em um segundo momento a informação ganhe destaque e seja estudada como um direito fundamental, verificando-se assim a sua importância e relevância, ainda mais agora, em tempos de Sociedade da Informação.

O método que será utilizado é o hipotético dedutivo.

<sup>1</sup> Parte do capítulo integrou dissertação da autora Anna Carolina Cudzynowski – **O direito à inclusão digital das pessoas com deficiência visual sob o aspecto da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação**. Dissertação (Mestrado em Direito da Sociedade da Informação) – Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Orientadora: Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti. 2020.

## 1 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Vivencia-se atualmente na sociedade global uma revolução da informação que mudou de maneira definitiva o panorama no qual a vida é organizada. Com a difusão dos microcomputadores e da *Internet*, a informação passou a significar poder nas mãos daqueles que a detém, sendo a figura central da sociedade.

Nesta Sociedade a Informação é um requisito para nossa sobrevivência. Permite o necessário intercâmbio entre nós e o ambiente em que vivemos.<sup>2</sup>

Milton Santos entende que o representativo do sistema de técnicas atual é a chegada da técnica da informação, por meio da cibernética, da informática, da eletrônica, sendo que ela vai permitir duas grandes coisas:

*a primeira é que as diversas técnicas existentes passam a se comunicar entre elas e, por outro lado, ela tem um papel determinante sobre o uso do tempo, permitindo, em todos os lugares, a convergência dos momentos, assegurando a simultaneidade das ações e, por conseguinte, acelerando o processo histórico.*<sup>3</sup>

A revolução da informação é uma realidade e nela estamos. Afetou a maneira como vemos o mundo e como vivemos nele.<sup>4</sup>

Nesse contexto, segundo Roberto Senise Lisboa<sup>5</sup>, desde o século XVIII, até os dias atuais, duas Revoluções são observadas: A Revolução Industrial e a Revolução Informacional.

No que se referem aos principais efeitos obtidos a partir da revolução informacional, o referido autor destaca:

- 1) A transnacionalização e o surgimento de blocos econômicos. Há um movimento socioeconômico de integração mundial e contrário ao estabelecimento de um Estado superior, o que leva aos inevitáveis conflitos de interesses entre Estados e macro empresas e seus lugares de atuação;
- 2) O e-commerce, proporcionando-se a aquisição de produtos e serviços através da rede, o que ocasiona inúmeras questões sobre: – o problema da atribuição da autoria de documentos eletrônicos e da assinatura digital;– o problema da validade do documento eletrônico original e copiado;– a proteção dos direitos intelectuais, a título de propriedade industrial ou de direito autoral;– a proteção dos direitos de propriedade na web;– a oferta e a publicidade eletrônica;– os contratos eletrônicos;– a proteção do consumidor;
- 3) A economicidade da informação, que possui um valor econômico reconhecido, integrando-se como ativo intelectual da pessoa e, portanto, vindo a fazer parte do patrimônio pessoal;

2 KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna**: novas teorias sobre o mundo contemporâneo. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 46.

3 SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 29. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 25.

4 KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna**: novas teorias sobre o mundo contemporâneo. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 198.

5 LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade da informação. *In*: PAESANI, Liliana Minardi. **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 114.

4) A formação de banco de dados, extremamente útil para a análise e situações relativas a negociações preliminares, estratégias de negociação, contratos preparatórios e repercussão de eventual responsabilidade pré-contratual; 5) A transferência eletrônica de dados, proporcionando-se o acesso à informação e o estabelecimento de novas limitações; 6) O estabelecimento de normas comunitárias, com vistas a uma uniformização do tratamento legislativo sobre a matéria.<sup>6</sup>

Nesse sentido, Irineu Barreto Junior<sup>7</sup> também entende que esse novo ciclo histórico envolve uma verdadeira Revolução digital que se convencionou nomear de Sociedade da Informação, na qual são dissolvidas as fronteiras entre telecomunicações, meios de comunicação de massa e informática.

Greice Fuller conceitua Sociedade da informação da seguinte forma:

é expressão utilizada para identificar o período histórico a partir da preponderância da informação sobre meios de produção e a distribuição dos bens na sociedade que se estabeleceu a partir da vulgarização das programações de dados utilizados dos meios de comunicação existentes e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto, para a realização de atos e negócios jurídicos.<sup>8</sup>

Para Irineu Barreto Junior, o processo de transformação da Sociedade da Informação passou por três distintas fases, três fenômenos inter-relacionados, que responderam pela gênese da transformação assistida:

a-) convergência da base tecnológica— possibilidade de poder representar e processar qualquer informação de uma única forma, a digital. Essa convergência teve profundas implicações no processo de mundialização da economia, das telecomunicações e dos processos sociais, pois, sem uma padronização tecnológica mínima, este novo paradigma de sociedade seria inimaginável; b-) dinâmica da indústria— proporcionou contínua queda nos preços dos computadores, insumos tecnológicos, softwares, componentes de redes, permitindo maior acessibilidade à integração na rede; c-) crescimento e expansão da internet: aumento exponencial da população mundial com acesso à rede e evolução da conectividade internacional.<sup>9</sup>

Conclui que a Sociedade da Informação é o novo estágio do desenvolvimento do capitalismo, no qual a informação adquire o *status* de mercadoria, e é fundada sobre as bases tecnológicas decorrentes da convergência tecnológica e digital, da disseminação em escala mundial da *Internet* e da dimensão e alcance desses fenômenos nas esferas da economia, política, cultura e sociedade.<sup>10</sup>

Ainda conforme Roberto Senise Lisboa<sup>11</sup>, a Sociedade da Informação é o período histórico em que a informação prevalece sobre os meios de produção e distribuição dos bens. Nas palavras do autor:

6 LISBOA, Roberto Senise. Proteção do consumidor na sociedade da informação. *Revista do Direito Privado da UEL*, v.2, n. 1. Disponível em: [http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Roberto\\_Senise\\_Lisboa\\_Prote%C3%A7%C3%A3o\\_Consumidor\\_Sociedade\\_Informa%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Roberto_Senise_Lisboa_Prote%C3%A7%C3%A3o_Consumidor_Sociedade_Informa%C3%A7%C3%A3o.pdf). Acesso em: 21 nov. 2021.

7 BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). *Direito na Sociedade da Informação II*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 41.

8 FULLER, Greice Patrícia; LISBOA, Roberto Senise. A saúde está “doente”: Uma breve reflexão introdutória da tutela jurídica à saúde e seus desdobramentos na sociedade da informação. In: CAVALCANTI, Ana Elizabeth; STURZA, Janaína Machado; MARTINI, Sandra Regina (coord). *O movimento entre os saberes a transdisciplinaridade e o Direito*. Vol. X. Porto Alegre: Fapergs, 2018. p. 20-21.

9 BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). *Direito na Sociedade da Informação II*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 41.

10 BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Proteção da privacidade e de dados pessoais na internet: o Marco Civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells. In: SIMÃO FILHO, Adalberto (org.). *Direito e Internet III – Marco Civil Da Internet Lei 12.965/2014 TOMO I*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 408.

11 LISBOA, Roberto Senise. Direito na sociedade da informação. *Revista dos Tribunais*, v. 95, n. 847, 2006. p. 115.



‘Sociedade da informação’, também denominada de ‘sociedade do conhecimento’, é expressão utilizada para identificar o período histórico a partir da preponderância da informação sobre os meios de produção e a distribuição dos bens na sociedade que se estabeleceu a partir da vulgarização das programações de dados utiliza dos meios de comunicação existentes e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto, para a realização de atos e negócios jurídicos.

Para Takahashi a Sociedade da Informação é um fenômeno global que traz uma profunda mudança nas atividades sociais e econômicas, havendo quem a considere “um novo paradigma técnico-econômico.”<sup>12</sup>

Neste contexto a tecnologia e a comunicação se tornaram aspectos centrais do desenvolvimento social, gerando novas formas de exclusão e desigualdades sociais, tornando-se cada vez mais imperiosa a proteção dos Direitos Fundamentais, mais especificamente o direito à informação.

O próximo tópico, portanto, será destinado ao estudo da informação, mediante a sua conceituação e o seu papel na Sociedade da Informação e, posteriormente, o estudo do direito à informação como um Direito Fundamental insculpido na nossa Carta Magna.

## 2 O QUE É INFORMAÇÃO E O SEU PAPEL NOS DIAS ATUAIS

O ser humano, de forma constante, ao ler um jornal, livro ou revista, ao assistir televisão, ao se comunicar com outras pessoas das mais diversas formas (seja em uma simples conversa, reuniões, em aulas, acessar a *internet*), acessa, recebe, distribui e produz informação. A informação circunda e movimenta a sociedade em todos os seus aspectos, social, cultural, econômico, político, etc.

A capacidade cognitiva de receber, processar, atribuir sentido e transmitir informações é uma característica que torna o ser humano capaz de agir de acordo com as suas necessidades físicas, emocionais e sociais.<sup>13</sup>

Contudo, o que de fato significa informação? O Dicionário Houaiss traz a seguinte definição:

1 ato ou efeito de informar (se). 2 comunicações ou recepção de um conhecimento ou juízo. 3 acontecimentos ou fato de interesse geral tornado do conhecimento público ao ser divulgado pelos meios de comunicação; notícia. 4 conjuntos de atividades que têm por objetivo a coleta, o tratamento e a difusão de notícias junto ao público. 5 conjuntos de conhecimentos reunidos sobre determinado assunto. 6 elementos ou sistema capaz de ser transmitido por um sinal ou combinações de sinais pertencentes a um repertório finito. 7 mensagem suscetível de ser tratada pelos meios informáticos; conteúdo dessa mensagem.<sup>14</sup>

Verifica-se que em ambas as conceituações, informação e conhecimento estão diretamente atrelados, sendo crucial o entendimento de ambos os conceitos para, ao final, se proceder a análise do papel da informação na atualidade.

12 TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil**: livro verde. Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), 2000. p. 05.

13 BRITO, João Felipe Oliveira. **Universalização do acesso à informação digital**: da emancipação social à revitalização da soberania democrática. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2019. p. 63.

14 HOUAISS, A.; VILLAR, M. S. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

Nesse sentido, Fritz Machlup considerava que “informação” como o ato de informar é projetada para produzir um estado de conhecimento na mente de alguém. ‘Informação’ como aquilo que está sendo comunicado torna-se idêntica ao ‘conhecimento’ no sentido daquilo que é conhecido”<sup>15</sup> (tradução nossa).

Prossegue no sentido de que a “diferença não está nos substantivos quando eles se referem ao que se sabe ou é informado; reside apenas nos substantivos quando eles se referem ao ato de informar e ao estado de conhecimento, respectivamente.”<sup>16</sup>

Diferentemente de Machlup, Russel Ackoff diferencia dados, informação e conhecimento.

Para o aludido autor, dados podem ser definidos como símbolos que representam as propriedades de objetos e eventos; e a informação como dados processados. No que tange à diferença entre informação e conhecimento, para o autor, informação está contida em descrições, respostas para questões que começam com as expressões “como quem”; “o que”; “quando”; “onde”; “quantos”; enquanto o conhecimento seria transportado em instruções, respostas para questões com a expressão “como”.<sup>17</sup>

Ainda, Ackoff aduz que a compreensão seria transmitida por explicações, respostas para questões que indagam o motivo das coisas. Já sabedoria é a mais complexa, já que lida com valores e necessita do exercício de juízo e consiste na característica que diferencia o homem das máquinas<sup>18</sup>.

Hugo Assmann também procede a distinção entre dados, informação e conhecimento, da seguinte forma:

A produção de dados não estruturados não conduz automaticamente à criação de informação, da mesma forma que nem toda a informação é sinônimo de conhecimento. Toda a informação pode ser classificada, analisada, estudada e processada de qualquer outra forma a fim de gerar saber. Nesta acepção, tanto os dados como a informação são comparáveis às matérias-primas que a indústria transforma em bens.<sup>19</sup>

Daniel Bell<sup>20</sup> diferencia dado, informação e conhecimento partindo de uma análise do dado como sequências de eventos ou estatísticas em uma forma ordenada, como relatórios de preços ao consumidor ou produto interno bruto, ou a estrutura do DNA ou as combinações da tabela periódica. A informação por outro lado, tem significado, e pode ser demonstrada como eventos, notícias e dados – quando é possível estabelecer um contexto que demonstra relações entre estes itens e permite apresentá-los em tópicos organizados. O conhecimento como uma derivação de uma teoria verificada, isto é, por meio da teoria verificada é possível aceitar uma descoberta em um novo contexto como conhecimento.

15 MACHLUP, Fritz. *The production and distribution of knowledge in the United States*. New Jersey: Princeton University Press, 1962. p. 15.

16 MACHLUP, Fritz. *The production and distribution of knowledge in the United States*. New Jersey: Princeton University Press, 1962. p. 15.

17 ACKOFF, Russel. L. From data to wisdom. *Journal of Applied Systems Analysis*, v. 16, p 3-9, 1989. p. 5.

18 ACKOFF, Russel. L. From data to wisdom. *Journal of Applied Systems Analysis*, v. 16, p 3-9, 1989. p. 5.

19 ASSMANN, Hugo. A metamorfose do aprender na sociedade da informação. *Ciência da Informação*. Brasília, v. 29, n.2, p. 7-5, mai/ago, 2000, p. 8. Disponível em: <http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/882>. Acesso em: 21 nov. 2021.

20 BELL, Daniel. *The axial age of technology foreword*: 1999. New York: Basic Books, 1976. p. 61-62.

Segundo Bell<sup>21</sup>, a aludida diferenciação entre dado, informação e conhecimento pode ser exemplificada por meio do índice de um livro, da seguinte forma: O dado seria como o índice de nomes, organizado em uma forma sequencial, geralmente de forma alfabética. A informação seria como o índice de assuntos, por meio do agrupamento de assuntos que o autor coloca em conjunto para guiar o leitor em tópicos explorados no livro. E o conhecimento seria o índice analítico construído pelo próprio leitor para propósitos diferentes do autor, o que seria uma tarefa que envolve julgamentos derivados do conhecimento do que é importante, ou de uma teoria do assunto.

Castells, em sua obra, “Sociedade em Rede”, utiliza-se da definição de conhecimento adotada por Daniel Bell, nos seguintes termos:

Conhecimento: um conjunto de declarações organizadas sobre fatos ou ideias, apresentando um julgamento ponderado ou resultado experimental que é transmitido a outros por intermédio de algum meio de comunicação, de alguma forma sistemática. Assim, diferencio conhecimento de notícias e entretenimento.<sup>22</sup>

No que se refere a informação, Castells<sup>23</sup> faz uso da definição adotada por Porat no sentido de que são dados que foram organizados e comunicados.

Dentre os autores nacionais, Paulo Hamilton Siqueira Junior<sup>24</sup> também entende que informação e conhecimento são conceitos distintos e, embora seja comum designar a existência de uma nova era, denominada “Era do Conhecimento”, a mesma ainda não foi atingida.

Para o autor, a informação existe em larga escala, embora parte da sociedade esteja excluída dessa realidade. O acesso à informação não significa acesso ao conhecimento. Conhecimento se traduz em amadurecimento, em análise da informação. Trata-se de capacidade intelectual.<sup>25</sup>

Segundo Napolini e Cavalcanti “a informação pode ser conceituada juridicamente como a estruturação de dados, ou seja, é a matéria prima para o conhecimento que, por sua vez, é a informação processada e transformada em experiência pelo indivíduo.”<sup>26</sup>

Dados os conceitos e distinções acima mencionados, pode-se concluir que informação e conhecimento não são conceitos sinônimos.

A informação são os dados organizados que foram transmitidos a outrem, estando presentes no cotidiano das pessoas de forma ampla e indiscriminada, ainda mais por meio das ferramentas digitais, destacando-se

21 BELL, Daniel. *The axial age of technology foreword*: 1999. New York: Basic Books, 1976. p. 64.

22 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. vol. 01. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2018. p. 83.

23 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. vol. 01. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2018. p. 84.

24 Para o autor, o conhecimento e a informação são produtores de riqueza. A sociedade da informação deve evoluir necessariamente para a sociedade do conhecimento. SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Direitos humanos e cidadania digital. In: SIMÃO FILHO, Adalberto (org.). *Direito e Internet III* – Marco Civil da Internet Lei 12.965/2014 TOMO II. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 178.

25 SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Direitos humanos e cidadania digital. In: SIMÃO FILHO, Adalberto (org.). *Direito e Internet III* – Marco Civil da Internet Lei 12.965/2014 TOMO II. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 178-179.

26 NASPOLINI, Samyra Haydee Dal Farra; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Direito à saúde na sociedade da informação: a questão das *fake news* e seus impactos na vacinação. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 04, n. 53, p. 448-466, 2018. p. 454.

a *internet* como a mais utilizada ferramenta de transmissão, propagação e divulgação de diversos conteúdos informacionais. Por outro lado, o conhecimento será alcançado caso se possa transmitir um julgamento acerca de determinada informação, e o fator determinante será a capacidade intelectual para tanto. Assim, nem toda informação gera o conhecimento, haja vista que para definir um ou outro, tudo dependerá do que, como e a quem se transmite a informação.

Superado o conceito de informação, importante destacar também o papel da informação nos dias atuais. Ora, se o momento vivenciado é denominado Sociedade da Informação, significa que a informação é o principal elemento para o desenvolvimento humano, social, político e econômico.

Nesses termos, Paulo Hamilton Siqueira Jr<sup>27</sup> afirma que atualmente, o desenvolvimento encontra-se calcado em bens imateriais, como os dados, informação e conhecimento.

Assim, no atual estágio da sociedade global, tem-se como principal valor a informação. Na era agrícola, a terra se configurava como o fator primordial de geração de riquezas, ao passo que na era industrial a riqueza surge da máquina a vapor e da eletricidade.

A informação avoca um papel central e adjetivante da sociedade: sociedade da informação. A informação é o (novo) elemento estruturante que (re) organiza a sociedade, tal como o fizeram a terra, as máquinas a vapor e a eletricidade, bem como os serviços, respectivamente, nas sociedades agrícola, industrial e pós-industrial.<sup>28</sup>

Para Castells<sup>29</sup>, informação e conhecimento sempre foram elementos cruciais no crescimento da economia, e a evolução tecnológica determinou em grande parte a capacidade produtiva da sociedade e os padrões de vida, bem como formas sociais de organização econômica.

Contudo, destaca o autor que a emergência de um novo paradigma tecnológico organizado em torno de novas tecnologias da informação, mais flexíveis e poderosas, possibilita que a própria informação se torne o produto do processo produtivo.<sup>30</sup>

Assim, conclui que diante da transformação dos processos de processamento da informação, as novas tecnologias da informação agem sobre todos os domínios da atividade humana e possibilitam o estabelecimento de conexões infinitas entre diferentes domínios, assim como entre os elementos e agentes de tais atividades.<sup>31</sup>

Salienta Milton Santos<sup>32</sup> demonstra que hoje vivemos no mundo da rapidez e da fluidez. Portanto, todos devem fazer parte deste “novo mundo”, sem exceção.

27 SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Direitos humanos e cidadania digital. In: SIMÃO FILHO, Adalberto (org.). **Direito e Internet III** – Marco Civil da Internet Lei 12.965/2014 TOMO II. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 176.

28 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 5.

29 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. vol. 01. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2018. p.135.

30 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. vol. 01. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2018. p. 135.

31 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. vol. 01. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2018. p. 135.

32 Trata-se de uma fluidez virtual, possível pela presença dos novos sistemas técnicos, sobretudo os sistemas da informação, e de uma fluidez efetiva, realizada quando essa fluidez potencial é utilizada no exercício da ação, pelas empresas e instituições hegemônicas. SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 29. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 83.

A todos deve ser possibilitado tal acesso para o próprio desenvolvimento do ser humano, fazendo valer os direitos fundamentais ora vigentes, especialmente ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Face a importância e relevância da temática relacionada à informação, assim como o acesso à tal informação, o próximo tópico destina-se a estudar o direito à informação como um Direito Fundamental.

### 3 O DIREITO À INFORMAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Segundo Novellino<sup>33</sup>, a expressão direitos fundamentais (“*droits fondamentaux*”) surgiu na França (1770) no movimento político e cultural que deu origem à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Os direitos fundamentais são responsáveis desde a proteção à vida e à liberdade até os direitos que protegem a toda sociedade e a sua sobrevivência como um todo. Foram concedidos como sendo aqueles considerados indispensáveis à pessoa humana, pressuposto necessário para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual, aí o porquê da denominação e fundamentais.<sup>34</sup>

Necessário também destacar que muitos confundem direitos humanos com direitos fundamentais, realmente tanto os Direitos Humanos quanto os Direitos Fundamentais destinam-se a conferir dignidade à existência humana, porém não podem ser compreendidos como sinônimos, pois possuem âmbitos de aplicação diferenciados. Os Direitos Humanos, a partir dos espaços de luta, foram sendo normatizados em Tratados Internacionais e pretendem a característica da universalidade. Por outro lado, os Direitos Fundamentais são direitos essenciais à pessoa humana, definidos na Constituição de um Estado, contextualizados conforme a política do país, ou seja, os Direitos Fundamentais são Direitos Humanos constitucionalizados.

Segundo Vieira<sup>35</sup>:

Embora incorporados pelo direito positivo, os direitos fundamentais continuam a partilhar de uma série de características com o universo moral dos direitos da pessoa humana. Sua principal distinção é a positividade, ou seja, o reconhecimento por uma ordem constitucional em vigor.

Para Sarmento<sup>36</sup>, os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário.

33 NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 222.

34 GALVÃO, Flávio Alberto Gonçalves; LESSA, Rogério Dirks. **Direito a informação**— uma evolução histórica e seu impacto na sociedade da informação. XXVII Congresso Nacional do Conpedi. Porto Alegre-RS, 2018. p. 212.

35 VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 36.

36 SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 113.

Outrossim, salienta Cavalcanti<sup>37</sup>, que os direitos fundamentais são marcados pela universalidade, já que inerentes à condição humana, sem que com isso se abandonem as características peculiares de cada povo ou grupo social.

O direito à informação encontra-se presente em tal categoria de direitos e é o foco do presente estudo.

Nesse sentido, em 1948, um grande marco para o direito à informação é conquistado, pois tal direito passa a ser reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>38</sup>, em seu Artigo 19, dispondo que “todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

Salienta Flávio Galvão que o direito à informação como Direito Fundamental inicialmente abordado por documento internacional percorreu um longo caminho até a sua efetiva incorporação na legislação pátria pela Constituição Federal e, apenas com a chegada da **Constituição de 1988** e sua valorização dos direitos e garantias individuais e sociais é que se inicia uma cultura de transparência para a administração pública.<sup>39</sup>

Dessa forma, o direito à informação como um Direito Fundamental, abrange, de acordo com a **Constituição Federal de 1988** (Artigo 5.º, IV, XIV e XXXIII)<sup>40</sup>, o direito de informar (liberdade de pensamento), direito de se informar (acesso à informação) e o direito de ser informado (receber informação).<sup>41</sup>

José Afonso da Silva<sup>42</sup> define o direito à informação como a liberdade individual de informar e de ser informado, no sentido de que, o indivíduo, desde que respeitados determinados direitos (privacidade, intimidade, a dignidade da pessoa humana em geral) e observadas eventuais imposições legais (vedação ao anonimato, por exemplo), tem o direito de difundir, acessar, procurar e receber informações e ideias.”

Ana Elizabeth Lapa W. Cavalcanti define o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado da seguinte maneira:

O direito de informar é considerado como um direito individual, definido como a faculdade de transmitir informações, sem qualquer forma de obstrução ou censura por parte do Estado. Neste sentido, é tido como o direito de acesso a meios de comunicação para divulgar informações. Por outro lado, o direito de se informar, também considerado como direito individual, tem a característica de direito de buscar e obter as informações desejadas sem qualquer espécie de impedimento, trata-se de liberdade de acesso à informação. Já o direito de ser informado, diferentemente dos direitos de informar e de se informar que

37 CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Os Direitos da personalidade na Sociedade da Informação: impactos das novas tecnologias. In: LISBOA, Roberto Senise (org.). **O Direito na sociedade da informação V: movimentos sociais, tecnologia e a proteção das pessoas**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 23.

38 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS-ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 21 nov. 2021.

39 GALVÃO, Flávio Alberto Gonçalves; LESSA, Rogério Dirks. **Direito a informação – uma evolução histórica e seu impacto na sociedade da informação**. XXVII Congresso Nacional do Conpedi. Porto Alegre-RS, 2018. p. 213-214.

40 Além dos dispositivos constitucionais que tratam acerca do direito à informação, tem-se também, dentre outros, a Lei 12.527/2011 (Lei de acesso à informação) e a Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), em seu artigo 4º, II, que dispõe que um dos objetivos da disciplina da internet no Brasil é do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos.

41 NASPOLINI, Samyra Haydee Dal Farra; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Direito à saúde na sociedade da informação: a questão das *fake news* e seus impactos na vacinação. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 04, n. 53, p. 448-466, 2018. p. 454.

42 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 129.

são individuais, é um direito de natureza coletiva, objetivando o direito ao esclarecimento ou à instrução. Em assim sendo, este último seria o direito a receber informações, permitindo que os indivíduos exerçam seus direitos como cidadão. por meio do conhecimento.<sup>43</sup>

Nesse sentido, de acordo com as autoras Naspolini e Cavalcanti<sup>44</sup>, o direito de ser informado, ou seja, de receber informações, possibilita a prática da opção consciente, ou seja, aquele que recebe a informação adequada tem a possibilidade de formar sua consciência sobre determinado assunto e fazer suas escolhas com conhecimento.

Denota-se que o direito de ser informado possibilita a formação da opinião própria, do desenvolvimento psíquico e, acima de tudo, de ter autonomia nas suas manifestações e pensamentos.

## CONCLUSÃO

No presente estudo inicialmente demonstrou-se o papel fundamental que a informação possui na chamada Sociedade da Informação caracterizada no primeiro tópico. Constatou-se que as novas formas de comunicação instrumentalizadas pelas novas tecnologias impulsionaram de forma inimaginável o acesso dos cidadãos a quaisquer tipos de informação, transformando-a em uma das maiores riquezas do mercado global.

Após caracterizar o que vem a ser “informação”, foi possível verificar que o direito à informação constitui um Direito Fundamental previsto na [Constituição Federal](#) significando o direito de informar, de buscar informação e o direito de ser informado.

Denota-se, portanto, o papel importante da informação nos dias atuais, sendo que o acesso deve ser disponibilizado a todos, para que a sociedade como um todo possa conviver de forma digna e incluyente, uma vez que por meio da informação torna-se possível o acesso a outros direitos fundamentais como a educação, cultura, lazer e conhecimento, todos também previstos na [Constituição Federal Brasileira](#).

## REFERÊNCIAS

- ACKOFF, Russel. L. From data to wisdom. *Journal of Applied Systems Analysis*, v. 16, p. 3-9, 1989.
- ASSMANN, Hugo. A metamorfose do aprender na sociedade da informação. *Ciência da Informação*. Brasília, v. 29, n.2, p. 7-5, mai/ago, 2000, p. 8. Disponível em: <http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/882>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). *Direito na Sociedade da Informação II*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 41.
- BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Proteção da privacidade e de dados pessoais na internet: o Marco Civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells. In: SIMÃO FILHO, Adalberto (org.). *Direito E Internet III – Marco Civil Da Internet Lei 12.965/2014 TOMO I*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- BELL, Daniel. *The axial age of technology foreword*: 1999. New York: Basic Books, 1976.

43 CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. A rotulagem dos alimentos geneticamente modificados e o direito à informação do consumidor. In: PAESANI, Liliana Minardi. *O Direito na Sociedade da Informação*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 144.

44 NASPOLINI, Samyra Haydee Dal Farra; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Direito à saúde na sociedade da informação: a questão das *fake news* e seus impactos na vacinação. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 04, n. 53, p. 448-466, 2018. p. 455.

- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- BRITO, João Felipe Oliveira. **Universalização do acesso à informação digital: da emancipação social à revitalização da soberania democrática**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2019.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. vol. 01. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2018.
- CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. A rotulagem dos alimentos geneticamente modificados e o direito à informação do consumidor. In: PAESANI, Líliliana Minardi. **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.
- CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Os Direitos da personalidade na Sociedade da Informação: impactos das novas tecnologias. In: LISBOA, Roberto Senise (org.). **O Direito na sociedade da informação V: movimentos sociais, tecnologia e a proteção das pessoas**. São Paulo: Almedina, 2020.
- CUDZYNOWSKI, Anna Carolina. **O direito à inclusão digital das pessoas com deficiência visual sob o aspecto da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação**. Dissertação (Mestrado em Direito da Sociedade da Informação) – Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Orientadora: Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti. 2020. Disponível em: <https://arquivo.fmu.br/prodisc/mestrador/acc.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2021.
- FULLER, Greice Patrícia; LISBOA, Roberto Senise. A saúde está “doente”: Uma breve reflexão introdutória da tutela jurídica à saúde e seus desdobramentos na sociedade da informação. In: CAVALCANTI, Ana Elizabeth; STURZA, Janaína Machado; MARTINI, Sandra Regina (coord.). **O movimento entre os saberes a transdisciplinaridade e o Direito**. Vol. X. Porto Alegre: Fapergs, 2018.
- GALVÃO, Flávio Alberto Gonçalves; LESSA, Rogério Dirks. **Direito a informação – uma evolução histórica e seu impacto na sociedade da informação**. XXVII Congresso Nacional do Conpedi. Porto Alegre-RS, 2018.
- HOUAISS, A.; VILLAR, M. S. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.
- LISBOA, Roberto Senise. Direito na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 847, 2006.
- LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade da informação. In: PAESANI, Líliliana Minardi. **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.
- LISBOA, Roberto Senise. Proteção do consumidor na sociedade da informação. **Revista do Direito Privado da UEL**, v.2, n. 1. Disponível em: [http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Roberto\\_Senise\\_Lisboa\\_Prote%C3%A7%C3%A3o\\_Consumidor\\_Sociedade\\_Informa%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Roberto_Senise_Lisboa_Prote%C3%A7%C3%A3o_Consumidor_Sociedade_Informa%C3%A7%C3%A3o.pdf). Acesso em: 21 nov. 2021.
- MACHLUP, Fritz. **The production and distribution of knowledge in the United States**. New Jersey: Princenton University Press, 1962.
- NASPOLINI, Samyra Haydee Dal Farra; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Direito à saúde na sociedade da informação: a questão das *fake news* e seus impactos na vacinação. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 04, n. 53, p. 448-466, 2018.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS-ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 21 nov. 2021.
- SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 29. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Direitos humanos e cidadania digital. In: SIMÃO FILHO, Adalberto (org.). **Direito e Internet III – Marco Civil da Internet Lei 12.965/2014 TOMO II**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil: livro verde**. Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), 2000.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.



# CAPÍTULO 9

## O DIREITO À PRIVACIDADE PARA AS MULHERES: UMA MUDANÇA DE LÓGICA JURÍDICA A PARTIR DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Ruth M. P. Santos

Tatiane Pepe de Almeida Genaro

### INTRODUÇÃO

As questões de gênero estão cada vez mais sendo suscitadas, as mulheres estão a cada dia entendendo sobre os seus direitos e estão buscando formas de exercê-los. Contudo, mesmo com tantas conquistas o caminho ainda é longo e há muitas lutas para a garantia efetiva dos direitos femininos, sobretudo, em relação à violência de gênero.

Isto porque atualmente o gênero feminino corre mais riscos e tem mais obstáculos em virtude das desigualdades e discriminação de gênero que acontece no mundo inteiro. Muito embora a proteção da dignidade humana esteja expressa na Declaração Universal dos Direitos Humanos, prevendo a igualdade em direitos, há ainda que se buscar a proteção das mulheres.

Além disso, as mulheres são os maiores focos de violência doméstica, sendo destacado um aumento para esses casos durante a pandemia de Covid-19. Verificou-se um aumento dos riscos para as mulheres, principalmente “em países com sistemas de saúde e Estado de Direito fracos e que já apresentavam níveis elevados de violência contra mulher e desigualdade de gênero<sup>1</sup>”. São diferentes os tipos de violências perpetrados contra as mulheres, tais como violência física e/ou sexual, estupro, violência psicológica e moral, perseguição, assédio sexual e cibernético.

Relacionado com a privacidade destaca-se a violência digital que tem aumentado, em uma pesquisa ainda de 2014, na Europa “11% das mulheres experimentaram avanços inadequados em sites sociais ou foram submetidas a e-mails ou mensagens de texto sexualmente explícitos (SMS). 20% das mulheres jovens (18-29) foram vítimas de tal assédio cibernético<sup>2</sup>”.

1 THE WORLD BANK. **O Combate à Violência contra a Mulher (VCM) no Brasil em época de Covid-19**. 24 ago. 2020. Disponível em: <https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/publication/brazil-addressing-violence-against-women-under-Covid-19>. Acesso em: 9 dez. 2020.

2 EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA). **Violence against Women: every day and everywhere**. Disponível em: <https://fra.europa.eu/en/news/2014/violence-against-women-every-day-and-everywhere>. Acesso em: 7 jan. 2020.

Nos Estados Unidos uma pesquisa mostrou que a maioria de vítimas de perseguição cibernética são mulheres, entre 18 e 29 anos, sendo que 87% dos perseguidores cibernéticos<sup>3</sup> digitais são homens. No Brasil verificou-se que uma plataforma (SaferNet Brasil) que oferece ajuda contra crimes e violações dos direitos humanos na internet notificou que dos atendimentos realizados 70,5% são de mulheres tiveram uma exposição de conteúdo íntimo; 64,4% se referia a *ciberbullyng*/ofensa às mulheres e 62,1% se referia a conteúdo impróprios e/ou violentos<sup>4</sup>. Além disso, no *Dossiê: violência contra as mulheres* constatou-se que “28% dos homens ouvidos afirmam ter repassado imagens de mulheres nuas aparentemente produzidas sem autorização que receberam pelo celular, sejam elas fotos ou vídeos<sup>5</sup>”.

Nesse sentido e com o aumento da produção e volume de dados em virtude da era da internet o presente artigo tem a necessidade de discutir a garantia do direito à privacidade às mulheres que é frequentemente diante da violência de gênero no ambiente digital. Isto porque há um movimento mundial que inicia uma mudança de lógica para a privacidade com o advento das leis de proteção de dados, inclusive no Brasil, que trazem um novo caminho para se (re) interpretar o direito à privacidade, principalmente para as mulheres.

Para tanto busca-se verificar como a **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)** pode iniciar um movimento de mudança de lógica jurídica para outras leis relacionadas com a garantia do direito à privacidade, sobretudo, na garantia de proteção das mulheres principalmente para mulheres.

Assim, no primeiro momento apresenta-se o reconhecimento dos direitos fundamentais e o direito à privacidade como parte deste. Em seguida, verifica-se que o conceito de privacidade não é estático e está em constante transformação a depender da evolução da sociedade, principalmente em virtude da evolução tecnológica e da produção de dados. Posteriormente se faz necessário analisar o exercício da proteção de dados nos crimes digitais cometido contra mulheres, para então, verificar a possibilidade da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) ser um marco normativo para o desenvolvimento da privacidade como um valor comum e que merece ser protegida em diferentes esferas, nomeadamente para mulheres que cada vez mais vem sofrendo violências que tem como fundo a divulgação de seus dados de caráter pessoal.

## 1 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito constitucional passou a considerar as nuances relevantes da existência humana e garantias de sua proteção em todos os seus aspectos, e passou-se através da proteção da dignidade, à própria busca da proteção

3 A perseguição cibernética é uma maneira de continuar a manter um controle rígido e incutir medo em um parceiro doméstico, mesmo quando ela já deixou o relacionamento. (THOUGHT.CO. **Cyberstalking and women**. [Aug. 2019]. Disponível em: <https://www.thoughtco.com/cyberstalking-and-women-facts-3534322>. Acesso em: 9 dez. 2020).

4 VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES EM DADOS. **Mulheres são maioria dos atendimentos por exposição íntima, ofensas e conteúdos violentos na internet**. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia-em-dados/mulheres-sao-maioria-dos-atendimentos-por-exposicao-intima-ofensas-e-conteudos-violentos-na-internet/#>. Acesso em: 9 dez. 2020.

5 INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Violência de gênero na internet**. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-de-genero-na-internet/>. Acesso em: 9 dez. 2020.

do ser humano. No Brasil, por meio da Constituição Cidadã de 1988, a dignidade humana está nos princípios fundamentais da República, o que significa que além de direito fundamental ela é pilar do Estado brasileiro.

Dito isso, não há como falar da constituição sem mencionar os direitos fundamentais, que acaba por conduzir a expansão dos direitos de autodeterminação, personalidade, intimidade e privacidade. É preciso destacar também que os direitos fundamentais são garantias que possuem a finalidade de proporcionar condições mínimas de vida e desenvolvimento e que refletem a dignidade humana. A dignidade humana não é apenas o fundamento, mas especificamente é a regra autônoma dotada de valor constitucional que impõe a obrigatoriedade de garantir e respeitar essa dignidade como valor constitucional supremo<sup>6</sup>.

Impossível é falar de direitos fundamentais sem que as pessoas sejam as beneficiárias direta da relação com o poder do Estado por meio de um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou instituições a que pertencem. Igualmente não há a concepção de “direitos fundamentais sem reconhecimento numa esfera própria das pessoas mais ou menos ampla, frente ao poder político”<sup>7</sup>.

Os direitos fundamentais devem ser encarados como um fenômeno complexo, que envolve uma série de problemas inter-relacionados<sup>8</sup>, devido ao ser humano gozar de personalidade, que exige espaço em que possa se desenvolver desvinculado do Estado. O caráter de tais direitos fundamentais em face do Estado, são essenciais, que excepcionalmente devem ser relativizados dentro dos limites legais, ou seja, ponderados com o controle de sua extensão, conteúdo estrito e exclusivamente através de determinações contidas em leis.

Portanto, os direitos fundamentais devem estar resguardados na Constituição pois esta concretiza e incorpora esses direitos na ordem jurídica positiva dos direitos naturais e inalienáveis do indivíduo. Não é suficiente que seja realizada qualquer positivação, é imperativo firmar a dimensão de direitos fundamentais assentados no lugar de superior importância nas fontes do direito: as normas constitucionais<sup>9</sup>.

No direito brasileiro, portanto, no art. 5º está a igualdade que consagra direitos iguais entre homens e mulheres. Já no *caput* do artigo que preceitua os direitos e garantias fundamentais está a liberdade, que contrário do que a maioria pensa tratar-se apenas do direito de ir e vir, liberdade pode e deve ser compreendida como a possibilidade de viver conforme gostaríamos em para o desenvolvimento pessoal<sup>10</sup>.

Tais preceitos são importantes não apenas para o ser humano construir sua personalidade, desenvolvê-la e poder exercer seus direitos. É necessário garantir a liberdade, algo somente seu, portanto, liberdade é ser livre para pensar, se desenvolver, criar, imaginar, almejar, querer, estar só. Tal como a liberdade, a privacidade é

6 QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais**: teoria geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

7 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: vol. II, parte IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 11.

8 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 183.

9 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 16 reimp., Coimbra: Almedina, 2013. p. 377.

10 Nesse sentido ver SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo, Companhia das Letras, 2010.

um bem inalienável, mas que sofre derrogações cotidiana e é preciso rever estes direitos, posto cada vez mais os direitos fundamentais aumentam e se modificam a depender de cada momento histórico<sup>11</sup>.

Portanto, é preciso compreender que muito embora todos sejam livres e seja necessário garantir o exercício dessa liberdade, esta encontra limitações quando a privacidade está ameaçada ou não é respeitada. Por essa razão é importante analisar o direito à privacidade na esfera dos direitos fundamentais para então, relacioná-la mais adiante com o direito das mulheres e a LGPD.

## 2 PRIVACIDADE: UM CONCEITO EM TRANSFORMAÇÃO

A vida privada é o exercício do direito fundamental a privacidade, que é intrínseca a personalidade de uma pessoa em geral e que representa um dos elementos de proteção ao ser humano. A privacidade está diretamente ligada a liberdade de viver como bem quiser, de decidir sobre sua vida e o que pode ou não ser exposto aos olhos de outros e isso inclui de não ser importunado de qualquer forma.

O direito à privacidade é um direito sobre a própria pessoa, possui a qualidade de subjetivo, daquilo que pertence somente ao seu íntimo, preconizado desde Declaração Universal dos Direitos Humanos e por nossa Constituição. Está associada ao direito da personalidade, e em conjunto, possuem objetivo de resguardar a dignidade humana.

A origem do termo privacidade no campo jurídico “*right to privacy*”, foi descrito pela primeira vez nos Estados Unidos como “*right to be let alone*”, com a publicação, do artigo de autoria de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis. Nele, os autores abordam transformações sociais, políticas e econômicas, como os novos inventos que contribuíram para a ocorrência de violações da vida privada das pessoas, então, a privacidade (*privacy*) foi definida como o direito de estar só ou, talvez mais preciso, o direito de ser deixado só<sup>12</sup>.

No entanto, a concepção de privacidade atualmente já está para além de ser analisado isoladamente em virtude da modernidade tecnológica em que vivemos, a privacidade é muito mais do que não ser invadido em sua personalidade e ter garantias de proteção. Garantir a privacidade é não ter a interferência de qualquer pessoa física ou jurídica sobre nosso ser, igualmente a não interferência do Estado.

Ao mesmo tempo é dever do Estado garantir mecanismos de proteção contra terceiros que violem a privacidade de outrem. Posto que sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito e é dever do Estado que promova o necessário para garantir o mínimo para efetividade do dever ser fundamental<sup>13</sup>.

Em virtude das mudanças ocasionadas pela tecnologia da informação o conceito de privacidade já não pode ser entendido como outrora, pois a definição é dinâmica e vai além de ser definir numa visão limitada,

11 MENDES, Ferreira Mendes, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 208.

12 DONEDA Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. xx.

13 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 41.

mas multidisciplinar e como um direito de controle sobre suas próprias informações<sup>14</sup>. Igualmente a proteção da privacidade não pode ser estar alheia à sua própria natureza e conteúdo, a sua valoração é complexa e devem ser sopesadas situações concretas para a sua aplicabilidade, ultrapassando, portanto, um a estrutura do direito subjetivo”<sup>15</sup>.

Consequentemente esse direito tão importante vem sofrendo constantes ataques em virtude dos avanços tecnológicos que potencializaram o fluxo de informações pessoais. Com isso há o aumento substancial do poder sobre os indivíduos, não apenas pelo Estado, que detém cada vez mais informações para manter o controle sobre a sociedade, mas também por empresas do setor privado e até mesmo pessoas físicas que possuam capacidade para deter essas informações sobre os demais.

O cenário tecnológico das últimas décadas coloca todas as pessoas numa posição de exposição e fragilidade e as legislações não têm acompanhado a evolução da sociedade, principalmente, em relação às mulheres que tem a sua privacidade invadida cotidianamente. Por essa razão é importante tratar da privacidade e como as normativas tem evoluído, principalmente para garantir a mesma proteção para as mulheres.

### 3 PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS: COMPOSIÇÃO DE UM ORDENAMENTO JURÍDICO

O Brasil, assim como vários outros países e principalmente a União Europeia, tem aos poucos caminhado legislativamente rumo a preservação da privacidade e proteção dos dados pessoais, colocando-os no centro das preocupações jurídicas com os titulares de dados e os seus respectivos direitos. Entretanto, é preciso compreender que privacidade não se confunde com a proteção de dados, pois a privacidade é um direito fundamental, previsto constitucionalmente, o que dá fundamento jurídico para a proteção de dados, que é, de alguma forma, a materialização do exercício do direito à privacidade regulado e protegido pelo Estado por meio de normas de proteção de dados, posto que este é uma liberdade positiva, onde não importa se um dado é público ou não, ele deve ser protegido<sup>16</sup>.

Entende-se, portanto, que a produção legislativa relativa aos dados pessoais é destinada para regular o seu tratamento e não necessariamente para criar uma proteção, porque os direitos de personalidade sempre estiveram protegidos por meio da invocação de normas gerais relativas aos direitos de personalidade<sup>17</sup>. As leis de proteção de dados assumem, portanto, o objetivo de defender os direitos individuais e as liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à proteção dos dados<sup>18</sup>

14 RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26.

15 DONEDA Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. xx.

16 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. p. 234.

17 A privacidade também é privilegiada no Código Civil que em seu Art. 21 protege a vida privada quando preceitua que: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. (Código Civil Brasileiro – [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm) – Acesso em: 05 out 2020)

18 MENEZES CORDEIRO, A. Barreto. **Direito da proteção de dados**: à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019. Coimbra: Almedina, 2020. p. 19-20.

Nesse caminho o Brasil possui um Projeto de Emenda Constitucional (PEC nº 17/2019) que propõe a inclusão da proteção de dados pessoais como um direito fundamental. Isto decorre da importância para o indivíduo, uma vez que os dados pessoais tratados de forma errônea carregam um altíssimo poder de dano, elevado valor de mercado e um poder assombroso de manipulação sobre os cidadãos.

Embora ainda esteja em tramitando a PEC 17/2019, pode-se citar como caminhos de proteção, as legislações mais específicas ao tema, como a [Lei 12.527/11](#) conhecida como a Lei de Acesso à Informação, que em seu Art. 31 preceitua que: “*O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.*”

Em 2012, surgiu a [Lei nº 12.737](#), apelidada de “*Lei Carolina Dieckmann*”, que alterou o Código Penal para tipificar os crimes cibernéticos através de invasão de dispositivo telemático e ataque de denegação de serviço telemático ou de informação, aqueles cometidos voltados contra dispositivos ou sistemas de informação e não os crimes comuns praticados por meio do computador.

Contudo, deixou o legislador de contemplar a invasão de sistemas, como os de *clouding computing*, optando por restringir o objeto material àquilo que denominou dispositivo informático. Embora represente certo avanço em tipificar essas espécies crimes, a lei possui inúmeras deficiências e confrontos com o sistema penal e processual penal vigente, que favorece os criminosos e perece com o direito. Há também a [Lei 12.965/2014](#), chamada de Marco Civil da Internet, que estabelece princípios, dentre eles a privacidade e proteção de dados, bem como garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

No capítulo em que trata dos direitos e das garantias dos usuários, a lei também preserva a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, vez que é considerado essencial ao exercício da cidadania. Ainda, é explícita ao assegurar que “*a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet*”.

Uma grande vitória especialmente voltada à mulher é a [Lei nº 13.772/18](#), a qual reconhece que a violação da intimidade consiste em uma das formas de violência doméstica e familiar, e tipificou a exposição pública da intimidade sexual, e alterou a [Lei Maria da Penha](#) e o [Código Penal](#) para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez, ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado.

É uma grande inovação legislativa de proteção para mulher, vítima de violência de gênero, diante de violação da sua intimidade e ao mesmo tempo trouxe novo dispositivo legal incriminador, o registro não autorizado de imagem de intimidade sexual, em sintonia com os avanços tecnológicos.

Recentemente em vigor, temos a [Lei nº 13.709/2018](#), que é a Lei Geral de Proteção de Dados, que “*dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa ju-*

*ridica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”.*

Um dos fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados é o respeito à privacidade e a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem. O direito à privacidade é abordado em diversos pontos da legislação e o princípio constitucional inclusive é exaltado nas boas práticas e governança como medidas de salvaguarda que devem ser praticadas pelos controladores e operadores de dados pessoais.

#### 4 O EXERCÍCIO DA PROTEÇÃO DOS DADOS EM CRIMES DIGITAIS COMETIDO CONTRA MULHERES

Muito embora a Lei Maria da Penha seja um avanço, vise a segurança e a proteção da mulher, a norma não avançou suficientemente para incorporar as mudanças ocorridas na sociedade, comprovação disto é que a privacidade das mulheres está exposta de várias maneiras, não apenas do ponto de vista da violência, mas também as suas informações relativas às agressões sofridas.

Na era da internet, redes sociais, o anonimato, a acessibilidade e a ação à distância são as principais características da violência no meio digital. Este tipo de crime se dá desde o assédio virtual, ofensas, *cyberbullying* à divulgação desautorizada de informações, fotos e vídeos de natureza íntima e privada, em que há a divulgação de material de conteúdo íntimo, na internet, conhecida como “*pornografia da vingança*”.

Este tipo de crime é direcionado às mulheres como forma de diminuí-las, com vista à exposição da intimidade sexual da mulher, geralmente utilizada por ex-parceiros com intuito de vingar-se pelo término do relacionamento. Esse tipo de crime ocasiona a perda da privacidade sexual proporcionada pela vingança de gênero e mina a dignidade humana ao fazer com que outros vejam as pessoas apenas como partes da sua vida íntima e não como seres humanos plenamente integrados.

Em atos criminosos, objetivam atingir a integridade moral e psíquica da mulher, uma vez ao atravessar a privacidade e seus desdobramentos como a liberdade e a intimidade, expondo as intimidades ou atos de natureza sexual, a denigrem socialmente, numa sociedade que ainda exige da mulher uma postura sexual mais contida e moralmente adequada aos padrões sociais e religiosos dominantes. É, portanto, uma “*violência de gênero*”, e tal expressão é utilizado pela doutrina jurídica nacional ante o reconhecimento de que “*as relações entre homens e mulheres são constituídas socialmente e se fundam em poder*<sup>19</sup>”, dada a condição de subordinação das mulheres dentro da sociedade brasileira<sup>20</sup>.

19 GUIMARÃES, Barbara Linhares; DRESCH, Márcia Leardini. Violação dos direitos à intimidade e à privacidade como formas de violência de gênero. **Percorso: Revista Unicuritiba**, v. 1, n. 14, 2014. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/833>. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 4.

20 LIMA, José Afonso de; SANTOS, Claudiene. **Violência doméstica: vulnerabilidade e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. p. 23.

Infelizmente não existe uma lei específica para casos de exposição e compartilhamento de dados pessoais com o objetivo de ameaçar, constranger, perturbar ou incitar a violência de gênero. Tal proteção estão espalhadas em leis setoriais, de esfera penal e civil, bem como na Lei Geral de Proteção de Dados por analogia, conjuntamente com ações para remoção de conteúdo e minimização do dano.

Como consequência a mulher tem uma perda da sua privacidade que mina a dignidade, afeta não sua vida pessoal como profissional, pois a mulher constantemente é subjugada pelos crimes perpetradas contra elas, ainda que estejam na condição de vítimas são consideradas culpadas. Ainda que a sua a vida íntima esteja sendo desrespeitada, observada, rastreada, comentada e traficada a partir de imagens humilhantes e desprezíveis que interferem nos conceitos e na autoestima das vítimas, fazendo-as duvidar de si próprias.

O que é perceptível é a necessidade de coibir o agressor e garantir a segurança da vítima da violência doméstica e familiar em sentido amplo como violência de gênero e vingança e não apenas físico, e isso está a cargo da polícia, do juiz e do Ministério Público, que devem agir de modo imediato e eficiente, porém, sem uma legislação específica em que possam se respaldar efetivamente.

A marginalização através de invasões da privacidade sexual é a razão pela qual se faz necessário o reconhecimento dos “*direitos civis cibernéticos*”<sup>21</sup>. É imprescindível criar regras capazes de coibir a prática discriminatória e invasão nesse mundo paralelo que é a internet e que os efeitos ocorrem no mundo real. Por essa razão é urgente olhar para o direito à privacidade em relação às mulheres, haja vista que as legislações vigentes não são capazes de alcançar a proteção necessária que mulheres e meninas merecem.

Contudo, é importante destacar que a LGPD traz uma importante mensagem da necessidade de proteção dos dados pessoais, da magnitude dessa proteção para salvaguardar os direitos fundamentais elencados na constituição, e mais, ela mostra a necessidade dessa proteção na construção do próprio ser humano. Os dados pessoais não devem apenas serem preservados no sentido comercial, mas amplamente preservados pela sua imensa importância para a preservação da dignidade humana.

A LGPD carrega a percepção de valor e da necessidade da proteção de dados, que embora voltada para o setor econômico, ela é o marco que inicia na sociedade o pensamento mais profundo acerca de si próprio e da vulnerabilidade de si através dos dados pessoais. Igualmente, traz consigo uma mudança na lógica jurídica da privacidade, pois associa em si uma multidisciplinariedade e o valor que a privacidade tem para a sociedade atual.

21 CITRON, Danielle Keats. A new compact for sexual privacy. *William & Mary Law Review*, June 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3633336>. Acesso em: 22 nov. 2021.



## 5 A LGPD COMO UMA MUDANÇA DE LÓGICA JURÍDICA NO DIREITO À PRIVACIDADE PARA AS MULHERES

A regulamentação da proteção de dados no mundo reverbera um valor comum global, que é a proteção da privacidade, que as informações privadas, assim como os dados pessoais, dizem respeito somente aos seus titulares. Sem dúvida os dados podem ser utilizados com fins econômicos, mas devem encontrar fundamento e limitações, devendo respeitar a todos, independente de classe, raça e gênero.

Não diferente com o advento da LGPD há o nascimento de uma nova lógica jurídica para a privacidade, que se espera que seja incorporada a diversos outros ramos do direito, sobretudo, ao direito das mulheres. Espera-se que o maior benefício da LGPD seja direcionar e determinar um caminho para mudança, é mostrar a necessidade de regulamentação capaz de coibir atos atentatórios a dignidade humana e com isso frear a violência do mundo real para o mundo digital.

Desde já é possível ver uma movimentação benéfica no sentido da construção da privacidade para defesa da mulher. Recentemente o Estado da Paraíba sancionou a Lei 11.791<sup>22</sup> em 14 de outubro de 2020, de autoria do deputado Nabor Wanderley, que dispõe sobre o sigilo dos dados das mulheres em situação de risco decorrente de violência doméstica e intrafamiliar, dos seus filhos e outros membros das suas famílias, nos cadastros dos órgãos públicos do Estado da Paraíba, e ainda, poderá celebrar convênios com todos os municípios do Estado, tendo em vistas à ampliação da inserção do sigilo cadastral prevista na Lei.

De modo ininterrupto, a busca pela proteção da privacidade tem tomado patamares nunca vistos. Em novembro, a divulgação de trechos de vídeo de um julgamento virtual envolvendo um empresário acusado de estuprar a influencer Mariana Ferrer, causou revolta pela atuação do advogado de defesa, promotor e juiz que lá se encontravam, onde de forma tenebrosa a revitimizaram. Em virtude disso, a senadora Leila Barros apresentou [Projeto de Lei de nº 5.225/20<sup>23</sup>](#), que obriga a gravação integral das audiências feitas no processo penal, em formato de áudio e vídeo.

O texto busca alterar o [Código de Processo Penal](#) para obrigar o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas por meio de gravação audiovisual, com a justificativa de contribuir para a busca da verdade na ação penal, na medida em que o registro audiovisual é o que garante a maior fidelidade nas informações, e principalmente coibir práticas nefastas por parte de advogados, promotores ou magistrados.

Lamentavelmente, esse caso de violência psicológica não é exceção nos nossos tribunais, como em outro caso em que um magistrado que atua na Vara da Família da Freguesia do Ó, na capital paulista, afir-

22 Lei 11.791/2020. Disponível em: <https://auniao.pb.gov.br/servicos/arquivo-digital/doi/janeiro/outubro/diario-oficial-15-10-2020.pdf>

23 Projeto de Lei nº 5.225/20. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145503>

mo, entre outros absurdos em audiência que “não está nem aí para medida protetiva” e “qualquer coisinha vira Maria da Penha” em total desrespeito ao decoro e a legislação.

Na mesma toada, a Deputada Lídice da Mata e mais 26 deputados criaram o Projeto de Lei nº 5.096/20<sup>24</sup>, que obriga o juiz a zelar pela integridade da vítima em audiências sobre crimes contra a dignidade sexual, atribui ao juiz o dever de zelar pelos direitos das vítimas, sob pena de responsabilização. No texto, o magistrado deverá excluir do processo qualquer manifestação que atente contra a honra da vítima e denunciar excessos.

A justificativa está nas circunstâncias que nos faz refletir se o Poder Judiciário está de fato preparado para cuidar dessas mulheres vítimas de violências. A Justiça deve ser local de acolhimento para a mulher e não de tortura psicológica e atentado a dignidade humana. A vítima tem que se sentir segura ao buscar ajuda das autoridades públicas que tem por obrigação garantir maior proteção às vítimas de violências, durante todos os atos, inclusive nas audiências de instrução e julgamento, pois é dever de todos respeitar a dignidade, garantir a integridade física e psicológica da vítima.

O sistema não pode revitimizar as mulheres com mais violência ligada ao desrespeito de gênero, a violência contra a mulher comporta natureza específica, inserta em um contexto que lhe é próprio em que “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial<sup>25</sup> deve ser repellido e com a autoridade que lhes cabe, emprestar o maior alcance possível à legislação com vista a coibir qualquer espécie de violência contra a mulher.

O judiciário deve evitar retrocessos sociais e institucionais na proteção das vítimas, avanço conquistado de modo árduo, na luta pela superação do sofrimento daquelas que muitas vezes experimentam em silêncio a dor na alma, agredida exatamente por ser mulher. O avanço tecnológico e a facilidade trazida pelo mundo virtual suscitam mudanças de hábitos, de comportamento e conseqüentes transformações na cultura. Nessa onda de inovação que influencia o modo de pensar e agir, a Lei Geral de Proteção de dados Proteção impulsiona a importância da privacidade como mudança de comportamento para a evolução.

Para além dessas violências é preciso destacar que a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)<sup>26</sup>, não é suficiente, principalmente relativa aos dispositivos de segurança, sigilo descritos no artigo 9º da Lei Maria da Penha e o tratamento dos dados pelo poder público no caso de violência contra mulher. Isto porque o poder público coleta quantidades gigantescas de dados pessoais de forma compulsória. A LGPD não ignorou a questão ao trazer em seu capítulo IV o tratamento de dados pelo poder público, e não poderia ser diferente diante do judiciário em específico, que trata uma quantidade assombrosa de dados pessoais e dados sensíveis no desempenho da sua finalidade pública, como no caso da lei em comento<sup>27</sup>.

24 Projeto de Lei 5.096/20, disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1940755&filename=PL+5096/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1940755&filename=PL+5096/2020)

25 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 516.

26 A lei criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, a referida lei foi promulgada devido a luta e mobilização das mulheres brasileiras durante anos. Desde então, a sociedade brasileira aprofundou o debate sobre o combate à violência praticada cotidianamente contra todas as mulheres, independentemente de classe social, idade, raça/cor, etnia, cultura, nível educacional, local de moradia, religião, orientação sexual e condição de deficiência física ou mental.

27 PALHARES, Felipe. **Temas atuais de proteção de dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 274

Nesse sentido um novo paradigma sobre proteção de dados terá, obrigatoriamente, ser conjugado com o regime de acesso a documentos, na medida em que o direito de acesso poderá entrar em conflito com a proteção de dados<sup>28</sup>. Fato que reflete diretamente na questão do sigilo, embora seja destinado apenas a vítima, acaba por proteger o agressor, vez que não há comunicação entre os órgãos públicos, sendo importante que as informações fossem de alguma forma unificadas desde o primeiro atendimento policial até o poder judiciário, de forma que os agressores não permanecessem sob o manto da morosidade de um judiciário abarrotado, sob sigilo que sequer lhes pertence.

É necessário buscar uma solução conjunta que atenda a impunidade sem violentar novamente a vítima. Nesse sentido, destaca-se a ação realizada pelo Tribunal do Estado de São Paulo, que preocupado com o compartilhamento de informações, o implementou o sigilo de dados pessoais para vítimas de violência doméstica. O tribunal incorporou em seu sistema de peticionamento eletrônico, a possibilidade de inserção de dados sigilosos, como por exemplo, endereço de mulheres vítimas de violência doméstica.

O pedido foi feito pelo Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres da Defensoria depois de diversas orientações e procedimentos, esses processos somente poderão ser visualizados pelo advogado peticionante e as partes. A atualização do sistema vale para todos os casos, inclusive aqueles patrocinados por advogados privados. a alteração é relevante e essencial para a garantia da vida, integridade física e psicológica da mulher e permite que mulheres em situação de violência doméstica e familiar tenham acesso à justiça e garantam a efetividade de seus direitos<sup>29</sup>.

A ação do TJSP é importante pois há uma quantidade de informações armazenadas nos bancos de dados possuem alto valor para a sociedade da informação e potencial risco de causar dano irreparável. Isto torna imprescindível a necessidade da observância a direitos constitucionais e diretrizes constante na Lei de Proteção de Dados, sobretudo, no manuseio dos dados pessoais pelo poder judiciário. Nesse contexto a LGPD em seu artigo 7<sup>o</sup><sup>30</sup> elenca as bases legais para o tratamento de dados pessoais, destacando os requisitos para o tratamento e para a conformidade deve haver pelo menos uma dessas bases.

Dentre as várias hipóteses uma delas é a base legal do consentimento que deve ser explícito, uma manifestação livre, informada e inequívoca, mas em relação ao dispositivo de segurança e sigilo não é a base mais

28 RODRIGUES, José Noronha; TEVES, Daniela Medeiros. **A proteção de dados pessoais e a Administração Pública**: o novo paradigma jurídico. Lisboa: AAFDL, 2020. p. 123.

29 SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). **Minuta de Comunicado**: Processo 2019/55139. Disponível em: [https://assets-compromisso-eatidade-ipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2019/12/CGJ\\_ComunicadoSigiloDadosVDFM.pdf](https://assets-compromisso-eatidade-ipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2019/12/CGJ_ComunicadoSigiloDadosVDFM.pdf). Acesso em: 28 set. 2020.

30 Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I – mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II – para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III – pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; IV – para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; V – quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; VI – para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); VII – para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; VIII – para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; IX – quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou X – para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

adequada, vez que o consentimento não pode ser compulsório, senão perde sua essência, e ainda, a base legal do consentimento pode ser revogada pelo titular, o que não é possível no judiciário.

Não podemos deixar de observar, que num primeiro momento, não parece adequado e pode ser até mesmo questionável a validade de uma solicitação de consentimento a uma mulher em extremo estado de vulnerabilidade.

Poderia o judiciário utilizar a base legal do legítimo interesse, no entanto, essa base legal não comporta o tratamento de dados sensíveis, que são exatamente os dados que se trata na Lei Maria da Penha, diante do alto risco de discriminação da vítima, não é a base legal mais adequada. Possui ainda a base legal da proteção da vida e incolumidade física do titular, aparentemente a que mais se coaduna, porém o uso dessa base legal para o tratamento desses dados exige uma iminência que nem sempre ocorrerá no caso concreto, já que não necessariamente a violência deverá ser física e poderá limitar a autonomia da vítima titular dos dados face ao monitoramento.

Assim, para o tratamento dos dados pessoais pelo judiciário na lei em comento, o próprio caput do artigo 23 da LGPD se torna uma base legal autônoma diante da ponderação de interesses é necessária a flexibilização para atender as legislações e interesses dos titulares<sup>31</sup>.

Portanto, os agentes de tratamento dos dados colhidos pelos dispositivos deverão respeitar todas as determinações previstas na mencionada lei, tendo como fator principal a transparência, segurança e lisura dos dados coletados. Porém, a luta pelo fim da violência contra a mulher permanece um problema que exige empenho, pois deixa marcas que não são apenas físicas. É muito comum vermos ataques a mulheres no mundo virtual, o que afeta diretamente a família e pessoas próximas a vítima, colocando-a em situação depreciativa e ao escárnio público.

Embora existam algumas leis de proteção como as aqui citadas, fato é que o Brasil é carente de regulação no mundo virtual, faltam projetos capazes de regular efetivamente as dimensões e complexidades da internet e suas implicações jurídicas<sup>32</sup>. Ainda, é necessário que a regulamentação seja acompanhada de investimentos por parte do Estado para conscientização e inserção de cultura da privacidade e proteção de dados com intuito de evitar o comportamento ilícito.

O progresso tecnológico gera uma maior capacidade intrusiva na vida privada, onde vemos verdadeiros linchamentos virtuais, muitos disfarçados de liberdade de expressão, e esse efeito merece abordagem diferenciada e ponderação de valores entre princípios constitucionais<sup>33</sup>. A violação dos direitos à privacidade também é uma forma de violência, e tem crescido constantemente, em especial nos casos das mulheres, que historicamente são principal alvo da violação dos direitos humanos. As mulheres são marginalizadas por uma sociedade machista e que suportam o fardo da vigilância da vida íntima e privada.

31 PALHARES, Felipe. **Temas atuais de proteção de dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 274.

32 LEONARDI, Marcel. **Fundamentos de direito digital**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. xx.

33 PALHARES, Felipe. **Temas atuais de proteção de dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p.317.

No entanto tal medida, embora corresponda a um avanço, não é suficiente e capaz de resguardar e proteger a privacidade, é necessário um trabalho em conjunto e uma intensa atuação na mudança não apenas cultural, mas de lógica jurídica para compreender a privacidade como um direito amplamente exercido. Nesse sentido a LGPD tem carregado uma responsabilidade e um papel fundamental para a ponderação da essência daquilo que se pretende proteger.

## CONCLUSÃO

Em virtude dos avanços tecnológicos e a entrada em vigor da [Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais](#) favorecem a mudança do conceito de privacidade de acordo com a evolução da sociedade. Com o crescimento exponencial da tecnologia, novas formas de violência surgiram com impactos exorbitantes nos direitos fundamentais através de invasões de privacidade e exposição de intimidade alheia, de forma que se faz necessário englobar a proteção de dados pessoais nos demais setores da sociedade e pensar nele como a proteção da própria dignidade humana.

No que tange ao pleno exercício da privacidade pelas mulheres, ainda há um avanço a percorrer, posto que inúmeras são as violências cometidas e não há uma legislação específica para coibir tais abusos. Além disso, há ainda o perigo do acesso às informações sensíveis e sigilosas relacionadas com casos de violência doméstica. Portanto, entende-se que é necessário criar uma regulamentação capaz de proporcionar proteções especiais para informação íntima e privada da mulher e proteger os valores que a privacidade assegura, para evitar e prevenir danos a sua personalidade, bem-estar psicológico e a sua capacidade de percepção de si própria.

Igualmente é preciso considerar que há um valor global de privacidade sendo construído e desenvolvido por meio de normas de proteção de dados. Por essa razão é que se entende que a [Lei Geral de Proteção de Dados](#), a partir de um conceito atual de privacidade, pode ser um marco para a mudança da lógica jurídica a fim de concretizar o direito à privacidade para mulheres. De modo que as legislações que tratam sobre a proteção da mulher passem a incorporar essa nova lógica normativa, ampliando o leque de proteção relacionados à privacidade.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 16 reimp., Coimbra: Almedina, 2013.
- CITRON, Danielle Keats. A new compact for sexual privacy. **William & Mary Law Review**, June 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3633336>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- DONEDA Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA). **Violence against Women:** every day and everywhere. Disponível em: <https://fra.europa.eu/en/news/2014/violence-against-women-every-day-and-everywhere>. Acesso em: 7 jan. 2020.

GUIMARÃES, Barbara Linhares; DRESCH, Márcia Leardini. Violação dos direitos à intimidade e à privacidade como formas de violência de gênero. **Percursos: Revista Unicuritiba**, v. 1, n. 14, 2014. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/833>. Acesso em: 22 nov. 2021.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Violência de gênero na internet**. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-de-genero-na-internet/>. Acesso em: 9 dez. 2020.

LEONARDI, Marcel. **Fundamentos de direito digital**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LIMA, José Afonso de; SANTOS, Claudiene. **Violência doméstica:** vulnerabilidade e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

MENDES, Ferreira Mendes, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES CORDEIRO, A. Barreto. **Direito da proteção de dados:** à luz do RGPD e da Lei nº 58/2019. Coimbra: Almedina, 2020.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional:** vol. II, parte IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

PALHARES, Felipe. **Temas atuais de proteção de dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais:** teoria geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância:** a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, José Noronha; TEVES, Daniela Medeiros. **A proteção de dados pessoais e a Administração Pública:** o novo paradigma jurídico. Lisboa: AAFDL, 2020.

SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). **Minuta de Comunicado:** Processo 2019/55139. Disponível em: [https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2019/12/CGJ\\_ComunicadoSigiloDadosVDFM.pdf](https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2019/12/CGJ_ComunicadoSigiloDadosVDFM.pdf). Acesso em: 28 set. 2020.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo, Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

THE WORLD BANK. O Combate à Violência contra a Mulher (VCM) no Brasil em época de Covid-19. 24 ago. 2020. Disponível em: <https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/publication/brazil-addressing-violence-against-women-under-Covid-19>. Acesso em: 9 dez. 2020.

THOUGHT.CO. **Cyberstalking and women**. [Aug. 2019]. Disponível em: <https://www.thoughtco.com/cyberstalking-and-women-facts-3534322>. Acesso em: 9 dez. 2020.

VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES EM DADOS. **Mulheres são maioria dos atendimentos por exposição íntima, ofensas e conteúdos violentos na internet**. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia-em-dados/mulheres-sao-maioria-dos-atendimentos-por-exposicao-intima-ofensas-e-conteudos-violentos-na-internet/#>. Acesso em: 9 dez. 2020.

# CAPÍTULO 10

## O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Cíntia Rosa Pereira de Lima

Cristina Godoy Bernardo de Oliveira

### INTRODUÇÃO

A atual sociedade informacional impulsionou a disciplina sobre proteção de dados, que requer uma constante atualização tendo em vista os avanços tecnológicos, notadamente, das tecnologias de informação. Assim, para poder assegurar a efetiva autodeterminação informativa, entendida como o direito subjetivo da pessoa de poder controlar o acesso, o fluxo e o compartilhamento de suas informações pessoais, o direito à proteção de dados deve ser visto como um direito fundamental.

Inicialmente, a proteção de dados pessoais era vista como um desdobramento do direito à privacidade. No entanto, o próprio Marco Civil da Internet, [Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014](#), assegura a proteção à privacidade (inc. II do art. 3º) e a proteção de dados (inc. III do art. 3º), em incisos separados, como deve ser, tendo em vista a autonomia do direito à proteção de dados em relação ao direito à privacidade. Assim, a Lei Geral de Proteção de Dados, [Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018](#), traz uma disciplina jurídica para a consolidação do direito à proteção de dados pessoais no Brasil.

Este trabalho tem por objetivo apresentar a evolução do direito à privacidade e à proteção de dados pessoais, caracterizando este último como um direito fundamental autônomo. Ademais, pretende-se demonstrar o reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados pelo Supremo Tribunal Federal ao suspender a eficácia da Medida Provisória n. 954/2020, que autorizava o compartilhamento de informações dos consumidores pelas empresas de telefonia móvel e fixa com o IBGE.

Para tanto, adota-se os métodos de abordagem indutivo-dedutivo, ou seja, a partir da análise do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n. 6387, n. 6388, n. 6389, n. 6390 e n. 6393) que impugnaram a Medida Provisória n. 954, de 17 de abril de 2020, demonstra-se o reconhecimento do direito à proteção de dados como um direito fundamental. Outrossim, a partir do levantamento bibliográfico sobre o tema, este artigo salienta os argumentos doutrinários que fundamentam tal reconhecimento.

Em suma, diante da necessidade de se distinguir o direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais, este trabalho pretende colaborar para a consolidação do tema na doutrina pátria, diante da necessidade de se revisitar os direitos fundamentais previstos no art. 5º da CF/88.

## 1 DA PRIVACIDADE À PROTEÇÃO DE DADOS

Existem muitos estudos sobre o direito à privacidade, que tem sido objeto de pesquisa há décadas, desde o famoso artigo de Samuel Warren e Louis Brandeis, intitulado “*The right to privacy*”. Nesta obra paradigmática, os autores definiram privacidade (*privacy*) como o *direito de estar só* ou, talvez mais preciso, *o direito de ser deixado só* (“*right to be let alone*”)<sup>1</sup>.

Desde então, muitos trabalhos foram desenvolvidos sobre o tema privacidade. Alguns deles estão superados, tendo em vista a evolução tecnológica e científica. Desta feita, é pertinente a colocação de Marcel Leonardi<sup>2</sup>, que entende que o termo, na verdade, é uma “palavra-camaleão”, no sentido que se adapta a vários sentidos. A dificuldade de chegar a um senso comum sobre o conceito de “privacidade” está justamente na sua vagueza semântica, referindo-se àquilo que está na esfera privada.<sup>3</sup>

Seguindo os ensinamentos de José Afonso da Silva,<sup>4</sup> pode-se compreender o direito à privacidade como um termo genérico e amplo na medida em que abarca “todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade.”. Em linhas gerais, o direito à privacidade é compreendido como as informações sobre o indivíduo que devem ser resguardadas, levando-se em consideração a vontade do indivíduo, na hipótese de ser juridicamente possível, em escolher quando e para quem divulgá-las.

De fato, a CF/88 garante expressamente o direito à privacidade como um direito fundamental no inc. X do art. 5º. Além disso, o [Código Civil](#) tutela expressamente a vida privada da pessoa natural no art. 21, dentre os direitos de personalidade, caracterizados por serem intransmissíveis e irrenunciáveis nos termos do art. 11 do CC/02.

No entanto, Helen Nissenbaum<sup>5</sup> alerta para o fato de que a privacidade está em constante ataque dadas as ferramentas de vigilância (*persuasive surveillance*), razão pela qual o termo deve ser analisado em um contexto relacional, pois se deve ponderar as especificidades do direito à privacidade na esfera pública e privada.

Nessa mesma linha de raciocínio, Danilo Doneda<sup>6</sup> propõe outra forma de análise da privacidade, para assumir “um caráter relacional, que deve determinar o nível de relação da própria personalidade com as outras

1 WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, Dec. 1890. p. 193.

2 LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 46.

3 SOLOVE, Daniel. J. Conceptualizing privacy. *California Law Review*, v. 90, Issue 4, p. 1087-1156, 2002. p. 1101.

4 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 205.

5 NISSEBAUM, Helen. **Privacy in context: technology, policy, and the integrity of social life**. Califórnia: Stanford, 2010. p. 06.

6 DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 146.



pessoas e com o mundo exterior – pela qual a pessoa determina sua inserção e de exposição”. Na realidade, trata-se da exteriorização da subjetividade para que o indivíduo se torne objeto de sua consciência.

Disto se pode concluir que o termo “privacidade” está em constante transformação, notadamente, em função do avanço das tecnologias da informação. Ainda assim, não se pode confundir o direito à privacidade e o direito à proteção de dados como destaca Cíntia Rosa Pereira de Lima.<sup>7</sup>

Nesse sentido, é interessante a análise feita por Stefano Rodotà<sup>8</sup> sobre a evolução cultural e jurídica do termo “privacidade”, sistematizando tal evolução em quatro aspectos que destacam a privacidade como um “elemento constitutivo da cidadania”, quais sejam:

- 1) do direito de ser deixado só ao direito de manter o controle sobre suas próprias informações;
- 2) da privacidade ao direito à autodeterminação informativa;
- 3) da privacidade a não discriminação;
- 4) do segredo ao controle.

Em síntese, Stefano Rodotà<sup>9</sup> afirma que a privacidade, na sociedade informacional, não pode ser mais apenas entendida como o “direito de ser deixado só”; em verdade, a tutela dos dados pessoais garante ao titular conhecer, controlar, identificar e interromper o fluxo de informações que lhe digam respeito.

Em outro texto, Stefano Rodotà<sup>10</sup> destaca uma diferença importante: o direito à privacidade possui tutela estática e negativa, enquanto a tutela dos dados pessoais, estruturada a partir de regras sobre o tratamento de dados, poderes de intervenção, dentre outras, possui uma tutela dinâmica, ou seja, surge com a coleta dos dados e permanece com eles durante a circulação e armazenamento.

Sobre tal distinção, Giusella Finocchiaro<sup>11</sup> destaca que determinado dado pessoal, ainda que não seja privado, é objeto de tutela pela legislação sobre proteção de dados pessoais. Consequentemente, conclui que a definição de dado pessoal não faz referência direta nem indireta à privacidade. Em suma, o objeto do direito à privacidade é diverso do objeto do direito à proteção dos dados pessoais. O primeiro é assegurar o resguardo de parcela de sua vida privada; o segundo, por sua vez, é proteger os titulares de dados viabilizando o acesso e controle de suas informações (ainda que de conhecimento público) e impedindo que sejam objeto de trata-

7 LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Autoridade nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 112.

8 RODOTÀ, Stefano. Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali. **Rivista Critica del Diritto Privato**, anno XV, n. 1, p. 583-609, mar. 1997. p. 588-591.

9 RODOTÀ, Stefano. Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla *privacy*. **Europa e Diritto Privato**, fasc. 01, p. 01-11, Milão: Giuffrè, 2004. p. 521.

10 RODOTÀ, Stefano. Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla *privacy*. **Europa e Diritto Privato**, fasc. 01, p. 01-11, Milão: Giuffrè, 2004. p. 03. No mesmo sentido: FINOCCHIARO, Giusella. **Privacy e protezione dei dati personali: disciplina e strumenti operativi**. Bologna: Zanichelli, 2012. p. 04-05.

11 FINOCCHIARO, Giusella. **Privacy e protezione dei dati personali: disciplina e strumenti operativi**. Bologna: Zanichelli, 2012. p. 36-37: “Da qui l’ulteriore riprova che il diritto alla riservatezza e il diritto alla protezione dei dati personali non coincidono, con riferimento ai beni oggetto dei diritti. Nel primo caso, l’oggetto della tutela è costituito dalle vicende riservate, intese come vicende intime o familiari; nel secondo caso, l’oggetto della tutela è invece costituito dai dati e dalle informazioni, anche se privi di contenuto riservato”.

mento em desacordo com as regras e códigos de condutas. Assim, é imperiosa a análise do direito à proteção de dados pessoais como um direito autônomo.

## 1.1 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO UM DIREITO AUTÔNOMO

A União Europeia, com o intuito de fortalecer o vínculo entre os Estados-membros, aprovou, em 07 de dezembro de 2000, a *Carta dos Direitos Fundamentais (Charter of Fundamental Rights of the European Union – 2000/C 364/01)*.<sup>12</sup> Este diploma legal complementa (nos termos do art. 52 da Carta)<sup>13</sup> a *Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)*<sup>14</sup>, realizada em Roma, em 04 de novembro de 1950.

Essa complementação foi necessária haja vista a evolução tecnológica e o desenvolvimento econômico e social, nos termos do “*Preâmbulo*” da *Carta*<sup>15</sup>, que destacou a proteção dos dados pessoais em artigo próprio (distinto do direito à privacidade, assegurado no artigo 7 deste mesmo diploma legal):

### Article 8 – Protection of personal data

1. Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her.
2. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified.
3. Compliance with these rules shall be subject to control by an **independent authority**. (grifo nosso)

Antes, a proteção dos dados pessoais era fundamentada na tutela da privacidade, que desde a Convenção de 1950 já estava garantida, em seu art. 8º.<sup>16</sup> Atualmente, entretanto, o direito à privacidade e proteção à vida privada e familiar continuam tutelados; porém em dispositivo distinto (art. 7º da *Carta*).<sup>17</sup> Não foi por acaso tal sistematização, mas sim por critério científico, pois, como se demonstrará, os direitos à privacidade, vida privada, intimidade e identidade pessoal são distintos do direito à proteção dos dados pessoais, que deve ser tutelado como um direito de personalidade autônomo.

Por conseguinte, entendemos que o direito à proteção de dados pessoais é um direito subjetivo do titular dos dados pessoais de obter informações claras e precisas sobre o tratamento de dados pessoais que lhe diga respeito, bem como de controlar o tráfego destas informações, reduzindo o tratamento de dados ao mínimo necessário à finalidade do tratamento de dados. No Brasil, este direito subjetivo está garantido pela Lei Geral

12 Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf), acessado em 21 de janeiro de 2020.

13 Article 52 [...] 3. In so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection.

14 Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf), acessado em 04 de junho de 2015.

15 *Idem ibidem*: “To this end, it is necessary to strengthen the protection of fundamental rights in the light of changes in society, social progress and scientific and technological developments by making those rights more visible in a Charter.”

16 Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais: “ARTICLE 8 – Right to respect for private and family life – 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

17 Article 7 – Respect for private and family life – Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications.

de Proteção de Dados – LGPD, [Lei n. 13.709, 14 de agosto de 2018](#), que entrou em vigor parcialmente no dia 18 de setembro de 2020.<sup>18</sup>

Para além do reconhecimento do direito à proteção de dados como um direito autônomo, afirma-se que é um direito fundamental dada a sua importância para a autodeterminação informativa.

## 2 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Diante da inclusão do direito à proteção de dados pessoais na *Carta dos Direitos Fundamentais* da União Europeia em artigo específico (art. 8º), pacificou-se o entendimento de que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental, pois é inerente à dignidade da pessoa humana.

No Brasil, Laura Schertel Mendes<sup>19</sup> afirma que o bem jurídico protegido pelo direito à proteção de dados é duplo, ou seja, tem por objeto a integridade moral da pessoa, como componente essencial da dignidade humana; e, de outro lado, as liberdades em sentido amplo, com destaque para a liberdade de comunicação e de informação. Além disso, a autora sustenta que este direito tem duas dimensões: – a *dimensão subjetiva* do direito fundamental à proteção de dados consiste no direito subjetivo de defesa que tem o titular de dados pessoais, isto é, garante a este o controle sobre a coleta, o processamento, a utilização e a circulação de seus dados pessoais; e – a *dimensão objetiva*, que impõe ao Estado (Legislador) o dever de criar ferramentas para concretizar o direito fundamental à proteção de dados, o que foi feito a partir da LGPD, inspirada no Regulamento Geral Europeu sobre Proteção de Dados (*General Data Protection Regulation*)<sup>20</sup> – GDPR, em vigor na Europa desde maio de 2018.

Esta lei traz um sistema jurídico em matéria de proteção de dados, assegurando aos titulares dos dados (definidos no art. 5º, inc. V da LGPD) como “pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento”. Além dos direitos previstos nos artigos 17 a 22 da LGPD, a lei traz os princípios (art. 6º da LGPD) que norteiam as atividades de tratamento de dados pessoais, quais sejam: princípio da finalidade; da adequação; da necessidade; do livre acesso; da qualidade dos dados; da transparência; da segurança; da prevenção; da não discriminação; e da responsabilização e prestação de contas.

18 A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, Lei nº 13.709/2018, entrou em vigor parcialmente no dia 18 de setembro de 2020, quando o Presidente Jair Bolsonaro sancionou a Lei n. 14.058, de 17/09/2020, publicada no Diário Oficial da União no dia 18/09/2020, retirando os artigos que pretendiam postergar a vigência da LGPD para maio de 2021. Assim, entende-se que a LGPD está em vigor a partir da vigência da Lei n. 14.058/2020. Entretanto, as sanções previstas na lei são aplicáveis somente a partir de 1º de agosto de 2020, porque a Lei n.º 14.010, de 10 de junho de 2020, que estabelece normas que compõem o denominado “Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET)” no período da pandemia do novo coronavírus, determinou no art. 20 a prorrogação da vigência dos artigos 52, 53 e 54 da LGPD a partir de 1º de agosto de 2021.

19 MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 175.

20 UNIÃO EUROPEIA. *Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Acesso em: 10 set. 2020.

Atualmente, tramita no Senado Federal<sup>21</sup> a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 17/2019, que pretende acrescentar ao rol do art. 5º da CF/88 o inciso X-A com a seguinte redação: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. Além disso, a PEC n. 17/2019 pretende inserir a proteção de dados pessoais dentre as matérias privativas da União pelo pretendido acréscimo do inc. XXX ao art. 22 da CF/88. Vemos com bons olhos tal iniciativa, pois seria muito difícil aos titulares de dados pessoais e às empresas conviverem com leis estaduais ou municipais de proteção de dados pessoais, além da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

No entanto, ainda que essa PEC n. 17/2019 não tenha sido aprovada, ela não enfrenta resistência dada a relevância da matéria. Entretanto, referida omissão do Constituinte não impede o reconhecimento do direito à proteção de dados como um direito fundamental, diante da interpretação dinâmica do texto constitucional. Inclusive, isso ficou evidenciado no julgamento das Medidas Cautelares nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 6387, 6388, 6389, 6393, 6390, suspendendo a aplicação da Medida Provisória 954/2020, que obrigava as operadoras de telefonia a repassarem ao IBGE dados identificados de seus consumidores de telefonia móvel, celular e endereço como se verá a seguir.

## 2.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A Medida Provisória n. 954, de 17 de abril de 2020, autorizava o compartilhamento de informações pessoais entre as empresas de telefonia móvel e fixa com a Fundação IBGE para fins estatísticos cujo objetivo era o de monitorar as taxas de isolamento social, *in verbis*:

Art. 2º As empresas de telecomunicação prestadoras do STFC<sup>22</sup> e do SMP<sup>23</sup> deverão disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas.

§ 1º Os dados de que trata o *caput* serão utilizados direta e exclusivamente pela Fundação IBGE para a produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares.

No entanto, os riscos que envolvem este tipo de compartilhamento são muitos, em especial o compartilhamento de informações dos titulares de dados pessoais sem o devido relatório de impacto que deve preceder para minimizar estes riscos. No contexto atual das tecnologias de informação, não existem informações inofensivas, na medida em que estas podem ser associadas com outras tantas informações (dados estruturados e

21 BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição n. 17/2019. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>, acessado em 20 de janeiro de 2021.

22 Serviço Telefônico Fixo Comutado.

23 Serviço Móvel Pessoal.

não estruturados) sobre a pessoa, podendo definir um perfil (*profiling*) com muita assertividade, acentuando a vulnerabilidade dos titulares de dados pessoais que, muitas vezes, ignoram mencionadas práticas.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal suspendeu esta Medida Provisória ao julgar as Medidas Cautelares nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393:<sup>24</sup>

ADI 6387 MC-Ref

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROSA WEBER

Julgamento: 07/05/2020

Publicação: 12/11/2020

Ementa

EMENTA MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (Covid-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO. 1. Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. 2. Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais **hão de observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos.** O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados. 3. O Regulamento Sanitário Internacional (RSI 2005) adotado no âmbito da Organização Mundial de Saúde exige, quando essencial o tratamento de dados pessoais para a avaliação e o manejo de um risco para a saúde pública, a garantia de que os dados pessoais manipulados sejam “adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito” e “conservados apenas pelo tempo necessário.” (artigo 45, § 2º, alíneas “b” e “d”). 4. Consideradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, não emerge da Medida Provisória nº 954/2020, nos moldes em que editada, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia. 5. Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, **a MP nº 954/2020 desatende a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), na dimensão substantiva, por não oferecer condições de avaliação quanto à sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades.** 6. Ao não apresentar mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger, de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na transmissão, seja no tratamento, o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados pessoais compartilhados, a MP nº 954/2020 descumpra as exigências que exsurgem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção dos direitos fundamentais dos brasileiros. 7. Mostra-se excessiva a conservação de dados pessoais coletados, pelo ente público, por trinta dias após a decretação do fim da situação de emergência de saúde pública, tempo manifestamente excedente ao estritamente necessário para o atendimento da sua finalidade declarada. 8. Agrava a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados a circunstância de que, embora aprovada, ainda não vigora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais. O fragilizado ambiente protetivo impõe cuidadoso

24 Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&age=1&pageSize=10&queryString=ADI%206387&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&age=1&pageSize=10&queryString=ADI%206387&sort=_score&sortBy=desc). Último acesso em: 30 jan. 2021.

escrutínio sobre medidas como a implementada na MP nº 954/2020. 9. O cenário de urgência decorrente da crise sanitária deflagrada pela pandemia global da Covid-19 e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não podem ser invocadas como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição. 10. *Fumus boni juris e periculum in mora* demonstrados. Deferimento da medida cautelar para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel. 11. Medida cautelar referendada.

Neste julgamento histórico realizado por videoconferência no dia 07 de maio de 2020, com uma ampla maioria de 10 votos, o STF referendou a suspensão da MP 954/2020 que havia sido concedida em caráter cautelar pela Relatora Ministra Rosa Weber. A Ministra, em seu voto, destaca os estudos realizados pela Universidade de Colúmbia, Estados Unidos<sup>25</sup>. Clarissa Long adverte para os poderes governamentais de vigilância e coleta de dados de seus cidadãos, pois uma “vez que dados são coletados para um propósito, é muito difícil evitar que sejam usados para fins outros não relacionados.” No mesmo sentido, o Ministro Alexandre de Moraes realçou que a medida provisória, “em que pese todo o respeito ao IBGE, tem potencialidade para causar eventual arbitrariedade na divulgação maciça desses dados”. Também acompanhando a Ministra Relatora, o Ministro Luiz Fux realçou que a “proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos, que envolvem uma tutela jurídica e âmbito de incidência específicos”.

De maneira semelhante, o Ministro Ricardo Levandowski reconheceu a desproporcionalidade da MP 954/2020. O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, apontou também o vício formal da MP 954/2020, que interfere diretamente no regime de prestação dos serviços de telecomunicações, suscitando a inconstitucionalidade formal nos termos do inciso XI do art. 21 da CF/88. Por fim, a Ministra Carmém Lúcia salientou que os dados pessoais, aos quais as empresas de telecomunicações têm acesso, são fornecidos pelos consumidores para possibilitar a aquisição do serviço. Assim, o compartilhamento desses dados com entidades da administração pública, no caso o IBGE, e para finalidade diversa não é uma medida proporcional, necessária e adequada para preservar os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada.

Restou vencido o Ministro Marco Aurélio por entender que o compartilhamento de dados pessoais neste contexto estabelecido pela MP n. 954/2020 não ataca a dignidade da pessoa humana, pois caso o IBGE entre em contato com estes indivíduos, eles podem até mesmo desligar o telefone sem repassar nenhuma informação.

É importante salientar que se trata de uma visão ingênua sobre o uso e o compartilhamento de informações pessoais, que uma vez adquiridas e compartilhadas, dificilmente se tem o controle sobre o uso específico destas informações diante do avanço tecnológico como destacado neste trabalho. Assim, ainda que o STF tenha reconhecido o direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental, ainda há muito a fazer diante dos inúmeros desafios ao *enforcement* deste direito.

25 LONG, Clarissa. Privacy and Pandemics. In: PISTOR, Katharina. *Law in the time of Covid-19*. Columbia: Law School Books, 2020.

### 3 DESAFIOS À EFETIVIDADE DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS NA SOCIEDADE INFORMACIONAL

Assim, diante dos riscos apresentados pelo capitalismo informacional, é cada vez mais difícil harmonizar os interesses econômicos e a proteção da pessoa humana. A informação é encarada como um bem jurídico e altamente valorizada no mercado.<sup>26</sup>

Tendo em vista a constante e veloz evolução tecnológica, é preciso ter como norte, para a concretização da proteção dos dados pessoais, a dignidade da pessoa humana, como apontado por Stefano Rodotà,<sup>27</sup> *in verbis*: “*La nozione di dignità dev’essere tenuta presente tutte le volte che bisogna identificare il significato complessivo della protezione delle informazioni personali e, in questo quadro, della tutela della riservatezza e dell’identità.*”

Uma afirmação muito comum é no sentido de se interpretar o consentimento como a principal ferramenta para colocar o direito fundamental à proteção de dados pessoais em prática. De fato, o consentimento é uma das bases para o tratamento de dados pessoais como previsto no art. 7º, inc. I e art. 11, inc. I da LGPD. No entanto, a proteção dos dados pessoais não pode ser estruturada tão somente com base no consentimento livre e informado do titular dos dados, em razão de sua vulnerabilidade. Em outras palavras, o indivíduo, que necessita de serviços essenciais na sociedade informacional, quando solicitadas informações que lhe digam respeito para poder usufruir do serviço, não poderá resistir à anuência exigida pelos prestadores de serviços ao tratamento de seus dados pessoais.

Justamente por isso, o consentimento do titular dos dados é insuficiente para a efetiva proteção dos dados pessoais, daí a importância de uma entidade de controle que seja independente para desempenhar sua relevante missão, qual seja a de fiscalizar e garantir o cumprimento da legislação sobre proteção dos dados pessoais.<sup>28</sup>

Este órgão é a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, a quem incumbe a missão de fiscalizar e fazer cumprir a LGPD. Por conseguinte, caberá à ANPD acompanhar o desenvolvimento tecnológico como a Inteligência Artificial, para criar mecanismos e mesmo adotar resoluções para a constante efetividade do direito à proteção de dados.<sup>29</sup>

## CONCLUSÃO

Muito tem se falado em proteção de dados em virtude dos intensos debates em torno da vigência da **LGPD**. Esta lei trouxe diversos direitos aos titulares de dados pessoais (art. 18) para viabilizar o efetivo con-

26 PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*: problemi del diritto civile. Napole: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p. 337.

27 RODOTÀ, Stefano. Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali. *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XV, n. 1, p. 583-609, mar. 1997. p. 584.

28 BELLAVISTA, Alessandro. Società della sorveglianza e protezione dei dati personali. *Contratto e impresa*, ano 12. Padova: CEDAM, 1996. p. 63-81. p. 63; 72.

29 LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Autoridade nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 251.

trole de suas informações. No entanto, o contexto pandêmico ensejado pela Covid-19 evidenciou os perigos do compartilhamento das informações pessoais, muitas vezes realizado sem o devido relatório de impacto, a aplicação de ferramenta de anonimização de dados, bem como um sistema temporário de armazenamento destas informações, que devem ser eliminadas quando não forem mais necessárias.

Em 2020, a Medida Provisória n. 954 viabilizava o compartilhamento do número telefônico, endereço, nome completo dos usuários dos serviços de telefonia pelas empresas de telefonia fixa e móvel com o IBGE. No entanto, ao ser questionada no STF, esta Medida Provisória teve sua eficácia suspensa em julgamento histórico do plenário do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a proteção de dados como um direito fundamental autônomo.

Ainda que esteja em tramitação a PEC 17/2019, que pretende inserir o inc. X-A no art. 5º da CF/88, ou seja, a proteção de dados pessoais dentre os direitos fundamentais, tal fato não impede tal conclusão dada à interpretação dinâmica da [Constituição Federal](#) que tutela as liberdades individuais e almeja assegurar a dignidade da pessoa humana.

Em suma, para que o Estado vigilante não se torne uma realidade consolidada, é necessário proteger a privacidade e os dados pessoais dos cidadãos para que o Estado Democrático de Direito seja protegido. Neste caso, é fundamental o papel do Poder Judiciário para a defesa das instituições democráticas, evitando-se a definição de perfil dos cidadãos pelo Estado, por exemplo, que poderá gerar diversas violações dos direitos fundamentais garantidos por nossa Constituição.

## REFERÊNCIAS

- BELLAVISTA, Alessandro. Società della sorveglianza e protezione dei dati personali. *Contratto e impresa*, ano 12. Padova: CEDAM, 1996. p. 63 – 81.
- BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n. 17/2019**. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 20 jan. 2021.
- DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- FINOCCHIARO, Giusella. **Privacy e protezione dei dati personali**: disciplina e strumenti operativi. Bologna: Zanichelli, 2012.
- LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Autoridade nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina, 2020.
- LONG, Clarissa. Privacy and Pandemics. In: PISTOR, Katharina. **Law in the time of Covid-19**. Columbia: Law School Books, 2020.
- MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2019.
- NISSEMBAUM, Helen. **Privacy in context**: technology, policy, and the integrity of social life. Califórnia: Stanford, 2010.
- PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto dei contratti fra persona e mercato**: problemi del diritto civile. Napole: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.
- RODOTÀ, Stefano. Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali. **Rivista Critica del Diritto Privato**, anno XV, n. 1, p. 583-609, mar. 1997.



RODOTÀ, Stefano. Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla *privacy*. **Europa e Diritto Privato**, fasc. 01, p. 01-11, Milão: Giuffrè, 2004.

SCHERTEL MENDES, Laura. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOLOVE, Daniel. J. Conceptualizing privacy. **California Law Review**, v. 90, Issue 4, p. 1087-1156, 2002.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council** of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (*General Data Protection Regulation*). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Acesso em: 10 set. 2020.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, Dec. 1890.

# CAPÍTULO 11

## A INCLUSÃO DIGITAL E CIBERCIDADANIA

### DIGITAL INCLUSION AND CYBER CITIZENSHIP

**Dolores Pereira Ribeiro Coutinho**

**Patricia Martinez Almeida**

**Maria Laura Dutra Fonseca**

## INTRODUÇÃO

Cidadania é termo associado diretamente à vida em sociedade, no que se refere ao seu grau de intervenção no usufruto de seus espaços e potencial condição para interferir e o modificar, devendo ser compreendida em seu referencial, essencialmente político, neste estudo. Conquanto, o termo, originário da Grécia antiga, era usado para designar os direitos relativos aos cidadãos, excluindo-se, porém, mulheres, escravos, estrangeiros, artesãos e comerciantes. Apenas os senhores de terras eram considerados como cidadãos, e consequentemente, poderiam tomar as decisões políticas.

No transcurso de revoluções históricas – decorrentes da emergência de novos ideais que puseram um fim ao Antigo Regime, como por exemplo, a Revolução Francesa e seus valores *liberté, fraternité* e *égalité*, os quais se tornariam marca na luta do estabelecimento do Estado Democrático de direito –, muitas transformações políticas foram empreendidas por povos e nações, até que a democracia, tal qual vivenciada no século XXI, fosse estabelecida.

Devido a tais mudanças, não apenas políticas, mas também socioeconômicas e culturais, o conceito também se moldou às necessidades de cada época. Sendo que, nestes últimos anos, com o advento da globalização, os acontecimentos/fenômenos não mais ocorrem isoladamente, pois eles transcendem fronteiras de países e repercutem mundialmente. Nessa conjectura, os meios eletrônicos, a transmissão rápida de informações e cenários políticos, bem como proporcionam à sociedade, alternativa de representar seus interesses e ideais. Tal fato se torna central na concretização da democratização dos direitos humanos.

Evidenciando-se, a preocupação da disponibilização de tais ferramentas e seu consecutivo uso, concernentes à qualidade de educação empregada ao povo e sua capacidade financeira. Não seria estranho ser a desigualdade social um marco do Estado brasileiro, no qual classes mais favorecidas economicamente, historicamente possuem melhores oportunidades de acesso à educação, bem como à informação, em detrimento dos menos privilegiados. Instalando-se um círculo vicioso, que apenas se expande espiralmente.

A era da informação ou era digital foi inaugurada no século XX, e é proveniente dos avanços tecnológicos advindos da Terceira Revolução Industrial, os quais inauguraram o ciberespaço como instrumento usado para comunicação por meio da internet e informática. Uma de suas características é a provável integração mundial, de modo que pessoas do mundo inteiro passaram a estarem interligadas, divulgando formas de pensar, culturas e seus conhecimentos. Isso implica em um fluxo veloz na integração econômica, social, cultural, linguística, dentre várias outras.

Esses avanços na comunicação atingiram um patamar antes inimaginável, se tornando instrumentos para organização de protestos e revoltas por parte da população como, por exemplo, a retirada de ditadores e governantes que não mais satisfaziam, sendo ferramenta de potencial versatilidade e dinamicidade no exercício da cidadania. Neste contexto, seria mais apropriada a utilização do termo teledemocracia: democracia por meios digitais.

Utilizar, em um primeiro momento, o conceito da teledemocracia e suas aplicações, significa admitir que servisse de instrumento para viabilizar a democracia direta, ou seja, forma de organização em que todos os cidadãos podem participar, diretamente, do processo de tomada de decisões. Em que pese à teledemocracia seja um componente basicamente político, suas aplicações possuem maior abrangência, se vinculada à cibercidadania, podendo constituir um novo patamar de direitos, vinculando a todos da sociedade, implicando no dever do Estado de tutelar e resguardar os direitos e as garantias advindas da nova era tecnológica.

O Estado tem, portanto, papel central na concretização efetiva da teledemocracia, e ele se faz mais importante na mesma proporção em que se expandem a tecnologia e a desigualdade. De modo que é possível perceber em centros urbanos, que setores economicamente mais abastados possuem maiores oportunidades de acesso em detrimento da maioria da população. Devido a tais desigualdades, que configura como uma exclusão digital deve-se ser estudado o seu antagônico: a inclusão digital.

Em um segundo momento, determinando-se a importância da inclusão digital, que de pronto pode ser compreendida tanto como processo de alfabetização tecnológica como acesso aos recursos tecnológicos, de modo a proporcionar, àquele que acesse a rede, tenha suporte e conhecimento para buscar a informação de maneira correta, podendo se valer das plataformas e fazer da internet um instrumento de aprendizado e inserção.

No entanto, é de conhecimento comum que na internet não possui em si mesma facilitação à democracia digital, muito menos segurança nos dados coletados e informações, que podem ser falsas, ou facilmente manipuladas. Dessa maneira, mesmo havendo um grande contingente de pessoas com capacidade técnica de ampliarem seus conhecimentos, muitos ainda com poucas condições financeiras, serão bombardeados com notícias com teor altamente manipulador, ou mesmo falso, no conteúdo que chegará até eles.

Portanto, os desafios que a teledemocracia e a inclusão digital trazem consigo, são questões sobre a precariedade em que se encontra o Brasil, na era digital, os problemas advindos da ausência intelectual e da maleabi-

lidade da aplicação da teledemocracia. Senso que nesta investigação foram utilizados os métodos quantitativo, descritivo e dedutivo, bem como coleta de dados em pesquisa bibliográficas e documental, a fim de abordar a temática e entender o papel do Estado, bem como lugar do cidadão.

## TELEDEMOCRACIA E CIBERCIDADANIA

O conceito de cibercidadania é vivenciado tanto nos universos público ou particular. A população deixa de ser uma sociedade apenas presencial para se tornar uma sociedade também digital. Segundo Pierre Lévy<sup>1</sup> o crescimento da internet denominado por ele de “ciberespaço” é o novo meio de comunicação proveniente da interconexão mundial dos computadores. A expressão não especifica apenas a comunicação em si e sim, o mar de informações nelas contida. O desafio maior é conseguir explorar o potencial positivo que isso pode promover nas dimensões econômica, política, cultural, ambiental e legal.

O ciberespaço pronuncia o surgimento de um novo universo, com diferenças severas nas formas culturais em detrimento da ordem anterior. Um universo cheio de adaptações e transformações se instala como fundamental à vida do homem (dos mais vastos campos desde comunicação à medicina), sendo impossível de ser retirada. Em 2012, foi lançada uma série criada por Eric Kripke, denominada de *Revolution*, ficção em que a energia elétrica do mundo deixa de existir, ela é uma versão do mundo apocalíptico, em que as pessoas não sabiam mais como viver sem a internet, sem a comunicação, sem a medicina extremamente avançada, sem a tecnologia. Isto conduz à reflexão sobre o quanto se está conectado, assim como toda essa evolução afeta a humanidade do século XXI.

Os smartphones, as televisões inteligentes, a interconexão mundial da internet e todo o conhecimento imerso nela (conjunto tecnocultural) originam a cibercultura. Sendo uma forma sociocultural modificadora de hábitos sociais, de consumo, disseminação e interpretação de informações, criando outras formas de relações de trabalho, lazer e sociabilidade. Segundo Lemos e Levy,<sup>2</sup> todo esse conjunto alude ao ritmo das transformações sociais, econômicas, culturais e políticas do século atual. As características da cibercultura são: liberdade de expressão, conexão mundial e reconfiguração social, cultural e política. Essa reconfiguração da esfera pública gera grandes possibilidades do ponto de vista da democracia.

Estes autores (LEMOS; LEVY 2010), afirmavam que antes delas (reconfigurações)<sup>3</sup>, predominavam as mídias massivas e tendenciosas, e após o avanço da rede passou a haver uma maior liberdade de expressão e informação. A versatilidade e fruição de informações na internet são condições básicas para o exercício da democracia e estrutura aberta, transversal, livre e colaborativa, abrindo possibilidades do exercício político

1 LEVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2010.

2 LEMOS, A.; LÉVY, P. **O futuro da internet**: em direção a uma ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulus, 13, 2010.

3 Entende-se por ciberespaço a infraestrutura material da comunicação digital, os dados informacionais nela inseridos, assim como os seres humanos que dela se valem (LÉVY, 2001, p. 17).

democrático. Dessa maneira, as possibilidades proporcionadas pela internet trouxeram um espaço de comunicação inclusivo, transparente e universal.

Cardon<sup>4</sup> alega que ao mesmo tempo em que a internet potencializa o espaço público ela transforma a natureza da democracia, sendo necessário refletir sobre essas mudanças e pensar nos seus limites.

As inserções das tecnologias na esfera pública deram origem ao que Perez Luño<sup>5</sup> denomina de teledemocracia: o conjunto de teorias e de fenômenos relacionados ao surgimento de novas tecnologias nos processos de participação política das sociedades democráticas. Em suma, a teledemocracia é instrumento que viabiliza a democracia direta, a qual seja: a forma de organização em que todos os cidadãos podem participar diretamente no processo de tomada de decisões.

Em que pese à teledemocracia seja um componente basicamente político, suas aplicações possuem uma maior abrangência, as quais vinculadas à cibercidadania, constituem um novo patamar de direitos.<sup>6</sup> Tais direitos interligam todos da sociedade, o que implica no dever do Estado de tutelar e resguardar os direitos e as garantias advindas da nova era tecnológica.

Segundo o autor Luño<sup>7</sup> o conceito de teledemocracia possui duas modalidades: a variante forte e a variante mais fraca. A variante fraca é representada pelo complemento dos canais tradicionais de representação parlamentar, sem de fato significar uma substituição ou alternativa ao sistema de participação política baseado na democracia indireta, articulado por meio dos partidos políticos. Por sua vez, a teledemocracia na sua variante forte configura-se como um instrumento para tornar viáveis determinadas experiências políticas de democracia direta, conseqüentemente, representa muito além de uma ordinária ampliação dos meios políticos, mas um verdadeiro avanço estimativo em direção de uma nova forma de sociedade.

A teledemocracia fraca destaca-se pela inserção de tecnologia nos processos políticos de países democráticos. Desde o surgimento das novas tecnologias, estas foram implantadas nas campanhas eleitorais possuindo papel de importância, possibilitando que os partidos elaborem programas eleitorais conectados com as expectativas e anseios dos eleitores, uma vez que as propostas políticas, dirigidas à opinião pública, são suscetíveis de sucessivas modificações e adaptações na medida em que meios informáticos e telemáticos permitem processar brevemente as reações dos cidadãos.

Particularmente, em 2020, devido ao ocorrido da disseminação do novo Coronavírus, **as eleições municipais no Brasil foram prorrogadas, e com isso advieram algumas mudanças para os candidatos**<sup>8</sup>.

4 CARDON, D. *La démocratie Internet*: promesses et limites. Paris: [s. n.], 2010.

5 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 2, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2835>. Acesso em: 22 nov. 2021.

6 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 2, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2835>. Acesso em: 22 nov. 2021.

7 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 2, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2835>. Acesso em: 22 nov. 2021.

8 Emenda Constitucional nº 107/2020, de 2 de julho. Brasil.

Por ocasião da pandemia, o isolamento social deve ser respeitado, fazendo com que os candidatos mudassem as formas de abordagem de seus futuros eleitores. E para isso, a internet mostrou-se de suma importância, não só para a política, mas para todo o contexto social em si.

No entanto, nem toda a comunidade tem/terá acesso às informações fidedignas e propostas destes candidatos apenas pela internet. As propagandas de rádio e TV ainda são permitidas, mas os comícios e encontros dos candidatos com seus potenciais eleitores ficaram restringidos, sendo que uma grande parte destes aspirantes “ganhavam” seus eleitores nestes encontros. Além disso, as diversidades deveriam ser levadas em conta, diferenças que perpassam as dimensões econômicas implicam no acesso a este instrumento de comunicação e conhecimento, portanto alguns segmentos não serão abordados pelo conteúdo online, para tanto a saída encontrada por eles e permitida em lei são as carreatas <sup>9</sup>em seus carros, com alto-falantes, entretanto devendo respeitar-se o isolamento e evitar a aglomeração de pessoas.

A corrupção e má gestão da coisa pública, no século XX provocou comportamento que reflete apatia política,<sup>10</sup> a qual se é compreendido pela percepção de “fuga” da temática logo que abordada, a variante da teledemocracia forte traz consigo a revitalização da democracia e principalmente o protagonismo participativo, à medida que os cidadãos se integram ao processo legislativo, ficam mais suscetíveis a cumprirem determinados textos legais. Para Luño,<sup>11</sup> a teledemocracia pode representar espaço para exercício de uma cidadania responsável e interativa, na qual os cibercidadãos possam se considerar membros de uma comunidade, na qual sua voz está eivada de significado, sem interferências ou mediações capazes de deformarem sua vontade.

Apesar da potencialidade que a internet detém para ampliar a participação democrática, permanece o receio de que a teledemocracia atue como mecanismo de despolitização, pois devido a inexistência de uma relação direta entre Estado e indivíduo, os mediadores-associações, partidos, sindicatos, entre outros, deixariam de existir, e o indivíduo viveria, então, dentro de sua própria bolha/universo, revelando-se uma forte tendência à alienação e isolamento provenientes de hábitos tecnológicos, correndo o risco de tornar-se refém de algoritmos, pela ausência de regulação.

A tecnologia pode trazer a solidão, o isolamento e a alienação, em virtude disso, sem o convívio social que impulse questões coletivas, os cidadãos correm o risco de perderem o interesse pela participação teledemocrática, voltando assim à estaca zero, tornando-se analfabetos políticos como bem o descreveu Bretch<sup>12</sup>.

9 Resolução nº 23.624/2020, de 13 de agosto. Brasil.

10 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 2, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2835>. Acesso em: 22 nov. 2021.

11 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 2, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2835>. Acesso em: 22 nov. 2021.

12 BRECHT, B. El analfabeto político. 2017.

## INCLUSÃO DIGITAL

Para o entendimento da relevância da importância da inclusão digital, primeiramente se faz necessário apresentar um conceito, mesmo não sendo categoria universalmente estabelecida. Na tentativa de definição do conceito de inclusão, alguns autores partem do pressuposto do seu antagônico: a exclusão, neste sentido ao se refletir sobre a expansão tecnológica em todo seu espectro (educação, comunicação, medicina entre outros) pode-se perceber o recrudescimento da desigualdade, quando integrantes de setores mais favorecidos possuem maior acesso, ou melhor, qualidade no uso dessa ferramenta, ocorrendo o oposto com os desfavorecidos.

[...] as condições nas quais a rede mundial de computadores está se expandindo tendem a tornar mais profundas as desigualdades digitais. Isso porque os grandes centros urbanos e as classes mais favorecidas têm acesso facilitado aos recursos da internet, enquanto a maioria das pessoas não dispõe desse privilégio.<sup>13</sup>

Devido a tais desigualdades, o que se pode denominar como sendo a condição de exclusão digital, deve-se atentar ao seu oposto: a inclusão digital. A inclusão digital pode ser compreendida como resultante de um processo de alfabetização tecnológica e acesso aos recursos tecnológicos, de quem possui acesso à rede com conhecimento técnico para saber procurar informações corretas e manipular plataformas que utilizam a internet como um meio de se obter mais conhecimento, e por consequência obter a inserção<sup>14,15,16</sup>

A inclusão digital é um direito de acesso ao mundo digital para o desenvolvimento intelectual (educação, geração de conhecimento, participação e criação) e para o desenvolvimento de capacidade técnica e operacional. (SAMPAIO *apud* SPIGAROLI; SANTOS; SCHLÜNZEN; *et al.*, 2005, s.p).

Silveira<sup>17</sup> retrata a inclusão digital como “a universalização do acesso ao computador conectado à Internet, bem como ao domínio da linguagem básica para manuseá-lo com autonomia”. A partir desse pressuposto, o autor afirma a proporção de acesso e o propósito de um projeto de inclusão digital será determinado pelos instrumentos disponibilizados nele, entre eles: a) acesso à rede de computadores; b) acesso aos conteúdos da rede; c) acesso aos modos de armazenamento de informações; d) acesso às linguagens básicas e instrumentos para usar a rede; e) acesso às técnicas de produção de conteúdo; f) a construção de ferramentas e sistemas voltados às comunidades.

Costa e Lemos<sup>18</sup> categorizam a inclusão digital em três tipos de semânticas: técnica, econômica e cognitiva:

13 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: v. 3. São Paulo: Paz e terra, 2005. p. 206.

14 SILVEIRA, S. A. da. Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica. In: SILVEIRA, Sérgio Amadeu; CASSINO, João (org.). **Software livre e inclusão digital**. São Paulo: Conrad, 2003.

15 DEMO, Pedro. Inclusão digital-cada vez mais no centro da inclusão social. **Inclusão social**, v. 1, n. 1, 2005.

16 SILVA, H. P. D.; JAMBEIRO, O.; LIMA, J. B. D.; BRANDÃO, M. A. Inclusão digital e educação para a competência informacional: uma questão de ética e cidadania. **Ci. Inf.**, v. 34, n. 1, jan. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-19652005000100004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ci/a/R75CxrQRQsGM8fyGCwgjZKD/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 22 nov. 2021.

17 SILVEIRA, S. A. da. Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica. In: SILVEIRA, Sérgio Amadeu; CASSINO, João (org.). **Software livre e inclusão digital**. São Paulo: Conrad, 2003. p. 434.

18 LEMOS, A.; COSTA, L. Um modelo de inclusão digital: o caso da cidade de Salvador. **Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación**, v. 7, n. 3, 2005.

Nossa visão (e a matriz de análise de projetos de inclusão digital daí deriva) parte da premissa de que o processo de ‘inclusão’ deve ser visto sob os indicadores econômico (ter condições financeiras de acesso às tecnologias), cognitivo (estar dotado de uma visão crítica e de capacidade independente de uso e de apropriações dos meios digitais) e técnico (possuir conhecimentos operacionais de programas e de acesso à internet).<sup>19</sup>

Uma vez que os autores supramencionados se referem à inclusão digital sobre a perspectiva de três semânticas: o conhecimento técnico, condições financeiras e capacidade de interpretação (visão crítica e cognitiva), e que os seres humanos se encontram em condição de vivenciarem transformações com probabilidade de degeneração (ou não) das relações humanas, pode-se depreender, portanto, que a inclusão digital deveria perpassar um conteúdo mais humanístico, para tanto é fundamental que a inclusão digital seja tomada sob a perspectiva ética, única capaz de viabilizar a sociedade mais igualitária.

Nesta conjectura, deve-se considerar que a inclusão digital é uma ação com potencial para promover o êxito da “cidadania digital”, no entanto deve se falar que o ponto de partida do conceito inclusão digital é o acesso à informação contida nos meios digitais, e também a preocupação no tocante à assimilação da informação pelo usuário, receptor, bem como suas possibilidades de reelaboração.

Neste seguimento, para que haja a inclusão digital deve existir a capacitação no acesso à informação na internet, ambiente complexo e com pouca segurança aos dados coletados, eivado de informações que podem ser falsas, ou facilmente manipuladas. Ou seja, existe um verdadeiro bombardeio de notícias com teor potencialmente manipulador, influenciando a tomada de decisão, desejos e opiniões da população.

O montante de informação na Internet leva a que se proponham questões sobre as habilidades necessárias para aprender a se informar e aprender a informar, sobre onde adquirir a informação e chama a atenção de que essa aprendizagem é totalmente inexistente no sistema de ensino.<sup>20</sup>

O termo usado pelos programas governamentais para denominar tal capacitação é: alfabetização digital. Buzato<sup>21</sup> entende que melhor seria aplicar a utilização de: letramento digital, por não se tratar apenas de ensinar a codificar e decodificar a escrita, usar teclados e programas de computador, e sim ensinar a pessoa a construir sentido, capacidade para localizar, filtrar e avaliar a informação eletrônica, uma forma de aprendizagem, que, portanto, envolve poder decisório, sendo, portanto, política e cidadã.

Evidencia-se que inclusão digital não pode ser solucionada com aquisição de computadores para a população de baixa renda, ou com oferecimento de cursos de treinamento/qualificação para que ensinem as pesso-

19 LEMOS, A.; COSTA, L. Um modelo de inclusão digital: o caso da cidade de Salvador. *Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación*, v. 7, n. 3, 2005. p. 9.

20 LE COADIC, Y. F. *Le besoin d'information*. Paris: ADBS Editions, 1998.

21 BUZATO, M. E. *Letramento digital abre portas para o conhecimento*. [S. l. : s. n.], 2003.



as a utilizarem algum tipo de software. Ter ou não acesso à infraestrutura tecnológica é apenas um dos fatores que influenciam a inclusão/exclusão digital.<sup>22,23</sup>

Em suma, a alfabetização em informação é, indubitavelmente essencial, na aplicabilidade da inserção digital, uma vez que se criam pessoas capazes de identificarem e usarem a informação corretamente e a aplicar na prática do cotidiano. “Não poderá haver sociedade da informação sem cultura informacional e que o maior problema da inclusão digital não é a falta de computadores, mas o analfabetismo em informação.” (TARAPANOFF, SUAIDEN E OLIVEIRA, 2002, s.p).

A educação para a informação é o cerne para edificação de uma sociedade mais igualitária e incluída. Partindo desta conjectura, Silveira<sup>24</sup> ao analisar as propostas de inclusão digital realizadas no Brasil, estabeleceu três pontos complementares entre si: 1) cidadania, baseado no direito de interagir e de se comunicar na web; 2) combate à exclusão digital, voltada à profissionalização e à capacitação de noções básicas de informática; 3) educação, visando à formação sociocultural dos jovens para uma inserção autônoma na sociedade da informação.

No entanto, o mesmo autor destaca que em um primeiro momento a questão da profissionalização que predominava já não seria mais o foco, sendo que os movimentos reivindicavam ampliação da cidadania, ganhando-se cada vez mais força. Quando se aborda sobre a inclusão digital, a inserção direta do Estado na execução de um papel de destaque como incentivador, porque para além da facilitação de acesso aos meios eletrônicos. Deverá haver uma mudança na base escolar e inserção cultural da informática na sociedade brasileira, consonante à capacidade técnica de saber procurar informações verídicas e produzir pensamentos livres de quaisquer influências. Somente assim, será constituído um cidadão incluído, e sua atuação como tal poder se dar via meios virtuais.

Deste modo, permanecem, neste século XXI, como desafios para a inserção/inclusão digital no Brasil aqueles aspectos preconizados por Castells:<sup>25</sup>

Primeiro, não tem acesso à rede de computadores. Segundo, tem acesso ao sistema de comunicação, mas com uma capacidade técnica muito baixa. Terceiro, [...] é estar conectado à rede e não saber qual o acesso usar, qual a informação buscar, como combinar uma informação com outra e como utilizar para a vida.

Portanto, o primeiro desafio na aplicabilidade da inclusão digital, é o acesso aos instrumentos, o segundo maior desafio é a educação necessária para discernir e filtrar as informações disponibilizadas na rede, ou seja, devendo haver uma educação formal de qualidade aos brasileiros, desde os primeiros anos de escolaridade.

22 BONILLA, M. H. O Brasil e a alfabetização digital. *Jornal da Ciência*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 7, 2001.

23 SILVA, J. B. G. Alfabetização tecnológica: alguns aspectos práticos. *Boletim EAD*, n. 41, 2002.

24 SILVEIRA, S. A. da. Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica. In: SILVEIRA, Sérgio Amadeu; CASSINO, João (org.). *Software livre e inclusão digital*. São Paulo: Conrad, 2003. p. 434.

25 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*: v. 3. São Paulo: Paz e terra, 2005. p. 74.

## DESAFIOS À INCLUSÃO DIGITAL NO BRASIL

Entendido o conceito de teledemocracia/cibercidadania e inclusão digital, já se é possível visualizar os imensos desafios para a consecução da inclusão digital no Brasil. Primeiro, dá-se ênfase às dificuldades da inclusão digital, que de acordo com Castells<sup>26</sup> estando na dianteira a adversidade dada pelo escasso acesso à rede de computador, fruto da condição econômica da maioria dos setores sociais, os quais além de não terem recursos para proporcionarem certo tipo de acesso, são atingidos pela desigualdade na taxa de tributária, que não distingue os mais ricos dos mais carentes, ou seja, o princípio da isonomia não se aplica no caso da tributação brasileira.

Já o segundo ponto abordado por Castells,<sup>27</sup> é a inferioridade da capacidade técnica da grande massa popular, ainda mais à brasileira. Aqui, destaca-se, a carência educacional, principalmente aos setores mais básicos da informática, ademais apesar de se discutir muito em implantar a inclusão digital, nada se fala da exclusão que provocaria à melhor idade por sua extrema dificuldade com a tecnologia. E junto, a carência da capacidade técnica soma-se a capacidade de interpretação e discernimento sobre as diversas informações imersas diariamente na internet, sendo elas verdadeiras ou não (a problemática da indústria da desinformação). Logo, o maior desafio para a inserção digital se divide em basicamente dois: o âmbito econômico e o educacional, e ambos recaem na tutela do Estado.

A teledemocracia precisa da inclusão digital para obter sucesso, no entanto mesmo que a inclusão digital supere todos os seus desafios, a teledemocracia traz consigo seus próprios riscos, senão vejamos que, para Perez Luño,<sup>28</sup> o conceito da teledemocracia apresenta uma vertente fraca caracterizada por ser complementar aos canais tradicionais de representação parlamentar, sem significar uma substituição ou alternativa ao sistema de participação política baseado na democracia indireta. Em contrapartida, outra vertente, a forte, tipifica-se como instrumento para que as experiências políticas de democracia direta sejam possíveis.

Há um temor de que a teledemocracia atue como despolarização, devido à inexistência de uma relação direta entre Estado e indivíduo, além do mais segundo Bertman<sup>29</sup> o ritmo de vida da sociedade contemporânea é acelerado, abreviando o tempo e as condições necessárias para refletir ou debater determinado assunto. Isso quer dizer que a sociedade vive uma era de vulnerabilidade por depender da comunicação, e o indivíduo fica mais suscetível à qualidade de informação que recebe, podendo ser esse manipulado pela informação obtida. Ou seja, não se depende unicamente de uma boa capacitação técnica para o exercício da cidadania na rede.

26 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*: v. 3. São Paulo: Paz e terra, 2005.

27 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*: v. 3. São Paulo: Paz e terra, 2005.

28 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 2, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2835>. Acesso em: 22 nov. 2021.

29 BERTMAN, S.; ANDRÉ, A. *Hipercultura*: o preço da pressa. [São Paulo: Instituto Piaget?], 1998.

Segundo Bertman<sup>30</sup> a democracia direta é recomendada para comunidades pequenas, não sendo possível sua aplicabilidade na democracia atual, para ele esse sistema em que todos se comunicassem e discutissem as ideias não seria eficaz, devido ao fato de que é quase impossível escutar a todos e se chegar num consenso. Perez Luño<sup>31</sup> alerta que a teledemocracia pode levar ao empobrecimento na elaboração de leis, podendo tornar-se ferramenta para a manipulação política. Como a internet é um campo com falta de ordem e regulamentação, os poderosos e os políticos podem influenciar os resultados aos seus interesses.

Em contrapartida, não há como pressupor que a simples utilização da internet pelo Estado solucionará os impasses da democracia, no entanto dizer que a aplicação de uma posição caótica incumbindo à tecnologia a deterioração da situação atual, é desproporcional. Para o autor, o caminho a ser tomada depende exclusivamente da decisão dos cidadãos e do governo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internet como sendo um recurso potencializador de práticas democráticas ostenta aspectos positivos e riscos a serem considerados. As tecnologias informacionais, dependendo do uso que for feito, podem tanto permear aspectos positivos quanto negativos, nos quais os riscos supririam os benefícios, em se dando uma utilização da tecnologia que não fosse para a manipulação política e ideológica dos cidadãos.

A internet não é a chave que se busca para a solução de todos os problemas, muito menos uma ferramenta ordinária de controle político das massas, mas sim potencial mecanismo pelo qual se pode alterar a situação desse desinteresse político para um momento de participação e efetiva influência na tomada de decisões políticas pelos diferentes grupos da comunidade.

O acesso à internet não é capaz de assegurar o incremento da atividade política, pesquisas constataam que as discussões políticas online têm poucas participações, embora permita uma ampla participação, o que significa que a internet serve como complemento para a expressão política.

Desse modo, a internet tem a capacidade de contribuir com o fortalecimento da democracia, mas na medida em que se potencializa a cidadania, o Estado não só tem o importante papel de disponibilizar acesso aos instrumentos (computadores e rede) e conhecimento técnico, como também incentivar a inserção da vida política na sociedade desde a tenra idade. A população não está só despreparada tecnicamente a se dispor na vida política virtual, bem como não teve, até o século XXI, seu interesse despertado por não entender a importância da sua participação como cidadão na sociedade.

Em outras palavras, para que tais práticas produzam resultados concretos não basta apenas disponibilizar os meios técnicos de participação, mas, em conjunto, devem existir políticas públicas de acesso à rede e de

30 BERTMAN, S.; ANDRÉ, A. **Hipercultura**: o preço da pressa. [São Paulo: Instituto Piaget?], 1998.

31 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 4, n. 2, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2835>. Acesso em: 22 nov. 2021.

educação essencialmente política para a população, a fim de que ela possa se expressar de forma clara e compreensível na democracia participativa. E é claro, uma aplicação correta e cuidadosa para que a teledemocracia **não se torne mais um instrumento de poder e manipulação dos mais ricos e influentes indivíduos no país, perpetuando o poder nas mãos das elites históricas.**

## REFERÊNCIAS

- BERTMAN, S.; ANDRÉ, A. **Hipercultura**: o preço da pressa. [São Paulo: Instituto Piaget?], 1998.
- BONILLA, M. H. O Brasil e a alfabetização digital. **Jornal da Ciência**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 7, 2001.
- BRASIL. E-cidadania. **Evento interativo**: participe dos debates com perguntas e comentários. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- BRASIL. E-democracia. **Faça sua pergunta**. Disponível em: <https://edemocracia.camara.leg.br/>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Normas e documentações**. 02 dez. 2020. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2020/normas-e-documentacoes> Acesso em: 22 nov. 2021.
- BUZATO, M. E. **Letramento digital abre portas para o conhecimento**. [S. l. : s. n.], 2003.
- CARDON, D. **La démocratie Internet**: promesses et limites. Paris: [s. n.], 2010.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: v. 3. São Paulo: Paz e terra, 2005.
- DEMO, Pedro. Inclusão digital-cada vez mais no centro da inclusão social. **Inclusão social**, v. 1, n. 1, 2005.
- GOMES, Wilson. A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política. **Fronteiras -estudos midiáticos**, v. 7, n. 3, p. 214-222, set./dez. 2005. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/6394>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- LE COADIC, Y. F. **Le besoin d'information**. Paris: ADBS Editions, 1998.
- LEMOS, A.; COSTA, L. Um modelo de inclusão digital: o caso da cidade de Salvador. **Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación**, v. 7, n. 3, 2005.
- LEMOS, A.; LÉVY, P. **O futuro da internet**: em direção a uma ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulus, 13, 2010.
- LEVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2010.
- NICOLA, Ricardo. Cibercidadania na República Tecnológica: contribuições info-inclusivas dos novos paradigmas transculturais canadenses (Unesp-Bauru/UoFTCanadá /CAPES. **Intexto**, n. 16, 120-142, 2007. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/intexto/article/view/4245>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- NOGUEIRA, Marco Aurélio. Cidadania, crise e reforma democrática do estado. **Perspectivas: Revista de Ciências Sociais**, v. 22, 1999. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/2088>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- PASSERINO, Liliana Maria; MONTARDO, Sandra Portella. Inclusão social via acessibilidade digital: proposta de inclusão digital para pessoas com necessidades especiais. **E-Compós**, v. 8, 2007. DOI: <https://doi.org/10.30962/ec.144>. Disponível em: <https://www.e-compos.org.br/e-compos/article/view/144/145>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 4, n. 2, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2835>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- REZENDE FILHO, C. D. B.; CÂMARA NETO, I. D. A. A evolução do conceito de cidadania. **Revista de Ciências Humanas da UNITAU**, v. 7, n. 2, 2001.
- SILVA, H. P. D.; JAMBEIRO, O.; LIMA, J. B. D.; BRANDÃO, M. A. Inclusão digital e educação para a competência informacional: uma questão de ética e cidadania. **Ci. Inf.**, v. 34, n. 1, jan. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-19652005000100004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ci/a/R75CxrQRQsGM8fyGCwgjZKD/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- SILVA, J. B. G. Alfabetização tecnológica: alguns aspectos práticos. **Boletim EAD**, n. 41, 2002.
- SILVEIRA, S. A. da. Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica. *In*:
- SILVEIRA, Sérgio Amadeu; CASSINO, João (org.). **Software livre e inclusão digital**. São Paulo: Conrad, 2003.

# CAPÍTULO 12

## LIBERDADE DE INICIATIVA E “LIVRES MERCADOS”: OS PRESSUPOSTOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS PARA UMA ECONOMIA DE MERCADO REALMENTE LIVRE

Ana Frazão

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em artigo anterior recente, em que procurei fazer uma análise crítica da [Lei de Liberdade Econômica](#), mostrei as deficiências das premissas ideológicas da narrativa dos livres mercados não apenas por serem parciais, enviesadas e reducionistas, como também por desconhecerem por completo a ordem econômica constitucional brasileira<sup>1</sup>.

Daí ter sustentado que, longe de nos levar ao crescimento sustentável e ao desenvolvimento, essa visão de liberdade de iniciativa pode trazer efeitos nefastos não apenas sobre a economia e sobre o empreendedorismo, mas sobretudo sobre os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos brasileiros.

Naquele artigo, busquei realçar também que não há contradição essencial entre liberdade de iniciativa, justiça social e democracia, pelo menos na obra de diversos liberais, especialmente os clássicos, como Locke e Kant<sup>2</sup>. Mais do que isso, destaquei que muito das discussões mais recentes sobre o liberalismo estão lastreadas em profundas reflexões sobre justiça social, de que são exemplos as obras de Rawls e Dworkin, segundo os quais só é possível falar em liberdade efetiva – seja no desdobramento econômico, seja nos demais – caso se pense em critérios mínimos de justiça social que possam assegurar a todos uma certa igualdade nos pontos de partida<sup>3</sup>.

A finalidade do presente capítulo, que de certa forma é uma continuidade do já mencionado, é mostrar que, também sob a ótica econômica dos “livres mercados”, a liberdade de iniciativa não pode ser vista como algo absoluto ou que justifica a atuação dos agentes econômicos em contexto de verdadeiro “vale tudo”. Pelo contrário, está associada à ideia de mercados como espaços em que todos podem acessar e permanecer pelo mérito, sendo remunerados pelos seus esforços e pelo seu trabalho duro, sem que possam obter proveitos às custas de danos causados aos outros ou expedientes inaceitáveis.

1 FRAZÃO, Ana. Liberdade econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social. In: SALOMÃO, Luís Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 89-121.

2 Ver também FRAZÃO, Ana. *Empresa e propriedade. função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 33-44.

3 FRAZÃO, Ana. Liberdade econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social. In: SALOMÃO, Luís Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 89-121.

É sob essa perspectiva que o presente artigo pretende explorar algumas das questões fundamentais para a manutenção dos próprios livres mercados, a fim de demonstrar que, também sob a ótica econômica, a livre iniciativa tem uma série de condicionantes e, por essa razão, depende de apropriada regulação jurídica para que possa existir.

Para isso, a análise que ora se propõe priorizará a literatura econômica, até para demonstrar que pode haver considerável convergência entre filósofos e juristas, de um lado, e importantes economistas, do outro, no sentido de que apenas pode haver liberdade de iniciativa e livres mercados com a devida e adequada regulação.

Ao final, por meio da obra de Acemoglu e Robinson<sup>4</sup>, que acaba sendo uma precisa síntese das principais preocupações que serão ora trabalhadas, o artigo buscará apontar para as soluções que buscam efetivamente assegurar a liberdade de iniciativa e a própria economia de mercado, conciliando os imperativos econômicos com os imperativos da ordem econômica constitucional.

## 2 SÓ HÁ LIVRES MERCADOS SE TODOS REALMENTE PUDEREM ACESSÁ-LOS E NELES PERMANECEREM PELOS SEUS MÉRITOS

Muitos dos ardorosos defensores dos livres mercados, como é o caso de Friedman<sup>5</sup>, sempre pensaram na liberdade de iniciativa como um vetor de competição pelo mérito e nos livres mercados como espaços acessíveis a todos. É por essa razão que Friedman dizia que a sua utopia pessoal seria considerar o indivíduo – ou a família – como elemento-chave da sociedade, de forma que cada um deveria ter a máxima liberdade para seguir seus próprios objetivos, desde que não interferisse nos direitos dos outros de fazer a mesma coisa<sup>6</sup>.

A rigor, tal definição não se distancia essencialmente da visão kantiana segundo a qual cada indivíduo é um fim em si mesmo e tem o direito de perseguir o seu projeto de vida enquanto tal direito é compatível com o igual direito dos demais indivíduos<sup>7</sup>. É também bastante convergente com o pensamento liberal de Stuart Mill<sup>8</sup>, ao enaltecer a importância da liberdade, mas deixar claro que esta encontra como limite o dever de não causar danos aos outros.

Há, portanto, uma preocupação comum a todos esses autores, no sentido de que não há liberdade de um às custas da liberdade do outro, embora haja claras divergências sobre como assegurar as liberdades de todos em uma sociedade complexa. Enquanto Kant via no direito um importante mecanismo para viabilizar a coexistência entre liberdades, Friedman depositava a sua fé nos livres mercados, como espaços que naturalmente levariam à referida harmonização.

4 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **The narrow corridor**: states, societies and the fate of liberty. New York: Penguin Press, 2019.

5 FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom**. Chicago: Chicago University Press, 2003.

6 A frase está exposta no livro de ORRELL, David. **Economyths**. 11 ways economics gets it wrong. [London]: Icon Books, 2017.

7 Ver FRAZÃO, Ana. **Empresa e propriedade**. Função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

8 MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Edições 70, 2006.

Ocorre que a realidade é bem diversa do que presumia Friedman, especialmente quando as pessoas partem de posições bastante diversas e não há qualquer controle para restringir ações inaceitáveis de determinados agentes que causam danos a outros.

É por essa razão que afirma Stiglitz<sup>9</sup> ser fundamental que o Estado possa não somente assegurar oportunidades para todos e justiça social, como também endereçar todos os resultados do mercado que sejam considerados socialmente inaceitáveis. Afinal, a razão básica pela qual os mercados precisam ser regulados em uma sociedade interdependente é simples: o que uma pessoa faz afeta as outras e, sem regulação, tais efeitos não serão levados em consideração. A preocupação pode ser sintetizada na seguinte frase de Stiglitz<sup>10</sup>: “*One person’s freedom can be another’s unfreedom.*”

Ainda segundo Stiglitz<sup>11</sup>, os mercados só funcionariam bem caso estivessem presentes algumas variáveis que simplesmente não ocorrem na vida real. Além da informação perfeita e da robusta competição, é fundamental que existam igualmente regras que impeçam que as pessoas causem danos umas às outras. Dessa maneira, o autor retoma aqui um ponto que é muito caro aos liberais de forma geral: a necessidade de implementar o princípio geral de não causar danos aos outros.

Consequentemente, além da criação das condições para que a liberdade de iniciativa seja assegurada a todos, é importante nivelar minimamente as regras do jogo competitivo, a fim de deixar claro que os agentes econômicos devem competir entre si pelo mérito e não com base em fraudes, trapaças e atos de violência que causam danos injustificados aos demais participantes.

Em outras palavras, livres mercados não podem ser arenas de “vale tudo”. Tal cenário não só implodiria a economia de mercado, como também a própria ideia de liberdade de iniciativa, na medida em que legitimaria a criação de danos para os outros. Com isso, gerar-se-ia uma especial e gravíssima forma de seleção adversa, em razão da qual apenas “sobreviveriam” nos mercados os agentes mais nefastos.

Como afirmam Akerlof e Shiller<sup>12</sup>, se a teoria econômica parte da premissa de que as pessoas agem na busca do próprio interesse, a conclusão é de que os livres mercados, uma vez deixados sozinhos, tenderiam a espalhar manipulações, enganos e fraudes. Outro ponto explorado pelos autores é que os livres mercados nem sempre produzem bons resultados para ambas as partes, de forma que os benefícios de uns podem ser obtidos às custas de graves danos causados a outros.

Por essa razão, Akerlof e Shiller<sup>13</sup> também consideram que, ainda que os mercados sejam um dos mecanismos mais poderosos da humanidade, precisam de proteções contra seus problemas, uma vez que nem funcionam perfeitamente nem as pessoas são efetivamente livres para fazerem suas escolhas. Pelo contrário,

9 STIGLITZ, Joseph. **Power, and profits**. Progressive capitalism for an age of discontents. New York: W.W. Norton & Company, 2019.

10 STIGLITZ, Joseph. **Power, and profits**. Progressive capitalism for an age of discontents. New York: W.W. Norton & Company, 2019. p. 144.

11 STIGLITZ, Joseph. **Power, and profits**. Progressive capitalism for an age of discontents. New York: W.W. Norton & Company, 2019.

12 AKERLOF, George; SHILLER, Robert. **Phishing for Phools**. The economics of manipulation and deception. New Jersey: Princeton University Press, 2015.

13 AKERLOF, George; SHILLER, Robert. **Phishing for Phools**. The economics of manipulation and deception. New Jersey: Princeton University Press, 2015.

diante das inúmeras falhas de mercado, das externalidades negativas, da injusta distribuição de rendimentos e das técnicas de manipulação e engodo, há importante espaço para que o governo resolva tais problemas. Daí por que os autores consideram que a narrativa de que o governo é o problema e os mercados devem ser amplamente desregulados é, em si mesma, mais um tipo de engodo (*phish for phools*).

É precisamente para assegurar a liberdade de todos e evitar que a liberdade de uns seja alcançada às custas da opressão do outro que o Estado deve intervir para propiciar que o funcionamento adequado do mercado. Nos termos da síntese de Stiglitz<sup>14</sup>, o Estado é a única solução para resolver o problema da ação coletiva, razão pela qual precisamos dele e da regulação jurídica para que os mercados funcionem como se espera que o façam: de forma competitiva, com transações entre partes bem informadas que não pretendem obter vantagens indevidas da outra e em ambiente de confiança e segurança sem o qual os mercados não podem nem mesmo existir<sup>15</sup>.

Em sentido semelhante, Banerjee e Duflo<sup>16</sup> sustentam que é desarrazoado esperar que mercados entreguem resultados que sejam justos, aceitáveis ou mesmo eficientes. Tal atribuição é dos governos, motivo pelo qual estes não podem ser vistos como o problema, tal como Reagan tentou convencer.

Ainda segundo Banerjee e Duflo<sup>17</sup>, não há alternativa ou substituto para uma série de coisas que o Estado faz, razão pela qual, se os governos são ruins e corruptos, há que se ajustar tais problemas e não simplesmente se erradicar os governos. A postura caracterizada pelo ataque vigoroso ao Estado e pelo incentivo à falta de fé nos burocratas tem efeitos perversos porque (i) impede que as pessoas vejam que o governo pode ser parte da solução; (ii) diminui os incentivos para que pessoas qualificadas resolvam trabalhar no governo; e (iii) cria uma imagem do governo que afeta a honestidade dos que querem trabalhar para ele.

O mantra de que os governos são corruptos e incompetentes também produz o tipo de cidadania que acaba não esperando mais nada, deixando de se indignar até mesmo com casos vergonhosos de corrupção. Daí a conclusão dos autores de que, de forma perversa, a obsessão contra a corrupção acaba abrindo espaço para a venalidade em larga escala.

Por fim, ainda vale ressaltar as lições de Jean Tirole<sup>18</sup>, segundo o qual a importância do Estado na regulação dos mercados decorre precisamente da necessidade de assegurar as regras do jogo e evitar que agentes dominantes abusem do seu poder.

Sob essa perspectiva, a discussão que deve ser travada não é a de optar entre regulação ou desregulação, mas sim a da *medida da regulação*, no sentido de se construir uma infraestrutura jurídica adequada e eficiente

14 STIGLITZ, Joseph. **Power, and profits. Progressive capitalism for an age of discontents**. New York: W.W. Norton & Company, 2019.

15 STIGLITZ, Joseph. **Power, and profits. Progressive capitalism for an age of discontents**. New York: W.W. Norton & Company, 2019.

16 BANERJEE, Abhijit; DUFLO, Esther. **Good economics for hard times**. New York: Public Affairs, 2019.

17 BANERJEE, Abhijit; DUFLO, Esther. **Good economics for hard times**. New York: Public Affairs, 2019.

18 TIROLE, Jean. **Economics for the common good**. New Jersey: Princeton University Press, 2017.



para assegurar o próprio funcionamento do mercado<sup>19</sup> e viabilizar que as pessoas, podendo livremente acessá-lo e competir pelo mérito, exerçam efetivamente a sua liberdade de iniciativa.

É por essa razão que é de difícil sustentação a posição de Friedman<sup>20</sup> pois, ao mesmo tempo em que defende um livre mercado que se oriente pela competição pelo mérito, propõe um governo extremamente limitado, cujo papel basicamente se restringiria a assegurar a propriedade privada e proteger as pessoas contra o roubo e a extorsão, já que os mercados dariam conta do resto.

Ocorre que os mercados simplesmente não dão conta do resto. Se tal postura já era ingênua desde a época em que foi formulada, torna-se cada vez mais descolada da realidade, que igualmente vem demonstrando que diversas outras premissas de Friedman, como a da soberania do consumidor, também não estão presentes no mundo real, como se explorará melhor a seguir.

Sem assegurar as regras adequadas do jogo, a competição que se esperaria no mercado deixa de se pautar pelo mérito e passa a ser regida pela força, fraude, manipulação ou mesmo pelas relações espúrias entre o poder econômico e o poder político, dando ensejo às mais diversificadas formas de capitalismo de camaradagem (*crony capitalism*).

Não é sem razão que Ezrachi e Stucke<sup>21</sup> mostram que o Estado é muitas vezes instrumentalizado para favorecer indevidamente os agentes econômicos mais fortes, mostrando a pertinência da crítica segundo a qual, nesse contexto, cria-se um verdadeiro socialismo para os ricos capitalistas, que sempre contam com o suporte estatal, inclusive financeiro, enquanto que, para os mais pobres, o capitalismo é aplicado em todo o seu individualismo.

Por essa razão, Joseph Stiglitz<sup>22</sup> aponta que uma das formas pelas quais a elite econômica faz dinheiro é tirando vantagem do seu poder de mercado e poder político para se favorecer e aumentar seus rendimentos à custa dos outros, por meio de diversas formas de *rent-seeking*, muitas das quais precisam da ajuda do Estado para a sua implementação, como por meio de empréstimos a juros baixos, transferências e subvenções estatais ocultas.

Na verdade, para Stiglitz, um dos aspectos mais marcantes do capitalismo moderno é precisamente a habilidade que os detentores de poder econômico têm para contornar a lei ou para moldá-la a seu favor, o que mina a ideia de competição pelo mérito, uma vez que as conquistas dos mercados passam a resultar mais de diversas formas de exploração do poder econômico e de outras imperfeições dos mercados do que da eficiência dos agentes econômicos.

19 TIROLE, Jean. **Economics for the common good**. New Jersey: Princeton University Press, 2017. p. 145-148.

20 FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom**. Chicago: Chicago University Press, 2003.

21 STUCKE, Maurice; EZRACHI, Ariel. **Competition overdose: how free market mythology transformed us from citizen kings to market servants**. Harper Business, 2000.

22 STIGLITZ, Joseph. **O preço da desigualdade**. Tradução de Dinis Pires. Lisboa: Bertrand, 2013.

Portanto, fica claro que, quando se fala em livre iniciativa e livres mercados, é fundamental a intervenção estatal ao menos para assegurar que jogo seja limpo e correto, assegurando que os mercados possam ser realmente livres espaços de competição pelo mérito e pela eficiência, sem o que não há nem economia de mercado e muito menos livre iniciativa. Para isso, o Estado deve oferecer a infraestrutura necessária para a competição, ao mesmo tempo em que não pode interferir na dinâmica competitiva, favorecendo indevidamente alguns agentes econômicos em detrimento de outros.

### **3 SÓ HÁ LIVRES MERCADOS SE HOVER A CONTENÇÃO DA DOMINAÇÃO ABUSIVA DOS MAIS FORTES E A PREVENÇÃO DA TIRANIA PRIVADA**

A conexão entre liberdade política e econômica, como dois lados da mesma moeda, não tem nada de novo, já tendo sido reconhecida até mesmo por vários defensores intransigentes dos livres mercados. O próprio Friedman<sup>23</sup> sempre sustentou que a liberdade econômica e a liberdade política são interdependentes e que, se houver restrições à primeira, haverá igualmente restrições à última.

O ponto de controvérsia é que os libertários tendem a adotar uma visão mais otimista dos mercados, considerando que basta o reconhecimento formal das liberdades para que todos possam dela usufruí-la, enquanto que os críticos entendem que os livres mercados acabam dando margem à prevalência da liberdade apenas dos mais fortes, aniquilando a liberdade de todos os demais.

Como já se viu na seção anterior, a ideia de mercado competitivo pressupõe necessariamente um espaço que possa ser acessado livremente por todos, a fim de que nele possam permanecer e competir pelo mérito, podendo receber a retribuição pelos seus talentos e pelo seu trabalho. Entretanto, para que isso seja possível, não basta proibir a criação de danos; é imprescindível também que exista certo nivelamento entre os agentes econômicos e o estabelecimento de regras minimamente equitativas para assegurar que o vetor competitivo seja realmente o mérito e não o poder do mais forte.

Tal discussão não tem nada de novo para o Direito Antitruste, por exemplo, embora tenha sido eclipsada pela Escola de Chicago. Em importante reflexão, Bruno Braz<sup>24</sup> retoma os fundamentos da Escola Ordoliberal, ao mostrar como o Direito Antitruste, por meio da concorrência, pode e deve assegurar a liberdade econômica de todos, preservando a própria sociedade livre.

Daí as recentes discussões sobre a necessidade de que o Direito Antitruste possa retomar a sua preocupação com os seus objetivos antimonopolistas, partindo da premissa de que agentes dominantes sem qualquer freio têm muitos incentivos para restringir indevidamente a liberdade econômica dos demais, sejam seus consumidores, sejam seus fornecedores ou compradores.

23 FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and freedom*. Chicago: Chicago University Press, 2003.

24 BRAZ, Bruno. *A que(m) serve o Antitruste?* Eficiência e rivalidade na política concorrencial de países em desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2019.

Não é sem razão que o recente relatório do *Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary* tem como um de suas principais propostas a de restaurar os objetivos antimonopólio do Direito Antitruste<sup>25</sup>.

Aliás, recentemente, vários são os estudos que, baseados nas inquietações suscitadas pelo liberalismo clássico, concluem que o mero reconhecimento formal das liberdades não é suficiente para assegurar nem liberdade econômica nem liberdade política para todos. Nesse sentido, a principal preocupação da obra mais recente de Acemoglu e Robinson<sup>26</sup> é precisamente mostrar que liberdade econômica e dominação são conceitos excludentes. Em outras palavras, não há liberdade econômica de um agente quando ele está sujeito à dominação irrestrita por parte de outro.

O argumento de Acemoglu e Robinson endereça aquele que é um dos principais conflitos ideológicos entre conservadores e liberais nos Estados Unidos, que poderia ser traduzido no conflito entre os chamados liberais e os sociais-democratas no Brasil. Como bem aponta Marina Lao<sup>27</sup>, enquanto os conservadores são mais preocupados com os riscos que um Estado forte pode trazer para a liberdade econômica, os liberais, no sentido norte-americano, são mais inclinados a ver a liberdade econômica abrangendo igualmente o direito dos menos privilegiados de participarem de um sistema econômico que seja relativamente justo para todos, razão pela qual o Estado é visto como uma força para a contenção do poder econômico privado.

Ocorre que, a rigor, os receios de ambos os lados procedem, na medida em que tanto um poder público descontrolado como um poder privado descontrolado podem ter efeitos nefastos sobre a liberdade econômica dos cidadãos. Por essa razão, a questão obviamente não é escolher que tipo de dominação é a menos pior, mas sim evitar ambas, tal como nos adverte Barry Lynn em seu livro *Liberty from all masters*<sup>28</sup>, cujo título já antecipa a ideia principal: ser livre pressupõe não estar sujeito à dominação de “senhores”, sejam eles públicos ou privados.

É esse igualmente o argumento central de Acemoglu e Robinson<sup>29</sup>, que chamam a atenção para o fato de que muitos economistas que inspiraram e ainda inspiram os conservadores, inclusive vários dos precursores da Escola de Chicago, já mostravam o receio de que um poder privado incontrolado pudesse comprometer a liberdade econômica e o próprio ideal de livre mercado. Daí por que os autores sustentam que apenas com um Estado forte, porém algemado – o *Shackled Leviathan* –, será possível assegurar a liberdade econômica para todos, evitando qualquer tipo de dominação abusiva, qualquer que seja a sua origem e independentemente de ser pública ou privada.

25 INVESTIGATION OF COMPETITION IN DIGITAL MARKETS. Disponível em: [https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf](https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf). Acesso em: 22 nov. 2021.

26 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **The narrow corridor**: states, societies and the fate of liberty. New York: Penguin Press, 2019.

27 LAO, Marina. Ideology matters in the Antitrust debate. **Antitrust Law Journal**, v. 79, n. 2 2014.

28 LYNN, Barry. **Liberty from all masters**. New York: St. Martin's Publishing Group, 2020.

29 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **The narrow corridor**: states, societies and the fate of liberty. New York: Penguin Press, 2019.

Entretanto, há todo um projeto de poder colocado em prática pela extrema direita, com fortes ramificações na mídia, na academia e na formação e convencimento de autoridades públicas, para tentar difundir a narrativa de que todos os esforços para assegurar a liberdade econômica devem ser feitos apenas para conter a opressão estatal, sem nada falar a respeito da opressão privada. Trata-se, todavia, de viés claramente ideológico, que, a partir do projeto de demonização do estado, ignora ou mascara os riscos igualmente preocupantes da dominação privada.

Se queremos levar a sério a realização da liberdade econômica, o projeto a ser buscado é o da contenção da dominação, razão pela qual a regulação jurídica, incluindo aí o Direito Antitruste, pode e deve ter como uma de suas preocupações fundamentais assegurar efetivamente a liberdade econômica de todos, inclusive dos entrantes, contra a dominação de agentes privados cada vez mais poderosos e que, sem qualquer freio, podem passar a competir muito menos pelos seus méritos e muito mais por práticas abusivas.

No que se refere especificamente ao Direito Antitruste, tal abordagem, como observa Lina Khan<sup>30</sup>, simplesmente resgata as finalidades originárias do próprio *Sherman Act*, que foi introduzido no sistema norte-americano para assegurar diversidade e acesso aos mercados, sendo contrário a altas concentrações de poder econômico que pudessem comprometer esse objetivo. Na verdade, sob esse ângulo, a própria competição é vista como um conjunto de condições para assegurar a liberdade econômica de todos, o que inclui a abertura dos mercados.

Em sentido semelhante, Harry First e Spencer Weber Waller<sup>31</sup> mostram que não há como se pensar em mercados livres sem conectá-los aos valores democráticos, à liberdade das pessoas e as oportunidades para competir de forma minimamente equitativa.

Sob esse ângulo, merece ser reposicionada a discussão de que o Direito Antitruste apenas deve proteger a concorrência, mas não os concorrentes. Por mais que não se pretenda tutelar concorrentes de forma incondicional e a qualquer custo, é inequívoco o compromisso do Antitruste com a manutenção de condições justas de mercado, sob pena de não ser possível a competição pelo mérito.

É por essa razão que Lina Khan<sup>32</sup> sustenta que o mais claro exemplo de como podem ser negligenciadas as preocupações estruturais do Antitruste com a competição é precisamente a ideia de que suas leis são vocacionadas a proteger somente a competição e não os competidores. Por mais que seja verdade que algumas ações competitivas acabem eliminando competidores e que o Antitruste não possa proteger competidores às custas da própria competição, esse tipo de máxima tem sido utilizada para justificar a inação das autoridades antitruste.

30 KHAN, Lina. The ideological roots of America's Market power problem. *The Yale Journal Forum*, 960, June 4, 2018.

31 FIRST, Harry; WALLER, Spencer. Antitrust's Democracy Deficit, 81 *Fordham L. Rev.*, v. 2543, 2013. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/13>. Acesso em: 22 nov. 2021.

32 KHAN, Lina. The ideological roots of America's Market power problem. *The Yale Journal Forum*, 960, June 4, 2018.

Todavia, diante do objetivo central do Direito Antitruste de prevenir e reprimir o abuso de poder econômico, se houver competidores que estejam sendo excluídos do mercado ou impedidos de nele ingressar em razão de práticas abusivas dos agentes dominantes, é inequívoco que a intervenção antitruste é necessária e que a proteção dos concorrentes, nesse caso, é totalmente convergente com a proteção da própria concorrência.

Em sentido próximo, Marina Lao<sup>33</sup>, novamente chamando atenção para as raízes ideológicas do debate, destaca que, enquanto os conservadores acham que pequenos negócios não podem ser protegidos às custas dos consumidores, os liberais tendem a achar que é necessário um ambiente que crie oportunidades para que pequenos rivais possam coexistir e competir pelos próprios méritos contra as firmas dominantes.

Como se pode ver, a posição conservadora, tal como adotada pela Escola de Chicago, ao privilegiar exclusivamente, pelo menos no discurso, os interesses dos consumidores, desconsidera por completo os interesses de outros agentes do mercado, assim como o papel do Antitruste como instrumento de assegurar liberdade econômica para todos.

Sob a perspectiva da liberdade econômica, apesar da importância dos direitos do consumidor, são igualmente importantes os direitos dos demais agentes econômicos de poderem ingressar e permanecer nos mercados e neles competir pelos seus próprios méritos. Daí por que é necessário que a regulação jurídica – e especialmente o Direito Antitruste – leve esses aspectos em consideração, até porque não deixam de ser convergentes, uma vez que a preservação da concorrência também beneficia o consumidor.

Não se está propondo, obviamente, que o Direito Antitruste deve privilegiar incondicionalmente pequenos negócios ou negócios ineficientes às custas dos consumidores. O que se está dizendo é que o Antitruste também deve preservar a concorrência como instrumento fundamental para que todos – e não apenas os mais fortes – possam exercer suas respectivas liberdades econômicas e que tal preocupação pode beneficiar igualmente os consumidores.

Dentro desse contexto, Marshall Steinbaum e Maurice Stucke<sup>34</sup> propõem uma nova visão do Antitruste que leve em consideração:

- (i) a proteção dos indivíduos, compradores, consumidores, produtores e empregados;
- (ii) a preservação de oportunidades para competidores, a fim de que os agentes possam acessar os mercados sem coerção, interferências indevidas, exclusões ou discriminações por parte dos agentes mais fortes;
- (iii) a promoção da autonomia individual e do bem-estar, o que pressupõe a proteção das liberdades individuais e da livre empresa;
- (iv) a dispersão do poder privado, uma vez que o poder econômico normalmente se traduz em poder político.

33 LAO, Marina. Ideology matters in the Antitrust debate. *Antitrust Law Journal*, v. 79, n. 2 2014.

34 STEINBAUM, Steinbaum; STUCKE, Maurice Stucke. The effective competition standard: a new standard for Antitrust. *The University of Chicago Law Review*, v. 87, n. 2, p. 595, 2020.

É particularmente interessante a análise que os autores fazem da liberdade econômica dos empregados em mercados concentrados, sob o argumento de que, como muitos indivíduos dependem do seu trabalho para a sobrevivência, a oferta de força de trabalho é extremamente inelástica. Como resultado, os trabalhadores são normalmente expostos à coerção de poderosos empregadores, de forma que proibir esse tipo de coerção deveria ser um fim em si mesmo.

Por fim, é interessante mencionar que o relatório do *Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary*<sup>35</sup>, ao tratar dos impactos concorrenciais das plataformas digitais, não desconhece as necessárias repercussões da dominância de tais entes sobre a liberdade econômica de vários dos agentes econômicos que com elas contratam ou mantêm com elas relações das quais dependem a sua própria sobrevivência.

O raciocínio do relatório pode ser utilizado para outras circunstâncias e mercados que não apenas os afetados pelas plataformas digitais. Afinal, não há que se falar em liberdade econômica quando uma parte considerável de agentes econômicos depende de agentes poderosos e teme com razão a opressão destes.

Em países em desenvolvimento como o Brasil, no qual o empreendedorismo pode ser uma excelente saída para a pobreza, a preocupação em assegurar efetivas condições de exercício de liberdade econômica por todos é fundamental, inclusive para propiciar entradas e inovações, tais como as *startups*. Não se trata de proteger o ineficiente, como muitas vezes se diz, mas simplesmente de assegurar um jogo sem dominações abusivas, viabilizando a competição pelo mérito.

Consequentemente, a questão fundamental que se coloca na atualidade é que não temos que escolher entre a dominação do Estado ou a dominação privada. Ambas as situações são nefastas para a liberdade econômica e acabam inviabilizando o próprio regime de mercado. Daí por que a única solução possível é encontrar um justo equilíbrio por meio de um Estado que interfira nos mercados o suficiente para assegurar as regras do jogo, de forma que todos encontrem no mercado um espaço em que possam exercer suas liberdades econômicas e competir pelo mérito.

Aliás, o próprio Friedman<sup>36</sup> foi claro ao afirmar que a maior ameaça à liberdade humana é a concentração de poder, seja por parte do governo, seja por parte de outras entidades. É por essa razão que não pode haver economia de mercado – e muito menos liberdade de iniciativa – sem mecanismos eficientes para conter os abusos dos agentes com poder econômico.

35 INVESTIGATION OF COMPETITION IN DIGITAL MARKETS. Disponível em: [https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf](https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf). Acesso em: 22 nov. 2021.

36 FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Free to choose: a personal statement*. Mariner Books, 2006.

## 4 SÓ HÁ LIVRES MERCADOS SE HOVER AUTONOMIA DOS CONSUMIDORES: A FALÁCIA DA “SOBERANIA DO CONSUMIDOR”

Muito da defesa libertária dos livres mercados repousa racionalidade dos agentes econômicos, da qual decorreria a premissa da soberania do consumidor. Tais ideias funcionam, ao mesmo tempo, como lastro do exercício da liberdade econômica por parte dos consumidores e também como uma constrição natural do comportamento dos agentes econômicos. Afinal, parte-se do princípio de que os consumidores poderão desviar a sua demanda para outros concorrentes sempre que identificarem que algum agente econômico está tentando obter alguma vantagem indevida por meio de preços excessivos, baixa qualidade ou outras práticas nefastas.

Da mesma maneira, a premissa da livre entrada nos mercados é um fator a mais para reforçar a soberania do consumidor, pois é vista como um desincentivo poderoso para comportamentos excessivamente oportunistas por parte de agentes econômicos, evitando que abusem dos seus poderes.

Não bastasse estar assentada em premissa nem sempre presente – a da competitividade dos mercados –, a soberania do consumidor ainda parte da premissa equivocada de que os consumidores, diante de condutas equivocadas de determinado agente, poderão não apenas identificá-la com relativa facilidade, como também deslocar a sua demanda para outros concorrentes que ofertassem um produto ou serviço com menor preço ou maior qualidade.

Todavia, as pesquisas recentes da psicologia e da economia comportamentais têm destacado as inúmeras limitações de racionalidade dos indivíduos, o que compromete por completo a ideia de soberania do consumidor, ainda mais quando esta é vista como um controle natural do mercado. Como já se viu pela obra de Akerlof e Shiller<sup>37</sup>, o lado preocupante dos livres mercados ou da “mão invisível” é exatamente a liberdade de enganar, fraudar e manipular consumidores.

Aliás, se tem um ponto em relação ao qual a economia comportamental apresenta grande convergência é em sua crítica ao princípio da soberania do consumidor. Nesse sentido, Kahneman<sup>38</sup> mostra como a visão de livres mercados de Friedman e da Escola de Chicago apenas pode ser sustentada a partir da fé na racionalidade humana e na ideologia de que é desnecessário e até imoral proteger as pessoas contra suas escolhas, pois elas devem ser livres e responsáveis para cuidarem de si mesmas. Aliás, é esta a ideia expressa no título de um dos mais populares livros de Friedman: *Liberdade de escolher*<sup>39</sup>.

Para Kahneman<sup>40</sup>, entretanto, é importante ressaltar que a liberdade não é um valor contestado por nenhum dos lados do debate: a questão é que a vida é mais complexa para os economistas comportamentais do que para os adeptos ferrenhos da racionalidade humana. Enquanto a decisão de proteger os indivíduos contra

37 AKERLOF, George; SHILLER, Robert. **Phishing for Phools**. The economics of manipulation and deception. New Jersey: Princeton University Press, 2015.

38 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cassio Leite. São Paulo: Objetiva, 2011.

39 FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to choose**: a personal statement. Mariner Books, 2006.

40 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cassio Leite. São Paulo: Objetiva, 2011.

seus erros é um dilema para os economistas comportamentais, os economistas da Escola de Chicago não enfrentam esse problema, pois partem da premissa de que os agentes racionais não cometem enganos e que a liberdade não apresenta custo algum.

Thaler<sup>41</sup> também considera que a soberania do consumidor, vista como o princípio cardeal do libertarismo da Escola de Chicago, fica muito comprometida diante dos limites da racionalidade e mesmo do autocontrole.

Aliás, não obstante as limitações de racionalidade, é o próprio Friedman<sup>42</sup> que reconhece que a soberania do consumidor depende de uma economia competitiva, em que os cidadãos tenham inúmeras escolhas sobre os bens e serviços que voluntariamente pretendem adquirir. Todavia, diante do fenômeno da crescente concentração dos mercados, fica cada vez mais difícil sustentar que os níveis de competição são suficientes para, por si só, assegurarem a liberdade de escolha dos consumidores.

Dessa maneira, para que possa haver realmente livres mercados, nos quais os consumidores também possam exercer livremente a sua liberdade econômica, é fundamental que haja regulação suficiente para proteger os consumidores, especialmente em mercados pouco competitivos.

## 5 SÓ HÁ LIVRES MERCADOS SE HOVER ALGUMA FORMA DE RESOLVER OS PROBLEMAS DAS FALHAS E EXTERNALIDADES NEGATIVAS

Mesmo os defensores dos livres mercados tendem a reconhecer a necessidade de intervenção estatal nos mercados, via regulação, na hipótese de falhas que impedem que o mecanismo de preços funcione adequadamente. Podem ser citados, nesse sentido, as hipóteses de monopólios, assimetrias de informação, conflitos de agência, risco moral, seleção adversa, dentre outras.

Como resumem Stucke e Ezechachi<sup>43</sup>, não se pode negar a importância da intervenção estatal ao menos para os casos de externalidades negativas, bens públicos, imperfeições e falhas de mercado e mercados que apresentam baixos níveis de rivalidade (*suboptimal competition*).

Dessa maneira, comprovado que a concorrência perfeita foi sempre um modelo teórico inatingível e que os mercados reais normalmente apresentam falhas, tem-se que a regulação jurídica tem um importante papel para, endereçando tais problemas estruturais, possibilitar o próprio funcionamento eficiente do mercado. Nos termos da precisa síntese de Jean Tirole<sup>44</sup>, como estado e mercados não competem propriamente, mas cada um precisa do outro para funcionarem propriamente, o Estado protegerá o bem comum sempre que os mercados falharem.

41 THALER, Richard. **Misbehaving**. The Making of Behavioral Economics. New York: W.W Norton & Company, 2015.

42 FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom**. Chicago: Chicago University Press, 2003.

43 STUCKE, Maurice; EZRACHI, Ariel. **Competition overdose**: how free market mythology transformed us from citizen kings to market servants. Harper Business, 2000.

44 TIROLE, Jean. **Economics for the common good**. New Jersey: Princeton University Press, 2017.



Também não pode ser subestimado o papel da regulação no endereçamento das externalidades negativas geradas pelos agentes econômicos, o que é reconhecido pelo próprio Friedman<sup>45</sup> em artigo seminal publicado na *New York Times Magazine* em 1970, em que o autor sustenta que a responsabilidade dos administradores de companhias abertas seria apenas a de fazer a maior quantidade de dinheiro possível.

Como apontam Hart e Zingales<sup>46</sup>, a premissa de Friedman é que deve haver o cumprimento das regras do jogo, assim como haver a diferenciação entre as atividades lucrativas e as atividades éticas, com a consequente segmentação entre os fins das companhias e os fins dos indivíduos e governos. Somente essa separação justificaria deixar as companhias fazendo dinheiro enquanto indivíduos e governos lidam com as externalidades.

Ocorre que, segundo os autores, tal separação é possível apenas quando o lucro (*profit-making*) e a geração de danos (*damage-generating*) dos agentes econômicos são separáveis e governo perfeitamente internalize as externalidades com leis e regulação, o que não ocorre no mundo real. É por essa razão que apenas se poderia cogitar da busca incondicional do lucro caso a regulação internalizasse as externalidades negativas da atividade econômica.

Tal discussão realça precisamente o relevantíssimo papel da regulação jurídica de endereçar e contornar as externalidades negativas da atividade empresarial, inclusive para o fim de responsabilizar aqueles que causaram danos inaceitáveis.

Como defende Stiglitz<sup>47</sup>, o problema das externalidades negativas vai muito além das falhas de mercado. Mesmo quando os mercados funcionam bem, frequentemente não mal sucedidos em atingir resultados justos e eficientes, produzindo muito de determinadas coisas, como poluição, e pouco de outras, como a pesquisa básica. Logo, havendo grandes discrepâncias entre os retornos sociais de uma atividade e os retornos privados para a mesma atividade, os livres mercados não resolvem o problema por si só, devendo a regulação necessariamente endereçar tais aspectos.

## **6 SÓ HÁ LIVRES MERCADOS SE HOVER LIVRE CONCORRÊNCIA: SÓ QUE A LIVRE CONCORRÊNCIA NÃO PODE SER TÃO LIVRE ASSIM E O ANTITRUSTE PRECISA ENFRENTAR ESSE DESAFIO**

Como já se teve oportunidade de mostrar anteriormente, várias das premissas da defesa dos livres mercados e da desregulação partem da premissa de que mercados competitivos seriam suficientes para assegurar resultados eficientes e justos. Aliás, Friedman<sup>48</sup> propõe um verdadeiro *tradeoff* entre concorrência e regulação, como se fossem alternativas excludentes, tendo optado pela primeira em detrimento da segunda.

45 O artigo de Friedman é referenciado no texto de Hart e Zingales que será citado logo a seguir (nota de rodapé n. 45).

46 HART, Oliver; ZINGALES, Luigi. Companies Should Maximize Shareholder Welfare Not Market Value. *Journal of Law, Finance, and Accounting*, v. 2, p. 247–274, 2017. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/hart/publications/companies-should-maximize-shareholder-welfare-not-market-value>. Acesso em: 22 nov. 2021.

47 STIGLITZ, Joseph. **Power, and profits. Progressive capitalism for an age of discontents**. New York: W.W. Norton & Company, 2019.

48 FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to choose: a personal statement**. Mariner Books, 2006.

Ocorre que a concorrência por si só, não resolve vários dos problemas já apontados, especialmente os relacionados às externalidades negativas e aos danos que podem decorrer da atividade empresarial.

É esse precisamente o fio condutor da recente obra de Stucke e Ezrachi<sup>49</sup>, ao mostrarem que a concorrência que decorre da desregulação, normalmente associada à ideologia dos livres mercados, não vem servindo à maior parte da população. Os autores abordam muitos exemplos concretos para mostrar como a idolatria dos livres mercados, em relação aos quais o único *driver* seria a concorrência, transformou os cidadãos em servos, beneficiando apenas as empresas e criando um ambiente que propicia não apenas a degradação de produtos e serviços, mas também a utilização da concorrência para esconder a corrupção, a exploração, a incompetência e a ignorância.

Com tais exemplos, Stucke e Ezrachi mostram que a premissa defendida por Friedman, no sentido de que a melhor forma de proteger consumidores é aumentar a competição e diminuir a regulação, simplesmente não vem funcionando. Consequentemente, assegurar o livre mercado exige normalmente um delicado equilíbrio entre a regulação e a concorrência.

Por fim, cumpre ressaltar que a própria defesa da concorrência é também uma política regulatória, que buscará conter o abuso de poder econômico e assegurar uma concorrência pelo mérito. Daí por que a chamada livre concorrência nunca foi propriamente livre ou a defesa do “vale tudo”, mas sim a concorrência do jogo justo, de acordo com as regras adequadas, levando em consideração os argumentos já mencionados ao longo do estudo.

Tais discussões estão diretamente conectadas com o objetivo do Direito Antitruste de preservar a livre concorrência, o qual, além de ser instrumental às finalidades já mencionadas, tem a função precípua de assegurar que as regras do jogo sejam adequadas, ou seja, que os mercados sejam espaços abertos e acessíveis, que viabilizem a disputa pelo mérito e não pela força, pela dominação ou pela fraude e outros tipos de ilícitos.

Sob essa perspectiva, observa-se que é a livre concorrência que assegura os próprios “livres mercados”, já que estes, por definição, apenas podem ser livres se todos puderem acessá-los ou neles permanecer pelos seus méritos, tendo a chance de receber o retorno dos seus talentos e do seu trabalho. Não obstante, os resultados do processo competitivo ainda estão associados a menores preços, maior qualidade e diversidade e fomento à inovação.

Dessa maneira, torna-se urgente a necessidade de que o Direito Antitruste resgate seus compromissos originários com a proteção de mercados competitivos, especialmente diante dos desafios inerentes à economia digital movida a dados, seara em que a análise concorrencial focada no aumento de preços já se mostrou claramente insuficiente para endereçar as novas questões concorrenciais.

49 STUCKE, Maurice; EZRACHI, Ariel. **Competition overdose**: how free market mythology transformed us from citizen kings to market servants. Harper Business, 2000.

Daí a necessidade de proteção do processo competitivo em si mesmo, objetivo que, segundo Tim Wu<sup>50</sup>, dialoga diretamente com os compromissos originários do Direito Antitruste com a antimonopolização e a descentralização do poder econômico. Mais do que isso, a superação do *consumer welfare standard* e da *price fixation* possibilita que a análise antitruste se dedique não somente aos danos estáticos, que se projetam normalmente sobre os preços, como também aos danos dinâmicos, tais como o bloqueio ou a desaceleração da inovação, a perda de qualidade competitiva e a estagnação da indústria como um todo. Por essa razão, é necessária uma luta mais dura contra preços exclusionários, praticados unilateralmente ou em colusão.

Ainda sustenta Wu<sup>51</sup> que o critério da tutela da competição é muito mais fácil, seguro e estável do que o proposto do Chicago, pois a proteção do processo se limita a eliminar abusos, distorções e subversões, condutas cujo diagnóstico costuma ser mais óbvio do que saber se haverá ou não a maximização do bem-estar do consumidor. De fato, buscar um determinado resultado, como é o caso da maximização do bem-estar do consumidor, requer planejamento social e grandes dificuldades operacionais, inclusive do ponto de vista da mensuração.

Acresce que a tutela do processo competitivo possibilita, ao mesmo tempo, a proteção dos competidores e a proteção dos consumidores, que direta e indiretamente são beneficiados pelas vantagens que decorrem da competição. E nem se afirme que tal postura implica proteger ineficientes, pois se trata tão somente de assegurar um jogo limpo e justo, em que os ganhadores vençam pelo seu próprio mérito e não por estratégias anticompetitivas.

O critério também possibilita a consideração da perspectiva dinâmica da competição, avaliando as empresas não somente a partir das premissas neoclássicas estáticas, mas também em razão dos seus diferentes ciclos de vida: se são incumbentes, entrantes, *mavericks*, etc. Também possibilita que sejam analisadas as dinâmicas efetivas de competição a partir de novos e diferentes aportes, como os oriundos da economia comportamental, que podem ajudar a entender melhor as distintas estratégias de ação. Dentre as consequências dessa mudança de olhar estão, como adverte Tim Wu<sup>52</sup>, a adoção de uma postura mais rigorosa sobre as aquisições e os comportamentos excludentes que dificultam a entrada e barram a inovação externa.

Certamente que uma das prioridades nessa seara deve ser o controle de estruturas. Especialmente em se tratando de mercados movidos ou influenciados pelo *big data*, mesmo aquisições pequenas podem ser concorrencialmente problemáticas, especialmente se realizadas por plataformas gigantes e tendo por objeto empresas que, a médio ou longo prazo, poderiam ser importantes rivais. Não se pode esquecer que os recursos do *big data* possibilitam àqueles que deles se utilizam mapear entradas e o crescimento de novos rivais com muita rapidez, a fim de criar estratégias anticompetitivas, seja para adquiri-los, seja para aniquilá-los.

50 WU, Tim. After consumer welfare, now what? The protection of competition standard in practice. **The Journal of the Competition Policy International**, 2018. Columbia Public Law Research Paper n. 14-608. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3249173](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3249173). Acesso em: 22 nov. 2021.

51 WU, Tim. After consumer welfare, now what? The protection of competition standard in practice. **The Journal of the Competition Policy International**, 2018. Columbia Public Law Research Paper n. 14-608. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3249173](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3249173). Acesso em: 22 nov. 2021.

52 WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. **Antitrust Law Journal**. v. 78, p. 313-328, 2012. Disponível em: [https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/1767/](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1767/). Acesso em: 22 nov. 2021.

Logo, especial atenção precisa ser dirigida à concorrência potencial e as estratégias das grandes agentes diante de entrantes e *startups*, até porque a única alternativa provavelmente viável para contestar o poder dos grandes agentes vem de pequenos negócios que podem implementar destruições criativas<sup>53</sup> ou mesmo disrupções. É por essa razão que atos de concentração na economia digital precisam ser submetidos a um rígido escrutínio diante dos riscos de se aniquilar a concorrência potencial.

Por essa razão, Tim Wu<sup>54</sup>, a partir da proposta de substituição do teste do bem-estar do consumidor pelo teste da proteção da competição, sustenta que fusões e aquisições que levem a altos níveis de concentração são inerentemente problemáticas, ainda que não afetem diretamente os preços. Sob essa perspectiva, o autor chega a sugerir o banimento de operações que reduzam o número de competidores para quatro ou menos.

Em sentido semelhante, como já se adiantou no artigo anterior, Marshall Steinbaum e Maurice Stucke<sup>55</sup> também propõem a substituição do *consumer welfare standard* pelo *effective competition standard*, a fim de assegurar a proteção dos mercados simultaneamente à proteção dos indivíduos, por meio da desconcentração do poder privado. Algumas das consequências práticas da proposta são:

- (i) a diminuição substancial de competição passa a ser vista como suficiente para o controle antitruste, dispensando as autoridades de demonstrar o quanto isso fere consumidores ou de mensurar as perdas e os ganhos;
- (ii) o reconhecimento de que a competição exige competidores, razão pela qual se espera das autoridades uma postura mais dura com práticas monopolistas, predatórias e exclusionárias, que reduzem as oportunidades competitivas para entrantes e rivais, independentemente da eficiência econômica ou mesmo da prova do dano;
- (iii) a proteção de todos os agentes do mercado, ao contrário do *consumer welfare standard*, que apenas considera o impacto de condutas em relação a consumidores;
- (iv) a eliminação da etapa precária de se tentar apurar como a redução da competição irá prejudicar consumidores e a restauração dos propósitos do *Clayton Act* de impedir atos restritivos da competição na sua incipiência, antes de se tornarem plenas violações ao *Sherman Act*.

Na mesma linha de Wu, Steinbaum e Stucke, antecipando as conhecidas críticas de que uma nova abordagem traria grande insegurança, deixam claro que o *consumer welfare standard* está longe de garantir segurança, na medida em que apresenta diversas definições e está sujeito a alto grau de subjetividade, nunca tendo sido uma bússola coerente para orientar as decisões judiciais e ainda tendo se mostrado excessivamente tolerante com práticas anticompetitivas.

53 SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism & democracy*. Londres: Routledge, 2003.

54 WU, Tim. *The curse of bigness*. Antitrust in the new gilded age. New York: Columbia Global Reports, 2018.

55 The effective competition standard: a new standard for Antitrust. Op.cit

Por outro lado, Steinbaum e Stucke também reconhecem que o Direito Antitruste, ao precisar servir a vários objetivos, estará mais sujeito aos riscos de erros e capturas, ainda mais se a análise antitruste continuar a ser feita por parâmetros tradicionais, tais como a regra da razão. Daí defenderem a necessidade de claras presunções legais para orientar a análise antitruste e conciliar os seus múltiplos objetivos com a segurança e com uma metodologia que seja de fácil administração.

Aliás, não são poucos os autores que vêm sustentando a necessidade de o Direito Antitruste passar a se basear em presunções estruturais. Como aponta Jonathan Baker<sup>56</sup>, não se pode negar, com base nos dados da realidade atual, que existe uma relação entre mercados concentrados e o exercício de poder de mercado, razão pela qual as presunções estruturais estão mais bem fundadas na teoria econômica do que os defensores de Chicago supunham.

No mesmo sentido, John Kwoka<sup>57</sup> também mostra que o Direito Antitruste deve se basear em presunções estruturais para diversos fins, inclusive para o objetivo de proibir atos de concentração em indústrias altamente concentradas sem necessidade de análises exaustivas. Sob essa perspectiva, os parâmetros devem ser extremamente rigorosos para operações que resultem em poucos competidores – sobretudo um, dois ou três competidores – ou eliminem a concorrência potencial.

Além de presunções, uma das formas de assegurar a competição é por meio de adoção de regras específicas para alguns casos, tais como as propostas por Lina Khan<sup>58</sup> em relação às plataformas digitais, no sentido de que deve haver uma separação estrutural, a fim de que o agente que provê a infraestrutura não possa concorrer com os seus usuários, sob pena de se criar intrínseco conflito de interesses que permite as plataformas tirar vantagens de sua dominância, minando a competição e diminuindo a inovação.

O relatório do Stigler Center<sup>59</sup> sobre plataformas digitais também confere grande importância à questão da manutenção do processo competitivo, reconhecendo inclusive que a redução da concorrência leva a maiores preços, menor inovação, menor qualidade, além dos danos aos investimentos. Da mesma maneira, o relatório reconhece que a proteção da concorrência nesses mercados exige a proteção dos competidores e que a competição pelo mérito deve ser restaurada a partir da seguinte diretriz: *Private conduct that creates or increases market power, other than by efficiency-based competition on the merits, is illegal.*

Em sentido convergente, o recentíssimo relatório do *Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary* norte-americano, também aponta a necessidade de se restaurar a competição em mercados digitais a partir de uma série de medidas, como reduzir conflitos de inte-

56 STEINBAUM, Steinbaum; STUCKE, Maurice Stucke. The effective competition standard: a new standard for Antitrust. *The University of Chicago Law Review*, v. 87, n. 2, p. 595, 2020.

57 KWOKA, John. *Controlling mergers and market power: a program for reviving Antitrust in America*. Boston: CPI Competition Policy International, 2020.

58 KHAN, Lina. The separation of platforms and commerce. *Columbia Law Review*, v. 119, n. 4, p. 973, 2019. Disponível em: <https://columbialawreview.org/content/the-separation-of-platforms-and-commerce/>. Acesso em: 22 nov. 2021.

59 STIGLER CENTER. *Stigler Committee on Digital Platforms: final report*. 2019. Disponível em: <https://www.publicknowledge.org/wp-content/uploads/2019/09/Stigler-Committee-on-Digital-Platforms-Final-Report.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

resse por meio de separações estruturais e restrições às linhas de negócios, bem como evitar discriminações, favoritismos, *self-preferencing* e abusos de posição dominante. O relatório também menciona a importância das presunções para o controle de concentração, assim como propõe o reforço da legislação antitruste para restaurar os seus fins antimonopólio<sup>60</sup>.

Todos esses novos aportes e visões convergem para a conclusão de que a proteção da competição é fundamental para que exista o próprio “livre mercado”, visto como aquele que todos podem acessar ou nele se manter pelo seu mérito, tendo a chance de serem retribuídos pelos seus talentos e trabalho duro.

Tal postura envolve uma visão do Antitruste que privilegia o processo competitivo e não determinado resultado – postura, aliás, que é bem mais condizente com as dificuldades preditivas que vêm sendo acentuadas por tantos novos estudos na economia –, assim como conecta o processo competitivo a diversos importantes aspectos, tais como o fomento à inovação.

Por outro lado, a proteção do processo competitivo, inclusive no que diz respeito ao seu papel para o fomento da inovação, longe de ser incompatível com a tutela do consumidor, é objetivo com ela convergente.

## **7 SÓ HÁ LIVRES MERCADOS E LIBERDADE DE INICIATIVA SE HOVER UM ADEQUADO EQUILÍBRIO ENTRE ESTADO E SOCIEDADE: A SÍNTESE DE ACEMOGLU E ROBINSON**

Diante de todos os argumentos já expostos até aqui, fica muito claro que a existência dos livres mercados e da própria liberdade de iniciativa não é um problema meramente econômico, mas também político e social.

Nesse sentido, vale ressaltar a precisa a síntese de Acemoglu e Robinson<sup>61</sup>, ao ressaltarem que a liberdade é um direito que apenas pode surgir e florescer em um contexto em que tanto o estado como a sociedade sejam fortes. Um estado forte é importante para controlar a violência, assegurar o *enforcement* das leis e prover serviços públicos que são fundamentais para que as pessoas possam fazer suas escolhas e persegui-las. De outra parte, uma sociedade forte é importante para controlar e limitar o poder do estado, mantendo-o “algemado”: daí a ideia de *Shackled Leviathan*.

Vale ressaltar que os autores partem de uma noção material – e não meramente formal – da liberdade, entendendo que somente é livre aquele que não está sujeito a nenhum tipo de ameaça, coação ou subjugação vinda de pessoas, grupos ou organizações. Da mesma forma, não há liberdade efetiva quando conflitos são resolvidos (i) pela força ou pela sua ameaça ou (ii) por relações de poder desiguais. Como já se antecipou na seção 3, só existe liberdade quando não há dominância, qualquer que seja a sua fonte, pública ou privada.

60 INVESTIGATION OF COMPETITION IN DIGITAL MARKETS. Disponível em: [https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf](https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf). Acesso em: 22 nov. 2021.

61 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **The narrow corridor: states, societies and the fate of liberty**. New York: Penguin Press, 2019.

O que não pode ser negligenciado é que o reconhecimento da liberdade emerge de um processo confuso, que não pode ser facilmente desenhado ou previsto, nem mesmo assegurado por um sistema de freios e contrapesos. Por essa razão é que é indispensável a vigilância da sociedade, já que o despotismo está no DNA do estado.

Outra conclusão importante dos autores é que existe uma relação intrínseca entre liberdade, prosperidade e crescimento econômico. Afinal, a prosperidade e o crescimento econômico originam-se de princípios básicos, que incluem incentivos para as pessoas investirem, experimentarem e inovarem. Tais incentivos dependem do estado, sem o qual não há um direito para adjudicar disputas nem proteção para os direitos de propriedade que se situam no conflito<sup>62</sup>.

Todavia, a prosperidade e o crescimento econômico não repousam apenas em direitos de propriedade seguros, mas dependem criticamente de amplas oportunidades econômicas. Por essa razão, é necessário que as oportunidades sejam ampla e justamente distribuídas na sociedade, a fim de que quem quer que tenha uma boa ideia para inovar ou investir em algo valioso tenha a chance de executá-la e receber as recompensas. Conseqüentemente, a liberdade no domínio econômico requer que o campo do jogo seja nivelado e acessível a todos.

Mais do que isso, instituições econômicas inclusivas apenas se prolongam no tempo se forem apoiadas por instituições políticas igualmente inclusivas, ou seja, que evitem a monopolização do poder político por um pequeno segmento da sociedade.

Além do papel estruturante do estado sobre a economia, já mencionado anteriormente, Acemoglu e Robinson dão diversos exemplos da necessidade da intervenção estatal sobre os mercados, dentre os quais para: (i) endereçar as externalidades, como é o caso da poluição; (ii) assegurar os bens públicos, dos quais todos obtêm benefícios, como a infraestrutura ou a defesa nacional; (iii) enfrentar situações de informação assimétrica e (iv) evitar que monopólios cobrem preços excessivos ou entrem em atividades predatórias contra competidores.

Entretanto, os autores vão além, para defender que a intervenção governamental é também necessária para a segurança social e para a redistribuição com a finalidade de limitar a desigualdade. Afinal, sem isso, não se tem como nivelar o campo e assegurar a equitativa distribuição de oportunidades econômicas para todos.

Outro ponto importante é que Acemoglu e Robinson também defendem a intervenção do estado na economia para o fim de reequilibrar o poder político dos agentes envolvidos. Disso decorre a preocupação com a manutenção e o fortalecimento dos sindicatos que, para Acemoglu e Robinson, são centrais para manter o equilíbrio parcial de poder entre negócios organizados e o trabalho. Na verdade, foi o declínio do poder dos

62 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **The narrow corridor**: states, societies and the fate of liberty. New York: Penguin Press, 2019. p. 144.

sindicatos ao longo das últimas décadas que modificou o equilíbrio de poder na sociedade americana em favor das grandes companhias.

Na parte final do livro, os autores ainda se debruçam mais especificamente sobre o problema do aumento da desigualdade, traduzido no aumento crescente da remuneração dos que estão no topo às custas da estagnação dos rendimentos dos que estão na parte inferior da pirâmide social. Se a concentração do sistema financeiro tem levado à assunção de riscos excessivos e a grandes ineficiências, o aumento da concentração em outras áreas têm sido decisivo para o aumento da desigualdade, até por ter como consequência o achatamento dos salários dos trabalhadores.

Outro grave problema decorrente da desigualdade é a perda da confiança nas instituições, o que compromete o próprio *Shackled Leviathan*, cuja existência depende de a sociedade acreditar nas instituições que o apoiam e estiver disposta a protegê-las contra o poder do estado e contra as elites. Entretanto, o aumento da desigualdade, a diminuição do emprego e os enormes lucros do setor financeiro e das grandes empresas sem regulação estimulam na sociedade o sentimento de que a economia é fraudada contrariamente aos interesses da maioria e de que o sistema político é cúmplice nesse processo.

Fica muito claro, portanto, que a liberdade econômica pressupõe a liberdade política, razão pela qual é necessário um duro trabalho de mobilização social, o que requer, dentre outras medidas, assegurar representatividade a atores coletivos, como os sindicatos, e implantar uma concepção inclusiva e efetiva de liberdade e de direitos, incluindo minorias.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode demonstrar ao longo do presente artigo, até mesmo a existência dos livres mercados depende de uma adequada regulação jurídica que, sendo capaz de assegurar a concorrência pelo mérito, possa: (i) evitar condutas que se desviem da eficiência e dos talentos e causem danos aos outros por meio de fraudes, manipulações e enganos; (ii) evitar que a liberdade dos mais fortes anule ou restrinja sensivelmente a liberdade dos mais fracos, transformando-se em uma espécie de tirania privada; (iii) assegurar que a liberdade de iniciativa dos agentes econômicos seja compatível com a necessária proteção da liberdade dos consumidores; (iv) endereçar o problema das falhas de mercado e das externalidades negativas, criando um equilíbrio entre poder (*profit-making*) e responsabilidade (*damage-generating*) e (v) assegurar efetivamente a livre concorrência, não apenas criando as regras do jogo justo, como assegurando a eficácia do processo competitivo.

Mais do que isso, o projeto de implementação dos livres mercados exige também que se encontre um equilíbrio entre sociedade e Estado, a fim de assegurar liberdade econômica e liberdade política para todos. Aliás, não é demais lembrar que, mesmo para libertários como Friedman, a liberdade política e a liberdade econômica se interpenetram, de forma que uma não existe sem a outra.



Diante dos aspectos envolvidos, é ingênua a visão de que os livres mercados atingirão tais objetivos natural e espontaneamente, ainda mais quando se demonstra que, na maior parte dos casos, vários dos vetores essenciais para assegurar os bons resultados do mercado – informação, racionalidade dos agentes econômicos e competição – não estão presentes. Dessa maneira, sem regulação, há considerável risco de que livres mercados propiciem a fraude e a manipulação, a criação de danos e de externalidades negativas e a prevalência do poder do mais forte em detrimento de todos os demais atores econômicos, incluindo os consumidores.

Após todas essas reflexões, fica claro que o problema não é a utopia pessoal de Friedman – uma sociedade em que todos tenham liberdade para perseguirem seus objetivos desde que não comprometam a igual liberdade dos demais – mas sim a fantasia de que tal objetivo possa ser alcançado como consequência natural dos livres mercados.

É exatamente por compartilhar da utopia de Friedman que eu entendo que a regulação jurídica é fundamental para viabilizá-la, assegurando a coexistência entre liberdades e a competição pelo mérito. Sem regulação jurídica adequada, não há nem livre mercado, nem livre iniciativa, nem o atendimento dos objetivos da ordem econômica constitucional brasileira.

## REFERÊNCIAS

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **The narrow corridor: states, societies and the fate of liberty**. New York: Penguin Press, 2019.
- AKERLOF, George; SHILLER, Robert. **Phishing for Phools**. The economics of manipulation and deception. New Jersey: Princeton University Press, 2015.
- BAKER, Jonathan. **The antitrust paradigm restoring a competitive economy**. Cambridge: Harvard University Press, 2019.
- BANERJEE, Abhijit; DUFLO, Esther. **Good economics for hard times**. New York: Public Affairs, 2019.
- BRAZ, Bruno. **A que(m) serve o Antitruste?** Eficiência e rivalidade na política concorrencial de países em desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2019.
- FIRST, Harry; WALLER, Spencer. Antitrust's Democracy Deficit, 81 **Fordham L. Rev.**, v. 2543, 2013. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/13>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- FRAZÃO, Ana. **Empresa e propriedade**. Função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- FRAZÃO, Ana. Liberdade econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social. In: SALOMÃO, Luís Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom**. Chicago: Chicago University Press, 2003.
- FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to choose: a personal statement**. Mariner Books, 2006.
- HART, Oliver; ZINGALES, Luigi. Companies Should Maximize Shareholder Welfare Not Market Value. *Journal of Law, Finance, and Accounting*, v. 2, p. 247–274, 2017. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/hart/publications/companies-should-maximize-shareholder-welfare-not-market-value>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- INVESTIGATION OF COMPETITION IN DIGITAL MARKETS. Disponível em: [https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf](https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf). Acesso em: 22 nov. 2021.
- KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cassio Leite. São Paulo: Objetiva, 2011.
- KHAN, Lina. The ideological roots of America's Market power problem. **The Yale Journal Forum**, 960, June 4, 2018.

- KHAN, Lina. The separation of platforms and commerce. *Columbia Law Review*, v. 119, n. 4, p. 973, 2019. Disponível em: <https://columbia-lawreview.org/content/the-separation-of-platforms-and-commerce/>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- KWOKA, John. **Controlling mergers and market power: a program for reviving Antitrust in America**. Boston: CPI Competition Policy International, 2020.
- LAO, Marina. Ideology matters in the Antitrust debate. *Antitrust Law Journal*, v. 79, n. 2 2014.
- LYNN, Barry. **Liberty from all masters**. New York: St. Martin's Publishing Group, 2020.
- MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Edições 70, 2006.
- ORRELL, David. **Economyths**. 11 ways economics gets it wrong. [London]: Icon Books, 2017.
- RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.
- RAWLS, John. **Teoría de la Justicia**. Tradução de Maria Dolores González. Madri: Fondo de Cultura Económica de España, 1997.
- SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, socialism & democracy**. Londres: Routledge, 2003.
- STEINBAUM, Steinbaum; STUCKE, Maurice Stucke. The effective competition standard: a new standard for Antitrust. *The University of Chicago Law Review*, v. 87, n. 2, p. 595, 2020.
- STIGLER CENTER. **Stigler Committee on Digital Platforms: final report**. 2019. Disponível em: <https://www.publicknowledge.org/wp-content/uploads/2019/09/Stigler-Committee-on-Digital-Platforms-Final-Report.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- STIGLITZ, Joseph. **O preço da desigualdade**. Tradução de Dinis Pires. Lisboa: Bertrand, 2013.
- STIGLITZ, Joseph. **Power, and profits. Progressive capitalism for an age of discontents**. New York: W.W. Norton & Company, 2019.
- STUCKE, Maurice; EZRACHI, Ariel. **Competition overdose: how free market mythology transformed us from citizen kings to market servants**. Harper Business, 2000.
- THALER, Richard. **Misbehaving**. The Making of Behavioral Economics. New York: W.W Norton & Company, 2015.
- TIROLE, Jean. **Economics for the common good**. New Jersey: Princeton University Press, 2017.
- WU, Tim. After consumer welfare, now what? The protection of competition standard in practice. *The Journal of the Competition Policy International*, 2018. Columbia Public Law Research Paper n. 14-608. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3249173](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3249173). Acesso em: 22 nov. 2021.
- WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*. v. 78, p. 313-328, 2012. Disponível em: [https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/1767/](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1767/). Acesso em: 22 nov. 2021.
- WU, Tim. **The curse of bigness**. Antitrust in the new gilded age. New York: Columbia Global Reports, 2018.

# CAPÍTULO 13

## SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: UMA REFORMA NECESSÁRIA E URGENTE

Denise Lucena Cavalcante

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Passados mais de 30 anos da promulgação da [Constituição da República Federativa do Brasil](#) e 55 anos do [Código Tributário Nacional](#), oportuna é a reflexão sobre o Sistema Tributário Nacional vigente no Brasil. Perceptíveis são as dificuldades para que este sistema se harmonize às inúmeras transformações decorrentes das mudanças sociais, econômicas e políticas vivenciadas nestes últimos anos, bem como das influências, positivas ou não, da revolução tecnológica, já denominada de Quarta Revolução Industrial.

O Código Tributário Nacional, promulgado em 1966, foi dividido em dois livros: o Livro Primeiro determinou as diretrizes do Sistema Tributário Nacional (arts. 1º/95) e o Livro Segundo as Normas Gerais do Direito Tributário. Do Primeiro, poucas normas ainda vigoram, principalmente em virtude do Sistema Tributário Nacional previsto na [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988](#).

A Constituição de 1988 expõe nos artigos 145 a 162, as diretrizes para o Sistema Tributário Nacional (Capítulo I, Título VI). Referido capítulo já teve algumas de modificações por intermédio das emendas constitucionais, que até dezembro de 2020 foram 15 (quinze): EC n. 3/1993; EC n. 20/1998; EC n. 29/2000; EC n. 33/2001; EC n. 37/2002; EC n. 39/2002; EC n. 41/2003; EC n. 42/2003; EC n. 44/2004; EC n. 55/2007; EC n. 75/2013; EC n. 84/2014; EC n. 87/2015; EC n. 103/2019 e EC n. 108/2020.

Mesmo com os ajustes ocorridos com as emendas constitucionais, muito ainda tem de ser feito de maneira a adaptar o Sistema Tributário Nacional à realidade das exigências emanadas da sociedade contemporânea.

A Reforma Tributária está sempre na pauta dos principais debates políticos e econômicos. A elevada carga tributária, a insuficiente repartição das receitas tributárias, o excesso de incentivos e benefícios tributários, inclusive, imunidades que não mais se justificam, são alvos permanentes de críticas.

Durante os últimos anos, vários projetos de lei foram sugeridos para uma Reforma Tributária, mas ainda se está longe de um consenso.

Atualmente, os debates mais fervorosos gravitam às órbitas da PEC n. 110/2019; PEC n. 45/2019 e o Projeto de Lei n. 3.887/2020.

Nessa contextura, tudo aponta que os debates se intensificarão e, assim, restará permitido melhor amadurecimento das propostas em curso.

Nas PEC's números 110 e 45, as principais diretrizes são a simplificação do Sistema Tributário e a unificação de tributos da base de consumo, sendo estes substituídos pelo IBS – Imposto sobre Bens e Serviços. Já o projeto de lei apresentado pelo Governo Federal propõe a criação de um novo tributo sobre o valor agregado, denominado Contribuição Social sobre Operações de Bens e Serviços (CBS) e com a uma alíquota única de 12%.

Constata-se, contudo, que referidas propostas ainda não resolvem a necessária diminuição da complexidade atual do sistema tributário e, muito menos, conseguem garantir uma adequada compatibilidade em relação ao princípio federativo, com prazos de transição longos e com ausência de dados econômicos que justifiquem modificações de grande porte no sistema.

Em decorrência de tantos problemas estruturais no País, agravados pela atual crise econômica, ainda não se sabe que andamento terão as propostas que pretendem adequar o sistema tributário à realidade contemporânea. O principal ponto em consenso no turbulento panorama fiscal é a necessidade de mudança, incluindo o fim da incidência de ICMS, ISS e IPI sobre bens e serviços e do excesso da carga tributária decorrente das contribuições sociais.

Pelejas fervorosas estão sendo travadas no País, principalmente, com a grave retração econômica acentuada com a pandemia da Covid-19.

O único consenso é que o Sistema Tributário Nacional precisa ser simplificado e adequado à realidade contemporânea.

## **2 UM PANORAMA DO ATUAL SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL**

A complexidade e a onerosidade do sistema tributário nacional são características perceptíveis pelo mais modesto trabalhador brasileiro até os grandes empresários.

Numa perspectiva analítica, o Sistema Tributário Nacional – STN previsto nos arts. 145-162 é expresso em seis seções, conforme quadro a seguir:

TÍTULO VI – DA TRIBUTAÇÃO E DO ORÇAMENTO		
CAPÍTULO I – DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL		
Seção I	DOS PRINCÍPIOS GERAIS	Arts. 145-149
Seção II	DAS LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR	Arts. 150-152
Seção III	DOS IMPOSTOS DA UNIÃO	Arts. 153-154
Seção IV	DOS IMPOSTOS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL	Art. 155
Seção V	DOS IMPOSTOS DOS MUNICÍPIOS	Art. 156
Seção VI	DA REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS	Art. 157-162

A primeira observação é a inclusão do tema da repartição das receitas tributárias no capítulo do Sistema Tributário Nacional, seguindo o mesmo padrão do Código Tributário Nacional, que também incluiu em seu Livro Primeiro – Sistema Tributário Nacional os fundos de participação dos Estados e dos Municípios.

Entendemos que a repartição das receitas é tema que melhor se vincularia ao Direito Financeiro, contudo, nenhuma reforma passaria no País que não tratasse de pronto deste tópico, uma vez que, infelizmente, este ponto configura um dos mais discutidos pelos gestores, que comumente focam mais na arrecadação das receitas em detrimento de outros aspectos relevantes, como a capacidade contributiva e a injustiça decorrente da tributação regressiva. Preocupa-nos quando constatamos que os atuais debates estão mais em torno do poder de tributar do que da justiça fiscal.

No concernente à repartição da receita tributária, é queixa antiga dos Estados, Distrito Federal e Municípios o fato de maior concentração de receita nos cofres da União. Este ponto é recorrentemente apontado nas duas propostas de emenda constitucional, buscando melhor repartição para os entes federativos. Tudo isto, entretanto, deverá ser revisado com muito cuidado para que não infrinja a cláusula pétrea acerca do formato do Estado em federação<sup>1</sup>.

### 3 PONTOS CRÍTICOS DAS PROPOSTAS DE REFORMA TRIBUTÁRIA

A Proposta de Emenda Constitucional n. 110, apresentada pelo senador Roberto Rocha, assinala ser o aprimoramento do texto da PEC n. 293/2004 de autoria do ex-deputado Carlos Hauly.

<sup>1</sup> “Para todos estes casos, tanto eu quanto Everardo Maciel, além de outros juristas, em diversos artigos, têm chamado a atenção para a proteção do federalismo e dos direitos dos contribuintes, com projetos que poderiam ser discutidos de imediato para confluir para melhoria substancial do ICMS, do PIS/Cofins, do IPI ou do ISS. O contribuinte espera uma reforma da segurança jurídica. Mudanças que tragam simplificação, certeza jurídica, previsibilidade e garantias nas relações com o Fisco. Ao mesmo tempo, os entes federativos não podem abrir mão de aumento de receita, para atender às suas demandas e necessidades sempre crescentes.” (TORRES, Heleno Taveira. Reforma tributária infraconstitucional precisa avançar. *ConJur: Consultor Jurídico*, 5 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-05/consultor-tributario-reforma-tributaria-infraconstitucional-avancar>. Acesso em: 15 dez. 2020).

A proposição adota como principal diretriz a criação de dois tributos – o **IBS – Imposto sobre Operações com Bens e Serviços** e o **IS – Imposto Seletivo**.

O IBS utiliza a mesma terminologia da PEC n. 45/2009, em substituição ao termo anterior previsto na PEC n. 293/04, o IVA – Imposto sobre Valor Agregado.

A primeira crítica que se faz é à mudança na terminologia, sob a alegação de modernidade. Ocorre que o termo IVA é o mais utilizado nos sistemas internacionais, cuja tendência é exatamente a uniformidade de nomenclatura. Esta denominação é tão mais clara do que a própria justificativa da PEC n. 45/2019 (provável fonte de influência na mudança da PEC n. 110/09). Para melhor explicar o IBS, utiliza com frequência o termo IVA, comprovando que este é muito mais esclarecedor do que o IBS.

Na PEC n. 110, o IBS prevê a fusão de nove tributos: ICMS; ISS; IPI; COFINS (e COFINS Importação); PIS/PASEP; IOF e o salário-educação.

Um dos pontos polêmicos no IBS é a adoção de uma alíquota-padrão. Na PEC 110/19, parece que esta proposta é um pouco mais flexível do que na PEC n. 45/19. Seja como for, entretanto, a adoção de alíquota-padrão em situações e bens distintos enseja grande injustiça fiscal, numa economia desigual como a brasileira. O modelo adotado sustenta-se em exemplos de economias estáveis e países em situação completamente diferente do contexto nacional.

A injustiça fiscal é facilmente perceptível ao adotarmos uma alíquota idêntica para bens supérfluos e essenciais. Em ambas as propostas, está prevista devolução dos tributos incidentes sobre bens e serviços adquiridos por famílias de baixa renda. Ocorre que não foram apontados o modelo e o resultado dessa devolução. A PEC 45 reporta-se a “devolução parcial”, por meio de mecanismos de transferência de renda, mas não está expresso como será esse mecanismo. Na PEC 110, o art. 146, IV prevê que os critérios de devolução de tributos neste caso serão definidos em lei, utilizando a expressão “poderá ser”, ou seja, essa possibilidade, então, é facultativa, o que já não garante que haverá devolução. Com certeza, esse segmento precisa ser revisto e mais bem tratado, principalmente por alcançar grande parcela da população nacional.

Outra dificuldade nesta junção dos nove tributos é a ausência de dados técnicos comprobatórios de que os entes federativos vão manter a arrecadação (considerando que a União perderá sete tributos) e que não haverá aumento da carga tributária para o contribuinte. Fica difícil entender essas afirmações constantes no Relatório da PEC, sem a devida comprovação dos choques orçamentários e, principalmente, dos influxos sobre o preço final dos bens e serviços no bolso dos consumidores.

A PEC n. 110/2019 aborda, além dos tributos sobre o consumo, alterações sobre as tributações incidentes sobre a renda e o patrimônio, das quais evidenciamos alguns pontos.

Relativamente à tributação sobre a renda, a proposta prevê a incorporação da CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido pelo Imposto de Renda, com previsão de elevação de alíquotas, o que enseja preocu-

pação em virtude do aumento da carga tributária também sobre a renda e, novamente, com reflexo nos preços finais ao consumidor.

O ITCMD passa para a competência da União, mas com previsão do produto da arrecadação para os municípios. Aqui também não existem explicações convincentes sobre esta alteração. Modifica-se, ainda, o IPVA, incluindo no Texto Constitucional a incidência sobre embarcações e aeronaves<sup>2</sup>, também transferindo o produto da arrecadação para os municípios.

Esperamos que estes itens sejam mais bem desenvolvidos e fundamentados no decorrer dos debates, pois, da maneira como estão expostos, com justificativas superficiais, não ficam claros os impactos das mudanças propostas.

Em relação ao **IS – Imposto Seletivo**, a proposta de reforma assinala que este tem a finalidade de manter a seletividade do sistema atual de tributação indireta, prevendo a incidência sobre energia, telecomunicações, veículos, tabaco e derivados de petróleo.

Especificamente neste módulo, seria muito importante avançarmos para incluir a questão ambiental, desestimulando o consumo dos produtos poluentes, nos moldes do movimento internacional que prevê a precificação do carbono, sendo a tributação seletiva um excelente instrumento para alcançar os objetivos da sustentabilidade do ambiente<sup>3</sup>.

A manutenção de um imposto seletivo é de assinalada importância. Com base na teoria fiscal, os tributos devem intervir o mínimo possível na economia, mantendo-se na sua função primordialmente arrecadadora. Na prática, entretanto, eles também possuem outras funções.

A extrafiscalidade comprova a premissa de que a tributação não logra ser totalmente neutra, sendo várias as modalidades de intervenção estatal por intermédio da imposição fiscal. No caso da proteção ambiental, a intervenção estatal é imprescindível e os instrumentos fiscais são de grande utilidade nesta missão, influenciando na regulação do mercado<sup>4</sup> como um expediente do direito premial.

2 Atualmente, leis estaduais já têm essa previsão (Ex.: Art. 6º, II, da Lei n. 12.023/92, do Estado do Ceará), mas o Supremo Tribunal Federal decidiu em 2007, no RE 379.572, que essa cobrança é inconstitucional.

3 “O texto da justificativa à introdução do artigo 154, III cita o exemplo da tributação do cigarro e de bebidas alcoólicas, cujo consumo se deseja desestimular. Dentre este rol poderia estar também elencado o tributo sobre carbono, já que o objetivo do imposto é justamente desestimular o consumo de produtos ricos em carbono. Um imposto sobre o carbono é suficiente para criar incentivo para que os consumidores comprem o produto mais barato e menos poluente. De fato, todos os impostos sobre carbono já introduzidos por países ao redor do mundo são impostos seletivos que no exterior é conhecido como um “excise tax”. O imposto seletivo, conforme a nomenclatura agora proposta no Brasil, é um imposto incidente em um ato, atividade ou consumo, em que exista uma correlação entre o preço pago pelo consumidor e a valor corrente da commodity tributada. Em se tratando de um imposto sobre carbono, este tipicamente incide sobre carvão e demais derivados de petróleo, leia-se: diesel, gasolina ou gás natural. O imposto pode, portanto, ser modulado para se adequar ao propósito pretendido pelo legislador. Um imposto seletivo pode ser aplicado de forma “ad valorem” ou específica.” (FALCÃO, Tatiana. Tributação sobre o carbono e a PEC 45. *Valor Econômico*, 30 set. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2019/09/30/tributacao-sobre-carbono-e-a-pec-45.ghtml>. Acesso em: 10 dez. 2020).

4 Sobre o tema, ver: RIBEIRO, Maria de Fátima. Reflexos da tributação no desequilíbrio da livre concorrência. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger *et al.* *Novos horizontes da tributação: um diálogo luso-brasileiro*. Coimbra: Almedina: 2012. p. 209-327.

Considerando a finalidade um elemento que caracteriza o incentivo fiscal<sup>5</sup>, este estimulará ou não determinado comportamento. A tributação extrafiscal<sup>6</sup>, portanto, por meio dos tributos (oneração) ou dos incentivos (desoneração), com fins ambientais, enseja uma reação no mercado e no comportamento social e, conseqüentemente, tende a obter resultados em prol do meio ambiente.

Esperamos, portanto, que as propostas de Reforma Tributária não descartem a inclusão da extrafiscalidade em prol da proteção ambiental, conforme já sucedeu em vários países.

Em ambas as propostas de Reforma Tributária, os incentivos fiscais são bastante questionados. É fato que o Brasil abusou na utilização dos incentivos, desvirtuando-os do seu objetivo principal e quase os transformando em regra em vez de exceção.

Convém evidenciar o fato de que a doutrina tradicional exprime como conceito amplo de incentivo fiscal a não cobrança, por parte do Estado, de tributos a que estaria obrigado em face das leis gerais, tendo, assim, um efeito desagrador<sup>7</sup>.

É preciso destacar o fato de que incentivos fiscais sempre implicam *renúncia de receita potencial*<sup>8</sup>, devendo ser tecnicamente justificados, mesmo nos casos em que ainda não se iniciou a cobrança de tributos. Nestes casos, ocorrem perdas voluntárias de receitas ou, como definem os doutrinadores portugueses, são créditos virtuais<sup>9</sup> que deverão ser estimados antes da concessão do incentivo.

Recordando as lições de Fonrouge<sup>10</sup>, depreende-se que a força de tributar transporta o poder de isentar. Ao conceder a isenção, deve-se ter em conta razões de interesse geral, pois, do contrário, se estará atuando contra a justiça fiscal que prevê a colaboração de todos segundo sua capacidade contributiva. Ressaltamos que este poder de tributar e o de não tributar são limitados pelos princípios gerais do Direito Tributário, não sendo meras concessões políticas. O ato de desonerar é a exceção e, como tal, deve ser cuidadosamente fiscalizado e com o devido controle dos resultados, devendo estes ser proporcionais às distorções que produzem.

Os incentivos fiscais devem ser condicionados a resultados concretos, portanto, com uma consequente dependência, daqueles com estes. Há um nexu biunívoco entre o incentivo fiscal e o seu resultado. A análise

5 “Na expressão *incentivo fiscal*, a palavra *incentivo* tem o mesmo significado que tem na linguagem comum. Significa estímulo. E a palavra *fiscal* nessa expressão está a indicar o instrumento com o qual é concedido o incentivo ou estímulo. Incentivo fiscal é o estímulo concedido através de um instrumento cuja utilização caracteriza o que denominamos fisco, vale dizer, o tributo. O incentivo, ou estímulo, caracteriza-se pelo tratamento favorecido, diferenciado para melhor, em razão do atendimento da condição colocada para sua obtenção. [...] Ocorre que nem toda redução ou isenção de tributo deve ser considerada incentivo fiscal, porque este, repita-se, se caracteriza pela finalidade, que é estimular determinado comportamento. E existe, sim, isenção que é concedida, mas não como forma de estimular comportamento.” (MACHADO, Hugo de Brito. *O regime jurídico dos incentivos fiscais*. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 171-173).

6 “Extrafiscalidade é o instrumento tributário utilizado com o objetivo principal não de arrecadar receitas para o erário, mas de ordenar a macroeconomia, às vezes até diminuindo o montante da arrecadação. Eis por que a consideramos instituição de Direito Econômico mais do que Direito Tributário. (FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Direito econômico: teoria fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 144).

7 MONCADA, Luís S. Cabral. *Direito econômico*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 589.

8 Como bem esclarece Hermano Barbosa, as renúncias de receitas podem ser efetivas ou potenciais, uma vez que as receitas objeto de renúncia podem ter existência em planos temporais distintos. (BARBOSA, Hermano Notaroberto. *O poder de não tributar: benefícios fiscais na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 142).

9 “Os recursos públicos afetados a finalidades do Estado representam, assim, créditos virtuais, por funcionarem à margem das regras da contabilidade pública, na medida em que implicam o dispêndio de recursos e se destinam à satisfação de objectivos assumidos. O Estado fixa e estima os montantes que coloca à disposição das entidades empenhadas na realização de objectivos extrafiscais assumidos num determinado período mediante o que podemos chamar de abertura de crédito virtual.” (SILVA, Fernando Castro *et al.* *Reavaliação dos benefícios fiscais*. *Cadernos de ciência e técnica fiscal*, n. 198, Coimbra: Almedina, 2005. p. 66).

10 FONROUGE, C.M. Giuliani. *Conceitos de direito tributário*. Tradução de Geraldo Ataliba e Marco Aurélio Greco. São Paulo: Lael, 1973. p. 43.



dos resultados esperados com os incentivos é fundamental, pois, como bem nos alerta Joseph Stiglitz,<sup>11</sup> não se pode fazer com que os incentivos fiscais concedem oportunidades a rendas que não passem de presentes do Estado ao setor.

Se não alcançados os resultados previstos, o Ente federativo deverá atuar na retirada dos incentivos fiscais, contudo, com a observância dos trâmites jurídicos necessários, pois, do mesmo modo que os incentivos não podem ser concedidos com atos infralegais, também não podem assim ser suprimidos. Tanto para concessão como para a supressão, é indispensável a lei.

Os incentivos fiscais, como instrumentos de política pública, representam renúncias de receita, sendo, portanto, de caráter excepcional, com tratamento tributário diferenciado. A tributação exige a observância aos princípios da capacidade contributiva (art. 145, §1º, CF/88)<sup>12</sup> e da uniformidade tributária (art. 151, inciso I, CF/88)<sup>13</sup>, sob os quais todos devem ser tributados indistintamente e de acordo com sua capacidade econômica.

Infelizmente, no País, são tantos os abusos nesta seara, que já não conseguimos sequer acompanhar os incentivos em vigor. Neste âmbito, sem dúvidas, é necessário reter esse comportamento estatal. Também reconhecemos, todavia, que os incentivos fiscais corretos e como medidas excepcionais não devem ser extintos.

Na PEC 45 resta claro que o IBS será utilizado para gerar receita tributária, despindo o imposto de qualquer função extrafiscal, portanto, sem nenhuma possibilidade de concessão de incentivos. Na PEC 110, há previsão da possibilidade de isenção para oito produtos ou serviços: 1) alimentos, inclusive os destinados ao consumo animal; 2) medicamentos; 3) transporte público coletivo de passageiros urbano e de caráter urbano; 4) bens do ativo imobilizado; 5) saneamento básico; 6) educação infantil, ensino fundamental, médio e superior e educação profissional; 7) cadeia produtiva de saúde; 8) embalagens, resíduos ou remanescentes pós-consumo, oriundos de sistema de logística reversa. Em ambos os casos, entendemos que tanto a posição extrema de impossibilitar toda e qualquer modalidade de concessão de incentivos, quanto a posição que enumera expressamente oito possibilidades, sem qualquer justificativa razoável, não se mostram compatíveis com a finalidade dos incentivos fiscais. Essa matéria sequer deve estar no Texto Constitucional.

O tratamento infraconstitucional é muito mais eficaz e seguro. Precisamos, sim, corrigir as anomalias no Sistema Tributário Brasileiro, mas não radicalizando com a exclusão dos incentivos ou mesmo limitando-os no Texto Constitucional. A certeza de que isto não funciona bem é comprovada pelas imunidades tributárias previstas no art. 150, VI, da CF/88, que estão ali por décadas e, em alguns casos, sem mais justificativas econômicas que motivem sua existência.

11 STIGLITZ, Joseph. **O preço da desigualdade**. Lisboa: Bertrand, 2014. p. 299.

12 “Art. 145. [...] § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.” (Constituição Federal).

13 “Art. 151. É vedado à União: I – instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação aos Estados, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País”. (Constituição Federal/1988).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões ora expendidas têm como finalidade contribuir no debate nacional, no âmbito do qual retomamos os projetos de Reforma Tributária. Os projetos que tramitam no Congresso Nacional merecem aplausos pela iniciativa, independentemente dos pontos onde expressamos divergência.

O principal mérito desses projetos é estimular à reflexão sobre o caos que reina no País em matéria de tributação. Com certeza, existe um ponto pacífico nesta nação: o Brasil precisa mudar. E esses projetos comprovam isto. Seja por alterações legislativas, seja por modificações constitucionais, o fato é que o atual modelo não mais se sustenta – nem como instrumento eficiente de arrecadação, tampouco como paradigma de justiça fiscal. Percebemos um descontentamento geral, tanto dos entes federativos como dos cidadãos-contribuintes.

O importante agora é nos dedicarmos à análise das propostas em curso e iniciarmos um processo de elaboração crítica e reflexiva sobre todos os pontos mostrados, aprimorando o que se revelar necessário, retirando o que se exprimir como excedente e inovando no que for preciso.

A Reforma Tributária é necessária, e o principal aspecto que ressaltamos nesta discussão é o consenso acerca da unificação dos tributos sobre o consumo no Brasil, com a instituição do IVA (esclarecendo – repetimos – que preferimos este termo em vez de IBS).

É hora de chamarmos os economistas e estatísticos para ingressarem neste debate. Ressaltamos, contudo, que muito ainda precisa ser lapidado nos textos oferecidos e que ambos reclamam a inclusão de dados econômicos que fundamentem as alterações propostas e as influências que irão produzir. A construção de Brasília, por exemplo, idealizada na genialidade de Oscar Niemeyer e Lúcio Costa, não ficaria em pé se não fossem os cálculos precisos do discreto e igualmente genial, engenheiro calculista Joaquim Cardozo. Coube a este colocar em pé a arte daqueles. A construção de sistema jurídico pode ser comparada à edificação de uma proposta arquitetônica. Os indicadores econômicos devem nos dizer se o Sistema Tributário proposto ficará em pé. Só assim, teremos a adequada fundamentação na defesa das proposituras manifestas e, principalmente, daremos a necessária segurança jurídica que tanto defendemos na área do Direito.

## REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Hermando Notaroberto. **O poder de não tributar**: benefícios fiscais na Constituição. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Direito econômico**: teoria fundamental. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FALCÃO, Tatiana. Tributação sobre o carbono e a PEC 45. **Valor Econômico**, 30 set. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2019/09/30/tributacao-sobre-carbono-e-a-pec-45.ghtml>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- FONROUGE, C.M. Giuliani. **Conceitos de direito tributário**. Tradução de Geraldo Ataliba e Marco Aurélio Greco. São Paulo: Lael, 1973.
- MACHADO, Hugo de Brito. O regime jurídico dos incentivos fiscais. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Regime jurídico dos incentivos fiscais**. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MONCADA, Luís S. Cabral. **Direito econômico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Reflexos da tributação no desequilíbrio da livre concorrência. *In*: GRUPENMACHER, Betina Treiger *et al.* **Novos horizontes da tributação**: um diálogo luso-brasileiro. Coimbra: Almedina: 2012.

SILVA, Fernando Castro *et al.* Reavaliação dos benefícios fiscais. **Cadernos de ciência e técnica fiscal**, n. 198, Coimbra: Almedina, 2005.

STIGLITZ, Joseph. **O preço da desigualdade**. Lisboa: Bertrand, 2014.

TORRES, Heleno Taveira. Reforma tributária infraconstitucional precisa avançar. **ConJur: Consultor Jurídico**, 5 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-05/consultor-tributario-reforma-tributaria-infraconstitucional-avancar>. Acesso em: 15 dez. 2020.

# CAPÍTULO 14

## REFORMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIA: TENDÊNCIAS E DESAFIOS

Renata Correia Cubas

### INTRODUÇÃO

Nosso sistema tributário sempre foi apontado como um grande vilão no cenário de investimentos no Brasil. Diversas pesquisas e publicações, que vão de entidades de classe ao Banco Mundial, os quais avaliam a qualidade do sistema tributário como um dos relevantes indicadores de atratividade para investimento no Brasil, dão conta de que temos um dos maiores contenciosos tributários do globo, e que gastamos aproximadamente dez vezes mais horas com o cumprimento de obrigações tributárias do que gastam em média os países membros da OCDE, além de estamos entre os últimos dos 184 países, avaliados como ambiente de negócios, pelo Doing Business do Banco Mundial, ou últimos dos 17 países, de economias similares a nossa em termos de sistema tributário.

Por essa razão nos últimos anos o tema de uma reforma tributária constitucional não sai da pauta de notícias de maior interesse das empresas brasileiras e a simplificação e a redução de litígios estão entre os tópicos mais debatidos nos cenários de tributação do Brasil.

Se o sistema atual está entre os malfeitores que provocam o desinvestimento e a falta de atração para o Brasil, em termos de negócios, as armas mais criticadas destes vilões são a tributação no consumo, ou a tributação indireta e minuciosa categorização constitucional típica do direito tributário brasileiro. As definições constitucionais que delineiam os limites ao poder de tributar em detalhe, e as respectivas competências de cada ente federativo para instituição de tributos estão entre os maiores alvos de crítica.

A intensa categorização prevista constitucionalmente no que se refere ao que seja serviço, receita bruta, exportação, importação, mercadoria, industrialização e a abrangência de cada uma dessas expressões pelo texto constitucional, são de fato comumente objeto de muitos litígios tributários, seja sobre a abrangência de cada tributo delineado constitucionalmente, seja para a discussão em conflitos de competências.

Além disso há que se notar que a divisão constitucional de competências tributárias e a questão atinente ao pacto federativo também sempre estiveram dentre os maiores impeditivos para que quaisquer reformas constitucionais fossem aprovadas.

Por fim no contexto de globalização, reiteradamente se reclama da perpetuação de um reiterado desajuste do modelo nacional brasileiro com relação as tendências de tributação internacional.

Neste capítulo, busco abordar alguns destes desafios que teremos que enfrentar, com especial enfoque na unificação de tributos presentes nas propostas de reforma atualmente em discussão e criação de um imposto sobre valor agregado (IVA/GST) sobre bens e serviços.

## **PRINCIPAIS PONTOS DE ATENÇÃO EM DEBATE AO IVA E UNIFORMIZAÇÃO**

O IVA ou TVA – Taxe sur la valeur ajoutée foi criado em 1954 pelo engenheiro politécnico Maurice Lauré, inspetor de finanças na França, que buscou com ele aumentar arrecadação por meio de um tributo indireto, que forçasse contribuintes de todas as pontas da cadeia a reportar e colaborar com arrecadação, em vez de ter o encargo concentrado nos varejistas e na administração tributária. O sistema mais perfeito de IVA de que se tem notícia é o sistema da Nova Zelândia por ser o mais simples e sem exceções, devido as características do País, e foi seguramente nesse sistema que uma das propostas de reforma brasileira se inspirou.

Segundo tem noticiado a grande especialista em IVA portuguesa, a professora Clotilde Celorico Palma, nos países africanos como Moçambique, Cabo Verde e Angola em outubro, houve a introdução do IVA com objetivo de aumento de receita, neutralidade e abolição das fronteiras. Com a quebra de fronteiras, foram implementados três IVAS: um interno dois internacionais. Um IVA praticado com países terceiros como o Brasil e IVA para transação entre estados membros na transmissão intercomunitária (é um IVA dual) além do interno. Como a base é ampla as alíquotas são moderadas e há um controle cruzado e o maior problema reportado são as fraudes e evasão fiscal nas operações intracomunitárias. Em Moçambique, Cabo Verde e Angola embora tenham sido introduzidos com alíquota única, foram criados os regimes especiais para atender alguns temas e com a introdução faseada por tipo de contribuintes.

Ainda que haja as dificuldades mencionadas, no que se refere aos impostos sobre o valor agregado, a especialista reporta que as críticas são menores do que as vantagens. Não se trata de um imposto justo, instrumento de políticas extrafiscais, é um tributo regressivo. A regressividade pode ser atenuada e o é na Europa com mais de uma alíquota ou isenções harmonizadas e obrigatórias. As que são obrigatórias são praticadas mesmo que não façam sentido em determinado estado membro. Há uma aplicação de alíquotas reduzidas para aliviar os efeitos regressivos. Somente a Dinamarca tem uma única alíquota e os outros estados membros tem mais de uma alíquota.

O imposto sobre o valor agregado já se provou um tributo amplamente aceito globalmente e consolidado por sua neutralidade e transparência como a melhor opção para a tributação do consumo e no Brasil já temos vários tributos sobre o valor agregado. O ponto é que estes foram imprópriamente instituídos e sofreram demais com os desafios na sua implementação.

As propostas de reforma antigas e atuais todas contêm apontamentos para uma unificação de tributos como solução e criação de um novo IVA no lugar de todos.

Historicamente, o que sempre barrou a aprovação de um IVA nestes termos foi a questão federativa.

Atualmente, discutimos as principais propostas de emenda constitucional baseadas em modelos de IVA único e dual (federal e estadual), e em um compartilhamento das competências por meio de uma agência nacional que traz as mesmas dificuldades de outras reformas.

Os estados que historicamente sempre confrontaram propostas semelhantes, agora apoiam a reforma tributária, mas exigem dois fundos a serem financiados exclusivamente pela União, que não parece ter como se comprometer para a equalização de receitas num ambiente deficitário como o que vivemos, agravado pela pandemia do Covid-19.

Nesse contexto, e num ambiente de difícil aprovação de um IVA único o Governo apresentou também no segundo semestre de 2020, proposta de contexto semelhante ao do IVA dual: uma Contribuição sobre Bens e Serviços – a CBS, numa tentativa de reforma infraconstitucional, com perspectiva de implementação muito mais rápida. No entanto, muitos foram os questionamentos a respeito de sua constitucionalidade de largada e a percepção é de que esta foi vista majoritariamente como a solução menos popular e de mais difícil implementação.

A uniformização e a transparência estão na base de todas as propostas. Os atuais impostos de consumo, em sua maioria indiretos, se baseiam no emprego da sistemática de tributação não cumulativa em cadeia, que traz maior eficiência na medida em que a sua incidência fica restrita ao valor agregado em cada etapa da circulação econômica.

No entanto temos impostos de consumo e legislação esparsa nos três níveis de organização de nossa federação, sendo pelo menos, e num esforço de simplificação: três tributos de consumo federais administrados pela União, um estadual administrado pelas 27 unidades federativas e um municipal sobre serviços especificamente definidos administrado pelas mais de 5200 municipalidades.

Não adotamos um conceito amplo de serviços e bens, como nas jurisdições nas quais os IVA ou GST (Goods and Services Tax) são amplamente adotados, não calculamos os tributos por fora. Em nosso sistema atual normalmente eles estão embutidos no preço e tampouco são neutros do ponto de vista do consumo.

Outro ponto que gera bastante polêmica, e que sempre esteve presente em todas as propostas de reforma atualmente em debate, sejam as constitucionais ou não, é o fato de que estamos falando de unificação de tributos para simplificação e neutralidade, e incidência sobre uma nova e ampla base, sobre fatos que hoje não são tributados tampouco medidos. Assim, uma das primeiras e maiores dificuldades que temos para dar qualquer dose de previsibilidade para o que se propõe é definir a base tributável.

O próprio governo, ao propor a CBS indicou que o aumento da alíquota visava compensar as perdas por creditamento amplo, mas que poderia ser revista conforme fosse melhor conhecida a base tributável. Ou seja,

como todo o momento de transição de sistemas, também o desafio de conhecer é mais um que se impõe, para que possam ser seguidos todos os ditames legais e constitucionais para uma mudança dessa magnitude. No mesmo sentido, não se sabe de quanto seria a alíquota do IVA proposto a agregar todos os tributos indiretos, já que enquanto a média praticada nos países que o adotam é de 20%, nos parece que numa estimativa bem distante teríamos quase o dobro dessa carga num IVA que tivesse que agregar os tributos de consumo atuais, em qualquer das propostas.

Na mesma esteira, propõe-se na linha do que comumente se pratica com tributação de valor agregado um crédito financeiro de devolução imediata. No entanto, temos como fato que contribuintes do IPI, ICMS, PIS e COFINS enfrentam diversas situações de acúmulo de crédito, ou seja, suas saídas tributadas não são suficientes para abater o crédito registrado, de modo que o valor do imposto passa a ser considerado custo e repassado no preço do bem comercializado.

A ausência de mecanismos efetivos para evitar ou abater referidos créditos no sistema atual mostra um sistema deficiente sob o ponto de vista de tributação sobre o valor agregado, e as soluções futuras, em qualquer que seja o modelo de proposta aprovado deve se atentar para isso.

Essa situação se agrava ainda, com a proposta de neutralidade, e afastamento do princípio da essencialidade, inserto na atual [Constituição Federal](#). De acordo com as propostas em discussão, a tributação será a mesma para bens essenciais, como produtos da cesta básica, por exemplo, e para produtos supérfluos.

Explica-se: atualmente o sistema traz benefício na aquisição de bens da cesta básica, sejam eles adquiridos por contribuintes de maior ou menor capacidade financeira. Com uma tributação neutra sobre o consumo, ambos adquiririam bens ou serviços com tributação idêntica, independentemente de sua capacidade financeira, mas os valores recolhidos, seriam devolvidos apenas para aqueles de comprovada necessidade, em situação de baixa renda, em benefício do princípio da capacidade contributiva, por meio de um cartão pessoal assistencial, na modalidade que se adota, atualmente, por exemplo, para o pagamento do “Bolsa Família”.

Embora esse tipo de solução possa se mostrar mais justa, no sentido não beneficiar quem não precisa, concretizá-lo é uma tarefa hercúlea, e este tipo de dificuldade encontra-se entre os desafios que mais merecem debate, em relação as propostas em discussão.

A própria concessão de auxílio emergencial em um estado de calamidade decretado, que testemunhamos em 2020 e as fraudes a elas inerentes, nos mostrou que mesmo em situação emergencial, não é fácil executar a devolução imediata pretendida, e que as melhores propostas de devolução não resistem aos entraves sistêmicos que nos conduzem a necessidade concomitante senão prévia de uma reforma administrativa, para efetividade de uma reforma tributária.

Além disso, como mencionamos no início, um dos grandes entraves para a implantação de um IVA unificando vários tributos é assegurar a autonomia dos Estados e Municípios como entes dotados de competência

tributária, nos moldes em que estabelecido pelos artigos 155 e 156 da [Constituição Federal](#). Dentre as soluções propostas estão a atribuição de competência à União, Estados e Municípios para estipular suas próprias alíquotas do imposto, que esbarraria no pacto federativo.

Muito já se debate sobre se a cláusula pétrea seria suficiente para tornar imutáveis as competências tributárias, se estas podem ser rearranjadas, no sentido de que a autonomia financeira não estaria restrita às competências tributárias. Alguns exemplos trazidos para corroborar essa frente são a existência das quotas-parte do ICMS e parcela do IPI sendo distribuídas entre os entes competentes. Nesse sentido não se estaria restringindo competência, mas ampliando a competência? Trata-se de tema muito relevante e que pode ser objeto de muita discussão.

Isto porque a atribuição da prerrogativa de definição de alíquota não tem se mostrado suficiente para garantir a autonomia dos Estados e Municípios, e a possível limitação da competência dos Estados e Municípios também atingem ponto sensível do sistema atual, na medida em que os impedem de conceder incentivos fiscais como forma de transformar o tributo em política de desenvolvimento, como é feito inclusive nos países mencionados anteriormente, como combate a regressividade.

Os novos IVAs nas propostas em debate buscam eliminar ou reduzir brutalmente, conforme as propostas, todos os tipos de benefícios fiscais, e por isso devem ser acompanhados de uma nova política federal de desenvolvimento regional com aprovações de fundos.

Embora juridicamente pareça ser a medida mais adequada, do ponto de vista jurídico, para combater especialmente a guerra fiscal, ponto de vista prático, a viabilidade da implementação de fundos para uma nova política federal de desenvolvimento regional vai além da seara tributária, esbarrando em aprovação de medidas de controle orçamentário pelo Congresso Nacional.

E a proposta de fiscalização compartilhada entre União, Estados e Municípios traz também desafios, pois não garante que não haverá sobreposição e conflitos entre as fiscalizações.

Nosso modelo de tributação deve de alguma forma assegurar aos seus entes dotados de competência tributária a prerrogativa de gerir seus próprios recursos financeiros de modo a conseguir aplicá-los em setores que considera estratégicos para o desenvolvimento econômico.

Dentre estes setores, estão os de serviços e de tecnologia, que hoje se destacam entre as maiores vítimas do atual sistema no quesito insegurança jurídica, e que mais buscam certeza quanto a tributação por meio de uma reforma.

No entanto, há reflexões também nessa seara, pois se de um lado a regulação de novas tecnologias tem sido cada vez mais objeto de grandes discussões tributárias, e nesse sentido simplificação e uniformização trariam alívio a esses setores, de outro a contrapartida seria um aumento brutal de carga, sem que essas atividades possam gozar necessariamente de créditos amplos dos tributos sobre o valor agregado, além de incidir sobre



intangíveis, cessão e licenciamento de direitos, locação de bens, bem como as operações de importação dessas modalidades de relações jurídicas.

Isto porque o maior custo destes setores que costuma ser com folha de pagamento, não é passível de creditamento nos termos das propostas em debate. Portanto uma proposta de unificação, com aumento de carga, sem contrapartida em desoneração de folha, não lhes serve e fomenta o desinvestimento.

Além disso, se de um lado a unificação do ICMS e do ISS pode potencialmente reduzir parte expressiva do litígio decorrente da segregação dos conceitos de mercadoria e serviço, pode, por outro lado, ao vincular sua incidência exclusivamente no destino e ainda atribuir aos municípios a definição da alíquota incidente sobre a etapa da circulação econômica destinada ao consumidor final, potencializar os problemas de competência tributária e de identificação do local do consumidor final.

A correção dessa disfuncionalidade deve ser objeto de atenção, pois de certo passará pela criação de obrigações acessórias aos fornecedores de tecnologia e todos que a consomem, que são todos, na linha do que pretendido pelo Convênio ICMS nº 106/17, o que poderá aumentar os custos de conformidade e ser um obstáculo ao fomento de inovação e desenvolvimento de *startups*.

Nesse sentido, seria importante não termos nas reformas que venham eventualmente a ser aprovadas, novos caminhos para aumento da litigiosidade tributária, que tem sido vista como a nossa enfermidade de consequências mais severas para contribuintes e para a administração tributária.

Esse nível absurdamente alto de litigiosidade é um sintoma da insegurança jurídica que permeia as relações jurídico-tributárias por diversos fatores: imprecisão das normas jurídicas, das decisões judiciais e administrativas, oscilação da jurisprudência e das interpretações fiscais, postura dos Tribunais Superiores de evitar o enfrentamento de situações complexas e relevantes, e, porque não dizer pela cultura de litígio que permeia as relações fisco-contribuinte.

No que se refere a regulação sobre o futuro do contencioso na reforma tributária, apenas temos previsões, de que para as disputas futuras envolvendo a incidência de um novo IVA o contencioso administrativo será gerido por um tribunal administrativo no qual a primeira instância seja estadual e a segunda instância uniformizadora de entendimento seja nacional.

Essa medida se mostra em harmonia com a ideia de unificação e harmonização da tributação sobre o consumo, sendo recomendável a sua inclusão em um contexto mais amplo de debate sobre reforma processual em matéria tributária, passando pelo processo administrativo federal e pelas execuções fiscais, embora ainda possa esbarrar em autonomia dos Estados.

## CONCLUSÕES

Como se vê, algumas das maiores preocupações na implementação de um IVA no Brasil, são também preocupações nas implementações do IVA em diversas jurisdições, tais como: uniformidade de alíquotas, com espaço para mecanismos de combate à regressividade sempre adaptados às realidades locais sociais, políticas e econômicas. No entanto, as diversas preocupações que se apresentam por meio da análise das propostas debatidas trazem incerteza sobre a suficiência das propostas para atender aos objetivos pretendidos. Na Constituinte de 1988, já se propunha um IVA que não foi adotado porque os Estados tinham receio de coleta dos impostos no destino, e se cogitou o fim do ISS com a contrapartida em aumento de ICMS, o que se parecia em muito com a atuais propostas e o pacto federativo sempre foi um entrave.

Ao mesmo tempo grandes especialistas em IVA reportam que de trinta e uma federações, vinte e duas tem IVA implementado das quais 2 tem IVA compartilhado, indicando que o IVA é um imposto adequado para a federação e que o compartilhamento, como no caso do Brasil, pode se dar por Lei complementar.

Apesar de as propostas de Reforma Tributária atualmente em debate apresentarem um modelo de IVA adequado aos padrões internacionais, muitas questões como as aqui apresentadas merecem reflexão e debate, sob pena de prejudicar a sua aprovação no Congresso Nacional, ou pior, aprovar um IVA que trará ainda mais litígios sobre tributos com novos personagens.

A lei complementar poderia sim ser um instrumento próprio para regulamentar vários pontos que são objeto de proposta de reforma tributária. No entanto, temos histórico de leis complementares com essa mesma função (simplificação, redução de contencioso, garantia de créditos), como foi o caso da [Lei Kandir](#), cuja efetividade, por exemplo da garantia de créditos tributários não se deu mesmo após 26 anos de sua entrada em vigor.

A garantia da completa efetividade à tomada de créditos e abordagem do ponto de vista da administração e do aspecto financeiro e orçamentário que garantam que a União, Estados e Municípios tenham recursos suficientes para garantir a tempestiva restituição de saldo credor do imposto são fundamentais e devem ser objeto das propostas e desses debates.

E nesse sentido todas as diversas propostas de reforma tributária tiveram os mesmos pilares: diminuir burocracia, diminuir número de tributos, tratar vários tributos como um só e partilhar a arrecadação. No entanto, nenhuma delas tornou-se efetivamente realidade e somente foram aprovadas “minirreformas” com alterações pontuais no sistema, para otimizar a administração do tributário, como foi a criação das substituições tributárias e do PIS e COFINS não cumulativo.

Estes são exemplos típicos de regras que nasceram de uma forma objetiva, para as quais foram criados um sem-número de exceções que viraram um caótico sistema.

Uma reforma é necessária e compatível com o que se espera do ponto de vista das tendências internacionais de tributação, além de trazer novas perspectivas de desburocratização, investimento e simplicidade. Entretanto, mesmo no âmbito internacional, já se encontram presentes as incertezas que permeiam o controle e implementação e diversos dos temas aqui tratados.

No Brasil, além das incertezas tanto ou muito mais presentes que no âmbito internacional, seja por haver contencioso sem precedentes, seja por uma situação de guerra entre entes tributantes, os desafios têm se mostrado bem maiores, mostrando que as propostas demandam um olhar cuidadoso para pontos cruciais na sua implementação, que não podem ser ignorados, e para outras medidas que urgem e podem ser tomadas como complemento para solução desses problemas, tais como a reforma administrativa e a implementação de métodos alternativos de resolução de conflito, além de um olhar para a revisão da tributação corporativa, infraconstitucional.

Por fim, cabe a reflexão sobre o elemento cultural e o papel do cidadão contribuinte e da administração tributária nesse contexto. Pois se de um lado é verdade que o caos no sistema tributário advém de sua crescente complexidade, pode se refletir se as crescentes reinterpretações das normas de parte a parte pelos contribuintes e pela administração tributária que geram novas regras interpretativas e litígios não tem origem exatamente nos comportamentos e na cultura. Muito difícil definir o que veio primeiro.

Um IVA no Brasil não tem de seguir o modelo europeu e deve atender as características nacionais, acima de tudo porque o elemento cultural do litígio tributário está presente nas relações e influencia diretamente a forma de organização das empresas e planejamento financeiro e as condutas e políticas adotadas pela administração tributária.

Ainda que queiramos adotar modelos de sucesso da União Europeia, parece claro que tanto juridicamente quando culturalmente, seria de extrema dificuldade de implementação uma alíquota única no modelo brasileiro, pois historicamente, todos os modelos de tributação que visaram alguma uniformidade no Brasil, tal como os exemplos acima, foram forçados a criação de exceções crescentes que viraram regras.

Nos dizeres do professor e consultor austríaco Peter Drucker, ao tratar de cultura nas corporações “a cultura come a estratégia no café da manhã” e a cultura é de desconfiança perene entre os entes federativos e também na relação fisco-contribuinte.

Por essa razão, soluções simples, juridicamente viáveis, e que funcionam perfeitamente em culturas outras, trazem a nós um grande desafio e maior responsabilidade na reflexão sobre sua eficácia social.

# CAPÍTULO 15

## INVESTIMENTOS ESG E SEUS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

Renata Weingrill Lancellotti

A sobrevivência das empresas depende de investimentos que possibilitem sua inovação, sustentabilidade financeira e que possam cumprir sua função social; portanto, sabe-se que é imprescindível que as empresas adotem boas práticas de governança corporativa de modo a oferecer maior transparência na prestação de contas para todas as partes interessadas (stakeholders), bem como devem comprometer-se, cada vez mais, com a responsabilidade social e ambiental para com a comunidade e meio ambiente.

O alinhamento de interesses entre os stakeholders é o elemento essencial da moderna teoria de ESG. O termo ESG (Environmental, Social and Governance) ou em português (Ambiental, Social e Governança) tem tido muita evidência nesses últimos anos, uma vez que os acionistas e/ou sócios e seus administradores têm se conscientizado que é um “caminho sem volta” para acessar tanto os mercados de capitais e financeiro, como para atrair investimentos sustentáveis e de longo prazo e, sobretudo, para alinhar os interesses entre as partes social e ambientalmente envolvidas.

Os investimentos ESG são aqueles que incorporam aspectos ambientais, sociais e de governança corporativa como requisitos para realização de investimentos, contendo avaliação de fatores de sustentabilidade financeira, métricas sociais e ambientais, bem como aperfeiçoamento contínuo de estruturas de governança, de modo a criar soluções conscientes e de impacto a longo prazo, informações estas que estejam postas de maneira clara, transparente, evitando-se dúvidas dos investidores. Ou seja, os investimentos ESG propiciam o alinhamento dos negócios sociais, ambientais e de governança corporativa.

Governança corporativa é meio e não fim; meio de estabelecer ordem entre as partes interessadas (*stakeholders*) por intermédio de normas e boas práticas, garantindo maior transparência e fiscalização na gestão, facilitando (como meio) tanto na criação e desenvolvimento de controles internos, programas de integridade/conformidade, visando sempre o alinhamento de interesses entre os *stakeholders*. Governança corporativa, tradução quase literal da expressão original em Inglês, *corporate governance*, conceito que surgiu na economia anglo-saxônica, cujo sistema legal (*common law*) é baseado em usos e costumes e princípios gerais de direito e construído pela jurisprudência, independentemente de elaboração legislativa.

O *common law* é diferente do sistema legal brasileiro (*civil law*) que é baseado em normas escritas, sistematizadas em lei, consideradas como fonte primária de direito. A transposição de princípios e práticas de governança corporativa para o sistema legal brasileiro exige elaboração legislativa e adaptação interpretativa, nos termos do artigo 4º da LICC – Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito quando a lei for omissa.

A defesa ao meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, e a função social da propriedade são princípios da ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, todos eles elencados no art. 170 da Constituição Federal. (“CF”)<sup>1</sup>. Tais preceitos encontram-se amparados em princípios da Constituição Federal do Brasil dotados de direitos fundamentais, que são aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança.

Os direitos fundamentais são a alma da Constituição.

Os princípios do art. 170 da CF estão impregnados de direitos fundamentais. Têm valores próprios, que lhes são intrínsecos. Possuem dimensão objetiva e a essência deles é preservar os ditos direitos fundamentais.

Não há uma norma constitucional que albergue o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, sobretudo para o fim de sopesá-lo com direitos fundamentais. O que se tem empregado pela doutrina brasileira é que o interesse público deve consistir na melhor realização possível dos valores e direitos fundamentais e da vontade constitucional, bem como do interesse coletivo.<sup>2</sup>

Sob à ótica da função social das empresas, segue à mesma linha: deve-se prevalecer sobre os interesses individuais dos acionistas e/ou quotistas das empresas. Ou seja, os princípios gerais da atividade econômica do art. 170 da CF – os da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, defesa ao meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais têm uma importância relevante nos investimentos ESG, que pressupõe os direitos fundamentais ali impregnados e inclui princípios que não podem ser descumpridos, tais como os fundamentos da ordem econômica.

A função social também está implícita no artigo 173 da CF<sup>3</sup> que determina que ressalvados os casos previstos na Carta Magna, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando ne-

1 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Lei nº 13.874, de 2019)

2 LANCELOTTI, Renata Weingrill. **Governança Corporativa na recuperação judicial**: lei nº 11.101/2005. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

3 Art. 173 da CF: Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos

cessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos por lei, por exemplo: sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; a constituição e funcionamento de conselho de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores; a lei reprime o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados; à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrários de lucros.

O art. 174 da CF<sup>4</sup>, também, determina que o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá na forma da lei as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este último determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, de forma que a lei estabelece diretrizes e planejamentos de desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento, visando a assegurar os interesses da coletividade.

Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Art.1º, IV da CF), a valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (Art.170 da CF), visam a assegurar a todos a existência digna (Arts.1º, III e 170 da CF), conforme os ditames da justiça social, os princípios gerais da atividade econômica, ao princípio da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (Art.170,VI da CF), com base nos direitos fundamentais, também, impregnados no Art. 3º da CF, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação são também determinações constitucionais impostas à todas as atividades econômicas organizadas de produção e circulação de bens e serviços.

São fundamentos da República, isto é, do Brasil, entre outros, o valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa. A livre iniciativa é uma expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pela valoração do trabalho. Nessa linha, o professor Eros Grau<sup>5</sup>, assim nos ensina:

A Constituição, ao contemplar a livre iniciativa, a ela só opõe, ainda que não a exclua, a ‘iniciativa do Estado’; não a privilegia como bem pertinente apenas à empresa. Pois a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho. Daí por que o art. 1º, IV do texto constitucional – de um lado – enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social e não as virtualidades individuais da livre iniciativa e – de outro – o seu art. 170, caput, coloca lado a lado trabalho humano e livre iniciativa. De mais a mais, assim como a liberdade contratual

às do setor privado. § 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade. § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

4 Art. 174 da CF: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. § 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. § 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. § 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

5 GRAU, Eros. Princípios da ordem econômica e empresa. In: JORGE, André Lemos *et al.* (org.). *Coletânea da atividade negocial*. São Paulo: Universidade Nove de Julho – Uninove, 2019. p. 18-23. Disponível em: [http://docs.uninove.br/artefiles/Livro\\_Direito\\_2019\\_verbetes\\_26022019.pdf](http://docs.uninove.br/artefiles/Livro_Direito_2019_verbetes_26022019.pdf). Acesso em: 22 nov. 2021.

não é adversa ao modo de produção socialista, também não o é a livre iniciativa como aqui concebida. A liberdade, amplamente considerada, liberdade real, material, é um atributo inalienável do homem, desde que se o conceba inserido no todo social e não exclusivamente em sua individualidade (o homem social, associado aos homens e não o homem inimigo do homem). A liberdade de iniciativa é um dos desdobramentos da liberdade. E, porque assim é não está jungida, enquanto liberdade de iniciativa econômica, à propriedade. Nem a toma, a Constituição, como direito fundamental, entre aqueles inscritos no seu Título III. Não se trata, pois, no texto constitucional, de atributo conferido ao capital ou ao capitalista, porém à empresa. A ponderação das observações enunciadas a propósito do valor social do trabalho e do valor social da livre iniciativa permite-nos alinhar às verificações seguintes. São fundamentos da República, isto é, do Brasil, entre outros, o valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa. A ordem econômica (mundo do ser) deve estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa – a Constituição consagra, aí, valorização do trabalho humano e livre iniciativa, simplesmente. A livre iniciativa, ademais, é tomada no quanto expressa de socialmente valioso; por isso não pode ser reduzida, meramente, à feição que assume como liberdade econômica empresarial (isto é, da empresa, expressão do dinamismo dos bens de produção); pela mesma razão não se pode nela, livre iniciativa, visualizar tão somente, apenas, uma afirmação do capitalismo. Assim, livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pelo capital, mas também pelo trabalho.

Por outro lado, os princípios gerais da atividade econômica não podem ser exercidos em desarmonia com os valores e direitos fundamentais destinados à proteção ao meio ambiente, conforme assim já foi decidido pela ADI 3540:<sup>6</sup>

A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. – A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.

As organizações estão, constitucionalmente, obrigadas a defender o meio ambiente e estão submetidas ao conteúdo normativo já vinculado na interpretação da denominada cláusula constitucional proclamadora do direito fundamental ao ‘meio ambiente’, conforme o Supremo Tribunal Federal, assim já decidiu:

Não há dúvida de que a Constituição, tomada como sistema, autoriza o Estado a impor limitações aos direitos fundamentais, em face da necessidade de conformá-lo com outros direitos fundamentais igualmente protegidos. Assim, o postulado da livre concorrência e os direitos fundamentais à liberdade de iniciativa e à propriedade, consagrado nos arts. 1º, IV, 5º, XXII, e 170, caput e IV, da Lei Maior não impedem a imposição, pelo Estado, de condições e limites para a exploração de atividades privadas, tendo em vista a necessidade de sua compatibilização com os demais princípios, garantias, direitos fundamentais e proteções constitucionais, sejam individuais ou sociais, destacando-se, no caso da exploração industrial e comercial do amianto, a proteção da saúde e a preservação do meio ambiente. (ADI 4066 e ADI 3470)<sup>7</sup>

<sup>6</sup> ADI 3540 MC / DF – DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 01/09/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528. <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: fevereiro de 2021

<sup>7</sup> ADI 4066-DF – DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relatora: Min. ROSA WEBER Julgamento: 24/08/2017 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018; e ADI 3470-RJ – RIO DE JANEIRO AÇÃO DIRETA DE

Importante também aqui registrar, que tanto a função social como as questões socioambientais e as práticas de governança corporativa, têm um papel importante na [Lei 13.019/2014](#) (MRSOC – Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, que institui normas gerais sociais, ambientais e de governança, referentes às parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil.

Para os fins desta lei (MRSOC) considera-se:

**I – organização da sociedade civil:** a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; b) as sociedades cooperativas previstas na Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social; c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos;

**II – administração pública:** União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, e suas subsidiárias, alcançadas pelo disposto no § 9º do art. 37 da Constituição Federal ;

**III – parceria:** conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica estabelecida formalmente entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação;

**III-A – atividade:** conjunto de operações que se realizam de modo contínuo ou permanente, das quais resulta um produto ou serviço necessário à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil;

**III-B – projeto:** conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto destinado à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil;

**IV – dirigente:** pessoa que detenha poderes de administração, gestão ou controle da organização da sociedade civil, habilitada a assinar termo de colaboração, termo de fomento ou acordo de cooperação com a administração pública para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, ainda que delegue essa competência a terceiros;

**V – administrador público:** agente público revestido de competência para assinar termo de colaboração, termo de fomento ou acordo de cooperação com organização da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, ainda que delegue essa competência a terceiros;

**VI – gestor:** agente público responsável pela gestão de parceria celebrada por meio de termo de colaboração ou termo de fomento, designado por ato publicado em meio oficial de comunicação, com poderes de controle e fiscalização;

**VII – termo de colaboração:** instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público



e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros; **VIII – termo de fomento**: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros; **VIII-A – acordo de cooperação**: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros; **IX – conselho de política pública**: órgão criado pelo poder público para atuar como instância consultiva, na respectiva área de atuação, na formulação, implementação, acompanhamento, monitoramento e avaliação de políticas públicas; **X – comissão de seleção**: órgão colegiado destinado a processar e julgar chamamentos públicos, constituído por ato publicado em meio oficial de comunicação, assegurada a participação de pelo menos um servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente do quadro de pessoal da administração pública; **XI – comissão de monitoramento e avaliação**: órgão colegiado destinado a monitorar e avaliar as parcerias celebradas com organizações da sociedade civil mediante termo de colaboração ou termo de fomento, constituído por ato publicado em meio oficial de comunicação, assegurada a participação de pelo menos um servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente do quadro de pessoal da administração pública; **XII – chamamento público**: procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos; **XIII – bens remanescentes**: os de natureza permanente adquiridos com recursos financeiros envolvidos na parceria, necessários à consecução do objeto, mas que a ele não se incorporam; **XIV – prestação de contas**: procedimento em que se analisa e se avalia a execução da parceria, pelo qual seja possível verificar o cumprimento do objeto da parceria e o alcance das metas e dos resultados previstos, compreendendo duas fases: a) apresentação das contas, de responsabilidade da organização da sociedade civil; b) análise e manifestação conclusiva das contas, de responsabilidade da administração pública, sem prejuízo da atuação dos órgãos de controle.

Há boas práticas de governança corporativa incorporadas no MRSOC, tais como, transparência, controle, prestação de contas, monitoramento e avaliação do cumprimento do objeto da parceria, políticas de conflito de interesses, obrigações dos *stakeholders* e outras questões cujas organizações civis devem seguir à risca para que sejam liberados os recursos públicos para as respectivas parcerias. Também existem alguns impedimentos descritos no artigo 39 do MRSOC <sup>8</sup>, aos quais vedam organizações civis que tenham como dirigen-

<sup>8</sup> Art. 39. Ficará impedida de celebrar qualquer modalidade de parceria prevista nesta Lei a organização da sociedade civil que: I – não esteja regularmente constituída ou, se estrangeira, não esteja autorizada a funcionar no território nacional; II – esteja omissa no dever de prestar contas de parceria anteriormente celebrada; **III – tenha como dirigente membro de Poder ou do Ministério Público, ou dirigente de órgão ou entidade da administração pública da mesma esfera governamental na qual será celebrado o termo de colaboração ou de fomento, estendendo-se a vedação aos respectivos cônjuges ou companheiros, bem como parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau**; IV – tenha tido as contas rejeitadas pela administração pública nos últimos cinco anos, exceto se: a) for sanada a irregularidade que motivou a rejeição e quitados os débitos eventualmente imputados; b) for reconsiderada ou revista a decisão pela rejeição; c) a apreciação das contas estiver pendente de decisão sobre recurso com efeito suspensivo; V – tenha sido punida com uma das seguintes sanções, pelo período que durar a penalidade: a) suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração; b) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública; c) a prevista no inciso II do art. 73 desta Lei; d) a prevista no inciso III do art. 73 desta Lei; VI – tenha tido contas de parceria julgadas irregulares ou rejeitadas por Tribunal ou Conselho de Contas de qualquer esfera da Federação, em decisão irrecorrível, nos últimos 8 (oito) anos; VII – tenha entre seus dirigentes pessoa: a) cujas contas relativas a parcerias tenham sido julgadas irregulares ou rejeitadas por Tribunal ou Conselho de Contas de qualquer esfera da Federação, em decisão irrecorrível, nos últimos 8 (oito) anos; b) julgada responsável por falta grave e inabilitada para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, enquanto durar a inabilitação; c) considerada responsável por ato de improbidade, enquanto durarem os prazos estabelecidos nos incisos I, II e III do art. 12 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. § 1º Nas hipóteses deste artigo, é igualmente vedada a transferência de novos recursos no âmbito de parcerias em execução, excetuando-se os casos de serviços essenciais que não podem ser adiados sob pena de prejuízo ao erário ou à população, desde que precedida de expressa e fundamentada autorização do dirigente máximo do órgão ou entidade da administração pública, sob pena de responsabilidade solidária. § 2º Em qualquer das hipóteses previstas no caput, persiste o impedimento para celebrar parceria enquanto não houver o ressarcimento do dano ao erário, pelo qual seja responsável a organização da sociedade civil ou seu dirigente. § 3º (Revogado). § 4º Para os fins do disposto na alínea a do inciso IV e no § 2º, não serão considerados débitos que decorram de atrasos na liberação de repasses pela administração pública ou que tenham sido objeto de parcelamento, se a organização da sociedade civil estiver em situação regular no parcelamento. § 5º A vedação prevista no inciso III não se aplica à celebração de parcerias com entidades que, pela sua própria natureza, sejam constituídas pelas autoridades referidas naquele inciso, sendo vedado que a

tes, membros do Poder ou do Ministério Público ou dirigente de órgão ou entidade da administração pública da mesma esfera governamental, celebrar termo de colaboração ou de fomento, estendendo-se a vedação aos respectivos cônjuges ou companheiros, bem como parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau, celebração de qualquer parceria.

Entretanto, essa vedação não se aplica à celebração de parcerias com entidades que, pela sua própria natureza, sejam constituídas pelas autoridades referidas, sendo vedado que a mesma pessoa figure no termo de colaboração, no termo de fomento ou no acordo de cooperação simultaneamente como dirigente e administrador público. Não são considerados membros de Poder os integrantes de conselhos de direitos e de políticas públicas.

Os incentivos fiscais têm a mesma lógica dos investimentos ESG, ou seja, investimentos sociais que o setor privado pode direcionar recursos financeiros para projetos socioambientais e culturais, visando a impactar, positivamente, tanto a sociedade como o meio ambiente, gerando valor e sustentabilidade financeira. Tais incentivos podem ocorrer por patrocínio ou doação. Como exemplos, destaco alguns exemplos:

De acordo com o [Decreto 5.761/2006](#), que regulamenta a [Lei no 8.313, de 23 de dezembro de 1991](#), que estabelece a sistemática de execução do Programa Nacional de Apoio à Cultura -PRONAC, a doação consiste na transferência de recursos em favor do proponente, neste caso a pessoa jurídica sem fins lucrativos, com projetos aprovados, sendo que não há finalidade comercial, ou seja, sem retorno de imagem para o incentivador.

Já o patrocínio consiste na transferência de recursos em favor do proponente, pessoa jurídica de atividade cultural com ou sem finalidade lucrativa, com finalidade promocional e institucional de publicidade. Porém, de acordo com a referida lei, a doação ou o patrocínio não podem ser efetuados para pessoa ou instituição vinculada ao agente, de forma que são consideradas vinculadas a pessoa jurídica da qual o doador ou patrocinador seja titular, administrador, gerente, acionista ou sócio, na data da operação, ou nos 12 meses anteriores, o cônjuge, os parentes até o terceiro grau, inclusive os afins, e os dependentes do doador ou patrocinador ou dos titulares, administradores, acionistas ou sócios de pessoa jurídica vinculada ao doador ou patrocinador, nos termos do item anterior. Não se consideram vinculadas as instituições culturais sem fins lucrativos, criadas pelo doador ou patrocinador, desde que devidamente constituídas e em funcionamento, na forma da legislação em vigor.

Para fins do disposto na [Lei 11.438 de 29 de dezembro de 2006](#), que dispõe sobre incentivos e benefícios para fomentar as atividades de caráter desportivo (“LIE”), considera-se patrocínio como a transferência gratuita, em caráter definitivo, ao proponente de que trata o inciso V do caput do art. 3º da LIE, de numerário para a realização de projetos desportivos e paradesportivos, com finalidade promocional e institucional de publicidade; e a cobertura de gastos ou a utilização de bens, móveis ou imóveis, do patrocinador, sem transferência de domínio, para a realização de projetos desportivos e paradesportivos pelo proponente de que trata o referido artigo.

---

mesma pessoa figure no termo de colaboração, no termo de fomento ou no acordo de cooperação simultaneamente como dirigente e administrador público. § 6º Não são considerados membros de Poder os integrantes de conselhos de direitos e de políticas públicas.

Já a doação, considera-se a transferência gratuita, em caráter definitivo, ao proponente de que trata o inciso V do caput do art. 3º da LIE, de numerário, bens ou serviços para a realização de projetos desportivos e paradesportivos, desde que não empregados em publicidade, ainda que para divulgação das atividades objeto do respectivo projeto; e a distribuição gratuita de ingressos para eventos de caráter desportivo e paradesportivo por pessoa jurídica a empregados e seus dependentes legais ou a integrantes de comunidades de vulnerabilidade social. Como patrocinado, define a pessoa física ou jurídica, contribuinte do imposto de renda, que apoie projetos aprovados pelo Ministério do Esporte nos termos do inciso I do caput do artigo 3º; e o doador, a pessoa física ou jurídica, contribuinte do imposto de renda, que apoie projetos aprovados pelo Ministério do Esporte nos termos do inciso II do caput deste artigo; e proponente, a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado com fins não econômicos, de natureza esportiva, que tenha projetos aprovados nos termos desta LIE.

De acordo o art. 24, I e II do Decreto 6180/200, que regulamenta a LIE, é vedada a concessão de incentivo a projeto desportivo que venha a ser desenvolvido em circuito privado, assim considerado aquele em que o público destinatário seja previamente definido, em razão de vínculo comercial ou econômico com o patrocinador, doador ou proponente; ou em que haja comprovada capacidade de atrair investimentos, independente dos incentivos recebidos.

Como é sabido, em 2000, a antiga Bovespa (atual B3) instituiu segmentos diferenciados para a listagem de companhias abertas com o duplo objetivo de estimular os investidores e valorizar as empresas.

Na época, o advento do Novo Mercado, segmento especial de governança corporativa da Bovespa, foi propiciado a entrada de novos sócios nacionais e estrangeiros. Em decorrência da pulverização das ações e por consequência, do controle, houve modificações relevantes na posição dos acionistas minoritários. Com isso, iniciou-se um trabalho de conscientização relativo à postura ativa dos acionistas, com objetivo de dirimir eventuais conflitos de interesses. A busca pela adoção de melhores práticas de governança ajuda a minimizar conflitos de interesses, pois é um meio que propõe proteger os interesses dos *stakeholders* visando a atingir o interesse social e sua perenidade, ou seja, sua preservação no mercado competitivo.<sup>9</sup>

A B3 é uma das instituições mais comprometidas com políticas ESG, aos quais tem o poder de influenciar proativa e democraticamente a sociedade brasileira. Atualmente, está desenvolvendo um Programa de Aceleração e de Educação Continuada para várias instituições beneficiárias selecionadas por ela, com o objetivo precípua de transformar recursos incentivados em projetos socioambientais e culturais, de modo a proporcionar e capacitar pessoas que não são subsidiadas pelo próprio Estado.

Nessa linha, a Lei da Liberdade Econômica – [Lei nº 13.784/2019](#), fruto da conversão da Medida Provisória nº 881/2019, também estabeleceu normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica, adotando medidas para desburocratizar e tornar o mercado competitivo, com geração de emprego, ren-

9 LANCELLOTTI, Renata Weingrill. Governança Corporativa e Compliance. In: JORGE, André Lemos *et al.* (org.). *Coletânea da atividade negocial*. São Paulo: Universidade Nove de Julho – Uninove, 2019. p. 213-220. Disponível em: [http://docs.uninove.br/arte/pdfs/Livro\\_Direito\\_2019\\_verbetes\\_26022019.pdf](http://docs.uninove.br/arte/pdfs/Livro_Direito_2019_verbetes_26022019.pdf). Acesso em: 22 nov. 2021.

da e mais investimentos, estimulando o empreendedorismo e o início de novas atividades, contribuindo para a livre iniciativa e o desenvolvimento econômico, valores e direitos fundamentais que encontram proteção nos arts. 1º, IV, 3º, II, 170 e 174 da Constituição Federal.

A adoção de práticas de ESG nas organizações com ou sem fins lucrativos é, de fato, de suma importância. Apesar dos primeiros avanços dos últimos anos dos investimentos — com foco em organizações que primem pelas boas práticas de ESG — as principais falhas e lições decorrentes da pandemia do Covid-19, ficou evidente que a análise dos critérios ESG é, cada vez mais, um parâmetro imprescindível para a realização de qualquer investimento, sejam para empresas saudáveis, empresas em crise, ou mesmo, para organizações filantrópicas.

Isso porque, é do interesse público a preservação da empresa economicamente viável, de modo a cumprir a sua função social, ambiental e sua longevidade; também é do interesse público a liquidação dos ativos das empresas inviáveis economicamente; como também é do interesse público, estimular que os direitos fundamentais impregnados na Carta Magna, sejam positivados pelos ordenamentos jurídicos no sentido de se incorporar questões ambientais, sociais e de governança como critérios na análise além daquelas métricas tradicionais econômico-financeiras.

Por fim, conclui-se, que as “letrinhas” ESG não são, apenas, siglas que representam simples “modinha” mas, sim, que vieram para ficar: estão cada vez mais prementes nos processos de investimentos, agora tidos como “investimentos ESG”.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 22 nov. 2021.

GRAU, Eros. Princípios da ordem econômica e empresa. In: JORGE, André Lemos *et al.* (org.). **Coletânea da atividade negocial**. São Paulo: Universidade Nove de Julho – Uninove, 2019. p. 18-23. Disponível em: [http://docs.uninove.br/artefiles/Livro\\_Direito\\_2019\\_verbetes\\_26022019.pdf](http://docs.uninove.br/artefiles/Livro_Direito_2019_verbetes_26022019.pdf). Acesso em: 22 nov. 2021.

LANCELLOTTI, Renata Weingrill. Governança Corporativa e Compliance. In: JORGE, André Lemos *et al.* (org.). **Coletânea da atividade negocial**. São Paulo: Universidade Nove de Julho – Uninove, 2019. p. 213-220. Disponível em: [http://docs.uninove.br/artefiles/Livro\\_Direito\\_2019\\_verbetes\\_26022019.pdf](http://docs.uninove.br/artefiles/Livro_Direito_2019_verbetes_26022019.pdf). Acesso em: 22 nov. 2021.

LANCELLOTTI, Renata Weingrill. **Governança Corporativa na recuperação judicial**: lei nº 11.101/2005. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

# CAPÍTULO 16

## A EVOLUÇÃO SOCIAL CULTURAL DO SUPERENDIVIDAMENTO FEMININO

Mônica Di Stasi

### 1 INQUIETAÇÕES INICIAIS

O superendividamento é um mal que assola a sociedade pós-moderna, colocando à margem milhões de pessoas ao redor do mundo. Suas origens, além de históricas, são sociais, psicológicas, econômicas e comportamentais, e devem ser estudadas para que se possa, a partir delas, compreender como chegamos ao ponto em que o ser humano passou a ser descartado da sociedade unicamente porque não tem mais condições financeiras de com ela se relacionar. Esta exclusão, pura e simples, é um fenômeno que se repete em todo o mundo, em maior ou menor escala, atingindo homens e mulheres, independentemente de idade e de classe social.

No Brasil a situação não é diferente: em março de 2021, 67,3% das famílias relatavam ter dívidas de alguma espécie, alcançando a segunda maior proporção histórica, segundo dados da Confederação Nacional do Comércio, ficando atrás apenas do percentual apontado em agosto de 2020 (período crítico da pandemia Covid-19, em que se atingiu o pico de 67,5%). Destas, 24,4% tinham dívidas ou contas em atraso, e 10,5% informaram já não reunir condições para fazer o pagamento.<sup>1</sup>

A mesma situação, analisada sob outro prisma, revela que em torno de R\$ 350 bilhões de reais foram retirados do cenário econômico nacional pelo superendividamento<sup>2</sup>. Este expressivo valor dá a exata noção de quanto dinheiro a sociedade perde ao abandonar cidadãos em dificuldades financeiras.

O perfil do inadimplente no Brasil, segundo pesquisa realizada pelo SPC no ano de 2019, demonstra que “praticamente seis em cada dez inadimplentes são mulheres (58,2%) e quatro são homens (41,85)”<sup>3</sup>. Como justificar esta diferença? Podemos começar destacando que apesar de 40% das mulheres se declarar chefe de família, 22% do total ainda não possui nenhum tipo de renda. Dentre as que trabalham, apenas 34% têm renda superior a um salário mínimo (entre os homens este número sobe para 59%)<sup>4</sup>. A disparidade dos valores dos salários ainda é marcante: segundo dados do IBGE, a remuneração média das mulheres para aquele ano foi de

<sup>1</sup> Disponível em: <http://stage.cnc.org.br/tudo-sobre/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumidor>. Acesso em: 28 ago. 2021.

<sup>2</sup> POMBO, Bárbara. Nova “recuperação judicial” para consumidores com dívida pode injetar R\$ 350 bilhões na economia. 23 jul. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/07/23/nova-lei-podera-injetar-r-350-bi-na-economia.ghtml>. Acesso em: 22 nov. 2021.

<sup>3</sup> Disponível em: [https://www.spcbrasil.org.br/wpimpressna/wp-content/uploads/2019/08/analise\\_pesquisa\\_perfil\\_inadimplente\\_agosto\\_2019.pdf](https://www.spcbrasil.org.br/wpimpressna/wp-content/uploads/2019/08/analise_pesquisa_perfil_inadimplente_agosto_2019.pdf). Acesso em: 22 nov. 2021.

<sup>4</sup> BERTÃO, Naiara. Mulheres negociam mais dívidas que homens, mesmo com renda menor, aponta levantamento. **Valor Investe**, 09 mar. 2021. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/objetivo/organize-as-contas/noticia/2021/03/09/mulheres-negociam-mais-dividas-que-homens-mesmo-com-renda-menor-aponta-levantamento.ghtml>. Acesso em: 22 nov. 2021.

R\$ 2.112,00, enquanto o dos homens alcançou R\$ 2.873,00.<sup>5</sup> Podemos, então, concluir que o superendividamento é uma doença cujas principais vítimas são as mulheres?

Neste contexto, por si só bastante complexo, a pandemia Covid19 veio para retirar ainda mais a esperança por dias melhores. Ao impor regime de rigoroso isolamento social, fez com que 46% das mulheres perdessem seus empregos, agravando ainda mais a fragilidade econômica, financeira e social que já se evidenciava. Elas tiveram que remodelar seus lares, repensar a organização e reinventar o dia a dia de suas casas, com toda a família convivendo diuturnamente sob o mesmo teto. Novas necessidades surgiram, mas encontram possibilidades financeiras mais restritas...

Observa o Promotor de Justiça Guilherme Magalhães Martins:

[...] a pandemia da Covid-19 gerou um significativo endividamento e até um superendividamento dos consumidores em âmbito nacional. A alteração da situação financeira ocasionada pelo cenário atual, com o aumento do desemprego, redução de salários, suspensão de contratos de trabalho e até mesmo com a impossibilidade de locomoção para o desempenho de atividades profissionais para grande parte da população já foi constatada por estudos oficiais no Brasil. A redução da renda nesta situação, de maneira não ocasionada por conduta a si imputável, é geradora de endividamentos que afetam até mesmo a o pagamento de contas básicas de consumo [...].<sup>6</sup>

Como tratar esse mal e combater seus efeitos? O que temos feito para isto e, mais, para onde pretendemos caminhar? As dúvidas e inquietações são muitas e urgem por respostas rápidas e eficientes.

## 2 A MULHER CONSUMIDORA – UM CONSUMIDOR DIFERENTE?

Olhando para trás, na história da sociedade de consumo, podemos constatar uma grande mudança de padrões quando saímos da economia de subsistência e caminhamos rumo à economia industrial. Se antes, consumíamos o necessário para viver, com a evolução da produção e sua massificação, passamos a viver para consumir e acumular.

No mundo pós-moderno, consumir é uma forma de ser, de se destacar e de pertencer a determinado grupo social. No entanto, como tudo é fugaz e passageiro (líquido, no dizer do sociólogo Zygmunt Bauman), no exato momento em que se consegue adquirir um produto que tanto se almeja, passa-se a desejar outro em seu lugar, de forma que a felicidade, por um instante alcançada, é logo substituída pela ansiedade por outra conquista.

Os motivos que levam uma pessoa ao mercado, como consumidor, devem ser considerados como principal fundamento para se atribuir a ele tratamento diferente daquele destinado ao fornecedor.

Segundo afirma Zygmunt Bauman:

5 BENETTI, Estela. Diferença salarial entre homem e mulher na mesma função pode gerar multa. *Nsc Total*, 01 abr. 2021. Disponível em: <https://www.nsc total.com.br/colunistas/estela-benetti/diferenca-salarial-entre-homens-e-mulheres-na-mesma-funcao-pode-gerar>. Acesso em: 22 nov. 2021.

6 MARTINS, Guilherme Magalhães. In: BENJAMIN, Antonio Herman; MAQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O direito de consumidor no mundo em transformação*. São Paulo: Ed. RT, 2020. p.315.

A vida organizada em torno do papel do produtor tende a ser normativamente regulada. Há um mínimo de que se precisa a fim de manter-se vivo e ser capaz de fazer o que quer que o papel do produtor possa querer, mas também um máximo com que se pode sonhar, desejar e perseguir, contando com a aprovação social das ambições sem medo de ser desprezado, rejeitado e posto na linha... O principal cuidado, portanto, é com a conformidade [...]

A vida organizada em torno do consumo, por outro lado, deve se bastar sem normas: ela é orientada pela sedução, por desejos sempre crescentes e quererem voláteis – não mais por regulação normativa... Como não há normas para transformar certos desejos como ‘falsas necessidades’, não há testes para que se possa medir o padrão de ‘conformidade’.<sup>7</sup>

Estes desejos sempre crescentes fazem com que o consumidor seja, por definição, um ser vulnerável. Assim o define Cristina Tereza Gaulila:

A vulnerabilidade é um estado de fragilização da pessoa do consumidor que decorre dos riscos que o circundam, causados pelos interesses mais fortes existentes no mercado de consumo e pelas confrontações econômicas que mantêm as disputas inerentes à luta pela supremacia de posições nesse mercado.<sup>8</sup>

Mesmo que hoje se caminhe em direção a uma maior igualdade, ainda se pode dizer que, como regra, compete à mulher a função de cuidar da família.

É ela que na maior parte das vezes faz as compras de supermercado e farmácia, cuida da alimentação e saúde além de atender às necessidades dos filhos (que envolvem, ainda, educação, vestuário e lazer) e, com sorte, dos pais.

O exercício desta função tem início antes mesmo da formação da família: os preparativos para o matrimônio costumam ficar por conta da noiva, assim como aqueles que antecedem a chegada dos filhos são atribuídos à mãe.

No interessante estudo de Graziela Barros Azevedo, denominado *O Sim da Noiva: as relações de consumo para realização do casamento como fator do superendividamento* (2020, pág.252), encontramos os seguintes apontamentos:

O casamento é um instituto que está presente nas sociedades desde os tempos remotos, contudo com as transformações advindas do passar dos anos, embora tenha mantido diversas tradições, assumiu na contemporaneidade um caráter nitidamente mercadológico, na medida em que se observa todo o processo preparatório para sua realização. Cabe ressaltar que nesse contexto os consumidores envolvidos tendem a estar em situação emocional atípica, dada a importância que é atribuída ao referido evento, sendo que nesse processo acabam muitas vezes se encontrando em situação de (hiper)vulnerabilidade. Dessa forma, diante de um contexto de vulnerabilidade, aliado ao pouco conhecimento do que se deseja consumir, a “venda de um sonho” mascara a venda de produtos e serviços, fazendo com que o “sim da noiva” seja um caminho para o superendividamento.<sup>9</sup>

7 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p 98-99.

8 GAULILA, Cristina Tereza. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli, LIMA, Clarissa Costa de. *Direitos do Consumidor Endividado II: vulnerabilidade e inclusão*. São Paulo: Ed. RT., 2016. p. 64-65.

9 AZEVEDO, Graziela Barros. [O sim da noiva]. In: CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Victor Hugo do Amaral. *Pesquisas em direito do consumidor – releituras diante do consumo de crédito e o superendividamento*. São Paulo: Ed. Tirant Lo Blanch, 2020. p. 252.

A maternidade é outro momento que envolve gastos extras (maiores ou menores de acordo com o nível social da gestante). Seja pela absoluta falta de planejamento, a impor gastos imprevistos, que muitas vezes extrapolam o orçamento pessoal ou, por outro lado, pelo projeto realizado para o recebimento da nova vida, os investimentos são feitos, na maior parte das vezes, não para satisfazer efetivas necessidades (que nem se sabe na verdade quais serão), mas sim para atender a sonhos de saúde, conforto e distinção).

O que se segue ao nascimento não muda tal panorama, pois as crianças costumam recorrer à mãe para a satisfação de suas necessidades materiais vitais: alimentos, roupas, brinquedos e material escolar. Novamente a mulher pode ser levada a consumir impelida por emoções e expectativas que as acabam afastando de sua realidade econômica.

Veja-se que em todas estas situações é a mulher quem se expõe ao mercado – seus riscos e seduções – na busca de atender as necessidades da família. Os valores aqui envolvidos transcendem aos meramente materiais: é a vida e a felicidade daqueles que ama e que dela dependem que está em jogo.

Carolina Silivino de Sá Palmeira e Faviana Rodrigues Barletta destacam as seguintes informações, interessantes a este estudo:

Segundo dados da Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílios, realizada em 2019, as mulheres correspondem a 51,8% do total da população. Quase a metade dos lares brasileiros são chefiados por mulheres, segundo o IBGE, sendo certo que, entre 2001 e 2015, o número de famílias chefiadas por mulheres aumentou 105%, chegando a 28,9 milhões em 2015. Em 2018, o número de lares chefiados por mulheres ultrapassou 30 milhões. É certo ainda que, apesar da recente conquista do mercado de trabalho, muitas mulheres ainda enfrentam a jornada do trabalho doméstico, sem qualquer apoio.<sup>10</sup>

Além dos elementos sociais, não se pode deixar de considerar os aspectos culturais que colocam a mulher em posição de especial vulnerabilidade: até meados do século XIX o ensino regular não era franqueado às mulheres e apenas em 1827, quando o ensino público foi instituído no país, é que elas enfim passaram a ter direito à educação formal. Desde então a luta por igualdade de condições jamais deixou de existir, mas infelizmente ainda não se pode dizer que batalha esteja vencida.

Viviana Santiago, gerente de Gênero e Incidência da Plan Brasil destaca que: “Os papéis tradicionais de gênero ainda colocam as meninas para desempenhar com exclusividade os trabalhos domésticos, o que acaba levando a uma frequência irregular ou à evasão da escola”.<sup>11</sup>

Segundo pesquisa divulgada pela Agência Brasil (2019):

O ano de 1991 foi um marco para o perfil da mulher no mercado de trabalho porque, pela primeira vez, o nível de escolaridade feminina superou o dos homens. Segundo a professora Hildete Pereira de Melo,

10 PALMEIRA, Carolina Silivino; BARLETTA, Fabiana Rodrigues, Reflexões sobre direitos humanos e o superendividamento de mulheres na pandemia do Coronavírus. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n. 43, jan./abr. 2021. Disponível em [<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/n-43-reflexoes-sobre-direitos-humanos-e-o-superendividamento-de-mulheres-na-pandemia-do-coronavirus/>]. Acesso em: 22 nov. 2021.

11 PAIVA, Thais. Como a desigualdade de gênero se manifesta na educação das meninas. *Centro de Referências em Educação Integral*, 08 mar. 2018. Disponível em: <https://educacaointegral.org.br/reportagens/como-a-desigualdade-de-genero-se-manifesta-na-educacao-das-meninas>. Acesso em: 28 ago. 2021.



uma das coordenadoras do Núcleo de Pesquisa em Gênero e Economia (NPGE) da Faculdade de Economia da Universidade Federal Fluminense (UFF), nesse período o tempo de estudo das mulheres passou a ser maior.<sup>12</sup>

Este progresso, no entanto, não representou o fim do desequilíbrio salarial entre homens e mulheres. Também não implicou em mudança significativa dos papéis sociais.

Possível concluir, desta maneira, que especialmente em determinadas camadas sociais mais baixas da população, a mulher consumidora pode se apresentar no mercado de consumo em posição de maior vulnerabilidade do que o homem. Esta fragilidade, aliás, pode aparecer não apenas no momento da contratação de produtos e serviços, mas também, e de maneira marcante, na dificuldade que tem para renegociar as dívidas que acaba acumulando em sua trajetória. A análise de cada situação concreta é que poderá revelar se há diferença, como questionado e, em havendo, justificará a utilização de um cuidadoso olhar diferenciado do aplicador da lei, destinado a trazê-la para o nível da tão desejada igualdade.

Parafrasado Lewis Carrol, através do clássico conselho que a Rainha deu a Alice: “É preciso correr muito para ficar no mesmo lugar. Se você quer chegar a outro lugar, corra duas vezes mais”<sup>13</sup>.

### 3 O FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO

Já sabemos que a sociedade pós-moderna tem características próprias quando o assunto é o consumo, mas é importante verificarmos também como mudou a maneira através da qual as pessoas vêm lidando com o dinheiro.

Se no passado economizava-se primeiro, para comprar depois, hoje a lógica inverteu-se: a regra é comprar e usufruir, para depois pagar. A cultura da impaciência, do imediatismo, aliada à crescente oferta de crédito, faz com que não se espere mais para consumir.

Um novo modelo de consumo foi criado para manter a demanda em constante alta e hoje estamos diante da sociedade do hiperconsumo, em que o mercado é segmentado, os produtos são extremamente diferenciados, porém lançados já com curto prazo de validade, feitos para logo se tornarem obsoletos e serem substituídos.

Para acompanhar esta nova tendência, a concessão de crédito tornou-se a chave para a imediata realização dos desejos e o desenvolvimento da sociedade. As pessoas, no entanto, não estavam preparadas para enfrentar esta nova realidade e passaram a se endividar cada vez mais, utilizando o crédito colocado à sua disposição como se fizesse parte da própria renda. No entanto, como a renda não aumentou na mesma proporção, em pouco tempo elas não tinham como pagar o dinheiro tomado por empréstimo.

12 BRASIL, Cristina Índio do. Mulheres aumentam escolaridade em relação aos homens, mostra pesquisa. **Agência Brasil**, 17 jun. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-06/mulheres-aumentam-escolaridade-em-relacao-aos-homens-mostra-pesquisa>. Acesso em: 22 nov. 2021.

13 CARROL, Lewis. **Alice no País das Maravilhas**. [S. l. : s. n., 19--?].

A concessão do crédito em larga escala e sem qualquer responsabilidade é um dos principais motivos que levaram ao endividamento do consumidor. No entanto, endividamento é um processo, gerado pela conjugação de diversos outros fatores. Normalmente não se sabe quando ele chega, mas pouco a pouco vai tomando a vida da pessoa, interferindo em suas relações, criando raízes, enfraquecendo decisões, subtraindo opções... Revela-se superendividamento muitas vezes ao final de um lento e doloroso processo de perdas; outras vezes este processo é abruptamente acelerado por algum acidente da vida e em instantes toma a feição de um problema insolúvel.

Partindo da definição legal, superendividada é toda pessoa natural, de boa-fé, impossibilitada de pagar a totalidade das dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer o seu mínimo existencial.

A doutrina estabelece algumas distinções quanto ao tema: existe o superendividado ativo: aquele que se coloca na situação de superendividamento por alguma ação sua, seja de maneira inconsciente – calculando mal os gastos e ganhos, e dimensionando de maneira errada a dívida dentro de seu patrimônio (ressalte-se, este age de maneira incauta, mas de boa-fé), ou de maneira consciente, contraindo dívidas deliberadamente, mesmo sabendo que não terá condições de pagar.

Há também o que se denomina superendividado passivo: aquele que não tem problemas no momento da contratação, mas sofre algum acidente da vida, como desemprego, doença ou morte em família, divórcio, enfim, alguma situação inesperada que acaba por reduzir drasticamente a renda familiar. Aqui não se cogita de má-fé ou cálculo incorreto, mas de alterações na vida da pessoa que a impossibilitam de continuar cumprindo as obrigações que assumiu.

Quando se trata do superendividamento feminino, o clichê é pensar na mulher que não sabe se controlar e gasta mais do que ganha. No entanto, pesquisas revelam que o endividamento passivo, decorrente de acidentes da vida, é aquele que mais atinge o consumidor em geral.<sup>14</sup>

## 4 O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL

Se já sabemos que o superendividamento é um grave problema, precisamos buscar medidas para sua prevenção e tratamento e, para isto, a [Constituição Federal](#) é o ponto de partida.

O texto constitucional brasileiro inicia com um magnífico preâmbulo que bem desempenha as três importantes funções políticas, destacadas por Rosa Maria Andrade Nery e Nelson Nery Junior, em sua *Constituição Federal Comentada*: além de sintetizar “a decisão política fundamental do povo”, “expressa princípios fundamentais do perfil ideológico de determinado regime político” e revela “o sentimento do povo representado pelo Constituinte”<sup>15</sup>. Dele se depreende que o objetivo de instituir um Estado Democrático, “destinado a asse-

14 Veja relatório de pesquisa In: MARQUES, Cláudia Lima, LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Karen, Dados preliminares da pesquisa empírica sobre o perfil dos consumidores superendividados da Comarca de Porto Alegre (2007 a 2012) e o “Observatório de Crédito e Superendividamento UFRGS-MJ, In: RDC 99, p. 411-436.

15 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2019.

gurar os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. Tais valores são, a um só tempo, o ponto de partida de toda a atividade legislativa e o norte que nos deve guiar até o ponto de chegada.

O artigo primeiro elenca, na sequência, os cinco fundamentos da República Federativa do Brasil: soberania; cidadania; dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político.

Embora todos eles tenham idêntica importância, especificamente no que se refere ao tema em estudo, a dignidade da pessoa humana há de ser destacada. O Ministro Alexandre de Moraes, define-a como:

um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.<sup>16</sup>

O texto constitucional alça a proteção do consumidor à categoria de direito fundamental. Veja-se o que diz o art. 5, XXXII: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Trata-se de um dever afirmativo, de proteção do Estado, estabelecido como cláusula pétrea.

Ao mesmo tempo, ele estabelece como um dos princípios da ordem econômica a defesa do consumidor. Segundo o art. 170, V: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios... V. A defesa do consumidor”.

Preocupado com a efetivação de tais direitos, o legislador Constituinte estabeleceu no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, um prazo para que fosse elaborado o [Código de Defesa do Consumidor](#). Com ele, inaugurou-se um microsistema que tem a importante missão de reequilibrar as relações entre consumidores e fornecedores (desigual desde a origem). Seu fundamento de validade é constitucional, não podendo o intérprete jamais perder de vista que a dignidade da pessoa humana é seu principal vetor.

Cláudia Lima Marques ensina:

O Código de Defesa do Consumidor constitui verdadeiramente uma lei de função social, lei de ordem pública econômica, de origem claramente constitucional. A entrada em vigor de uma lei de função social traz como consequência modificações profundas nas relações juridicamente relevantes da sociedade. Visando tutelar um grupo específico de indivíduos, considerados vulneráveis às práticas abusivas do livre mercado, esta nova lei de função social intervém de maneira imperativa em relações jurídicas de direito privado, antes dominadas pelo dogma da autonomia de vontade. São normas de interesse social, cuja finalidade é impor uma nova conduta, transformar a própria realidade social.<sup>17</sup>

16 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 128-129.

17 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentário ao Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 78.

Esta realidade, transformada que foi pelo código, evoluiu e em determinado momento passou a reclamar o movimento inverso: a atualização do sistema para que pudesse continuar a ser por ele regido a contento.

## 5 O FUTURO QUE QUEREMOS

A preocupação com uma sociedade justa, fraterna e igualitária não é exclusiva de nosso país.

Em setembro de 2015 os representantes dos cento e noventa e três Estados-membros da ONU se reuniram em Nova York e ali assumiram um compromisso global, propondo ações de enfrentamento para os maiores desafios experimentados pelo mundo contemporâneo, denominado Agenda 2030.

Do próprio site Agenda 2030 extrai-se que:

A Agenda 2030 é um plano de ação para pessoas, o planeta e a prosperidade, que busca fortalecer a paz universal. O plano indica 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, o ODS, e 169 metas, para erradicar a pobreza e promover vida digna para todos, dentro dos limites do planeta. São objetivos e metas claras, para que todos os países adotem, de acordo com suas próprias prioridades e atuem no espírito de uma parceria global que orienta as escolhas necessárias para melhorar a vida das pessoas agora e no futuro.<sup>18</sup>

Entre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, cinco merecem especial destaque com relação ao tema aqui em desenvolvido: a igualdade de gênero; o trabalho decente e o crescimento econômico; a redução das desigualdades; consumo e produção responsáveis; paz justiça e instituições eficazes.

Como o Brasil foi um dos signatários deste compromisso, deve buscar, através de planos e ações, concretizar as metas ali estabelecidas, seja através de políticas públicas, ações sociais ou outros instrumentos.

No que interessa a este estudo, podemos dizer que a atualização do [Código de Defesa do Consumidor](#) é uma medida que bem atende a tal propósito, pois traz em si elementos que permitem a redução das desigualdades sociais e a recuperação da dignidade de milhares de pessoas.

## 6 O FUTURO DE QUE PRECISAMOS – LEI 14.181/21

Nas palavras do Ministro Antonio Herman Benjamin:

O CDC preparou a sociedade brasileira para o século XXI, mas este século trouxe a inclusão de novas massas de consumidores e novas tecnologias de contratação à distância e mais velozes, despersonalizadas ao extremo e ubíquas, daí a importância de reforçar as bases valorativas e éticas do CDC, explicitando ainda mais as funções da boa-fé e a função social dos contratos de consumo e de crédito, como forma de combater a exclusão social causada pelo superendividamento, pela falta de meios de tratamento global das dívidas do consumidor pessoa física e da impossibilidade de acesso, assim como combater a discriminação de grupos ou pessoas com necessidades especiais, idosos, jovens, analfabetos, doentes e outros consumidores hipervulneráveis e o chamado assédio de consumo.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 22 nov. 2021.

<sup>19</sup> BENJAMIN, Antonio H. Prefácio. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA Clarissa Costa de. **Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Editora RT, 2016. p. 11.

Se já fazemos ideia de onde vêm os problemas da sociedade de consumo, podemos pensar em maneiras de como resolvê-los.

Neste contexto, a [Lei 14.181/21](#), que surge em meio à grave crise imposta pela Covid-19, traz consigo a esperança de dias melhores, de efetivação de valores constitucionais há muito maltratados pelo superendividamento. Representa, ainda, um novo caminho rumo à conquista dos objetivos de desenvolvimento sustentável acima destacados.

Após anos de tramitação, o projeto de [Lei 3515/15](#), de autoria do então Senador José Sarney, foi finalmente aprovado e entrou em vigor em 01 de julho de 2021. A “Lei Cláudia Lima Marques” (como vem sendo tratada em justa homenagem a uma de suas idealizadoras) é um importante instrumento de atualização do [Código de Defesa do Consumidor](#), e pretende substituir a cultura da dívida – reinante na atualidade – pela cultura do pagamento.

Imprescindível que se saiba que os anos de discussão legislativa permitiram a criação de um texto legal de consenso: sua redação, proposta por uma comissão de notáveis juristas, foi permeada por oito audiências públicas, que permitiram amplo debate de seu conteúdo com todos os envolvidos: ABENS, SENACON, Serasa Experian, CONDEGE, Comissão de Direitos da Pessoa Idosa, INSS, PROCON, BRASILCON, OAB, MPCON, FEBRABAN, IDEC, SPC, PROTESTE, além de juízes e políticos.

Já em seu início, a lei inclui no rol dos princípios da política nacional das relações de consumo a prevenção e o tratamento do superendividamento, como forma de evitar a exclusão social do consumidor.

Acrescenta, ainda, na lista dos seus direitos básicos, “a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas”.

Pode-se dizer que ao tratar do superendividamento, atua em duas vertentes: a prevenção e o tratamento, fazendo-o com o objetivo de propiciar a inclusão social, preservar o mínimo existencial e proteger o consumidor pessoa natural de boa fé. Em tempos de pandemia, ela traz em seu bojo tanto a vacina quanto o remédio para esta doença que há muito vem afligindo os consumidores e consumidoras.

A lei incluiu no sistema protetivo já existente novos e importantes paradigmas que aqui merecem ser destacados:

- 1) a preservação do mínimo existencial: o que os franceses denominam *rest a vivre*, e que devemos entender como sendo o valor de que a pessoa necessita para viver, comer, vestir-se e atender às suas necessidades básicas (concretizando assim o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana).

Como destaca Káren Rick Danielevicz Berntoncello:

A investigação sobre o mínimo existencial reclama a fixação da premissa sobre a qualificação dos direitos sociais como fundamentais, cuja função está precipuamente relacionada a assegurar a qualquer pessoa

condições mínimas para uma vida condigna' de modo que, para alguns autores, a garantia de um mínimo existencial, leciona Ingo Sarlet, 'chega a ser o próprio núcleo essencial dos próprios direitos sociais na sua condição de direitos fundamentais.'<sup>20</sup>;

- 2) a concessão do crédito responsável: para além do dever de informação, aqui também reforçado, ela atribuiu ao fornecedor a importante tarefa de conhecer o consumidor e, a partir de informações que permitam a sua individualização, avaliar se o crédito por ele buscado é de fato possível, ou seja, se o consumidor terá condições de arcar com o pagamento, sem prejuízo do mínimo existencial, observada sempre a boa-fé (veja-se que os pontos aqui destacados devem se entrelaçar para garantir a proteção integral almejada);
- 3) a valorização da boa-fé como elemento preponderante nas relações de consumo: boa-fé que se exige tanto do consumidor, que não pode deliberadamente colocar-se em situação de superendividamento (e assim frustrar o cumprimento do negócio), quanto do fornecedor, que não pode contribuir para a ruína de seu contratante (trata-se do “due to mitigate your loss”, consagrado pela doutrina norte americana, ou seja, o dever de mitigar os prejuízos, que se reclama daquele que tem melhores condições de avaliar os riscos da contratação). Demanda-se dos atores o pensar refletido, o olhar para o outro como forma de evitar prejuízos, de parte a parte. Sempre magistral, Cláudia Lima Marques explica:

Como afirmamos, a boa-fé objetiva é um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, um patamar geral de atuação do homem médio, do bom pai de família, que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada. O julgador valora a atuação decidindo se esta ultrapassou ou não a razoabilidade, os limites impostos por esta boa-fé objetiva qualificada, que é a de consumo. Abusiva é a conduta ou cláusula que viola a boa-fé e os deveres impostos pela boa-fé aos agentes na sociedade. Como ensina Corte Federal Alemã (BGH): ‘O contrante é obrigado, segundo a boa-fé, já na elaboração das condições gerais contratuais, levar em conta de forma razoável os interesses de seu futuro cocontratante. Se ele concretiza no texto contratual apenas seus interesses, então viola a liberdade contratual (*Vertragsfreiheit*). Consequentemente, a sua liberdade contratual fica imitada pelo princípio da boa-fé (parágrafo 242BGB)’ (BGB, NJW 1965, 246).<sup>21</sup>.

- 4) a imposição de sanções para a quebra positiva do contrato: se a boa-fé é exigida de parte a parte, há que se estabelecer a devida reprimenda para quem não a adota. Sendo a falha do consumidor, ele afastará de si a proteção trazida pela lei 14181/21. Sendo do fornecedor, aplicar-se-ão a ele as sanções previstas no artigo 54 D, parágrafo único, a critério do juiz: redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal, a dilação de prazo para pagamento e a indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais;
- 5) o combate ao assédio de consumo: seguindo a Diretiva 2005/9/Ce do Parlamento Europeu, que estabelece normas rígidas sobre o que denomina práticas comerciais agressivas. Segundo o artigo 8º:

20 BERTONCELLO, Káren Rick Danielevicks. **Superendividamento do consumidor**: mínimo existencial: casos concretos São Paulo: Editora RT, 2015. p. 69.

21 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentário ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 275/275.

uma prática comercial é considerada agressiva se, no caso concreto, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, prejudicar ou for susceptível de prejudicar significativamente, devido a assédio, coacção – incluindo o recurso à força física – ou influência indevida, a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor médio em relação a um produto, e, por conseguinte, o conduza ou seja susceptível de conduzir a tomar uma decisão de transcrição que ele não teria tomado de outro modo.<sup>22</sup>

Nossa lei também cuidou de estabelecer regras para coibir o assédio de consumo. Ela o fez através dos artigos 54 B III, com a previsão de um prazo mínimo para a oferta de crédito de 48 horas, com a intenção de propiciar ao consumidor um prazo para refletir e analisar as condições propostas, longe do calor do momento e das pressões do fornecedor e 54 C, com a indicação de condutas proibidas para a oferta de crédito.

- 6) o reconhecimento expresso da conexão entre o contrato de consumo e o de crédito a ele relacionado: o artigo 54 F, além de definir o que se deve considerar contratos conexos (“o contrato principal de fornecimento de produto ou serviço e os contratos acessórios de crédito que lhe garantam o financiamento”), estabelece que, se houver o exercício do direito de arrependimento quanto a um deles, o outro estará também resolvido de pleno direito. Ainda, se houver inexecução de qualquer das obrigações por parte do fornecedor, o consumidor poderá arguir a exceção do contrato não cumprido também ao cedente do crédito;
- 7) a instauração de processos de repactuação de dívidas: o artigo 104 A trouxe um design inovador de solução de conflitos, com foco na conciliação. Até então, o consumidor que tivesse mais de uma dívida, deveria ajuizar uma ação para cada contrato que pretendesse discutir, o que não permitia às partes (e ao juiz) que tivessem uma visão global do endividamento e das possibilidades de pagamento. Este novo modelo pretende solucionar o problema, trazendo para a mesa de negociação a totalidade de seus credores e o devedor de boa-fé (a iniciativa para o procedimento é exclusivamente sua) para que juntos analisem a melhor forma de liquidação do passivo. Ressalte-se, por oportuno, que não há qualquer previsão de perdão de dívidas. As partes são livres para negociar descontos e prazos, mas o pagamento deve ser feito, dentro de um prazo de até cinco anos. A partir do exemplo francês (que tem na Lei Neiertz, de 31.12.89 seu ponto de partida), adaptado à realidade nacional, busca-se implementar a cultura do pagamento consciente. Ao consumidor é conferida a possibilidade de reorganizar sua vida financeira, preservando o mínimo existencial e celebrando um acordo que caiba dentro de seu orçamento;
- 8) a instauração de processo por superendividamento: caso não seja possível a solução negocial, o consumidor poderá pedir a instauração de processo para revisão e integração de seus contratos e repactuação das dívidas. A partir da análise da situação econômica, o juiz elaborará um plano compulsório de pagamento, preservando o mínimo existencial.

22 Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:pt:PDF>. Acesso em 29.ago.2021.

## 7 ANÁLISE FINAL

O tema do superendividamento não é novo, mas tem causado cada dia mais preocupações para toda a sociedade, seja por colocar à margem milhões de pessoas, sem acesso ao mínimo que mantenha sua dignidade, seja por retirar do mercado bilhões de reais, perdidos em dívidas.

A evolução do mercado, da maneira de consumir, o acesso ao crédito e sua utilização como parte integrante da renda são, entre outros, fatores preponderantes para colocar o consumidor em posição de incapacidade de pagar as dívidas sem prejuízo do mínimo existencial.

As externalidades negativas do mercado devem, no entanto, ser por ele absorvidas, sem que se perca de mente que o Brasil adota o Capitalismo Humanista como fundamento. Neste sentido, explicam Ricardo Sayeg e Wagner Balera:

O Capitalismo Humanista é regime jus-econômico correspondente à evolução do Capitalismo Liberal excludente rumo ao Capitalismo inclusivo, com observância dos Direitos Humanos, edificada na dimensão econômica dos Direitos Humanos, na qual se reconhece o direito de propriedade privada e liberdade econômica, apto a garantir a todos acesso a níveis dignos de subsistência; e, assim, superando o mito da neutralidade ontológica entre estas duas categorias (Capitalismo e Direitos Humanos).<sup>23</sup>.

E seguem:

O regime capitalista e a economia de mercado são realmente necessários, eficientes e recomendáveis, mas não há como desconsiderar implicações negativas, inaceitáveis, consubstanciadas na exclusão do circuito econômico, político, social e cultural de parcela substancial da Humanidade, chegando ao ponto crítico de colocá-la à mercê dos inaceitáveis flagelos da fome, da miséria e da subjugação e no potencial esgotamento planetário.<sup>24</sup>.

As mulheres muitas vezes mostram-se neste cenário em situação de especial vulnerabilidade. Em um primeiro momento, porque os motivos que as levam ao mercado de consumo são, na maior parte das vezes, umbilicalmente relacionados a valores sentimentais muito caros, que afastam ainda mais o ato de consumir da racionalidade que ele demanda para que se mantenha saudável. Ademais, não se pode perder de vista que elas, embora haja mais escolarizadas do que os homens, ainda recebem remuneração inferior e cada vez mais se declaram chefes de família, cuidando sozinhas da organização do lar, e da manutenção de todos sob sua responsabilidade. Tudo isto acaba por colocá-las em situação de especial vulnerabilidade, que há de ser considerada seja para se estabelecer políticas e ações que evitem o superendividamento, seja para orientar o seu tratamento.

A [Lei 14.181/21](#), ao atualizar o Código de Defesa do Consumidor, permite que possamos exercer com maior amplitude a vocação humanista confiada ao nosso capitalismo. Se soubermos bem aplicar, fará com

23 SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CapH**: capitalismo humanista a dimensão econômica dos direitos humanos. São Paulo: Editora Max Limonad, 2019. P. 29-30.

24 SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CapH**: capitalismo humanista a dimensão econômica dos direitos humanos. São Paulo: Editora Max Limonad, 2019. p. 30.



quem ninguém fique para trás, bem cumprindo os rumos que os países integrantes da ONU pretendem imprimir à sua história.

## REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Graziela Barros. [O sim da noiva]. In: CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Victor Hugo do Amaral. **Pesquisas em direito do consumidor** – releituras diante do consumo de crédito e o superendividamento. São Paulo: Ed. Tirant Lo Blanch, 2020.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- BENETTI, Estela. Diferença salarial entre homem e mulher na mesma função pode gerar multa. **Nsc Total**, 01 abr. 2021. Disponível em: <https://www.nscototal.com.br/colunistas/estela-benetti/diferenca-salarial-entre-homens-e-mulheres-na-mesma-funcao-pode-gerar>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- BENJAMIN, Antonio H. Prefácio. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de. **Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade de Inclusão**. São Paulo: Editora RT, 2016.
- BENJAMIN, Antonio H.; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coord.). **O Direito do Consumidor no mundo em transformação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- BERTÃO, Naiara. Mulheres negociam mais dívidas que homens, mesmo com renda menor, aponta levantamento. **Valor Investe**, 09 mar. 2021. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/objetivo/organize-as-contas/noticia/2021/03/09/mulheres-negociam-mais-dividas-que-homens-mesmo-com-renda-menor-aponta-levantamento.ghtml>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- BERTONCELLO, Káren Rick Danielevicks. **Superendividamento do consumidor: mínimo existencial: casos concretos** São Paulo: Editora RT, 2015.
- BRASIL, Cristina Índio do. Mulheres aumentam escolaridade em relação aos homens, mostra pesquisa. **Agência Brasil**, 17 jun. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-06/mulheres-aumentam-escolaridade-em-relacao-aos-homens-mostra-pesquisa>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- CARROL, Lewis. **Alice no País das Maravilhas**. [S. l. : s. n., 19--?].
- CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Victor Hugo do Amaral. **Pesquisas em direito do consumidor: (re) leituras diante do consumo de crédito e o superendividamento**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.
- GAULILA, Cristina Tereza. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli, LIMA, Clarissa Costa de. **Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Ed. RT., 2016.
- MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antonio H. de V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2016.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentário ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MARQUES, Claudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de. **Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade de inclusão**. São Paulo: Editora RT, 2016.
- MARQUES, Cláudia Lima; LORENZETTI Ricardo Luis; CARVALHO, Diógenes Faria de; MIRAGEM, Bruno. **Contratos de serviços em tempos digitais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2019.
- PAIVA, Thais. Como a desigualdade de gênero se manifesta na educação das meninas. **Centro de Referências em Educação Integral**, 08 mar. 2018. Disponível em: <https://educacaointegral.org.br/reportagens/como-a-desigualdade-de-genero-se-manifesta-na-educacao-das-meninas>. Acesso em: 28 ago. 2021.
- PALMEIRA, Carolina Silvino; BARLETTA, Fabiana Rodrgiues, Reflexões sobre direitos humanos e o superendividamento de mulheres na pandemia do Coronavírus. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, n. 43, jan./abr. 2021. Disponível em [<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/n-43-reflexoes-sobre-direitos-humanos-e-o-superendividamento-de-mulheres-na-pandemia-do-coronavirus/>]. Acesso em: 22 nov. 2021.

POMBO, Bárbara. Nova “recuperação judicial” para consumidores com dívida pode injetar R\$ 350 bilhões na economia. **Valor Econômico**, 23 jul. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/07/23/nova-lei-podera-injetar-r-350-bi-na-economia.ghtml>. Acesso em: 22 nov. 2021.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator CapH**: capitalismo humanista a dimensão econômica dos direitos humanos. São Paulo: Editora Max Limonad, 2019. p. 30.

# CAPÍTULO 17

## UM OLHAR MAIS CONSTITUCIONAL PARA O IMBRÓGLIO DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLETIVAS: A PROBLEMÁTICA DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Gabriela Segarra

### 1 INTRODUÇÃO

Em 1977, Figueiredo Dias e Costa Andrade já mostravam a relevância do Direito Penal Econômico (DIAS; ANDRADE, 1998, pp. 319-346). Entretanto, passados quase quarenta anos – na sociedade pós industrial – um dos principais desafios dessa nova época seria exatamente este: a questão da responsabilidade penal dos entes coletivos.

Para melhor compreensão, trouxe a baila, no primeiro capítulo do presente trabalho, a evolução histórica da responsabilidade penal das pessoas coletivas. Para fins dogmáticos, divide-se em cinco fases: direito romano, canônico, glosadores, postglosadores e germânico. Nesta esteira, diversos são os argumentos que se opõe à responsabilidade das pessoas coletivas.

Já, sob um viés constitucional, o segundo capítulo cumpriu sua tarefa em demonstrar aqueles obstáculos que afrontam aos princípios consagrados pelos textos constitucionais, essenciais ao Estado de Direito, mormente os princípios da culpabilidade.

Primeiramente, no que tange o princípio da culpabilidade temos de aceitar que o tema em comento não é de fácil esclarecimento, como afirma Meirelle Delmas-Marty, “*é uma das mais misteriosas e obscuras da nossa língua, mesmo para os juristas, não obstante os apaixonados pela clareza e geralmente hábeis em definir*” (DELMAS-MARTY, 1980, p.139).

De forma mais sucinta, na presente pesquisa consigna-se a problemática do princípio da personalidade, que também é um entrave para aceitação da responsabilidade penal dos entes coletivos, fundamentando-se na intransmissibilidade da pena.

A (não) aplicabilidade da responsabilidade penal das pessoas coletivas em alguns países europeus, bem como o entendimento da União Europeia e da Comunidade Europeia encontra-se no capítulo terceiro, sendo interessante notar que a matéria, embora ainda divergente em alguns Estados, vem sendo tratada de forma a aceitar a sua responsabilização.

Derradeiramente, além desse viés mais constitucional, o último capítulo se incube em mostrar os demais obstáculos trazidos pela doutrina. Aqui, entra em cena a ideia de fins da pena e da real necessidade de intervenção do Direito Penal na matéria. A indagação surge no sentido de um Direito Administrativo Sancionatório ser o suficiente para atender a problemática.

Diante desse fascinante tema e das suas inúmeras peculiaridades fica interessante verificar que a resistência para a punibilidade dos entes coletivos parte principalmente pela doutrina e não pelos legisladores, haja vista que a tendência deste, na maioria dos países, é pela corrente a favor dessa punição.

Neste diapasão, já dizia o comunicado oficial de 21 de setembro de 1998 de *Bundersrat* suíço que “*não é a dogmática mas a vontade do legislador que decide se a responsabilidade penal das pessoas colectivas é ou não permitida*” (SILVA, 2009, p. 130).

## ***2 DO SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST AO SOCIETAS DELINQUERE POSTEST***

Começou-se a pensar na concepção de personalidade coletiva já no Direito Romano, mais precisamente na época imperial, período em que era defendido o princípio *societates delinquere non potest*, haja vista que apesar de entidades como *municipia*, *collegia* e *universitates* serem titulares de direitos e obrigações elas eram tidas como meras criações fictícias do direito e insuscetíveis de responsabilidade penal (BRAVO, 2008, p. 34). Tal irresponsabilidade penal das entidades coletivas, com fulcro nas formulações de Ulpiano, seria pela incapacidade de atuação e de vontade das entidades (SOUSA, 1985, p. 27).

Diferentemente ocorria com o Direito Canônico, que notava uma preocupação especial em definir as regras da participação e da responsabilidade individual dos membros da coletividade que tivessem atuado com culpa. Aqui, consigna a admissão da responsabilidade penal das pessoas coletivas. Entretanto, de forma contrária e usando do mesmo argumento que o direito romano – as entidades coletivas são construções abstratas e ficcionais, não dotadas de vontade e incapazes de atuar –, o Papa Inocêncio IV posicionou-se contra tal punição.

Tal impasse de vontade foi solucionado na Idade Média com os Glosadores, os quais recuperaram o estudo sistemático do direito romano e entenderam que “*a vontade e os actos dos membros da colectividade como a vontade e os actos desta e as infracções daqueles como as infracções dela*” (BRAVO, 2008, p. 36). Vale ainda aqui mencionar que, em um primeiro momento era necessário que o delito tivesse sido praticado por todos da coletividade. Posteriormente, foi dispensada tal unanimidade e passou-se a exigir uma ação delituosa da maioria dos seus membros, apenas.

Já no século XIII, os Postglosadores foram fortemente influenciados pelos canônicos. A figura marcante dessa época foi o jurista Bartolo, que defendia a responsabilidade penal das pessoas coletivas. Na dicção de Jorge dos Reis Bravo ao explicar as ideias de Bartolo, afirma que “*se a pessoa colectiva é uma entidade*

*ficcional no plano jusfilosófico, tal já não sucede no plano jurídico, sendo juridicamente uma realidade, com capacidade de querer e actuar”, ou seja, as corporações são dotadas de vontade e devem, por isso, serem punidas quando agirem delituosamente. Ademais, os Postglosadores adotaram o mesmo critério dos Glosadores, exigindo em um primeiro momento a unanimidade criminosa da coletividade e, mais tarde, aceitava-se a maioria (BRAVO, 2008, p. 36; SOUSA, 1985, p. 30).*

Derradeiramente, consigna-se a importância eclesiástica e prática da vida estatal durante a Idade Média como salutar da imputabilidade penal à coletividade (BACIGALUPO, 1998, p. 53).

Outro ponto de discussão quando se trata dessa matéria certamente seria quanto às penas aplicadas. Para os Postglosadores, a preferência era por “*penas pecuniárias, confisco, perda de privilégios e direitos de associações, sendo possível a dissolução da universitas, nos delitos particularmente graves, o que era equiparado à pena de morte*” (BRAVO, 2008, p. 37).

Por derradeiro, trazendo os ideários do direito germânico, nota-se três fases distintas no que tange o assunto em comento. Num primeiro momento – mais primitivo -, verifica-se a estrita ligação da família, a ponto de o delito ser cometido por um dos membros dessa família e todos estarem solidariamente comprometidos ao ressarcimento à família da vítima. Não muito diferente encontra-se no segundo momento, entretanto aqui ganha relevância a figura da tribo (*Markgenossenschaft*), vez que é essa que assume pelo delito cometido por algum dos seus membros (BRAVO, 2008, p. 37; CARVALHO, 2009, p. 47; SOUSA, 1985, pp. 34-35).

Já em uma terceira fase do direito germânico – mais moderna – tem o surgimento das cidades, que estabelece nítida diferença entre a coletividade e os membros que a compõem. Não obstante tal evolução nunca é demais consignar que o direito germânico não compreendeu a natureza e essência da personalidade jurídica (BRAVO, 2008, p. 37; CARVALHO, 2009, p. 47; SOUSA, 1985, pp. 34-35).

Sem embargo, a melhor divisão acerca dos fundamentos históricos para a matéria fica a cargo daquela apontada pelo criminólogo Sérgio Salomão Shecaira, que observa duas fases: uma anterior e outra posterior ao século XVIII, o chamado Século das Luzes, isso porque após esse período, teme-se pôr em risco as liberdades individuais. Nas sociedades primitivas, o indivíduo era diluído pela comunidade que ele pertencia, de modo que a responsabilidade coletiva seria o caminho adequado. (SHECAIRA, 2003, p. 25)

Atingido o liberalismo com uma nova concepção de indivíduo e coletividade diante à perda do poder absoluto do Estado, nota-se um enfraquecimento dos argumentos anteriores, apresentando-os como inadequado diante à nova ordem social. Dessa forma, funda-se, aqui, a autêntica razão pela mudança dos rumos tomados pela responsabilização penal das pessoas coletivas (BRAVO, 2008, p. 34).

No decurso do século XX, ressurgiu novamente em alguns países a necessidade da punição dos entes coletivos. Nesse diapasão, sob o argumento da globalização e da crescente criminalidade econômica praticada

pelas empresas, aceita-se a ideia de que as pessoas coletivas são capazes de cometer delitos, por meio de atividades socioeconômicas ilícitas (CARVALHO, 2009, p. 48; SILVA, , 2009, p. 112).

### 3 A RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DAS PESSOAS COLETIVAS COMO AFRONTA AO CONSTITUCIONAL

#### 3.1 A PROBLEMÁTICA DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

*CULPABILIDAD, EN EL MÁS AMPLIO SENTIDO, es la RESPONSABILIDAD DEL AUTOR por el acto ilícito que ha realizado. El juicio de culpabilidad expresa la consecuencia ilícita (Unrechtsfolge) que trae consigo el hecho cometido y se le atribuye a la persona del infractor (VON LISZT, 1927, p. 375).*

O princípio da culpabilidade é entendido como um princípio constitucional (*nulla poena sine culpa*) e é tido como base para a determinação da pena.

A culpabilidade, como vista hoje, é um fenômeno social e jurídico, pois não está apenas atrelada ao ordenamento positivado, mas também aos requisitos da vida social, tais como, situação socioeconômicas. Inclusive, pode-se afirmar que, havendo transformações dessas situações sociais, haverá, também, alterações na medida do juízo de culpabilidade (BAUMANN, 1972, p. 28). Entretanto, nem sempre o princípio da culpabilidade foi assim visto pela história.

Inicialmente, a culpa tinha caráter religioso e estava ligada a ética e ao pecado, para mais tarde KANT entender o juízo material da culpa dirigido à pessoa livre e responsável. Tal conceito veio a alterar com o positivismo – principalmente, Ferri e Comte -, pelo qual a culpa passou a ser vista como perigosidade. Na Escola Normativista, voltou a figurar como juízo material dirigido à pessoa humana. Contrariando o conceito de até então encontrado, a Escola Finalista concedeu à culpa uma ideia de desvalor de personalidade, ou seja, o verdadeiro violador do Direito é o autor do fato e não simplesmente o ato. Com essa síntese evolucionária é possível entender que o conceito de culpa esteve sempre relacionado ao ser humano como individual, singular (BANDEIRA, 2004, p. 476).

Após o término da fase de laicização do direito penal, sucede a uma segunda etapa com a distinção de culpa penal e culpa moral. Aqui, Germano Marques, esclarece que “*a culpa é o pressuposto da obrigação de responder pelos seus actos, mas esta obrigação incumbe ao ser social antes que a um ser moral que saiu do primeiro plano da pena penal*” (SILVA, 2009, p. 145), ou seja, a culpa penal já não está intimamente ligada à moral.

Derradeiramente, a culpa que atingiu seu fundamento utilitarista está ligada a ideia de exigibilidade, ou seja, o indivíduo é culpado por não ter agido conforme o Direito. Sob essa ótica, deve-se entender não ser apenas o indivíduo a ser culpado, mas também as pessoas coletivas. Afasta-se, assim, o conceito tradicional de culpa de natureza individual e abre margem à realidade social das pessoas coletivas (SILVA, 2009, pp. 145-146).

Ademais, para Jescheck o princípio da culpabilidade tem como uma das suas finalidades a proteção do autor frente a todo excesso da intervenção repressiva do Estado e forma de censura pública daquelas ações que merecem juízo de desvalor ético-social. Nesse último é onde enfatiza o compromisso do Direito Penal como um “*mínimo ético*” (JERSCHECK, 2002, pp. 25-26).

De igual modo, Figueiredo Dias defende a culpabilidade, e aqui reafirma ser mérito de Roxin, como uma “*função limitadora do intervencionismo estatal, visando defender a pessoa do agente de excessos e arbitrariedades que pudessem ser desejados e praticados pelo poder do Estado*” (DIAS, 1999, p. 228).

Pode-se por assim dizer que a palavra “culpabilidade” é vista pela doutrina penal em dois sentidos: sentido amplo e sentido restrito. Entende-se pelo primeiro “*conjunto de presupuestos que permiten <<culpar>> a alguien por el evento que motiva la pena*”. Já o sentido estrito abarca apenas uma parte desses pressupostos, a saber, “*a los que condicionan la posibilidad de atribuir un hecho antijurídico a su autor*” (MIR PUIG, 2011, p. 124)

### 3.1.1. ATÉ ONDE O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE TOCA NA QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLETIVAS?

Antes de adentrar na problemática, cabe uma breve explicação do basilar penal. Não obstante a minoritária doutrina divergente<sup>25</sup>, não há crime sem culpa, o que significa dizer que não há responsabilidade penal sem estar presente o princípio da culpabilidade. Afastando o princípio da culpa para fim de punição, a intervenção torna-se arbitrária e sem legitimidade constitucional<sup>26</sup>.

Exatamente é nesse impasse do princípio da culpabilidade frente ao Direito Penal que reina a principal questão para a não aceitação da responsabilidade penal das pessoas coletivas, vez que sem vontade nem inteligência, a pessoa coletiva seria incapaz de distinguir o lícito do ilícito.

Acredita os defensores que não cabe responsabilizar aqueles não dotados de vontades próprias e de capacidade de ação – ou seja, insuscetíveis de culpa – de se relacionar a capacidade de ação como um pressuposto das normas de conduta<sup>27</sup>. Assim, entende-se que a decisão humana não se explica como mero produto mecanicista. Cientificamente, é impossível desvincular a vontade humana da lei da causalidade, segundo a qual todo efeito obedece a uma causa.

25 Nesse sentido, SILVA, 2009, pp. 171-172. O autor compara tal sistema com direito americano de ‘strict liability’ e esclarece não ser compatível com “os princípios dominantes na dogmática penal europeia”

26 “Del principio de culpabilidad se deduce, de un lado, que la pena presupone siempre la culpabilidad, de modo que quien actúa sin ella no puede ser castigado (exclusión de la responsabilidad por el resultado); y, de outro, que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad (determinación de la pena em el marco del limite superior de la culpabilidad)” (JERSCHECK, 2002, pp. 24-25). Importante consignar as indagações de MIR PUIG quanto a essa questão: “La cuestión de si concurre o no culpabilidad sólo se plantea precisamente una vez que se há comprobado que concurre la antijuridicidad. Sólo se pregunta sobre la culpabilidad com relación a los hechos prohibidos por la ley penal, a aquellos hechos que la ley penal puede desear evitar. ¿Qué significa entonces que falte la culpabilidad? ¿Por qué un hecho que sigue siendo igualmente indeseable para el Derecho penal no puede ser castigado por falta de culpabilidad?” – (MIR PUIG, 1982, p. 91)

27 “Assim, por um lado, só o comportamento humano, a negação de valores pelo homem pode considerar-se uma acção no sentido descrito. (...) O comportamento de que se parte é o comportamento humano e, em princípio – ao contrário do que acontece em todos os outros ramos de direito, nomeadamente no civil -, só o dos individuos e não o das colectividades: <<societas delinquere non potest>>. Pelo que a irresponsabilidade jurídico-criminal das pessoas colectivas deriva assim da sua incapacidade de acção e não apenas, como querem alguns, da incapacidade de culpa” (CORREIA, 2007, p. 234).

Corroborando com a impossibilidade de punir as pessoas coletivas, encontra-se Beatriz Vallejo:

partiendo de la concepción mayoritariamenye mantenida en la dogmática actual acerca de la acción y la culpabilidad, podríamos concluir que lo lógico es, en efecto, sostener que las personas jurídicas ni pueden tener responsabilidad penal y que pretender lo contrario va em contra de las estructuras próprias del sistema de la teoría del delito e incluso de los principios constitucionales que rogen el Derecho penal material (VALLEJO, 1998, p. 51).

Nesse diapasão, insta salientar importante distinção entre a responsabilidade e a culpabilidade trazida por Roxin em sua famosa obra “*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*”, na qual o jurista alemão procurou reconsiderar as premissas metodológicas do sistema da dogmática penal<sup>28</sup>.

Em consonância aos seus estudos, entre outros pressupostos, exige-se para a responsabilidade penal a capacidade de culpabilidade, a possibilidade de conhecer a ilicitude e a normalidade da situação da ação. Assim, alega que o objetivo da responsabilidade é eliminar o problema da liberdade de vontade, aspecto que para Roxin está ligada aos fins da pena e à prevenção, de forma que excluindo a culpa da ideia de reprovação moral e relacioná-la à prevenção não haveria obstáculos para aceitar a capacidade de culpa das pessoas coletivas. Por fim, o autor afirma que a existência da culpabilidade não implica necessariamente em uma pena, haja vista que ela serve apenas como um liame a esta sanção (BACIGALUPO, 1998, pp. 196-199).

Seguindo assim e para além do argumento da liberdade de vontade, admite-se, também, como argumento contrário à responsabilidade penal coletiva o fato do princípio da culpabilidade ser uma corrente do princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que proclama a responsabilidade pessoal individual em face à coletiva.

A fim de melhor esclarecer tal ponto recorre-se a Mir Puig, o qual entende que “*todos los principios derivados de la idea general de culpabilidad se fundan en buena parte en la dignidad humana*”. Completa, ainda, o autor, que é assim que deve ser em um Estado Democrático de respeito ao indivíduo. Assim, contempla-se a ideia de que “*este Estado tiene que admitir que la dignidad humana exige y ofrece al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el Derecho*” (MIR PUIG, 2011, p. 124).

Por conseguinte, relaciona-se esta disposição – princípio da culpabilidade como desmembramento do princípio da dignidade da pessoa humana – a certa segurança jurídica, vez que o cidadão acredita que agindo em conformidade às normas, não as transgredindo, não receberá sanção.

Assim, nota-se que tendo a culpabilidade como exigência ao respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, a imposição de uma pena sem culpabilidade ou uma sanção que extrapola os limites permitidos para um Estado Democrático e Social de Direito seria uma severa afronta à dignidade, vez que usaria o ser humano como um mero instrumento para consecução de fins sociais.

<sup>28</sup> Ver ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Editorial Hammurabi SRL, Argentina, 2000.



Nesse diapasão, tratando o princípio da culpabilidade sob esse viés é onde funda a supremacia do argumento contrário para a responsabilização dos entes coletivos, tendo em vista que estes não fazem jus a dignidade da pessoa humana, como o próprio nome diz.

Nessa toada nos ensina Canotilho que

a densificação dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado «dignidade da pessoa humana». Pela análise dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica se reconduz ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado (CANOTILHO, 1993, p. 363).<sup>29</sup>

Entretanto, de forma diferente é o respaldo da doutrina majoritária, a qual entende serem as pessoas coletivas – tratadas pela lei como uma estrutura orgânica – dotadas de capacidade de ação, consciência e vontade própria, no entanto são regidas pelos seus representantes e órgãos, capazes de cumprir com as normas de conduta que lhe são impostas. Tal assertiva é válida para a responsabilidade civil e penal (SILVA, 2009, pp. 161-162; ASCENSÃO, 2000, p. 276)<sup>30</sup>.

Não obstante não ser o ponto de estudo do presente trabalho, não olvidamos trazer a baila uma breve discussão acerca da responsabilidade civil encontrada na obra de Fernando Pessoa Jorge. Para o doutrinador, a responsabilidade civil vai além da sua função primária de reparar prejuízos. Funda-se, aqui, um plano secundário, que seria a função preventiva e punitiva (JORGE, 1999, p. 364)<sup>31</sup>.

Vale também consignar que há décadas tem sido aceita pela doutrina civilista – sem ser ponto de dúvida – a responsabilidade civil das pessoas coletivas com base na culpa (por exemplo: paga-se indenização pela indústria ter sido culpada pela poluição de um rio; obriga-se a instituição financeira a restituir o débito por ter sido negligente em cobrar duas vezes). Entretanto, a doutrina penalista tem sido resistente com o argumento de que as pessoas coletivas não são suscetíveis de culpa. Teria os civilistas, à frente dos penalistas, resolvido a questão?

De outra banda, é possível resolver a problemática recorrendo aos sujeitos do Direito Penal, que, entre os mais óbvios, reconhece também os animais, as coisas e as pessoas jurídicas, de forma que o Direito Penal vincula às ações que emanam destes sujeitos.

<sup>29</sup> Para além de Canotilho, também nos ensina Mario Reis Marques, “a dignidade humana é pré-existente aos direitos humanos, trata-se de princípio caracterizador da insuscetibilidade de definição e demonstração do valor humano” (MARQUES, 2010, pp. 557 e 562). No mesmo sentido, “A dignidade da pessoa humana não é um direito, mas um atributo que todo ser humano possui, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito. O ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de protegê-la contra qualquer tipo de violação” (NOVELINO, 2008, p.210).

<sup>30</sup> Corrobora com tal entendimento, “En definitiva, siendo la capacidad de acción un presupuesto de la norma de conducta, la persona jurídica no puede ser destinatária de tal norma al carecer de dicha capacidad. Ahora bien, contraargumentando esta tesis, TIEDEMANN señalaba que las personas jurídicas sólo son destinatárias de las normas de conducta (tanto contravencionales como jurídico-penales) debido a que pueden producir los efectos contenidos en la norma” (DIÉZ, 2005, p. 119).

<sup>31</sup> Para o doutrinador português, tal argumento tem por base o artigo 494º do Código Civil Português: “Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”.

Assim, ao confirmar com o argumento de que as sociedades são suscetíveis de responsabilidade criminal – que o Direito Penal também vincula a esses casos – admite-se que elas são plausíveis de culpa<sup>32</sup>.

De igual modo HIRSCHI não tem dificuldade em entender a imputação criminal das pessoas coletivas tendo como base a culpa. Para ele, é nítido que as reações das pessoas coletivas são feitas por intermédio das pessoas físicas. Assim sendo, o pressuposto da liberdade da vontade está bem expresso nos seus atos (HIRSCHI, 2009, pp. 165).

### 3.2 A PROBLEMÁTICA DO PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE

Foi em um período de pós guerra, catástrofe e ruínas, que cresceu progressivamente o direito a personalidade. Em especial na Europa, foi nesse diapasão que passou a preocupar-se com os “*riscos da subalternização do indivíduo humano face aos desígnios da estrutura do poder detentora do aparelho do Estado*”. Além de ser a era marcada pela massificação humana, aumento da informática, estresse, consumismo e agonia. Ascende, assim, a consciência pela integridade, publicidade e dignidade (SOUSA, 1995, p. 84).

Foi nesse contexto, que o direito da personalidade passou a ser constitucionalizado nos ordenamentos jurídicos de diversos países<sup>33</sup>, a fim de resguardar o espaço que o homem pós guerra luta pela sua afirmação no meio social.

O direito a personalidade possui algumas características bem definidas, sendo elas: (i) *erga omnes*; (ii) intransmissibilidade; (iii) indisponibilidade; (iv) perenidade e imprescritibilidade; (v) extrapatrimonialidade; (vi) inderrogabilidade.

Tal princípio pode ser tão pretencioso ao ponto de ser confundido com os direitos pessoais. Rabindranath Capelo de Sousa afirma que o direito das pessoas coletivas é também assegurado pelo direito da personalidade<sup>34</sup>.

Sob deveras críticas, José de Oliveira Ascensão assegura o inverso. Para o jurista os direitos das pessoas fundam-se do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, não cabe um direito das pessoas jurídicas

32 Insta salientar o que tece FIGUREDO DIAS acerca da matéria: “*Se, em sede político- criminal, se conclui pela alta conveniência ou mesmo imperiosa necessidade de responsabilização das pessoas colectivas em direito penal secundário, não vejo então dogmática de princípio a impedir que elas se considerem agentes possíveis dos tipos-de- ilícitos respectivos. A tese contrária só pode louvar-se numa ontologização e autonomização inadmissíveis do conceito de acção, a esquecer que a este conceito podem ser feitas pelo tipo-se-ilícito exigências normativas que o conformem como uma certa unidade de sentido social*” (DIAS, 1989/1990, p. 49).

33 É o que temos o assegurado pelo artigo 5º, XLV, da Constituição Federal brasileira, que assim dispõe: “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido*”. Em Portugal encontra-se exposto no artigo 30, n. 3 da Constituição da República Portuguesa, com o seguinte teor: “*a responsabilidade penal é insusceptível de transmissão*”. Na Alemanha está consolidado no artigo 1º da Constituição Federal de 1949, “*a dignidade da pessoa humana é inviolável*”. Acrescenta no n. 1 do artigo 2º que “*todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral*”. Entretanto, interessante mencionar que na França, no artigo 1382º do Código Civil Francês traz o princípio da personalidade frente a responsabilidade civil, resguardando principalmente os direitos ao nome, ao estado jurídico, à capacidade, domicílio e patrimônio. Encontra respaldo, também, no artigo 2º, da Constituição da República Italiana; artigo 12 do Código Civil brasileiro; artigo 70 do Código Civil Português; artigo 28º do Código Civil Suíço; artigo 57º do Código Civil grego.

34 Ver SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. O direito geral de personalidade. Coimbra Editora, Coimbra, 1995

às entidades coletivas que, por vezes, apenas tem sua existência no papel. Afirma, por fim, o autor, que estaria aqui configurada uma crise de identidade (ASCENSÃO, 2008, p. 280).

Importante análise acerca do tema seria a relação de um direito da personalidade com direitos fundamentais. Certo é que o núcleo de defesa do direito da personalidade é a pessoa humana e semelhante objetivo apenas seria assegurado pelos direitos fundamentais. Entretanto, tal argumento por si só é demasiado fraco para juntar ambos os direitos em uma única categoria (ASCENSÃO, 2006, p.155).

Tão pouco pode-se afirmar que por ser o direito da personalidade um desdobramento da dignidade da pessoa humana, seria então um direito fundamental, haja vista que *“um direito à dignidade em si apela para aspectos muito mais limitados, relacionados com a consideração social devida a cada pessoa, ficando muito longe da força axiológica do princípio do primado da dignidade da pessoa”* (ASCENSÃO, 2006, p.147).

Derradeiramente, Canotilho nos ensina que *“muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direito de personalidade”*. Entretanto, hodiernamente diante da concepção cada vez mais salvaguardada do ir e vir das pessoas, afirma o Professor que os direitos fundamentais tendem cada vez mais a se relacionar com os direitos da personalidade e vice-versa (CANOTILHO, 2003, p. 396)<sup>35</sup>.

### 3.2.1 ATÉ ONDE O PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE TOCA NA QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLETIVAS?

Por aqui o impasse para responsabilização criminal das pessoas coletivas funda-se na preocupação de atingir membros inocentes da coletividade, haja vista que uma punição como encerramento do estabelecimento, por exemplo, significa a pena da morte da empresa. Fato esse que para outros indivíduos, que não tinham nenhuma relação com o ilícito, também seria afetado (ROCHA, 1998, p. 438).

Entretanto, sob outro olhar, esse argumento não soa suficiente para negar a responsabilidade penal das pessoas coletivas, vez que invertendo o pensamento, violaria de forma mais incisiva o princípio da personalidade.

Pois bem. Deixando de punir a coletividade – que foi a real beneficiária pelo delito e, quem em seu mando, o crime foi cometido – para punir o indivíduo singular, que nem sequer recebeu alguma benfeitoria, configuraria um privilégio inadmissível às pessoas coletivas e, agora sim, estaríamos falando de transmissão de pena, primórdio avesso ao consagrado pelo princípio da personalidade (SILVA, 2009, p. 150).

Interessante apresentar os comentários tecidos por Manuel Cortes Rosa, o qual enfaticamente afirma que devem ser rejeitadas as ideias daqueles que relacionam a punição dos *“associados inocentes à ideia de <<comunidade de destino>> (Schicksalsgemeinschaft) entre todos eles, ou à de <<risco>> assumido por cada um, ao ingressar na associação”*. Levados pelas circunstâncias de estarem unidos por *“laços económi-*

<sup>35</sup> Sob outro viés, *“Os direitos fundamentais vão muito mais longe. Atribuem direitos a organizações, que não são já pessoas. Espriam-se por direitos sociais, económicos e culturais, que não são direitos de personalidade. Abrangem as garantias, que em si não são direitos de personalidade.”* (ASCENSÃO, 2006, p.149)

*cos mais ou menos intensos*” não significa dizer que os inocentes têm que ser punidos pelas atitudes dos culpados (ROSA, 1999, p. 48). Aliás, não se pode dizer que apresentando a coletividade como culpada, significa que os entes que a compõe também são culpados.

Vale lembrar que nem sempre a pessoa individualizada, que cometeu o crime em nome da pessoa jurídica, ainda estará executando seu cargo na empresa, quando sobrevier uma possível punição. Também vale lembrar que nem sempre o indivíduo que cometeu o crime fez por benefício próprio, muitas das vezes o benefício é da própria empresa.

Novamente trazendo a comparação com o Direito Civil, sobre essa matéria, temos este à frente e menos polêmico que o Penal. Nota-se que as indenizações aos entes coletivos são comuns quando se trata de Direito Civil e sua repercussão é nítida para os inocentes e culpados, mas esse fato aparentemente não é ponto de discussão quanto à admissibilidade ou não da responsabilidade civil das pessoas coletivas. A polêmica sobre atacar inocentes surge apenas em matéria penal.

#### 4 A (NÃO) APLICABILIDADE EM OUTROS PAÍSES EUROPEUS

**a) União Europeia:** A responsabilidade penal das pessoas coletivas esteve presente desde os primórdios dos tratados da União Europeia, cujo objetivo era garantir a igualdade de condições de concorrência no mercado comum<sup>36</sup>.

Na busca pela harmonização das normas europeias há um projeto, o *Corpo Juris*, que seria uma tentativa de desenvolver um sistema normativo comum aos membros da União Europeia e, assim, proteger os bens jurídicos individuais e coletivos. Nesse projeto, mais precisamente no artigo 13º se vê consagrada a punibilidade das pessoas coletivas<sup>37</sup>.

**b) Conselho da Europa:** Nota-se um acentuado aumento pelo interesse sobre a responsabilização criminal das pessoas coletivas, bem como uma maior intervenção do Judiciário no assunto, mormente no domínio tributário e das infrações contra a economia.

Essa também é a tendência das Resoluções e Recomendações do Conselho da Europa, senão vejamos alguns exemplos: (i) Em 1977, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa aprovou a Resolução (77) 28 sobre a importância do direito penal no combate aos crimes ambientais, na qual aconselhava a aceitar a punição criminal das pessoas coletivas; (ii) Em 1981, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa também consagrou a responsabilidade criminal das pessoas coletivas, mas no âmbito da criminalidade econômica, através da Recomendação n. R(81) 12.

<sup>36</sup> Artigo 83, n. 2 do Tratado de Roma que instituiu a Comunidade Europeia.

<sup>37</sup> “A integração económica e social dos países da Comunidade Europeia (CE), nos termos previstos pelos tratados que a instituem, só pode conseguir-se através da criação de uma regulamentação jurídica comum. Este corpo jurídico é hoje constituído, essencialmente, pelos Tratados de Roma (TCE) e de Maastricht (TUE) e por legislação derivada (regulamentos e directivas) que cresce em volume e diversidade, estendendo-se todos os dias a novos domínios” (CAEIRO, 1996, p.189).

Neste diapasão, consigna-se que o Conselho da Europa sobre a referida matéria contribuiu para a aceitação do princípio *societas delinquere potest* por grande parte dos países europeus.

**c) Holanda:** A Holanda foi o primeiro país europeu a introduzir na legislação a responsabilidade das pessoas coletivas de forma ampla. Admite a responsabilidade das pessoas coletivas em matéria de direito aduaneiro e fiscal desde o século XIX, não obstante seu Código Penal de 1886 ainda consagrava a não responsabilização (SILVA, 2009, p. 94).

**d) França:** Certo que uma das consequências da Revolução Francesa foi a determinação de um Código Penal mais individualista. Entretanto, em 1974, com o aumento crescente do poderio empresarial, aproveitando-se do momento de reforma do Código Penal, a problemática voltou a ser debatida e em 1994 consagrou-se em seu artigo 121º, n. 2 a responsabilização penal das pessoas coletivas (PRADEL, 1998, pp. 51 e ss).

**e) Bélgica:** Positivou a matéria em seu ordenamento com a Lei de 4 de Maio de 1999. A legislação belga dá passos largos no que diz a responsabilidade penal das pessoas coletivas, vez que assimila como coletiva entidades sem personalidade jurídica (por exemplo, sociedades irregulares e em formação e as sociedades civis sem forma comercial) (SILVA, 2009, pp. 92-93).

**f) Suíça:** Antes de 2003, apenas na esfera de direito fiscal que resguardava a responsabilidade penal das pessoas coletivas, diante da legislação suíça. Contudo, o novo artigo 100º do Código Penal alterou tal quadro e passou a admitir a responsabilidade criminal das empresas.

**g) Portugal:** Tendo em vista que o Código Penal de 1852 estabelecia no artigo 22º que “*somente podem ser criminosos os indivíduos que tem a necessária inteligência e liberdade*”, preconizava, assim, a individualidade da responsabilidade penal. A inclusão da responsabilização penal das pessoas coletivas veio a ocorrer apenas na reforma do Código Penal em 2007, levada a cabo pela Lei n. 59/2007, de 4 de setembro. Sob essa ótica, Figueiredo Dias afirma que mesmo antes da reforma do Código Penal Português, pela qual passou a admitir a responsabilidade das pessoas coletivas, já se entendia que o artigo 11 confiava a viabilidade e adequação de considerar as pessoas coletivas sujeitos dotados de ação e culpa (DIAS, 1983, p. 51). Salieta que em Portugal, antes mesmo da reforma do Código Penal já estava disposto no Regime Jurídico de Infrações Fiscais não aduaneiras (RJIFNA) a possibilidade de responsabilidade criminal das pessoas coletivas.

**h) Alemanha:** Uma situação peculiar é o caso da Alemanha, vez que tomou caminho oposto aos demais países. Até o século XVIII, o direito alemão admitia a responsabilidade penal das pessoas coletivas. Todavia, analisando que a reprovabilidade deve fazer jus aos representantes dos órgãos (pessoa física), mudou tal posição para a não imputação, não obstante leis reguladoras do mercado, da economia e no âmbito do direito contraordenacional consagrarem sanções para as pessoas coletivas (BRAVO, 2008, pp. 150-151)<sup>38</sup>.

38 À título exemplificativo tem-se o parágrafo 30º da lei da contraordenações prevê a aplicação de multa autônoma às pessoas coletivas nos casos em que os órgãos ou representantes da pessoa coletiva pratiquem um crime por infração dos deveres da empresa

**i) Espanha:** Embora a predominância pelo ideário de não responsabilização criminal das pessoas coletivas, prevê o artigo 129º do Código penal espanhol a aplicação de sanções – considerada pela doutrina como de natureza penal – a essas entidades (DÍEZ, 2005, p.58 e 59).

**j) Itália:** De forma incisiva a Itália se posiciona contra a responsabilização penal das pessoas coletivas. Tal dispositivo encontra-se preconizado na Constituição Italiana no artigo 27.

## 5 OUTROS OBSTÁCULOS

Não obstante todos os empecilhos para a punição das pessoas coletivas; em um olhar mais penalista é possível encontrar outros obstáculos.

Inicialmente, a objeção ocorre quando analisamos as penas aplicáveis, haja vista a impossibilidade de aplicar penas de prisão às pessoas coletivas. Pois bem, se seguir adiante com tal argumento, deixa as sanções penais a mercê das penas privativas de liberdades, o que para todo jurista é nítido que a aplicabilidade de penas vai muito além do cárcere. À título exemplificativo pode-se falar em penas de multa, dissolução da sociedade, admoestação, proibição de celebrar contratos, encerramento do estabelecimento.

A indagação que surge nesse momento: Não sendo possível a aplicação de penas privativas de liberdade, os demais ramos do Direito bastariam para resolver a questão sem a intervenção do Direito Penal, cujo fundamento seria a *ultima ratio*?

Neste diapasão, uma possível solução seria o Direito Administrativo Sancionatório. Por meio das sanções administrativas seria possível – frente às sanções penais – não somente contribuir com as finalidades das penas (prevenção), mas também preencher as lacunas e as dificuldades deixadas quando da aplicação dos princípios da culpabilidade e da personalidade.

Com efeito, para parte de doutrina segue o entendimento de que para responsabilizar as pessoas coletivas não seria necessário o Direito Penal, vez que se logra mais êxito no efeito preventivo, incriminando os representantes das empresas e impondo altas multas administrativas às pessoas coletivas (FERNÁNDEZ, 1981, p. 271).

Derradeiramente, Alejandro Nieto tenta resolver esse imbróglio ao conceder um conteúdo próprio ao princípio da culpabilidade no Direito Administrativo Sancionador. Afirma a presença de dois pressupostos em diferentes abordagens do direito penal, a saber: (i) diligência exigível, isto é, o agente delituoso estava obrigado a saber do injusto; (ii) boa fé (NIETO, 1993, pp. 303 -304).

De salutar importância é o entendimento adverso de que o Direito Penal – e só o Direito Penal – carrega a maior carga de reprovabilidade e censura moral. Tem no Direito Penal não apenas um escrito de crimes e

delimitação das respectivas sanções. Ele vai além, é o sustentáculo da ordem e garantidor dos princípios fundamentais constitucionalizados<sup>39</sup>.

Desta forma, a simples ameaça de aplicação de penas às sociedades, seja ela pecuniária ou não, já aparenta estar preenchida a principal finalidade da pena, que é a prevenção geral das sanções criminais, bem como o critério da ressocialização (prevenção especial) e proteção de bens jurídicos.

Acerca da reintegração social, mostra-se presente, pois ao aplicar uma pena abre a hipótese da pessoa coletiva deixar de cometer novamente tal delito por temer em receber outra vez a punição. Assim, pode-se dizer que a sanção inicialmente aplicada serviu de correção da coletividade que delinuiu (CARVALHO, 1939, p. 173). A ideia de reinserção social, para o momento de crescente criminalidade, é “*a via mais equilibrada e simultaneamente mais eficaz de garantir a segurança*” (PEREIRA, 1996, p. 467). Além disso, há outro efeito que seria evitar a reincidência.

Insta salientar que no mundo nos negócios jurídicos dois princípios são primordiais: a confiança e a credibilidade do mercado. Sob esse aspecto, simplesmente uma ameaça da aplicação de uma sanção de cunho penal já seria o suficiente para sua função de prevenção da criminalidade e da reincidência.

Ressalta-se que a pessoa singular, que pode ter sido a real autora do delito, pode ser substituída a qualquer momento, mas o que resguarda o Direito Penal, nesse caso, é que a pessoa coletiva, como um todo, seja punida pelo ato atentatório ao ordenamento jurídico e não volte a cometer tal delito.

## 6 SÍNTESE CONCLUSIVA

Marcado o individualismo pela Revolução Francesa e o triunfo do pensamento iluminista às punições da coletividade que fossem um risco às liberdades individuais, adicionado ao toque da globalização e crescente criminalidade econômica, surge a aceitação da responsabilidade penal das pessoas coletivas.

Por óbvio, jamais cabe-nos esquecer os primórdios dos princípios constitucionais, mas também não podemos ater-nos a esse pragmatismo e fechar os olhos diante do novo viés criminógeno. O justo é buscar uma conciliação entre a necessidade de punir a coletividade diante dos seus delitos e equilíbrio dos princípios.

O principal argumento contrário funda-se na problemática do princípio da culpabilidade, pela qual se baseiam na falta de capacidade de vontade e de inteligência da coletividade para distinguir o lícito do ilícito.

Entretanto, sob outro olhar, ao analisar as reações das pessoas físicas, sob o mando do ente coletivo, não resta dúvida da existência do pressuposto da liberdade nos seus atos, de forma que, cai por terra o argumento da irresponsabilidade penal com base no princípio da culpabilidade.

39 “*A simples instauração de um processo criminal tem efeitos de prevenção e censura muitas vezes superiores aos das sanções aplicadas*” (SILVA, 2009, pp. 157)

Sucintamente, há também o argumento do princípio da personalidade, pelo qual se prega a intransmissibilidade da pena. Pois bem, muitos são os debates, mas sob o ponto de vista dessa pesquisa, não resta dúvida que a transmissão da pena ocorrerá se a pessoa coletiva deixar de receber a sanção e esta ser transmitida a pessoa física.

Por todas as razões, a maioria dos ordenamentos jurídicos espalhados pelo Mundo vem adotando essa tendência de responsabilizar penalmente as pessoas coletivas, resguardando, assim, a sua punibilidade.

Sem embargos, conclui-se pela necessidade da responsabilidade das pessoas coletivas, mas não necessariamente essa responsabilização deve vir do Penal. Não obstante, inúmeros empecilhos pelo Direito Administrativo Sancionador, seria ele o ramo ideal e mais justo para resolver tal imbróglio.

Ao analisar as possíveis penas aplicáveis ao caso em concreto, torna exagerado o envolvimento do Direito Penal nesse impasse, diante de suas severas consequências, sobrecarregando, desta forma, um ramo que tem como primórdio a intervenção em *ultima ratio*.

## REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil/ Teoria Geral**, I. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, jan./dez. 2008
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 6, n. 1, 2006.
- BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Bosch, Barcelona, 1998
- BANDEIRA, Gonçalo Ncolau Cerqueira Sopas de Melo, “**Responsabilidade**” penal económica e fiscal dos entes colectivos: à volta das sociedades comerciais e sociedades civis sob a forma comercial. Almedina: Coimbra, 2004.
- BAUMANN, Jürgen. Culpabilidad y Expiación. Nuevo Pensamiento Penal. **Revista Cuatrimestral de Derecho Y Ciencias Penales**, Fundada por Luis Jiménez de Asúa, Año 1, nº 1, Enero/Abr. 1972.
- BRAVO, Jorge dos Reis. **Direito Penal de entes coletivos** – ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas. Coimbra Editora, Coimbra, 2008
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, António Crespo Simões de. A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas. **Revista Justiça Portuguesa**, Ano 6.º, n.º 71, nov. 1939.
- CARVALHO, José Manuel Costa Galo Tomé de. Responsabilidade penal das pessoas colectivas: do repúdio absoluto ao actual estado das coisas. **Revista do Ministério Público**, ano 30, n.º 118, abr./jun. 2009.
- CAEIRO, Pedro. Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Ano 6, Fascículo 2.º, abr./jun. 1996.
- CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**: volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- DELMAS-MARTY, MEIRELLE. Les Chemins de la Répression. **Lectures du Code Pénal**, P.U.F., Paris, 1980
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDARDE, Manuel da Costa. Problemática geral das infracções contra a economia nacional. **Direito Penal Económico e Europeu**: textos doutrinários. vol. I – Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.



- DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. **Revista Direito e Justiça**. Vol. IV. 1989/1990
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa. **CEJ, Jornadas de Direito Criminal** – o Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, 1983.
- DIÉZ, Carlos Gómez-Jara. **La culpabilidad penal de la empresa**. Marcial Pons, ediciones Jurídicas y sociales, S.A. Madrid-Barcelona, 2005
- FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. **Anuario de Derecho penal y Ciencias penales**, 1981.
- JERSCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal – parte general**. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares editorial, 2002.
- JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- MARQUES, Mário Reis. **A Dignidade Humana como Prius Axiomático**. Estudos em Homenagem ao Professor Figueiredo Dias. Vol. IV, Coimbra, 2010.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal – parte general**. Editorial Reppertor, Barcelona, 2011.
- MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Casa Editorial S.A., 1982.
- NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madrid: Tecnos, [19--?].
- NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Método, 2008.
- PRADEL, Jean. A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas no Direito Francês: Ensaio de Resposta a Algumas Questões Chave. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, ano 6, n.º 24, out./dez. 1998.
- PEREIRA, Luís de Miranda. Seguros ou não? O efeito psicológico da pena. **Revista Portuguesa de ciência criminal**, ano 6, jan./mar. 1996.
- ROCHA, Manuel António Lopes. **A responsabilidade penal das pessoas colectivas – novas perspectivas**. Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. Volume I – problemas gerais. Coimbra: Editora Coimbra, 1998.
- ROSA, Manuel Cortes. **O problema da aplicabilidade de multas às pessoas colectivas, por violações de deveres fiscais**. Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. Volume II – problemas especiais. Coimbra: Editora Coimbra, 1999.
- ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Argentina: Editorial Hammurabi SRL, 2000.
- SILVA, Germano Marques. **Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes**. Lisboa: Editorial Verbo, 2009.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2003.
- SOUSA, João Castro e. **As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado «direito de mera ordenação social»**. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.
- SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- VALLEJO, Beatriz. **El Sujeto del Derecho Penal Económico y la responsabilidad penal y sancionatória de las personas jurídicas: derecho vigente y consideraciones de Lege Ferenda**. Curso de Derecho Penal Económico, sob direção de Enrique Baciagalupo. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 1998.
- VON LISZT, Franz. **Tratado de derecho penal**. Traducido de la 20ª edición Alemana, por Luis Jiménez de Asúa. Tomo Segundo – Segunda Edición. Madrid: Editorial Reus (S.A), 1927.

# AUTORES

**Adalgisa Pires Falcão**

Advogada. Mestre em Direito pela FADISP. Professora de graduação e pós-graduação na Escola de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU)

**Adriana Cecílio Marco dos Santos**

Advogada. Professora de Direito Constitucional. Especialista em Direito Constitucional. Mestranda em Direito. Fundadora do Grupo de Estudos Democratismo. Presidente da Comissão do Acadêmico e Acadêmica de Direito da OAB SP (gestão 2020/21). Membro efetiva da Comissão de Direito Constitucional da OAB SP (2019/21). Membro da Associação Brasileira de Constitucionalistas da USP – Instituto Pimenta Bueno. Assessora de Direito Constitucional da Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica (ABMCJ). Associada ao Projeto Colégio de Professores da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABdConst. Autora e parecerista

**Adriana Piscitelli**

Núcleo de Estudos de Gênero PAGU, Unicamp. e-mail: [piscitelliadriana@gmail.com](mailto:piscitelliadriana@gmail.com)

**Adriana Silva Maillart**

Pós-Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora de Cursos de pós graduação Lato e Strictu Sensu. Sócia e consultora da empresa AXM Consultoria e Treinamento

**Agostina Daniela González**

Abogada (UBA), Auxiliar docente de Derechos Humanos y Garantías en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue becaria de investigación de la Facultad de Derecho UBA y del Consejo Interuniversitario Nacional (CIN). Ex integrante del Área Jurídica del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA). Actualmente integra el Programa contra la Violencia Institucional de la Defensoría General de la Nación. Correo electrónico: [agostinadgonzalez@hotmail.com](mailto:agostinadgonzalez@hotmail.com)

**Alba Sierra Rodríguez**

Instituto de Estudios de las Mujeres y de Género. Universidad de Granada Instituto de Estudios de las Mujeres y de Género. Universidad de Granada

**Alessia J. Magliacane**

Mestrado em Direito público comparado europeu pela Universidade de Paris 1 Pantheon-Sorbonne, Doutora em Direito e ciências sociais pela École des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris, Pesquisadora associada no Centro Georg Simmel -EHESS Paris, Professora visitante UFRGS (2008), Prourb/UFRJ (2020), UFBA (2021)

**Aline Aparecida Santos Costa Peghini**

Possui mestrado em Direito, pela Universidade Nove de Julho – Uninove. Especialista em Direito do Consumidor na experiência do Tribunal de Justiça da União Europeia e na Jurisprudência Espanhola, pela Universidade de Castilla-La Mancha, Toledo/ES (2018). Especialista em Direito Civil e Processo Civil, pela Escola Paulista de Direito – EPD (2012). Graduada em Direito, pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (2006). Advogada e Empresária. e-mail: [aline@peghini.com.br](mailto:aline@peghini.com.br)

**Amanda Barbosa**

Doutora em Jurisdição Constitucional e Novos Direitos pela UFBA. Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Especialista em Direito Médico pela UCSAL e em Direito Processual Civil pela LFG. Graduada em Direito na UNIFACS. Professora e Coordenadora Adjunta no Curso de Direito da UNIFACS. Professora de cursos de Pós-Graduação lato sensu. Integrante dos grupos de pesquisa Vida (UFBA) e Clínica de Direitos Humanos (UFPR). Consultora jurídica na área de Bioética e Direito Médico. Contato: [amandabarbosa.pesquisa@gmail.com](mailto:amandabarbosa.pesquisa@gmail.com)

**Amanda Luize Nunes Santos**

Membro do Cravinas – Prática em Direitos Sexuais e Reprodutivos (UnB). Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Contato: [a.nunes@anis.org.br](mailto:a.nunes@anis.org.br)

**Ana Carla Pinheiro Freitas**

Pós-Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Doutora em Direito pela PUC-SP. Psicóloga formada pela PUC-SP. Professora do Mestrado e Doutorado da Pós-graduação – UNIFOR. Pesquisadora do Grupo das Relações Econômicas, Políticas, Jurídicas e Ambientais na América Latina, REPJAAL-UNIFOR

**Ana Carolina Andrada Arrais Caputo Bastos**

Mestranda em Direito pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata, LL.M em Direito Empresarial pela FGV, sócia do escritório Caputo Bastos e Fruet Advogados e Presidente da Elas Pedem Vista

**Ana Carolina Lessa Dantas**

Membro do Cravinas – Prática em Direitos Sexuais e Reprodutivos (UnB). Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Contato: anacarolinaldantas@gmail.com

**Ana Carolina Reis Magalhães**

Sócia da Sedlmayer & Magalhães Advocacia. Co-fundadora do Elas Pedem Vista. Procuradora do Distrito Federal. Pós-Graduada em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, com graduação em Direito pela Universidade de Brasília – UnB

**Ana Carolina Vieira de Barros**

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Analista judiciário do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS). Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável Global da UFMS, vinculado à CAPES. Endereço eletrônico: anacarolinavb@hotmail.com

**Ana Cecilia Sampaio de Martino**

Advogada. Graduação em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (2004). Especialização em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera (2009-2011). Especialista em Direito Sindical pela Escola Superior de Advocacia ESA/SP (2015-2017) Mestrado em Direito pela Universidade Nove de Julho. Coordenadora pedagógica da plataforma CalvetPlay. Tutora na Especialização Direito e Processo do Trabalho Aplicados da Faculdade Atame

**Ana Clara Toscano Aranha Pereira**

Advogada, Mestra em Direito Constitucional pela PUC-SP. Especialista em Políticas Públicas e Justiça de Gênero pela CLACSO. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito, Discriminação de Gênero e igualdade e do Grupo de Pesquisa em Ponderação de Interesses no direito Administrativo e Contrafações Administrativas ambos da PUC-SP e Profa. Assistente na disciplina optativa “Direito, Gênero e Igualdade” da graduação na Faculdade de Direito da PUC-SP, ministrada pela da Profa. Dra. Silvia Pimentel

**Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci**

Possui Pós Doutorado em Direitos Humanos pelo Centro de Estudos Avançados da Universidade Nacional de Córdoba, Argentina; em Novas Narrativas pela Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo (ECA/USP) e em Direitos Humanos e Democracia pelo Instituto Ius Gentium, Portugal. Doutora e Mestre pela PUC/SP. Professora do Curso de Graduação em Direito da UPM. Professora Convidada do Pós Graduação Lato Sensu da ECA/USP. Vice-Líder do Grupo de Pesquisa CNPq CriadirMack da Faculdade de Direito da UPM. Pesquisadora no Grupo “Políticas Públicas como Instrumento de Efetivação da Cidadania” da UPM e no Grupo de Estudos de Novas Narrativas (GENN– ECA/USP). Membro da Comissão de Direitos Infantojuvenis da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo e do Instituto Brasileiro de Direito da Criança e do Adolescente (IBDCRIA)

**Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti**

Mestre e Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Professora do Curso de Direito da FMU. aelwc@terra.com.br

**Ana Flávia Messa**

Doutora em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Doutora em Direito Público pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Membro do Conselho Científico da Academia Brasileira de Direito Tributário. Membro do Conselho Editorial da International Studies on Law and Education. Professora da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Investigadora integrada na equipa do JusGov (no âmbito das atividades do JUSLAB e do ETEC) da Universidade do Minho.

**Ana Flavia Velloso**

Graduada em Direito pela Universidade de Brasília – unb e Mestre em direito pela Universidade de Paris-I Panthéon-Sorbonne. Professora de Direito Internacional Público e advogada

**Ana Frazão**

Advogada. Professora Associada de Direito Civil, Comercial e Econômico da Universidade de Brasília – UnB

**Ana Karolina Sousa de Carvalho Nunes**

Bacharel em direito pela faculdade do Maranhão– FACAM. Especialista em Direito do Estado (Anhanguera/MG), Sistema prisional, Direitos Humanos e medidas sócio educativas (IELF/MA), Perícia Criminal e Ciências Forenses (IPOG). Foi professora no sistema prisional em 2014/2015. Conselheira Federal pela OAB/MA 2019/2021. Ex-Procuradora Nacional de Defesa das Prerrogativas da OAB janeiro a outubro de 2019. Ex-Presidente da Comissão de Política Criminal e Penitenciária da OAB/MA 2016/2018. Coordenadora Estadual do Núcleo de Assistência e Defesa das Prerrogativas OAB/MA2016/2018. Vogal titular da Junta Comercial do Maranhão-JUCEMA/2018/2022. Conselheira Titular do Conselho Penitenciário do Maranhão. Membro da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal, representante da ONG Tamo Juntas, no Maranhão. Presidente da Comissão Nacional de Política Penitenciária, Ressocialização e Justiça Restaurativa do CFOAB, Presidente da Comissão Estadual de Política Penitenciária da OAB/MA. Advogada criminalista

**Ana Paula Giamarusti Carvalho**

Mestra em Direito pela Universidade Nove de Julho (SP), especialista em Resolución de Conflictos: Estrategias de Negociación y Técnicas de Mediación pela Universidade de Castilla-La Mancha (Toledo/España), especialista em Direito de Família pela Faculdade Damásio (SP)

**Ana Paula Myszczuk**

Doutora em Direito Econômico e Socioambiental (PUCPR). Estágio Pós-Doutoral no Centro de Estudios en Medio Ambiente y Recursos Naturales (UPR/Cuba). Estágio Pós-Doutoral no Programa de Pós-Graduação em Bioética (PUCPR). Professora na UTFPR, no Programa de Pós-Graduação em Planejamento e Governança Pública (PPGPGP). Email: anap@utfpr.edu.br

**Andreia Tassiane Antonacci**

Doutora e Mestre em Direito (FADISP). Advogada. Professora Universitária

**Andressa Lack Silveira e Silva**

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Euro Americano (UNIEURO). Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes, Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Advogada em Brasília-DF. E-mail: andressalack@hotmail.com

**Angela Vidal Gandra Martins**

Secretária Nacional da Família. Doutora em Filosofia do Direito

**Anna Candida da Cunha Ferraz**

Possui graduação, Mestrado e Doutorado em Direito pela FADUSP, Livre Docente e Professora da mesma instituição. pela mesma Universidade, Professora titular e coordenadora do Mestrado do Centro Universitário FIEO. Coordena a Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO)

**Anna Carolina Cudzynowski**

Mestranda em Direito da Sociedade da Informação na FMU-SP. Pós- graduada em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica-PUCSP. Advogada. Membro do Grupo de Pesquisa “Família e Grupos Sociais” da FMU liderado pelo Professor Doutor Jorge Shiguemitsu Fujita. Membro do Grupo de Pesquisa “Biodireito e Sigilo” da FMU liderado pela Professora Doutora Ana Elizabeth Lapa Wanderlei Cavalcanti

**Anna Catharina Machado Normanton**

Advogada, bacharel em Direito e mestra em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, mestranda em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo, especialista em estudos críticos em Direitos Humanos pela CLACSO e membro do grupo de pesquisa “ponderação de interesses no direito administrativo e contrafações administrativas”, membro do grupo de pesquisa Publius e pesquisadora do grupo de pesquisa “Direito, discriminação de gênero e igualdade”

**Antonia Espindola Longoni Klee**

Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito Internacional pela UFRGS. Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Professora convidada dos Cursos de Especialização Lato Sensu em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais e de Direito Internacional da UFRGS. Professora convidada dos Cursos de Capacitação à Advocacia e dos Cursos de Aperfeiçoamento da Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio Grande do Sul (ESA-OAB/RS). Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor da OAB/RS, triênio 2019-2021. Membro da Diretoria Nacional do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). E-mail: antoniaklee@hotmail.com



**Antonio Baptista Gonçalves**

Advogado, Presidente da Comissão de Criminologia e Vitimologia da OAB/SP – 242ª Subseção de Butantã, Presidente da Comissão de Criminologia e Vitimologia da OAB/SP (2016-2018), Pós-Doutor em Desafios em la postmodernidad para los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales pela Universidade de Santiago de Compostela, Pós-Doutor em Ciência da Religião pela PUC/SP, Pós-Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de La Matanza. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela PUC/SP, MBA em Relações Internacionais da Fundação Getúlio Vargas; Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra, Especialista em International Criminal Law: Terrorism's New Wars and ICL's Responses pelo Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra, Pós-Graduado em Teoria dos Delitos – Universidade de Salamanca, Pós-Graduado em Direito Penal Econômico e em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e em Filosofia pela PUC/SP

**Ariane Costa Guimarães**

Sócia do Mattos Filho Advogados. Co-fundadora do Elas Pedem Vista. Doutora e Professora de Direito Tributário no UniCEUB. Foi Visiting Researcher em Georgetown. Professora de graduação e de pós-graduação em Brasília

**Beyla Esther Fellous**

Professora titular do CEU Law School e sócia da Francisco Rezek Advogados. Doutora em direito público pela Univ. Paris III – Sorbonne Nouvelle, mestre em direito internacional pela USP, mestre em direito comunitário europeu pela Univ. Paris I – Sorbonne

**Breezy Miyazato**

Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Especialista em Direito Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professora do Qconcursos e Iejur. Advogada

**Bruna Conceição Ximenes de Araújo**

Advogada. Especialista em Direito Constitucional. bruna\_araujo31@homail.com

**Bruna Santos Costa**

Membro do Cravinas – Prática em Direitos Sexuais e Reprodutivos (UnB). Mestra em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Contato: costa.bsantos@gmail.com

**Camila Barreto Pinto Silva**

Professora da Universidade de Direito da Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES. Doutora em Filosofia do Direito, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. E-mail: [camilabarreto@uol.com.br](mailto:camilabarreto@uol.com.br)

**Camila Costa Magalhães de Lacerda**

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub; membra pesquisadora do Núcleo de Estudos Constitucionais – ICPD/UniCeub; servidora do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios – TJDF

**Camila de Azevedo Antunes**

Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR). Pós-graduanda em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogada em Curitiba-PR. E-mail: [camila.azevedoantunes@hotmail.com](mailto:camila.azevedoantunes@hotmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1657-9948>

**Camila Santos Cury**

Mestre em Direito em Direito pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito Público Global pela Universidad de Castilla La-Mancha e em Direito de Família e Sucessões pela Escola Paulista de Direito. Advogada

**Camilla Safe Maier Hage**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Ex-advogada nas áreas cível, família e sucessões. Ex-assessora jurídica parlamentar. Ex-analista jurídica do INPI. Ex-Defensora Pública no Estado do RS. Delegada de Polícia no Estado de SP. Especialista em Direito Público. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Co-autora em obra jurídica

**Carísia Baldioti Salles Vidal**

Doutora em Direito do Estado pela USP, Executive LLM CEU Law School, advogada em São Paulo.

**Carla Ferreira Lopes da Silva Queiroz**

Doutoranda em Direito Político e Econômico – MACKENZIE/SP, Mestre em Direito – PUC/Goiás, Gestora Jurídica do Estado de Goiás. Integrante do Grupo de Pesquisa CNPq “O Sistema de Seguridade Social”

**Carla Matuck Borba Seraphim**

Advogada. Graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (1992). Especialização em Direito Processual Civil COGEAE/PUC/SP (1998-1999). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009). Atualmente é pesquisadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora capacitada da Fundação Getúlio Vargas – SP. Professora Titular da UNIP – Universidade Paulista. Professora convidada da UFMT – Especialização em Direito Civil. Professora Assistente do Curso de Especialização Direito Imobiliário – PUC/SP. Professora da Escola Superior da Advocacia. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Biodireito. Membro do IBDC – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Relatora do 20º. Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP (2008/2018). Assessora da 4ª. Câmara Recursal OAB/SP (2019/2021). Mediadora Capacitada pelo Instituto Paulista da Magistratura – IPAM. Parecerista da Revista Científica “Legalis Scientia” (ISSN 2527-1067), Advogada sócia Carvalho Sillas Sociedade de Advogados

**Carla Noura Teixeira**

Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009) e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Especialista em Direito Processual (2000). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará. Advogada. Coordenadora do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia – UNAMA/ Grupo Ser Educacional. Professora da graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade da Amazônia – UNAMA/ Grupo Ser Educacional. Professora da Graduação em Direito da UNIFAMAZ e da UNINASSAU. Líder do Grupo Permanente de Estudos e Pesquisa “Direito Internacional para o Século XXI” na Universidade da Amazônia – UNAMA/ Grupo Ser Educacional (2017). E-mail: carlanoura@gmail.com

**Carmen Silvia Válio de Araujo Martins**

Advogada especializada em Direito Constitucional e Legislativo, foi Assessora Jurídica da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, desde 1988, na qual exerceu as seguintes atividades: Pesquisadora Jurídica durante a Constituinte Estadual de 1988/1989; Assessora Jurídica das Liderança de Bancada e de Governo PMDB (1990/1993); Assessora Jurídica da Assessoria Técnica da Mesa Diretora – ATM (1994 e 2010/2012); Assessora Jurídica das Liderança de Governo e Liderança de Bancada PSDB (1994/2008); e Chefe de Gabinete Liderança do Governo (2013/2015); Professora de Introdução ao Direito na Faculdade Cásper Líbero para os cursos de Jornalismo e Publicidade (1993/1996); Assistente Jurídica do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (1993/1994).; Membro da Comissão Especial de Reforma Política da OAB/SP; Consultoria jurídico-

parlamentar em Políticas Públicas do MDB – Mulheres do Brasil. ; é membro do Conselho Superior de Direito da FECOMÉRCIO, onde preside a Comissão de Assuntos Legislativos

### **Carolina de Albuquerque**

Doutora em Ciências (Ambiente e Sociedade) pelo Programa de Pós-graduação Interunidades em Ecologia Aplicada (ESALQ-CENA) da Universidade de São Paulo – USP. Doutoranda em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie, bolsista CAPES. Pesquisadora e docente da Universidade Federal de São Carlos, com ênfase em Direitos Fundamentais e Direito Ambiental

### **Carolina Soares Castelliano Lucena de Castro**

Doutoranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e Defensora Pública Federal

### **Caroline Maria Vieira Lacerda**

Advogada graduada pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), especialista em Direito Administrativo e mestranda em Direito Administrativo Contemporâneo pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Professora de Direito Administrativo na Universidade Nove de Julho (UNINOVE) e no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e professora de Legislação Tributária na Universidade de Brasília (UNB)

### **Catharina Orbage de Britto Taquary**

Advogada, Sócia do Escritório de Advocacia Borges Taquary, Professora Universitária (PhD em Direito), Escritora e Pesquisadora. É Pós Doutora e Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. É Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UniCEUB e pela Universidad del Litoral de Santa Fe – Argentina. É especialista em Psicologia Jurídica e em Direito Constitucional. É bacharel em Direito pelo UniCEUB

### **Cecilia M.B. Sardenberg**

Professora Titular de Antropologia, Programa de Pós-Graduação em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismos – PPGNEIM, da Universidade Federal da Bahia– UFBA. Obteve o Bacharelado em Antropologia na Illinois State University (1977), Mestrado em Antropologia na Boston University (1981), Doutorado em Antropologia, Boston University (1997) e Estágio Pós-Doutoral como Visiting Fellow no Institute of Development Studies (IDS), University of Sussex, Inglaterra (2003; 2005; 2013)

**Celia Gladys López**

Profesora Asociada de la Facultad de Humanidades, Artes y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Entre Ríos. Investigadora y docente, es asociada del Colegio de Graduados en Cooperativismo y Mutualismo (CGCyM) y dirige el Instituto de Estudios del Pensamiento y la Acción Solidaria (IEPAS), órgano del CGCyM

**Christiane do Vale Leitão**

Advogada e Professora – Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR.; Pós-Graduada em Direito Processual Penal pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. ; Pós-Graduada em Sociologia pela Universidade Estácio de Sá.; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. ; Conselheira Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Ceará.; Presidente da Comissão da Mulher Advogada da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Ceará; Vice-presidente do Conselho Cearense de Mulheres – Mandato 2020/2024

**Christiane Hessler Furck**

Especialista em Direito Contratual pela PUC-SP – COGEAE. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos, com ênfase em Direito do Consumidor e Seguro, pela PUC-SP. Professora do Curso de Especialização em Direito Contratual da PUC-SP – Cogeeae, de 2005 até 2011. Professora do Curso de Pós Graduação em Direito Securitário e Direito Imobiliário, do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU-SP, de 2010 à 2014. Professora Convidada do Curso de Pós Graduação em Seguros e Resseguros da Fundação Getúlio Vargas – FGV-SP, em 2011. Professora dos Cursos de Graduação e Pós Graduação da Uninove, de 2012 à 2020. Professora dos Cursos de MBA em Gestão de Seguros e Resseguros e Gestão de Riscos, da Escola Nacional de Seguros – ENS – FUNENSEG. Coordenadora e Professora dos Cursos de Especialização em Direito Civil e Processual Civil, Direito Contratual e Direito dos Seguros na contemporaneidade, da ESA – OAB-SP. Membro da AIDA – Brasil. Relatora da 5ª Turma do Tribunal de Ética e Disciplina, da OAB-SP. Fundadora e membro do Canal Direito com Elas, no Youtube. Advogada atuante nas áreas de direito contratual, empresarial, direito de seguros e resseguros e direito do consumidor. E-mail: [christiane@chf.adv.br](mailto:christiane@chf.adv.br)

**Christiany Pegorari Conte**

Advogada. Professora de Direito Penal e Processual Penal da PUC Campinas. Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelas Faculdades Metropolitanas Unidas/SP. Doutoranda em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas

**Christine Oliveira Peter da Silva**

Doutora e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB; Professora Associada do Mestrado e Doutorado em Direito das Relações Internacionais do Centro Universitário de Brasília (UniCeub); Pesquisadora do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais ICPD/UniCeub; Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal

**Cintia Barudi Lopes**

Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, em direito administrativo (2017). Possui mestrado em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos (2009). Especialização com capacitação docente em direito constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (2003). Graduada em direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (1996). Atualmente é professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie e do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas na disciplina de direito administrativo. Avaliadora do Conpedi – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Pesquisadora no grupo de pesquisa Direito à inclusão e acessibilidade das pessoas com deficiência e mobilidade reduzida, do(a) Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho; Diretora da Comissão de Direito Administrativo da 116ª Subseção do Jabaquara – São Paulo. Advogada. E-mail: c.barudi@uol.com.br

**Cíntia Rosa Pereira de Lima**

Professora Associada de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP Ribeirão Preto – FDRP. Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP com estágio na Universidade de Ottawa (Canadá) com bolsa CAPES – PDEE – Doutorado Sanduíche e livre-docente em Direito Civil Existencial e Patrimonial pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP). Pós-Doutora em Direito Civil pela Università degli Studi di Camerino (Itália) com fomento FAPESP e CAPES. Líder e Coordenadora dos Grupos de Pesquisa “Tutela Jurídica dos Dados Pessoais dos Usuários da Internet” e “Observatório do Marco Civil da Internet”, cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq e do Grupo de Pesquisa “Tech Law” do Instituto de Estudos Avançados (IEA/USP). Presidente do Instituto Avançado de Proteção de Dados – IAPD. Pesquisadora Ano Sabático do IEA/USP – Polo Ribeirão Preto (2020). Advogada

**Clarice Maria de Jesus D’Urso**

Bacharel em Direito com Especialização “Lato Sensu” em Direito Penal e Processo Penal pela UniFMU, Mestre pela UniFMU na Sociedade da Informação, Conciliadora na área da família pela Escola Paulista da Magistratura do Estado de São Paulo, Conciliadora pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Membro da Associação Brasileira das Mulheres de Carreiras Jurídicas – ABMCJ e Conselheira do Conselho Estadual da Condição Feminina da Secretaria da Justiça e Cidadania do Estado de São Paulo, Membro Titular do Núcleo de

Enfrentamento ao Tráfego de Pessoas e Erradicação ao Trabalho Escravo da Secretária de Justiça e Cidadania do Estado de São Paulo, Coordenadora de Ação Social da OAB/SP por 2 gestões, Idealizadora do Prêmio “Maria Immaculada Xavier da Silveira”, uma homenagem à primeira mulher inscrita na OAB/SP, sob o N° 615 e tem por objetivo reconhecer e também homenagear as valorosas mulheres que se destacam na área jurídica e pelo combate contra a violência contra a mulher Diretora do São Paulo Woman’s Club – Clube Paulistano de Senhoras, Membro do Comitê Estadual de Vigilância a Morte Materna, Infantil e Fetal da Secretaria da Saúde do Estado, recebeu várias homenagens é autoras de várias Cartilhas e artigos

### **Clarice Moraes Reis**

Coordenadora acadêmica e professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Nove de Julho, Mestre pela Faculdade de Direito da PUC-SP, advogada. E-mail: claricemoraesreis@gmail.com

### **Clarice Seixas Duarte**

Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Coordenadora do Grupo de Pesquisa (CNPq) “Direitos Sociais e Políticas Públicas e coordenadora, no Brasil, da Plataforma Internacional ASAP – Academics Stand Against Poverty

### **Clarita Costa Maia**

Clarita Costa Maia. UC Berkeley LL.M. Law & Technology. UC Berkeley LL.M Business Law. Consultora Legislativa do Senado Federal nas áreas Direito Econômico e Regulatório, Empresarial e do Consumidor. Mestre em História das Relações Internacionais, pela Universidade de Brasília. Especialização em Direito Internacional dos Conflitos Armados pela Universidade de Brasília e pela Universidade de Bochum, Alemanha; em Regime do Sistema Multilateral do Comércio pelo Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico (CEIDIE), Universidade de Buenos Aires; e em Câmbio e Comércio Exterior pela Fundação Getúlio Vargas; e em Direito Constitucional, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Participou do Programa de Capacitação de Jovens Advogados da Missão Brasileira perante a Organização Mundial do Comércio em Genebra/Suíça. Diplomada pelo Curso Superior de Política e Estratégia, da Escola Superior de Guerra. Membro da Associação de Serviço dos Altos Auditores e Funcionários das Sessões em América Latina (AMLAT) do Instituto de Altos Estudos de Defesa Nacional (IEDN) da República da França; da Associação Brasileira de Direito Empresarial (IBRADEMP); da Associação Brasileira de Relações Internacionais (ABRI); e do Comitê Nacional para o Estudo e a Divulgação do Direito Internacional dos Conflitos Armados, representando o Senado Federal

**Claudia Lima Marques**

Diretora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Professora Titular e professora Permanente do PPGD da UFRGS e da UNINOVE. Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg. Mestre em Direito pela Universidade de Tübingen, Alemanha. Diretora do CDEA-Centro de Estudos Europeus e Alemães, UFRGS-PUC-RS-DAAD, Relatora-geral da Comissão de Juristas do Senado Federal para a atualização do Código de Defesa do Consumidor. Presidente do Comitê de Proteção Internacional do Consumidor da International Law Association, Ex-Presidente do Brasilcon e da ASADIP. Editora Geral da Revista de Direito do Consumidor, Brasilcon/Thomson Reuters. Pesquisadora 1 A do CNPq. E-mail: dirinter@ufrgs.br ORCID: 0000-0001-9548-0390

**Cláudia Mansani Queda de Toledo**

Possui Mestrado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008). Doutora em Direito Constitucional na linha de pesquisa Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru/SP (2012). É docente nas áreas de Direito Constitucional, com ênfase na área de Direito à Educação, Direitos Humanos e Metodologia da Pesquisa Científica e Metodologia do Ensino Superior. Atualmente é sócia licenciada do escritório Toledo e Mesquita Sociedade de Advogados, em Bauru e São Paulo e docente nos cursos de graduação, pós-graduação lato e stricto sensu no curso de direito da Instituição Toledo de Ensino, do qual foi Coordenadora Científica até abril de 2021. Reitora do Centro Universitário de Bauru até abril de 2021. Autora do livro Educação: uma nova perspectiva para o Estado Democrático de Direito e também do livro Ensino Jurídico no Brasil e o Estado Democrático de Direito. É Presidente da CAPES, Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior desde abril de 2021

**Claudia Patricia de Luna Silva**

Advogada, membro da DEFEMDE, Pós graduada em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e Conselheira Seccional da OAB SP e Presidente da Comissão da Mulher Advogada da Seccional

**Cristina Dias**

Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho Investigadora do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação



**Cristina Godoy Bernardo de Oliveira**

Graduada e Doutora pela Faculdade de Direito da USP. Pós-doutora pela Université Paris I Panthéon-Sorbonne (bolsa CAPES). Academic Visitor da University of Oxford. Líder do Grupo de Pesquisa Direito, Ética e Inteligência Artificial CNPq-USP. Coordenadora do Grupo de Estudos TechLaw no IEA-USP. Associada Fundadora do Instituto Avançado de Proteção de Dados – IAPD. Pesquisadora Ano Sabático do IEA/USP – Polo Ribeirão Preto (2021)

**Cristina Maria Gama Neves da Silva**

Advogada. Mestre pela University of California, Berkeley. Especialista em direito constitucional pelo IDP e teoria crítica em direitos humanos pela Universidad Pablo Olavide, Sevilha. Presidente da Elas Pedem Vista. Membro do LiderA – observatório eleitoral e IBRADE. Vice-Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais da OAB/DF. Conselheira do Instituto Victor Nunes Leal

**Daldice Santana**

Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região/TRF3, em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em Direito Administrativo pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia e em Processo Civil pela Universidade Federal da Bahia. Conselheira do Conselho Nacional de Justiça (biênios 2015-2017 e 2017-2019), Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

**Daniela Nunes Veríssimo Gimenes**

Doutoranda no Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino – ITE. Mestre em Direito pelo Centro de Pós Graduação da Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE). Professora de Direito Civil, Empresarial e Estatuto da Advocacia e da OAB, Regulamento Geral e Código de Ética e Disciplina do Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino – ITE. Professora de Direito Civil e Direito Empresarial da Faculdade Itiana de Botucatu. Supervisora do Núcleo de Atividades Complementares (NAC) e do Núcleo de Extensão (NEXT) do Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino – ITE. Ex-Presidente da Comissão de Estudos das Reformas Legislativas no Direito Civil e Processual Civil da 21ª Subseção da OAB (Bauru). Coordenadora Acadêmica da Pós-Graduação Lato Sensu de Direito Civil e Processual Civil do Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino – ITE. Advogada.

**Daniela Rocha Rodrigues Peruca**

Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) de Mato Grosso do Sul. Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região

**Danielle Anne Pamplona**

Professora titular da Pós-Graduação e da Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); International Visiting Scholar na Washington College of Law na American University em Washington, DC (2015-2016); Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina; Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos do PPGD/PUCPR; Vice-Diretora da Academia Latinoamericana de Empresas e Direitos Humanos. [Danielle.pamplona@pucpr.br](mailto:Danielle.pamplona@pucpr.br)

**Denise Lucena Cavalcante**

Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutora pela PUC/SP. Mestre pela UFC. Professora Titular/UFC. Procuradora da Fazenda Nacional

**Desdêmona Tenório de Brito Toledo Arruda**

Máster em Seguridade Social pela Universidade de Alcalá/OISS, especialista em Direito Público, membro do Columbia Women's Network in Brazil, Cohort 2019-2020. Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal

**Dinorá Adelaide Musetti Grotti**

Doutora e Mestre em Direito. Professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Ex-Procuradora da Prefeitura Municipal de São Paulo

**Dolores Pereira Ribeiro Coutinho**

Doutora em Ciências Sociais-PUC-SP, docente e pesquisadora do PPG Mestrado e Doutorado da UCDB, Professora de Ciência Política no curso de Direito da UCDB.

Email: [3002@ucdb.br](mailto:3002@ucdb.br) / ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4719-5880> / ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2370161366093058>

**Dorinha Seabra Rezende**

Coordenadora-Geral da Bancada Parlamentar Feminina da Câmara dos Deputados Federais

**Dóris Ghilard**

Doutora e Mestre em Ciências Jurídicas. Professora Adjunta da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Coordenadora do grupo de pesquisa GFAM/UFSC/CNPQ. Coordenadora Científica do IBDFAM/SC

**Eliana Franco Neme**

Mestre e Doutora em Direito Constitucional. Professora da Universidade de São Paulo – USP – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto na área de Direito Público com ênfase em direito Constitucional e Direitos Fundamentais. Professora do Centro Universitário de Bauru, no Centro de Pós Graduação em direito, Cursos de Mestrado e Doutorado

**Elisa de Sousa Ribeiro**

Elisa de Sousa Ribeiro Pinchemel. Doutora e Mestre em Ciências Sociais pelo Centro de Pesquisa e Pós-Graduação Sobre as Américas da Universidade de Brasília (CEPPAC/UnB). Especialista em Relações Internacionais e em Direito Internacional pela Faculdade Damásio. Bacharel em Direito pelo UniCEUB. Advogada internacionalista. Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI). Membro da Associação Brasileira de Relações Internacionais (ABRI). Professora Voluntária vinculada ao Instituto de Relações Internacionais da UnB (2017-2019). Professora do Curso de Relações Internacionais do UniCEUB (2012, 2017-2019). Professora do UNIEURO (2017-2019). Vice-Líder do Grupo de Estudos do Mercosul do UniCEUB (2016-2020). Pesquisadora do Grupo de Estudos do Mercosul (2008-atual). Pesquisadora do Geo\$ mundo – Geografia Econômica Mundial da UTF/PR (2016-atual)

**Elisa Hamu Almeida**

Advogada.

**Elisabete Ferreira Sato**

Delegada de Polícia no Estado de São Paulo e, desde 2019, exercendo a função de Delegada Geral de Polícia Adjunta. Professora da Academia de Polícia (Acadepol)

**Elisaide Trevisam**

Doutora em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Mestre em Direitos Humanos, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)

**Elza Paulina de Souza**

Secretária Municipal de Segurança Urbana/SP, oriunda da primeira turma de Guardas Civis Metropolitanos em 1986, foi a primeira Mulher Negra a ocupar o cargo de Comandante Geral. Formada em Fisioterapia e Filosofia. Ao longo de sua carreira, atuou como coordenadora nos diversos programas da secretaria e se destacou nas ações de enfrentamento a violência contra a mulher, com o Programa Guardiã Maria da Penha. Recebeu ao longo de sua trajetória profissional, Medalhas de Honra ao Mérito, Prêmio Excelência Mulher 2018 – CIESP, Prêmio VIVA 2ª Edição da Revista Marie Claire e Instituto Avon, Título de Cidadã Paulistana na Câmara dos Vereadores em 2020 e o prêmio Mulheres Brasileiras que fazem da diferença (Brazilian Women Making a Difference – BWMD) da Embaixada e Consulados dos EUA no Brasil em 2021

**Emma Roberta Palú Bueno**

Advogada. Diretora Jurídica do Instituto Política por/de/para Mulheres. Secretária Adjunta da Comissão da Mulher Advogada e membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB Paraná. Membro da ABRADep e do IPRADE

**Eneida Orbage de Britto Taquary**

Advogada associada do Escritório de Advocacia Borges Taquary. Delegada de Polícia Aposentada da Polícia Civil do Distrito Federal. Professora Doutora da Faculdade Presbiteriana Mackenzie de Brasília– Distrito Federal. Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília– UNICEUB, Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília-UNICEUB e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília-UCB. Especialista em Segurança Pública, metodologia do ensino superior e Tribunais Superiores. Professora de Direito, com ênfase em Metodologia da pesquisa, Estudo da História do Direito, Direito Penal e Processual Penal, Legislação Penal e Processual Penal Especial; Direito Internacional e Direitos Humanos e Humanitário. Autora dos livros: Crimes Contra os Costumes; Tribunal Penal Internacional e a Emenda Constitucional nº 45/2004; Temas de Direito Penal e Direito Processual Penal; Proteção Internacional da Pessoa Humana: sistemas normativos de proteção; Mestre Thompson e outros mestres: edição em homenagem a Paulo Thompson Flores; Vida de Delegada I, Vida de Delegada II, Vida de Delegada III– Assédio

**Estefânia Maria de Queiroz Barboza**

Doutora e Mestre em Direito pela PUCPR; Professora no Mestrado e Doutorado da Universidade Federal do Paraná e do Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER

**Eufemia Sánchez Borja**

Doctoranda de la Universidad de Granada. “Estudios de las Mujeres. Discursos y prácticas de género”

**Ewa K. Strzelecka**

Pesquisadora do Grupo Africano Es: Desarrollo y Estudios Aplicados al Desarrollo de la Universidad de Granada; Doctora en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad de Granada; Licenciada en Estudios Culturales por la Universidad Jaguelónica de Cracovia, Polonia

**Fabiana Tronenko**

Embaixatriz da Ucrânia no Brasil. Acadêmica de Direito

**Fabiani Mrosinski Peppi**

Advogada, Mestranda em Ciências Criminológico Forenses pela Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales (Argentina); Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Direito Damásio (2016); Graduada em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (2013); Graduada em Formação Modulada em Produção Cultural em Teatro – Universidade Anhembi Morumbi (2007); International Master Practitioner in Neuro Linguistic Programing by WNLPC and IDEAH Institute; Possui Capacitação Profissional em Violência nas Relações Afetivas, Abuso Sexual e Pedofilia pelo Centro de Estudos Avançados em Psicologia; Secretária Geral da Comissão de Criminologia e Vitimologia da OAB/SP – 242ª Subseção do Butantã e 38ª Subseção de Santo André; Diretora Acadêmica do Instituto de Ciências Comportamentais e Criminológicas – Scelus Unit

**Fabíola Sucasas Negrão Covas**

Promotora de Justiça do Ministério Público de São Paulo. Membro Auxiliar da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público. Mestranda em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

**Fádua Maria Drumond Chequer**

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna – UIT. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Bacharela em Direito e Licenciada em Letras pela Universidade de Itaúna – UIT. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna – UIT. Analista – especialidade Direito – do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – MPMG. faduachequer@gmail.com

**Fernanda Garcia Escane**

Doutora em Direito do Estado (área de concentração: Direito Constitucional) e Mestre em Direito das Relações Sociais (área de concentração: Direito Civil comparado), ambos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenadora e Professora da Graduação da Escola Paulista de Direito. Professora do curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola Superior de Advocacia – ESA e do Curso Jurídico Federal Concursos. Palestrante. Sócia fundadora da Escane & Escane Advogados Associados

**Fernanda Lima Moretzshonh de Mello**

Delegada de Polícia da PCPR, Pósgraduada em Direito Público

**Fernando Luque**

Mestre em Direito pela UNINOVE, pós-graduado em Direito de Família e Sucessões e Direito Digital e Proteção de Dados pela Escola Superior da Advocacia – OAB/SP, pós-graduado (especialização) em Direito Negocial e Imobiliário pela Escola Brasileira de Direito, pós-graduado (especialização) em Direito Processual Civil pela FAVENI, bacharel em Direito pela UNIFIEO, bacharel em Administração Pública pela UNISUL, é professor universitário e palestrante

**Flavia Danielle Santiago Lima**

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Pernambuco (UPE/Recife). Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco/UFPE. Líder do Grupo de Pesquisa JUSPOLÍTICA – Diálogos, Historicidades e Judicialização de Políticas (Direito/UPE)

**Flávia de Almeida Viveiros de Castro**

Pós-Doutora pelo Instituto IUS GENTIUM da Faculdade de Direito de Coimbra; Doutora em Direito pela UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Mestre em Direito e Sociologia pela PUC-Rio; Especialista em Direito

Português pelo CEJ – Centro de Estudos Judiciários de Portugal; Juíza de Direito; Professora Convidada da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Professora Convidada da Rede Conveniada da FGV

### **Flávia Piovesan**

Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg – 2007; 2008; 2015; 2016; 2017; 2018; e 2019; Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg – 2009-2014), Visiting Scholar no David Rockefeller Center for Latin American Studies da Harvard University (2018). Foi membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development e é membro do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2018 a 2021)

### **Flávia Piva Almeida Leite**

Doutora em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica – PUC – São Paulo/SP, Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE – Bauru/SP, Pós-graduada em Gerente de Cidades pela Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP – São Paulo/SP. Docente da UNESP – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação – Campus Bauru. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP – Franca

### **Francini Imene Dias Ibrahin**

Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá – AP. Especialista em Direitos Humanos. Especialista em Inteligência Policial. Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Sócia Fundadora da Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa. Autora de livros e artigos jurídicos. Delegada de Polícia Civil do Estado de São Paulo

### **Gabriela Brandão Sé**

Especialista em Direito Público. Pós-graduada em Ordem Jurídica e Ministério Público pela FESMPDFT. Analista Judiciário do CNJ – Conselho Nacional de Justiça

**Gabriela Segarra**

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra – Portugal. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade Coimbra – Portugal. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica – PUC RS. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Delegada de Polícia do Estado de São Paulo

**Gabriela Shizue Soares de Araujo**

Mestre e Doutoranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direitos Humanos e Direito Eleitoral na Escola Paulista de Direito. Advogada

**Gilda Figueiredo Ferraz de Andrade**

Advogada militante, graduada pela USP, com Especialização em Direito Empresarial pela USP. Foi conselheira OAB-SP por cinco mandatos; membro do IASP, Academia Paulista de Letras Jurídicas, Academia Paulista de Direito do Trabalho e conselheira da AAT-SP. Integra o Conjur (Conselho Superior de Altos Estudos Jurídicos) e o Cort (Conselho de Relações do Trabalho) da Fiesp

**Gina Vidal Marcilio Pompeu**

Pós-Doutora pela Universidade de Lisboa. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestrado em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará. Professora de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, de Estado, Constituição e Economia. Lider do Grupo de Pesquisa Relações Econômicas, Políticas, Jurídicas e Ambientais na América Latina, REPJAAL. (e-mail: ginapompeu@unifor.br)

**Giovanna Nony Failache da Silva**

Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2020). Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018). Advogada.

**Gislene Aparecida dos Santos**

Gislene Aparecida dos Santos, é professora da Universidade de São Paulo (USP), lecionando no curso de graduação em Gestão de Políticas Públicas da Escola de Artes, Ciências e Humanidades (EACH) e no programa de pós-graduação em Direito (área de Direitos Humanos). É líder do GEPPIS – Grupo de Estudos e Pesquisas das Políticas Públicas para a Inclusão Social (EACH – USP) e, atualmente, é coordenadora do nPeriferias – Grupo de Pesquisa das Periferias do Instituto de Estudos Avançados da USP



**Grace Ladeira Garbaccio**

Doutora e mestre em Direito pela Université de Limoges/França e devidamente reconhecido pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Mestrado em Direito Constitucional e do Mestrado em Administração Pública no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

**Grace Mendonça**

Advogada-Geral da União (2016-2018). Mestre em Direito Constitucional e Pós-Graduada em Direito Processual Civil. Advogada. Membro Consultora da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

**Graziela Tavares de Souza Reis**

Doutoranda no PROLAM/Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Internacional Econômico pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Graduada em direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Professora Adjunta no curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins – UFT

**Grazielly Alessandra Baggenstoss**

Professora Adjunta do Departamento Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, atuante na Graduação e nos Programas de Pós-Graduação em Direito. Doutora e Mestre em Direito pela mesma universidade, com ênfase em Teoria Crítica do Direito. Doutoranda em Psicologia pela UFSC, com ênfase em Gênero e Feminismos. Fundadora e Coordenadora do Lilith: Núcleo de Pesquisas em Direito e Feminismos (UFSC/CNPq). Advogada integrante da Comissão Estadual de Direito Homoafetivo e Gênero da OAB/SC

**Hannah Maruci Aflalo**

Mestra e Doutoranda em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP)

**Heitor Romero Marques**

Doutor em Desarrollo local y planificación territorial, Mestre em educação – formação de professores, Especialista em Filosofia e História da Educação, Bacharel em Pedagogia, Licenciado em Ciências Naturais. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6681173217974714> / ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-0093-1617> Site: [www.ucdb.br/docentes](http://www.ucdb.br/docentes) / E-mail [heiroma@ucdb.br](mailto:heiroma@ucdb.br)

**Heloisa Fernandes Câmara**

Professora de Teoria do Estado e Ciência Política (UFPR), pesquisadora do CCONS/UFPR. Tutora PET Direito (UFPR).

**Inês Virginia P. Soares**

Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica da São Paulo. Realizou pesquisa de pós-doutorado no Núcleo de Estudos de Violência da Universidade de São Paulo (2009-2010). Co-líder do Grupo de Pesquisa Arqueologia da Resistência da UFPel/CNPq. Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

**Ingrid Viana Leão**

Docente na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). É do grupo de pesquisa Rede Vis: Violência, Direitos Humanos, Psicanálise e Estética. Advogada feminista, educadora, integra o Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos das Mulheres (CLADEM-Brasil). Participa da Rede de Proteção e Resistência ao Genocídio. Contato: [ingrid.leao@uems.br](mailto:ingrid.leao@uems.br)

**Irene Patrícia Nohara**

Livre-Docente em Direito Administrativo (2012, USP), Doutora (2006) e Mestre (2002) em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP, por onde se graduou (1999) pela área de direito público. Professora-Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM)

**Iris Soier do Nascimento de Andrade**

Mestranda em Direito pela PUC/MG na linha Trabalho, Democracia e Efetividade, com bolsa de pesquisa da CAPES. Pós-graduada em Direito Material e Processual do Trabalho na Faculdade de Direito Milton Campos. Pós-graduada em Advocacia Cível pela Escola Superior de Advocacia (ESA – OAB/MG). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (2015). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa e Estudos em Direito do Trabalho RED – Retrabalhando o Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Integrante da Oficina de Estudos Avançados: As interfaces entre o Processo Civil e o Processo do Trabalho – IPCPT. Advogada

**Irma Pereira Maceira**

Advogada e Professora Universitária. Mestre e Doutora em direito Civil Comparado pela PUC/SP. Coordenadora da Escola Superior de Advocacia da 39ª Subseção de São Bernardo do Campo, desde Mar/2014. Professora Convidada no Curso de Pós-Graduação da ESA-SP e ESA SBC. Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito de Família e Sucessões na ESA-SBC. Professora convidada do curso de Pós-graduação da FMU – Faculdade Metropolitanas Unidas de São Paulo. Vice-Presidente Nacional da ADFAS – Associação de Direito

de Família e Sucessões (2018-2019). Presidente da Comissão de Direito Contemporâneo da OAB-SBC (2013-2018). Membro da Comissão de Ciência e Tecnologia da OABSP (2010-2018). Membro da Comissão de Ensino Superior da OAB/SP (2016-2018). Membro associado da União de Juristas Católicos de São Paulo – UJUCASP. Parecerista da Revista Científica “Legalis Scientia” (ISSN 2527-1067) da Faculdade de Direito da Universidade Metropolitana de Santos. Membro da Associação Iberoamericana de Derecho de Família y de las Personas. Palestrante do Depto. de Cultura e Eventos da OAB/SP. Autora de livros jurídicos e diversos artigos publicados. Conselheira Secional OABSP. (2019-2021). Conselheira Relatora da 4ª. Câmara Recursal OAB/SP (2019-2021)

### **Isa Gabriela de Almeida Stefano**

Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Atualmente é professora universitária e advogada

### **Isabela Bellini Tranjan**

Graduanda em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM)

### **Isadora Gomes de Assis**

Graduanda do curso de Jornalismo da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

### **Isnailda de Souza da Silva Gandim**

Advogada Especialista em Direito Público pela Rede Luiz Flávio Gomes de Ensino (LFG). Ativista em Direito da Mulher. E-mail: isnailda.adv@gmail.com

### **Ivana David**

Ivana David é Juíza Substituta em 2º Grau do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, atualmente integrante da 4ª Câmara de Direito Criminal. Especialista em Teoria da Prova no Processo Penal. Integrante da Coordenadoria Criminal e de Execuções Criminais do Tribunal de Justiça. Integrante do corpo de palestrantes do Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para o Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – PNLD, promovido pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Professora do curso de Direito Digital – Investigação de Crimes Digital do INSPER/Executiva e da EBRADI. Professora da Pós-Graduação da ESA Campinas e Escola Paulista de Direito. Palestrante e autora de diversos livros e artigos

**Ivette Senise Ferreira**

Professora Titular Senior de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Direito Criminal. Vice-Presidente do Conselho de Estudos Avançados da FIESP. Vice-Presidente do Conselho de Direito da FECOMERCIO-SP. Membro do Conselho Consultivo do CIEE-SP

**Jaíse Marien Fraxe Tavares**

Possui Mestrado em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas, Especialização em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas e Graduação em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas

**Janaina Paschoal**

Deputada Estadual, Professora do Departamento de Direito Penal e Medicina Forense e Criminologia da FADUSP. Doutora em Direito Penal pela USP

**Jeanine Nicolazzi Philippi**

Professora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina

**José Luis Gandim dos Santos**

Advogado Especialista em Direito Constitucional e Mestre em Ciências pelo Centro Universitário Faculdade ABC. Student Master of Science in Compliance – School of Legal Studies in Ambra Univerity – Orlando/USA. E-mail: gondim.adv@gmail.com

**Josiane Rose Petry Veronese**

Professora Titular da Disciplina de Direito da Criança e do Adolescente da Universidade Federal de Santa Catarina/ UFSC. Mestre e Doutora em Direito pela UFSC, com pós-doutorado pela PUC Serviço Social/RS e em Direito pela UnB. Professora dos Programas de Mestrado e Doutorado do Curso de Pós-Graduação em Direito/UFSC. Coordenadora do NEJUSCA – Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente. Email: jpetryve@uol.com.br

**Julia de Baére Cavalcanti D’Albuquerque**

Mestranda em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), MBA em Direito Empresarial pela FGV, advogada no Wald, Antunes, Vita, Longo e Blattner Advogados e Secretária-geral da Elas Pedem Vista

**Juliana Bertholdi**

Professora assistente na UniOpet. Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (bolsista CAPES/PROEX). Especialista em Direito Público pela UniBrasil (2015). Especialista em Direito Eleitoral pelo IDDE (2018). Graduação em Direito pela Unicuritiba (2014). [juliana@bmef.adv.br](mailto:juliana@bmef.adv.br)

**Juliana Cardoso Ribeiro Bastos**

Mestre e Doutoranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direitos Humanos e Direito Eleitoral na Escola Paulista de Direito. Advogada

**Juliana Leandra Maria Nakamura Guillen Desgualdo**

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Professora colaboradora do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Professora do Curso de Direito da FMU e São Judas. [juliana.guillen.desgualdo@gmail.com](mailto:juliana.guillen.desgualdo@gmail.com)

**Juliana Rosa Gonçalves Mota**

Professora. Delegada de Polícia da Polícia Civil do Estado de São Paulo entre 2007 a 2020. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Letras Português-Espanhol pela Universidade de São Paulo. Mestra em Estudos Avançados em Direitos Humanos pela Universidad Carlos III de Madrid. Contato: [jrgmota@gmail.com](mailto:jrgmota@gmail.com)

**Júlio Edstron S. Santos**

Júlio Edstron S. Santos. Advogado, Graduado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos (2008), Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2014). Doutor em Direito pelo UniCEUB, Membro da comissão de ensino jurídico da OAB/MG. Coordenador de Pós Graduação do IDASP/Palmas. Professor do Uninassau Palmas. Pesquisador do Centro Universitário de Brasília e Diretor-Geral do instituto de Contas do Tribunal de Contas do Tocantins. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas, direito, fundamentais, educação em direitos humanos, cidadania e

direito e Seguridade Social. Membro dos grupos de pesquisa Núcleo de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor (NEPATS) da UCB/DF, Políticas Públicas e Juspositivismo, Jsmoralismo e Justiça Política do UNICEUB. Editor Executivo da REPATS

### **Jumária Fernandes Ribeiro Fonseca**

Advogada, Professora de Direito Constitucional e Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de Goiás e da Escola Superior Associada de Goiânia – ESUP, Mestre em Desenvolvimento e Planejamento territorial pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, especialista em Direito de Estado pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Endereço eletrônico: [advocacia@jumariafonseca.adv.br](mailto:advocacia@jumariafonseca.adv.br)

### **Jussara Maria Leal de Meirelles**

Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Estágio Pós-Doutoral no Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra. Professora Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental (Mestrado e Doutorado) e do Programa de Pós-Graduação em Bioética (Mestrado), da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: [jumeirelles29@gmail.com](mailto:jumeirelles29@gmail.com)

### **Kamile Moreira Castro**

Juíza eleitoral e ouvidora substituta do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Ceará. Especialista em Direito e Processo Eleitoral pela ESMEC-PUC/MG. Especialista em Direito Processual Penal pela UNIFOR. Mestra em Direito pela UNINOVE e em Ciências Políticas pela Universidade de Lisboa/ISCSP. Professora

### **Karim Regina Possato**

Mestra e Doutoranda em Direito e especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Nove de Julho. Advogada e professora atuante em diversas disciplinas, dentre as quais se destaca o direito de família

### **Karin Bhering Andrade**

Mestranda em Direito pela PUC/MG na linha Trabalho, Democracia e Efetividade; Professora de Curso Preparatório para o Exame de Ordem; Professora da Pós-Graduação IEJUR. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos; Membro da Comissão de Direitos Sociais e Trabalhista da OAB/MG. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/MG. Membro do grupo de pesquisa RED-Retrabalhando do Direito. Pesquisadora; Advogada

**Karina Denari Gomes de Mattos**

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), é pesquisadora sênior do Centro de Direitos Humanos e Empresas da Fundação Getúlio Vargas (CeDHE– FGV DIREITO SP). E-mail: karinadenari@gmail.com

**Karyna Batista Sposato**

Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), onde também se graduou. Diplomada no Terceiro Ciclo pelo Programa de Doutorado em Problemas Atuais do Direito Penal e da Criminologia da Universidade Pablo Olavide (UPO) em Sevilha/ Espanha. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito (PRODIR) da Universidade Federal de Sergipe e Coordenadora dos Observatórios Sociais da mesma Universidade

**Katiele Daiana da Silva Rehbein**

Mestranda em direito pela Universidade Federal de Santa Maria– UFSM e em Ciências Ambientais da Universidade de Passo Fundo. Especialista em Direito Ambiental pelo Centro Universitário Internacional; Especializanda em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale; Bacharel em Direito pela Faculdade Antonio Meneghetti – AMF; Aluna do Técnico em Meio Ambiente da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM; Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Democracia e Constituição – GPDECON/UFSM e do Grupo de Pesquisa em Direitos Animais – GPDA/UFSM, ambos coordenados pela Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Nina Trícia Disconzi Rodrigues Pigato e vinculados ao Curso e Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM; E-mail: katirehbein.direito@gmail.com

**Katya Kozicki**

Professora titular de Teoria do Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal do Paraná, programas de graduação e pós-graduação em Direito. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq

**Larissa Tomazoni**

Mestra em Direito pelo Uninter. Especialista em gênero e sexualidade pela Unyleya. Bacharel em Direito pelo Unibrasil Centro Universitário. Advogada inscrita na OAB-PR sob o número 83.635. Foi assessora jurídica no Conselho Regional de Serviço Social-CRESS 11<sup>a</sup> Região PR. Foi pesquisadora do grupo GETRAVI – Trabalho, Gênero e Violência Doméstica e Familiar da Unibrasil. É pesquisadora do Núcleo de Constitucionalismo e

Democracia (UFPR). Foi membro do grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional Comparada: método, modelos e diálogos (UNINTER). Colunista e revisora no site Sala de Aula Criminal e membro do conselho editorial na Editora Sala de Aula Criminal; Email: [larissa.ribeiro.tomazoni@gmail.com](mailto:larissa.ribeiro.tomazoni@gmail.com)

### **Laura Astrolabio dos Santos**

Advogada (2004), pós-graduada *latu sensu* em direito público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM (2013), mestranda de políticas públicas em direitos humanos na Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, cocriadora da Tenda das Candidatas, articuladora política do movimento Mulheres Negras Decidem, colunista Carta Capital

### **Laura Clérico**

Abogada (Universidad de Buenos Aires), LLM. y Doctora en Derecho (Universidad de Kiel), Profesora de Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires) y Profesora Honoraria (FAU, Universidad de Erlangen-Nürnberg), Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)

### **Laura Maria F. Moreira**

Mestre em Direito; Advogada e Professora Universitária. E-mail: [advogadas.nl@gmail.com](mailto:advogadas.nl@gmail.com)

### **Liane Maria Santiago Cavalcante Araujo**

Estágio Pós–Doutoral em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Pesquisadora bolsista FUNCAP-CAPES/BRASIL. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Relações Políticas, Jurídicas e Ambientais da América Latina (REPJAAL/UNIFOR) e do Grupo de Estudos e Pesquisas no Ensino em Direito (GEPEDI/UNIFOR). Fortaleza, CE, Brasil. E-mail: [lianemariaadv@gmail.com](mailto:lianemariaadv@gmail.com) .

### **Lília Nunes dos Santos**

Diretora do Departamento de Equilíbrio Trabalho-Família, da Secretaria Nacional da Família. Mestre em Processo, Justiça e Direitos Humanos

### **Lilian Rose Lemos Rocha**

Pós-Doutoranda pela UERJ. Doutora em Ciências e Tecnologias da Saúde-UnB (2015). Mestre em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília / Centro de Desenvolvimento Sustentável (2005). Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1993). Coordenadora do Programa de Pós Graduação



“Lato Sensu” em Direito do Centro de Ensino Universitário de Brasília – UniCEUB e professora titular da Graduação e da Pós Graduação em Direito do UniCEUB. Coordenadora Acadêmica do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC, vinculado ao Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD. Professora visitante da Fundação Oswaldo Cruz. Professora Associada ao Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e Relações Internacionais – UniCEUB. Coordenadora Geral do Observatório das Cortes Constitucionais da América Latina. Coordenadora Acadêmica do Observatório das Cortes Constitucionais da América Latina – UniCEUB. E-mail para contato: [lilian.rocha@ceub.edu.br](mailto:lilian.rocha@ceub.edu.br). Currículo: <http://lattes.cnpq.br/896097792845511>

### **Liliana Ronconi**

Doctora en Derecho (UBA). Abogada y Profesora para la enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas (UBA). Especialista en Ciencias Sociales con mención en Currículum y Prácticas Escolares (FLACSO). Profesora de grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Actualmente es becaria de Posdoctorado del CONICET e Investigadora Adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja (UBA). Correo electrónico: [lrnconi@derecho.uba.ar](mailto:lrnconi@derecho.uba.ar)

### **Lívia Gaigher Bósio Campello**

Pós-Doutorado em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP, Doutorado em Direito das Relações Econômicas e Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e Mestrado em Políticas Públicas e Processo pelo Centro Universitário Fluminense – UNIFLU. Professora adjunta da Faculdade de Direito na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Coordenadora do Programa de Mestrado em Direitos Humanos da UFMS. Coordenadora do Projeto de Pesquisa “Cooperação Internacional e Meio Ambiente” (MS/FUNDECT). Líder do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável Global” (CNPq). Editora-chefe da Revista Direito UFMS. Endereço eletrônico: [livia.campello@ufms.br](mailto:livia.campello@ufms.br)

### **Luana Pedrosa Figueiredo Cruz**

Doutora e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professora dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna – MG. Professora dos cursos de Pós-graduação em Direito Processual Civil da PUC/SP. Pesquisadora do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2013/2014). Membro do IBDP, Instituto Potiguar de Processo Civil – IPPC, CEAPRO e da ILA Brasil. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/SP. Consultora do Projeto Cascudo JuriLab – UFRN. Advogada. [luanapedrosa@uol.com.br](mailto:luanapedrosa@uol.com.br)

**Lúcia Helena Polleti Bettini**

Doutora em Direito do Estado na subárea Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP (2009); Mestre em Direito do Estado na subárea Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP(2004); É Professora da Escola de Direito e Humanidades da Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS; Sócio-Membro do IBDC; Advogada em São Paulo

**Luciana Aboim de Machado**

Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia e pela Università Degli Studi G. d’Annunzio (Italia). Doutora em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Trabalho. Especialista em Direito do Trabalho e em Direito Processual Civil, pela PUCSP. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Internacional dos Direitos Humanos, Direito do Trabalho e Formas Adequadas de solução de conflitos. Professora Associada da Universidade Federal de Sergipe. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação “stricto sensu” em Direito da Universidade Federal de Sergipe

**Luciana Andrea Accorsi Berardi**

Presidente da Comissão de Direito Constitucional da OAB/SP – Conselheira Seccional da OAB/SP – Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP – Professora de Direito Constitucional e Administrativo – Sócia do Murta Berardi Sociedade de Advocacia

**Luciana de Toledo Temer Lulia**

Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. lutemer@uol.com.br / <https://orcid.org/0000-0002-5182-5075>

**Luz Estela Tobón Berrio**

Doctora en Ciencias Sociales y en Ciencias de la Educación. Profesora del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, Barranquilla– Colombia. E-mail: letobon@uninorte.edu.co. Dirección: Km. 5 vía Puerto Colombia, oficina 2-4B. Teléfono: +57 5 3509509 Ext. 3764. ORCID: 0000-0002-9819-3351. Este artículo es resultado de la investigación «Droits de l’enfant face aux punitions corporelles dans la famille», financiada por la Universidad del Norte en convenio con la Université Paris Nanterre. En memoria del Profesor Paul Durning (1947-2018)

**Magda Marina Ferreira Hofstaetter**

Delegada de Polícia Civil do Estado do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Especialista em Direito Constitucional (Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst) e especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal para Atividade Policial (Universidade Tuiuti do Paraná). Foi professora de Processo Penal na Faculdade Campo Real – Guarapuava. Aluna especial no Mestrado em Direito Negocial da Universidade de Londrina – UEL

**Maíra Feltrin Alves**

Advogada. Professora Universitária. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de graduação e pós-graduação na Escola de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) e Professora convidada de pós-graduação na Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: maira.alves@fmu.br

**Maíra Machado**

Pós-doutora pela Cátedra Canadense de Pesquisa em Tradições Jurídicas e Racionalidade Penal da Universidade de Ottawa (2009-2010). Doutora em Filosofia e Teoria Geral Direito pela Universidade de São Paulo (2003). Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (1997). É Professora Associada na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas

**Manuela Simões Falcão Alvim de Oliveira**

Advogada. Mestranda em Sistemas Alternativos de Resolução de Conflitos pela Universidad Federal de Lomas de Zamora – UNLZ (Buenos Aires, Argentina, 2019), Sócia Fundadora da Aragão Feitosa Alvim de Oliveira Advocacia e Co-fundadora da Elas Pedem Vista

**Manuellita Hermes**

Doutoranda em Direito e Tutela. Mestre na Univesità degli Studi di Roma 2, Tor Vegata. Procuradora Federal. Assessora de Ministro no Supremo Tribunal Federal

**Márcia Cristina de Souza Alvim**

Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); professora dos Programas de Pós-graduação e Graduação em Direito da PUC/SP e do Programa de Graduação

da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

### **Margarete Coelho**

Deputada Federal. Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília

### **María Angustias Parejo**

Profesora Titular de Ciencia Política y de la Administración Universidad de Granada; Grupo de Estudios e Investigaciones sobre el Mediterráneo, GEIM

### **Maria Cristina Irigoyen Peduzzi**

Ministra Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Bacharel e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Presidente Honorária da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Ex Conselheira do CNJ

### **Maria Cristina Teixeira**

Maria Cristina Teixeira. Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Titular do Curso de Direito da Universidade Paulista – UNIP

### **Maria Cristina Zainaghi**

Doutora em Direito pela PUC/SP; Mestre em Direito pela Universidade Mackenzie, Professora Universitária, Advogada

### **Maria das Dores Alves de Oliveira**

Inspetora Superintendente aposentada da Guarda Civil Metropolitana, Mestrando em Cidade Inteligentes pela Universidade Nove de Julho, exercendo hoje o Cargo de Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Segurança Urbana. Bacharel em Direito pela Universidade de Santo Amaro e Pós-Graduada em Gestão de Políticas Preventivas da Violência, direitos Humanos e Segurança Pública pela Escola de Sociologia e Política de São Paulo

**María del Mar Daza Bonachela**

Licenciada (1987) y Doctora en Derecho (2014). Máster en Asesoramiento fiscal y contable de empresas (CEGESA, 1989). Abogada, en la actualidad no ejerciente. Experta Universitaria en Criminología (IAIC-UGr, 1997) especializada en Victimología (1999), jurista criminóloga del Servicio de Atención a la Víctima de Andalucía en Granada (1999-2009). Experta Universitaria en Estudios sobre los malos tratos y violencia de género, una visión multidisciplinar (UNED, 2011). Autora de Escuchar a las Víctimas. Victimología, Derecho Victimal y Atención a las Víctimas (Tirant lo Blanch, Valencia, 2015). Investigadora, consultora y formadora. Analista jurídica en Femicidio.net

**Maria Domitila Prado Manssur**

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (16ª Vara Criminal e Anexo SANCTVS – Crimes contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Víctima de Tráfico Interno de Pessoas)

**Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha**

Magistrada do Superior Tribunal Militar. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora honoris causa pela Universidade Inca Garcilaso de la Vega – Lima, Peru. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa – Lisboa, Portugal. Professora Universitária. Autora de livros e artigos jurídicos publicados no Brasil e no exterior

**Maria Fernanda Soares Macedo**

Advogada. Professora Universitária. Mestre e Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

**Maria Garcia**

Professora Associada Livre-Docente – PUC /SP. Procuradora do Estado. Ex-Assistente Jurídico da Reitoria da USP. Professora de Direito Constitucional, Educacional, Biodireito/Bioética, Previdenciário e Psicologia Jurídica. Membro do Comitê de Bioética/HCFMUSP e HCOR. Diretora Geral do IBDC. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo/IASP, da Academia Paulista de Letras Jurídicas (Cadeira Enrico T. Liebman) e do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO

**Maria Hermínia Penteado Pacheco e Silva Moccia**

Doutora e Mestre em Direito. Professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada

**Maria Laura Dutra Fonseca**

Graduada em Direito Curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco/ UCDB-MS, Pesquisadora voluntária no Projeto de pesquisa “o exercício dos direitos humanos da era digital” do PIBIC da UCDB, vinculado ao grupo de pesquisas CNPq “Desenvolvimento Territorial Sustentável”. E-mail: mldutrafonseca@gmail.com / ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3126-2073> / ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1544046759559303>

**Maria Lucia Miranda de Souza Camargo**

Advogada Administrativista, pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho

**Maria Luísa Dalla Bernardina Rigolin**

Delegada de Polícia. E-mail: maria.luisa@policiacivil.sp.gov.br

**María Luján Piatti**

Abogada– PhD– Derechos humanos– Violencia contra las mujeres; Miembro del Observatorio de las Desapariciones Forzadas de Menores (ODFM) Tarragona-Barcelona-España

**Maria Paula Dallari Bucci**

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Este artigo foi publicado originalmente no livro 30 anos da Constituição de 1988. Uma jornada inacabada. Carlos Bolonha; Fábio Corrêa Souza de Oliveira; Máira Almeida; Elpídio Paiva Luz Segundo (orgs.). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 119-132, e a republicação tem a concordância dos organizadores da obra original. Foram feitas algumas atualizações para esta edição

**Maria Valéria Novaes Santos**

Delegada de Polícia Titular da 1ª. Delegacia de Polícia da Pessoa com Deficiência do Estado de São Paulo/DPPD

**Mariana da Silva Ferreira**

Mestranda da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. Especialista em Bioética pela Faculdade de Medicina da USP. Especialista em Sexualidade Humana pela Faculdade de Medicina da USP. Título de Especialista em Medicina Legal e Perícias Médicas pela ABMLPM. Graduada em Medicina pela Universidade de Marília-Unimar. Residência Médica em Medicina Legal e Perícias Médicas pela Faculdade de Medicina da

USP. Professora concursada da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Legista da equipe de Sexologia Forense do Programa Bem Me Quer por 10 anos. Assessora da Diretora Técnica de Departamento do Instituto Médico Legal do Estado de São Paulo. Autora de artigos na área Médica e Sexologia Forense. Coautora do livro Bioética, Direito e Medicina, capítulo sobre Perícia Sexológica. Coautora do livro Educando Filhos para a Vida, capítulo sobre Prevenção à Violência Sexual Infantil

### **Mariana Ribeiro Santiago**

Pós-doutora em Direito pela Justus-Liebig-Universität Gießen (Alemanha). Doutora e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade de Marília – UNIMAR. Editora-chefe da Revista Argumentum. Membro do Projeto Harmony with Nature, de iniciativa das Nações Unidas. Advogada.

### **Mariangela Nascimento**

Professora da Universidade Federal da Bahia, coordenadora do Núcleo de Estudos Feministas em Política e Educação, coordenadora da Comissão de Direitos Humanos do Núcleo de Apoio a Migrantes e Refugiados – NAMIR/UFBA

### **Marilda de Paula Silveira**

Mestre e doutora em Direito Público pela UFMG. Professora de Direito Administrativo e Eleitoral do IDP/EDB. Membro do IBRADE e ABRADep. Pesquisadora do CEDAU/USP. Coordenadora da Transparência Eleitoral Regional Brasil. Advogada sócia da Silveira e Unes Advogados Associados

### **Marina Andrade Cartaxo**

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professora de Direito Constitucional e Internacional Privado da Universidade de Fortaleza. Advogada.

### **Marina Bonatto**

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bolsista CAPES/PROEX. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogada

**Marisa Chaves Gaudio**

Advogada Colaborativa e Mediadora de Conflitos. Graduada pela PUC/RJ Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro; pós-graduada em Direito Civil pela ESA Escola Superior de Advocacia. Pós-graduada em Mediação com ênfase em Família pela UCAM e capacitada pelo Instituto Mediare em Mediação de Conflitos; Professora da ESA da OAB/RJ e da UNIFESO Centro Universitário Serra dos Órfãos; Secretária Adjunta da Comissão Nacional da Mulher Advogada CNMA da OAB Nacional; Membro da Comissão Nacional de Direito de Família da OAB Nacional; Diretora de Mulheres da Seccional do Rio de Janeiro; Vice Presidente da CAARJ; Vice-presidente da Comissão de Direito de Família da OAB/RJ; Membro das Comissões de Diversidade sexual e Gênero;; Diretora Presidente do IBDFAM – Instituto Brasileiro De Direito De Família – Núcleo Teresópolis; Diretora do IBDFAM – Instituto Brasileiro De Direito De Família RJ; Vice Presidente da Comissão de Advogados de Família do IBDFAM Nacional; Membro da Comissão de Diversidade Sexual do IBDFAM Nacional e do Rio de Janeiro; Coautora do livro “Multiplicidade e Direito as novas cores do ordenamento jurídico brasileiro: artigos e fotos selecionados”, ed. ARD Associação Refletindo o Direito, Bento Gonçalves, RS, 1ª ed. 2015 e coautora do livro “O Pensamento Feminista na Construção do Direito Cooperativo”, ed. Vincere, 1ª. Ed, Brasília-DF, 2017 Coautora da obra “O Pensamento Feminino na Construção do Direito Cooperativo”;2017, Coautora da obra “A Conversa Sobre Gênero na Escola”, ed. Wak, Rio de Janeiro, 1ª. Ed. 2019. <http://lattes.cnpq.br/0935775263534445>

**Mariza Alves Affonso**

Fundadora do “Instituto de Mediação Conceptual”, mediadora e conciliadora judicial do TJSP, idealizadora do projeto “Vivência escolar no ambiente da conciliação da Justiça Federal”, cybermediadora pela “ODR Latinoamericana”, profissional das áreas de Educação, Comunicação e Direito, professora docente em escolas públicas e particulares do Estado de São Paulo, comunicadora televisual (TV Alphaville, 1999) e graduada em Direito (UNIP, 2016). Pós-graduação em Mediação de Conflitos e arbitragem (IBRA, 2020). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9850550671083005>. E-mail: [marizaaffonsomed@gmail.com](mailto:marizaaffonsomed@gmail.com)

**Maurinice Evaristo Wenceslau**

Professora pesquisadora do PPG em Direitos Humanos/UFMS/LEDD. [maurinice@uol.com.br](mailto:maurinice@uol.com.br)

**Melina Girardi Fachin**

Pós doutorado no centro de direitos humanos da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora Adjunta dos Cursos de Graduação e Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Coordenadora



do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos (NESIDH) e do Centro de Estudos da Constituição (CCONS), ambos da Universidade Federal do Paraná (UFPR)

### **Michele Matias Malheiro Assad**

Mestranda em Direito pela UNINOVE – Universidade Nove de Julho

### **Michele Vilela Bulgareli**

Delegada de Polícia do Estado de São Paulo. Doutoranda em Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Mestre em Direitos Fundamentais pelo Centro Universitário Fieo, Osasco. Pós Graduação Lato Sensu em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Pós Graduação Lato Sensu em Direito Civil pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Colaboradora do livro VADE MECUM Polícia Civil, Editora Rideel

### **Michelle Asato Junqueira**

Doutora e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie-UPM. Especialista em Direito Constitucional com extensão em Didática do Ensino Superior. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq CriadirMack da Faculdade de Direito da UPM. Vice-líder dos grupos de pesquisa “Políticas Públicas como Instrumento de Efetivação da Cidadania”. Pesquisadora no grupo CNPq “Estado e Economia no Brasil”. Coordenadora de Pesquisa e TCC da Faculdade de Direito da UPM. Professora do curso de graduação em Direito da mesma instituição. Membro da Comissão de Direitos Infantojuvenis da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo e do Instituto Brasileiro de Direito da Criança e do Adolescente (IBDCRIA)

### **Mônica Aguiar**

Graduada em Direito pela UFBA, em Ciências Econômicas pela UCSal e em Psicologia pela Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública da Bahia. Mestre em Direito Econômico pela UFBA. Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito da UFBA e da UCSal. Coordenadora do Mestrado em Direito da UCSal Líder do grupo de pesquisa Vida, sediado no PPGD-UFBA. Contato: monicaaguiarpsi@gmail.com

### **Mônica Di Stasi**

Doutoranda em Direito Empresarial pela Universidade Nove de Julho. Juíza de Direito em São Paulo

**Monica Herman Caggiano**

Professora Associada de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Empresarial da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Diretora Cultural do CEPES

**Mônica Sapucaia Machado**

Doutora e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, professora permanente dos programas de mestrado profissional em Direito e em Direito, Justiça e Desenvolvimento do IDP e autora do livro *Direito das Mulheres: educação superior, trabalho e autonomia*. E-mail: monica.machado@idp.edu.br

**Naiara Ferreira Martins**

Mestra e bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Consultora Jurídica em políticas educacionais. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7709541587765355>

**Natália Macedo Sanzovo**

Doutoranda e Mestra pelo Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, da Faculdade de Direito da USP. Research fellow no Departamento de Criminologia da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade de Ottawa, Canadá

**Nathalia Lima**

Doutoranda, com bolsa de mérito e mestre (bolsa CAPES) em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. A ênfase da sua produção está voltada para as áreas de Direito Público, Direito Internacional Público, Direitos Humanos, Direito Constitucional, Direito Econômico, Direito Administrativo e Direito Ambiental, desenvolvendo pesquisas em torno dos temas de proteção do patrimônio natural e cultural brasileiro, sobreposição de áreas protegidas e territórios tradicionais, valor econômico e estratégico da biodiversidade para o desenvolvimento nacional e concessão de unidades de conservação.

**Náthalie Caroline Bazanin**

Graduada do curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco. Email: nbazanin@gmail.com

**Nathaly Campitelli Roque**

Graduada, mestre e doutora em Direito pela PUC/SP. Professora do curso de Direito da PUC/SP em nível de graduação e pós-graduação lato e stricto sensu. Procuradora do Município de São Paulo

**Neide Teresinha Malard**

Mestra em Direito pela London School of Economics e pela Universidade de Brasília – UnB, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Professora dos cursos de graduação e de mestrado do Centro Universitário – IESB, Brasília

**Nicole Gondim Porcaro**

Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-graduada em Direitos Fundamentais pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e Ius Gentium Conimbrigae (IGC) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogada. Diretora Administrativa da Associação Visibilidade Feminina

**Nina Trícia Disconzi Rodrigues Pigato**

Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – SP; Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisas em Democracia e Constituição – GPDECON/UFSM, vinculado ao Curso e Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Direitos Animais – GPDA/UFSM, vinculado ao Curso e Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. E-mail: [nina.rodriques@ufsm.br](mailto:nina.rodriques@ufsm.br)

**Patrícia Burin**

Delegada de Polícia da PCSC, mestra em Direito Constitucional, Pósgraduada em Segurança Pública

**Patrícia Aurélia Del Nero**

Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Professora Associada no Instituto de Artes, Humanidades e Ciências da Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB). Endereço eletrônico [panero@terra.com.br](mailto:panero@terra.com.br)

**Patrícia Barbosa e Silva**

Advogada, especialista em Criminologia, pós graduanda em Fashion Law. Bootcamper em Fashion Law pela Fordham University NYC. Designer de moda, Empreendedora Social e Ativista pelo movimento Fashion Revolution

**Patricia Martinez Almeida**

Doutoranda em Direito do Estado pelo Programa de Doutorado Interinstitucional Universidade de São Paulo – USP em parceria com a Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Mestre em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho, especialista em Direito Constitucional com ênfase em Direitos Humanos pelo Centro de Pós-Graduação UNINOVE. Professora de Direito Civil na Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Advogada. / Email: [profa.civil@gmail.com](mailto:profa.civil@gmail.com) / ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2547-7270> / ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7663341887410868>

**Patrícia Pacheco Rodrigues**

Mestra e Doutoranda em Direito pela Universidade Nove de Julho e pós-graduada em Educação em Direitos Humanos com ênfase em Gênero pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), e do Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre a Mulher – NEIM. Delegada de Polícia Civil na Casa da Mulher Brasileira de São Paulo. <http://lattes.cnpq.br/570255739601179>

**Patrícia Poloni Guimarães**

Professora de Língua Portuguesa pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Especialista em Língua Portuguesa pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Advogada graduada em Direito pela Universidade Paulista – UNIP / SP e Pós-graduada em Direito Tributário pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus – SP

**Patrícia Tuma Martins Bertolin**

Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (2000), com Estágio Pós-Doutoral na Superintendência de Educação e Pesquisa da Fundação Carlos Chagas. Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (1994). Graduada em Direito pela Universidade da Amazônia (1989). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Líder do grupo de pesquisa (CNPq) “Mulher, Sociedade e Direitos Humanos”

**Paula Pessoa Pereira**

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora visitante no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Especialista em Processo Civil pela Fundação da Universidade Federal da Bahia. Professora colaboradora na Universidade de Brasília. Assessora de Ministro no Supremo Tribunal Federal

**Polianna Pereira dos Santos**

Mestra em Direitos Políticos pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista (Pós-Graduação lato sensu) em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Continuada na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC PUC MINAS). Assessora do Tribunal Superior Eleitoral – TSE. Professora de Direito Eleitoral no Instituto de Educação Continuada na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC PUC MINAS) e Presidenta da Associação Visibilidade Feminina

**Priscila Bianchini de Assunção Alferes**

Delegada de Polícia Civil do Estado de São Paulo. Pós-graduada em Direito Penal pela Escola Superior de Advocacia (ESA-OAB/SP). Como policial civil atuou junto ao Departamento de Polícia do Consumidor (DECON), ao Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa (DHPP), ao Departamento de Polícia Judiciária da Capital (DECAP) e na Delegacia de Defesa da Mulher de Bauru (Deinter-4). Atualmente é Delegada de Polícia Titular do 1º Distrito Policial de Bauru

**Rafaela Caldeira Gonçalves**

Juíza de Direito Titular da Vara de Violência Doméstica da Região Oeste de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2017) e com Máster em Prevenção em Violência de Gênero, pela Universidade de Salamanca USAL – Espanha (2020). Integrante da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência do Estado de São Paulo – COMESP desde 2018

**Raquel Andrade**

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Estácio do Ceará. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Mestranda em Avaliação de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Membro da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia – ABJD. Presidente da Comissão da Promoção da Igualdade Racial e Vice-presidente da Comissão da Mulher Advogada da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Ceará. Membro titular do Conselho Cearense dos Direitos da Mulher do Estado do Ceará. Atuou como

Assessora na Procuradoria Geral do Município e Coordenadora Jurídica da Secretaria de Direitos Humanos de Fortaleza. Possui experiência em Gestão Pública, Políticas Públicas em Direitos Humanos e Políticas Públicas para Mulheres. Atualmente é Coordenadora da Procuradoria Especial da Mulher da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará

### **Raquel Kobashi Gallinati Lombardi**

Delegada de Polícia, presidente do Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo. Formada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2000), Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2007), pós-graduada em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – Uniderp (2011), pós graduada em Direito de Polícia Judiciária na Academia Nacional de Polícia (ANP da Polícia Federal) de Brasília (2020) e pós graduanda em Processo Penal pela Escola Paulista da Magistratura. É coautora das obras jurídicas “Polícia Judiciária no Brasil e no Mundo”; “Combate à Violência Contra a Mulher – medidas protetivas – Lei Maria da Penha”; “Lei Maria da Penha– Comentários artigo por artigo e estudos doutrinários” (obra selecionada em 2020 pelo STJ como referência doutrinária para juízes de todo o Brasil); “Delegado de Polícia Civil”; “Leituras Complementares de Direito Penal – Uma visão constitucional”, e “Direito Policial – Temas atuais”

### **Regina Cirino Alves Ferreira**

Doutora e Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Coordenadora da pós-graduação em Fashion Law na Faculdade Santa Marcelina. Especialista em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

### **Rejane da Silva Sánchez**

Advogada, Diretora do RSS Bureau de Direito, Presidente da Comissão Estadual da Mulher Advogada da OAB/SC Especialista em Direito e Processo do Trabalho

### **Renata Correia Cubas**

Advogada, graduada pela Universidade de São Paulo, especialista em Comercio Exterior pela Fundação Getúlio Vargas, sócia de Mattos Filho Advogados, Membro da Comissão Especial de Direito Tributario da OAB/SP e Membro do Conselho deliberativo do Instituto Mattos Filho

**Renata Lima de Andrade Cruppi**

Delegada de Polícia no estado de São Paulo, atuando na Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher, coordenadora do Núcleo Especial Criminal de Diadema, especialista na atuação preventiva e repressão da violência doméstica e familiar, autora do programa preventivo reflexivo “homem sim, consciente também”, palestrante, professora e articulista. Contato: renatalacruppi@gmail.com

**Renata Miranda Lima**

Mestre em Direito Justiça e Sustentabilidade pela Universidade Nove de Julho. renatamirandalima@yahoo.com.br / <https://orcid.org/0000-0002-1943-906X>

**Renata Mota Maciel**

Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Professora na Escola Paulista da Magistratura (EPM). Juíza de Direito Titular da 2ª Vara Empresarial e de Conflitos de Arbitragem da Capital do Estado de São Paulo. Doutorado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2016)

**Renata Raupp Gomes**

Doutora e Mestre em Direito. Professora do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e Professora convidada da Escola Superior de Advocacia. Coordenadora do grupo de pesquisa GFAM/UFSC/CNPQ. Coordenadora da Comissão de Sucessões do IBDFAM/SC

**Renata Weingrill Lancellotti**

Advogada com MBA em General Management e LLM em Direito Societário, ambos pelo Insper (antigo Ibmecc SP). Sócia de Renata Lancellotti Advocacia. Autora do livro “Governança Corporativa na Recuperação Judicial: Lei 11.101/2005” e de diversos artigos na área comercial

**Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador**

Doutoranda em Direito Civil pela UFPR. Mestre em Direito Civil pela UEL. Especialista em Civil e Processo Civil pela UEL. Professora do curso de Direito da Unopar e das especializações do INBRAPE, FEMPAR (Escola do Ministério Público), Uel e Unopar. Advogada

**Roberta Campedelli Ambiel Gonçalves**

Advogada Administrativista, pela Universidade Paulista – UNIP

**Roberta Simões Nascimento**

Professora adjunta na Universidade de Brasília (UnB). Doutora em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Doutora e mestre em Direito pela UnB. Advogada do Senado Federal

**Rosalía Rodríguez López**

Catedrática de Derecho romano -Universidad de Almería (España)

**Roser Manzanera Ruiz**

Departamento de Sociología. Instituto Universitario de Estudios de Género y de las Mujeres. Universidad de Granada

**Rossana Martingo Cruz**

Professora Equiparada a Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho; Professora Adjunta Convidada da ESG– IPCA; Investigadora do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação

**Ruth Carolina Rodrigues Sgrignolli**

Doutora e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora da Graduação em Direito e Curso de Pós-Graduação do Direito do Ensino à distância da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora Convidada do Curso de Pós-Graduação de Propriedade Intelectual da Escola Superior da Advocacia. Pesquisadora do Grupo de Estado e Economia no Brasil da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada da Fundação Padre Anchieta– TV Cultura. Membro efetivo da Comissão Mídia e Entretenimento do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Autora do livro Liberdade de expressão eo regime jurídico da televisão e do rádio. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6854080138131970>

**Ruth M. P. Santos**

É doutoranda em Direito Internacional e Europeu pela Faculdade de Direito de Lisboa e mestre em Direito Internacional Econômico no Centro Universitário de Brasília (Uniceub). É advogada e designer de serviços, atualmente é Consultora em Design para Negócios Jurídicos na Data UX Consultoria



**Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e Silva**

Advogada. Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Visiting Academic Phanthéon-Assas/Université Paris 2; Professora convidada da Universidade de Montpellier 1. Professora da graduação e da pós-graduação em direito do Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino – ITE

**Saete Maria da Silva**

Cordelista e advogada feminista, mestra em Direito Constitucional, Doutora em Estudos de Gênero e Feminismo, experta em incorporação do enfoque de gênero no Direito, professora da Universidade Federal da Bahia, coordenadora do grupo de pesquisa em Gênero, Direito e Políticas para a Igualdade-JUSFEMINA. E-mail: salete.maria@ufba.br

**Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques**

Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Nove de Julho. Advogada. e-mail: samanthameyer@uol.com.br

**Samira Rodrigues Pereira Alves**

Mestra em Direito pela Universidade Nove de Julho, Psicóloga e Pós-graduada em Gestão de Políticas, Programas e Projetos Sociais pela PUC-PR, Especialista em Resolução e Mediação

**Samyra Haydêe Dal Farra Napolini**

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Docente e pesquisadora e professora permanente do Programa de Mestrado em Direito na Sociedade da Informação e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP) e do Mestrado em Direito do Centro Universitário de Marília – UNIVEM. Editora da Revista Em Tempo do UNIVEM. Membro associado e Diretora Executiva do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI

**Sandra Lia Bazzo Barwinski**

Advogada. Mestra em Direito pelo Centro Universitário Internacional UNINTER. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Co-coordenadora do Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM/Brasil. Vice-presidente da Presidente da Comissão de Estudos sobre Violência de Gênero da OAB/PR. Contato: sandralia@bbzg.adv.br

**Sandra Ligian Nerling Konra**

Mestre e Doutora em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Professora Universitária

**Sandra Nascimento**

Constitucionalista. Advogada. Professora universitária. Doutora em Ciências Sociais e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília

**Sara de Assis Aquino**

Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB)

**Sidneia Catarina Tobias**

Delegada aposentada com currículo de titular de pastas de segurança pública e de delegacias de Mato Grosso do Sul

**Sílvia Andréia Vasconcelos**

Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela PUC de São Paulo. Advogada, historiadora e pedagoga. Professora do Curso de Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Possui formação em desenvolvimento humano, com Cursos nas áreas de Inteligência Emocional; Analista Comportamental e Coaching especialista em Hipnose Clínica. Sócia e consultora do Instituto SAV Consultoria e Treinamentos para atingir a sua melhor versão

**Silvia Araújo Amorim Pereira Barretto**

Mestre em Direito Público, pela Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro. Pós-Graduada na área de Direito Civil e Processo Civil, pela Universidade do Oeste de Santa Catarina– UNOESC. Pós-Graduada na área de Obrigações e Contratos, pela Escola da Ordem dos Advogados de São Paulo-ESA. Graduada em Direito pela FMU – Faculdade Metropolitanas Unidas de São Paulo

**Silvia Maria da Silveira Loureira**

Possui doutorado em Direito (área de concentração em Teoria do Estado e Direito Constitucional) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio (2015) e mestrado em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (2003). Atua como professora tanto na Graduação do Curso de Direito, quanto no Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental, na Escola de Direito da Universidade do Estado do Amazonas, nas áreas

as de Direito Constitucional e Direito Internacional. Desenvolve atividades de pesquisa e extensão na Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da ED/UEA

### **Silvia Pozzi**

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário das Américas (FAM). Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual Paulista (UNESP)

### **Solange Almeida Holanda Silvio**

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (parceria: UNIFOR e CIESA); Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE e Centro Universitário CIESA; (Mestrado Interinstitucional). Especialista em Direito Tributário e Legislação de Impostos pelo Centro Universitário CIESA; Coordenadora dos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu do Centro Universitário CIESA.

solangealmeidaholandasilvio@yahoo.com.br

### **Solange Teles da Silva**

Professora da Faculdade de Direito – Graduação e Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico – da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Direito e Desenvolvimento Sustentável. Bolsista de Produtividade em pesquisa CNPq

### **Sonia Wright**

Pós-doutora pela Fundação Joaquim Nabuco

### **Tahiana Vieira**

Mestranda em Direito e Economia na Universidade de Lisboa. Procuradora Federal. (DIREITO SP)

### **Tais Ramos**

Doutorado em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), com período de Doutorado Sanduíche no País (SWP) do CNPq na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduada em Direito, Especialista em Direito Processual Civil e Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Advogada

**Tania Bahia Carvalho Siqueira**

Mestre e doutora em Direito Comercial pela PUC/SP; especialista em direito econômico pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – GVLaw; professora de direito empresarial

**Tânia Regina Silva Reckziegel**

Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela UNISC. Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidad del Museo Social, UMSA, Argentina. Conselheira do Conselho Nacional de Justiça

**Tathiana Laiz Guzella**

Delegada de Polícia Civil do Paraná, Mestre em Direito, Especialista em Direito Penal, Professora da ESPC – Escola Superior da Polícia Civil, autora de outras obras na área do Direito

**Tatiane Moreira Lima**

Juíza de Direito Auxiliar da Capital, em exercício junto à Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Região Oeste, Foro Regional do Butantã, formou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas no ano de 2001 e atualmente é mestranda em Ciências Médicas pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – FMUSP

**Tatiane Pepe de Almeida Genaro**

É Especialista em Direito Constitucional, Direito Contemporâneo e tem especialização em Business Intelligence e Data Warehouse. É advogada e atualmente consultora de proteção de dados

**Terezinha de Oliveira Domingos**

Pós-Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora da Coordenadoria Geral de Especialização e Aperfeiçoamento – COGEAE – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pesquisadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Líder do Grupo de Pesquisa Capitalismo Humanista. Professora convidada Direito da Tributário FAAP. Professora da Universidade São Judas Tadeu. Professora pesquisadora da Faculdade de Direito da Universidade Nove de Julho. Avaliador ad hoc do INEP/MEC. Atua principalmente nos seguintes temas: Direito Tributário, Direito Educacional, Educação Jurídica, Políticas Públicas e Capitalismo Humanista. Autora e coordenadora de diversas obras e artigos científicos

**Thaís Marafanti**

Formada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Pós-Graduada em Direito Público pelo Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Delegada da Polícia Civil do Estado de São Paulo. Atualmente Titular da 6ª Delegacia de Defesa da Mulher – Santo Amaro/ Decap. Professora da Academia de Polícia Civil do Estado de São Paulo

**Unie Caminha**

Professora titular do PPGD Unifor. Professora Adjunta da Universidade Federal do Ceará. Doutora e Pós-doutora em Direito Comercial pela USP. Advogada

**Valéria Morine Nagy**

Pós-graduanda em Lei Geral de Proteção de Dados (LEGALE). Pós-graduanda em Direito Processual Civil (EPD). Bacharel em Direito (FADISP). Jornalista.

**Victoria Catherine Rodrigues Villas Boas**

Acadêmica do Curso de Direito do 8º período da Pontifícia Universidade Católica de Goiás

**Victoria Robles Sanjuán**

Instituto de Estudios de las Mujeres y de Género. Universidad de Granada

**Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr**

Professora e Coordenadora do PPGD UNICURITIBA. Editora da Revista Jurídica UNICURITIBA. Doutora e Mestre em Direito pela PUCSP. Estágio Pós-Doutoral realizado na Universidade de Coimbra UC/IGC

**Waleska Miguel Batista**

Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestra em Sustentabilidade e Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Integrante do Grupo de Pesquisa Estado e Direito no pensamento social brasileiro, vinculado ao PPGDPE/UPM. Bolsista integral CAPES

**Yasmin Sales Silva Cardoso**

Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA) na linha de pesquisa Sistemas de Proteção Jurídica dos Direitos Fundamentais. Bolsista do Centro de Aperfeiçoamento de Ensino Superior (CAPES), email: yasminsales13@gmail.com

**Zélia Luiza Pierdoná**

Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, vinculada à Graduação e ao Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq “O Sistema de Seguridade Social”. Doutora em Direito do Estado pela PUC/SP. Mestre em Direito das Relações Sociais, também pela PUC/SP. Estágio de Pós-doutorado na Universidade Complutense de Madri. Procuradora Regional da República. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq “O Sistema de Seguridade Social”. Doutora em Direito do Estado pela PUC/SP. Mestre em Direito das Relações Sociais, também pela PUC/SP

**Zenaide Maia**

Senadora da República PROS/RN

# ÍNDICE REMISSIVO

## ÍNDICE REMISSIVO

## A

aborto 41, 52, 61, 62, 234, 244, 245, 300, 301, 304, 484, 621, 622, 859, 875, 885, 903, 963, 966, 1048, 1051, 1058, 1104, 1111, 1245, 1249, 1250, 1254, 1287, 1295, 1297, 1312, 1315, 1316, 1317, 1318, 1319, 1320, 1322, 1366, 1367, 1368, 1369, 1370, 1371, 1372, 1373, 1374, 1375, 1376, 1377, 1378, 1379, 1380, 1381, 1382, 1383, 1384, 1385, 1386, 1387, 1388, 1389, 1390, 1394, 1399, 1400, 1401, 1402, 1403, 1405, 1406, 1407, 1409, 1410, 1411, 1412, 1413, 1414, 1415, 1416, 1417, 1418, 1419, 1420, 1421, 1422, 1423, 1424, 1425, 1426, 1427, 1428, 1429, 1430, 1431, 1435, 1436, 1437, 1438, 1439, 1440, 1441, 1442, 1443, 1444, 1450, 1628, 2054, 2089, 2095, 2233, 2234, 2236

acesso à justiça 241, 257, 362, 363, 438, 439, 443, 444, 445, 447, 510, 561, 563, 565, 566, 718, 792, 838, 859, 875, 932, 1017, 1018, 1019, 1020, 1062, 1097, 1111, 1310, 1380, 1530, 1531, 1600, 1601, 1602, 1605, 1610, 1611, 1831, 1842, 1844, 1941, 2005, 2282, 2386, 2427

acesso das mulheres à política 2110

ações afirmativas 46, 48, 54, 100, 138, 140, 144, 165, 167, 170, 183, 237, 265, 288, 297, 824, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 893, 898, 899, 901, 902, 903, 904, 905, 915, 916, 917, 918, 919, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 1141, 1633, 1638, 1646, 1742, 1921, 1959, 1966, 1970, 1971, 1972, 1973, 2049, 2052, 2053, 2058, 2063, 2064, 2065, 2066, 2146, 2161, 2204, 2210, 2211, 2220

advocacia feminina 1097, 1902, 1903, 1911, 1912, 1913, 1917

Advocacia feminina 251

Agenda 2030 251, 589, 913, 1485, 1488, 1548, 1554, 1557, 1559, 1560, 1561, 1603, 1609, 1667, 1858, 1971, 1973, 2214, 2230, 2249, 2271, 2400, 2508

AGU 1375, 1985, 1986

arbitragem 251, 589, 913, 1485, 1488, 1548, 1554, 1557, 1559,

1560, 1561, 1603, 1609, 1667, 1858, 1971, 1973, 2214, 2230, 2249, 2271, 2400, 2508

assédio 170, 198, 351, 372, 895, 1005, 1024, 1026, 1069, 1474, 1480, 1482, 1543, 1565, 1746, 1824, 1837, 1841, 1842, 1844, 1852, 1898, 1899, 1900, 1901, 1913, 2282, 2337, 2392, 2393, 2417, 2423, 2508, 2510, 2511

Assembleia Nacional Constituinte 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801

associativismo de mulheres

Ativismo feminista 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801

Ativismo judicial 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801

autonomia da vontade 520, 521, 522, 527, 573, 574, 579, 580, 582, 1229, 1367, 1880, 2394, 2402, 2403, 2404

AUTONOMIA DA VONTADE 2391

autonomia da vontade da mulher 2402

autonomia dos consumidores 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801

autonomia privada 302, 573, 579, 580, 584, 1227, 1229, 1243, 1247, 1248, 1253, 1331, 1350, 1371, 2225, 2323, 2326, 2341, 2366, 2367, 2368, 2375, 2402, 2405

## B

Banco genético 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801

BANCO GENÉTICO 17, 971, 1162

Biodireito 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801

## C

câncer de mama 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801, 1269, 1864, 1867, 1869, 1906

Candidaturas femininas 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801



- Capitalismo humanista 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- cibercidadania 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- cidadania 40
- Cidadania feminina 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- comércio eletrônico 2377
- COMÉRCIO ELETRÔNICO 29, 2302, 2377, 2381
- constitucionalismo 56, 63, 64, 66, 70, 74, 75, 81, 83, 84, 89, 91, 139, 241, 257, 271, 293, 294, 295, 296, 304, 316, 318, 320, 322, 333, 348, 354, 356, 357, 380, 456, 462, 463, 477, 495, 626, 637, 646, 712, 713, 714, 781, 832, 847, 947, 1098, 1100, 1101, 1102, 1109, 1210, 1212, 1376, 1377, 1392, 1398, 1402, 1403, 1478, 1495, 1496, 1613, 1614, 1615, 1622, 1623, 1710, 1711, 1762, 1931, 1938, 1968, 1974, 1976, 1978, 1979, 1980, 1983, 1988, 1989, 1996, 2207, 2216
- constitucionalismo feminista 64
- constitucionalismo inclusivo 5, 37, 68, 74, 75
- constituição cidadã 10, 56, 82, 85, 91, 171, 175, 230, 238, 287, 338, 349, 379, 456, 498, 528, 530, 539, 560, 748, 764, 768, 769, 772, 781, 784, 795, 798, 843, 849, 851, 868, 884, 954, 1036, 1268, 1269, 1404, 1409, 1413, 1414, 1415, 1416, 1417, 1418, 1428, 1504, 1595, 1613, 1614, 1756, 2046, 2047, 2419
- Constituição Cidadã 10, 56, 82, 85, 91, 171, 175, 230, 238, 287, 338, 349, 379, 456, 498, 528, 530, 539, 560, 748, 764, 768, 769, 772, 781, 784, 795, 798, 843, 849, 851, 868, 884, 954, 1036, 1268, 1269, 1404, 1409, 1413, 1414, 1415, 1416, 1417, 1418, 1428, 1504, 1595, 1613, 1614, 1756, 2046, 2047, 2419
- Constituinte 5, 37, 41, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 59, 60, 61, 62, 65, 66, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 90, 93, 98, 100, 123, 127, 129, 139, 172, 175, 176, 177, 179, 180, 181, 230, 235, 242, 243, 244, 245, 246, 250, 312, 335, 348, 359, 360, 498, 528, 530, 531, 538, 544, 553, 554, 555, 556, 572, 580, 752, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 782, 794, 795, 797, 798, 799, 847, 856, 868, 878, 884, 885, 886, 890, 892, 956, 1000, 1211, 1267, 1311, 1400, 1403, 1404, 1405, 1406, 1407, 1408, 1409, 1410, 1411, 1412, 1413, 1415, 1416, 1417, 1418, 1419, 1420, 1427, 1428, 1429, 1430, 1491, 1493, 1494, 1498, 1500, 1501, 1503, 1504, 1514, 1515, 1557, 1560, 1564, 1576, 1578, 1614, 1615, 1617, 1622, 1655, 1700, 1713, 1838, 1906, 1979, 1990, 2019, 2048, 2051, 2074, 2078, 2081, 2100, 2102, 2104, 2105, 2110, 2204, 2205, 2206, 2294, 2328, 2350, 2436, 2539
- constitution 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- corrupção 178, 272, 402, 403, 411, 532, 536, 863, 1069, 1080, 1084, 1162, 1163, 1177, 1604, 1943, 2055, 2061, 2325, 2339, 2349, 2350, 2352, 2353, 2354, 2355, 2356, 2357, 2358, 2446, 2456, 2466
- Covid-19 27, 64, 191, 194, 455, 465, 473, 675, 681, 687, 750, 752, 753, 850, 852, 910, 911, 913, 914, 920, 938, 972, 1072, 1073, 1080, 1147, 1203, 1293, 1299, 1425, 1451, 1452, 1481, 1482, 1487, 1488, 1494, 1555, 1556, 1561, 1588, 1589, 1597, 1598, 1627, 1638, 1640, 1664, 1669, 1670, 1672, 1676, 1680, 1685, 1716, 1717, 1718, 1719, 1720, 1721, 1723, 1724, 1831, 1853, 1854, 1894, 2032, 2079, 2088, 2109, 2152, 2153, 2155, 2156, 2157, 2158, 2159, 2160, 2164, 2165, 2166, 2171, 2278, 2279, 2280, 2281, 2283, 2284, 2285, 2286, 2359, 2372, 2374, 2377, 2378, 2381, 2382, 2383, 2385, 2387, 2388, 2389, 2392, 2401, 2417, 2430, 2437, 2438, 2440, 2476, 2486, 2500, 2501, 2502, 2509
- Cyberstalking 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- D**
- Democracia 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793,

794, 799, 800, 801

desenvolvimento científico 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801

Dignidade da pessoa humana 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801

Direito à Ancestralidade

Direito à moradia 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801

Direito à privacidade 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801

Direito das mulheres 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801

Direito de amamentar 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801

direitos fundamentais 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801

Direitos humanos 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801

Direitos humanos das mulheres 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801

direitos reprodutivos 49, 198, 301, 748, 792, 859, 895, 1102, 1227, 1229, 1230, 1268, 1269, 1270, 1271, 1273, 1276, 1280, 1281, 1284, 1309, 1311, 1312, 1318, 1322, 1371, 1406, 1411, 1416, 1420, 1421, 1426, 1726, 1745, 1823, 2005, 2400

Direitos sexuais 49, 198, 301, 748, 792, 859, 895, 1102, 1227, 1229, 1230, 1268, 1269, 1270, 1271, 1273, 1276, 1280, 1281, 1284, 1309, 1311, 1312, 1318, 1322, 1371, 1406, 1411, 1416, 1420, 1421, 1426, 1726, 1745, 1823, 2005, 2400

Discriminação 49, 198, 301, 748, 792, 859, 895, 1102, 1227, 1229, 1230, 1268, 1269, 1270, 1271, 1273, 1276, 1280, 1281, 1284, 1309, 1311, 1312, 1318, 1322, 1371, 1406, 1411, 1416, 1420, 1421, 1426, 1726, 1745, 1823, 2005, 2400

Discriminação positiva 49, 198, 301, 748, 792, 859, 895, 1102,

1227, 1229, 1230, 1268, 1269, 1270, 1271, 1273, 1276, 1280, 1281, 1284, 1309, 1311, 1312, 1318, 1322, 1371, 1406, 1411, 1416, 1420, 1421, 1426, 1726, 1745, 1823, 2005, 2400

## E

Educação feminina 49, 198, 301, 748, 792, 859, 895, 1102, 1227, 1229, 1230, 1268, 1269, 1270, 1271, 1273, 1276, 1280, 1281, 1284, 1309, 1311, 1312, 1318, 1322, 1371, 1406, 1411, 1416, 1420, 1421, 1426, 1726, 1745, 1823, 2005, 2400

Educação sobre gênero 49, 198, 301, 748, 792, 859, 895, 1102, 1227, 1229, 1230, 1268, 1269, 1270, 1271, 1273, 1276, 1280, 1281, 1284, 1309, 1311, 1312, 1318, 1322, 1371, 1406, 1411, 1416, 1420, 1421, 1426, 1726, 1745, 1823, 2005, 2400

educadoras feministas 49, 198, 301, 748, 792, 859, 895, 1102, 1227, 1229, 1230, 1268, 1269, 1270, 1271, 1273, 1276, 1280, 1281, 1284, 1309, 1311, 1312, 1318, 1322, 1371, 1406, 1411, 1416, 1420, 1421, 1426, 1726, 1745, 1823, 2005, 2400

eleitora 49, 198, 301, 748, 792, 859, 895, 1102, 1227, 1229, 1230, 1268, 1269, 1270, 1271, 1273, 1276, 1280, 1281, 1284, 1309, 1311, 1312, 1318, 1322, 1371, 1406, 1411, 1416, 1420, 1421, 1426, 1726, 1745, 1823, 2005, 2400

Emancipação feminina 49, 198, 301, 748, 792, 859, 895, 1102, 1227, 1229, 1230, 1268, 1269, 1270, 1271, 1273, 1276, 1280, 1281, 1284, 1309, 1311, 1312, 1318, 1322, 1371, 1406, 1411, 1416, 1420, 1421, 1426, 1726, 1745, 1823, 2005, 2400

empoderamento das mulheres 49, 198, 301, 748, 792, 859, 895, 1102, 1227, 1229, 1230, 1268, 1269, 1270, 1271, 1273, 1276, 1280, 1281, 1284, 1309, 1311, 1312, 1318, 1322, 1371, 1406, 1411, 1416, 1420, 1421, 1426, 1726, 1745, 1823, 2005, 2400

equidade no lar 49, 198, 301, 748, 792, 859, 895, 1102, 1227,

1229, 1230, 1268, 1269, 1270, 1271, 1273, 1276, 1280,  
1281, 1284, 1309, 1311, 1312, 1318, 1322, 1371, 1406,  
1411, 1416, 1420, 1421, 1426, 1726, 1745, 1823, 2005,  
2400

Estado de coisas inconstitucional 49, 198, 301, 748, 792, 859,  
895, 1102, 1227, 1229, 1230, 1268, 1269, 1270, 1271,  
1273, 1276, 1280, 1281, 1284, 1309, 1311, 1312, 1318,  
1322, 1371, 1406, 1411, 1416, 1420, 1421, 1426, 1726,  
1745, 1823, 2005, 2400

Estado Democrático de Direito 49, 198, 301, 748, 792, 859,  
895, 1102, 1227, 1229, 1230, 1268, 1269, 1270, 1271,  
1273, 1276, 1280, 1281, 1284, 1309, 1311, 1312, 1318,  
1322, 1371, 1406, 1411, 1416, 1420, 1421, 1426, 1726,  
1745, 1823, 2005, 2400

Exploração sexual 49, 198, 301, 748, 792, 859, 895, 1102, 1227,  
1229, 1230, 1268, 1269, 1270, 1271, 1273, 1276, 1280,  
1281, 1284, 1309, 1311, 1312, 1318, 1322, 1371, 1406,  
1411, 1416, 1420, 1421, 1426, 1726, 1745, 1823, 2005,  
2400

## F

família 49, 198, 301, 748, 792, 859, 895, 1102, 1227, 1229,  
1230, 1268, 1269, 1270, 1271, 1273, 1276, 1280, 1281,  
1284, 1309, 1311, 1312, 1318, 1322, 1371, 1406, 1411,  
1416, 1420, 1421, 1426, 1726, 1745, 1823, 2005, 2400

Feminicídio 2238

Feminismo internacional 49, 198, 301, 748, 792, 859, 895,  
1102, 1227, 1229, 1230, 1268, 1269, 1270, 1271, 1273,  
1276, 1280, 1281, 1284, 1309, 1311, 1312, 1318, 1322,  
1371, 1406, 1411, 1416, 1420, 1421, 1426, 1726, 1745,  
1823, 2005, 2400

femme 2238

função social da empresa 2238

funcionalização do direito 2238

## G

gênese do sexismo 2238

Gestação 2238

gramática includente da mulher 2238

## H

Hermenêutica constitucional 2238

homens e mulheres 2238

homófobos 2238

## I

identidade sexual 2238

Igualdade 2238

Igualdade de gênero 2238

Igualdade entre homens e mulheres 2238

igualdade entre os sexos 2238

igualdade social 2238

imigrantes 2238

Imparcialidade 2238

Inconstitucionalidade 2238

indústria do sexo 2238

Iniciativa popular 2238

interesse social 2238

Interpretação constitucional 2238

Investimentos ESG 2238

Isonomia entre cônjuges 2238

## J

julgamentos virtuais 2238

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 2238

## L

Legalidade 2238

Lei geral de proteção de dados 2238

Lei Maria da Penha 2238

Liberdade 2238

- Liberdade de informação 2238  
 Liberdade de profissão 2238  
 Liberdade Econômica 2238  
 liberdades das mulheres 2238  
 litigiosidade 2238  
 Livre iniciativa 2238  
 Livre mercado 2238  
 Lobby do batom 2238
- M**
- machismo 2238  
 Medidas protetivas 2238  
 Meio ambiente 2238  
 Mercado de trabalho 2238  
 MERCOSUL 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793,  
 794, 799, 800, 801  
 migrantes estrangeiras 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791,  
 792, 793, 794, 799, 800, 801  
 militância feminista 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791,  
 792, 793, 794, 799, 800, 801  
 minoria 764  
 misógina 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794,  
 799, 800, 801  
 Modulação dos efeitos 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791,  
 792, 793, 794, 799, 800, 801  
 Movimento feminista 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791,  
 792, 793, 794, 799, 800, 801  
 Movimentos sociais 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792,  
 793, 794, 799, 800, 801  
 movimiento feminista 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791,  
 792, 793, 794, 799, 800, 801  
 mujeres 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794,  
 799, 800, 801  
 mujeres invisibles 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792,  
 793, 794, 799, 800, 801  
 Mulher com deficiência 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791,  
 792, 793, 794, 799, 800, 801  
 mulheres e meninas 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791,  
 792, 793, 794, 799, 800, 801  
 Mulheres migrantes 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791,  
 792, 793, 794, 799, 800, 801  
 mulheres na política 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791,  
 792, 793, 794, 799, 800, 801  
 mulheres na Sociedade da Informação 764, 785, 786, 787, 788,  
 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801  
 Mulheres transgêneros 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791,  
 792, 793, 794, 799, 800, 801  
 mulher na sociedade patriarcal 764, 785, 786, 787, 788, 789,  
 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801  
 mulher no mercado de trabalho 764, 785, 786, 787, 788, 789,  
 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801  
 Mutação constitucional 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791,  
 792, 793, 794, 799, 800, 801
- N**
- Negociação coletiva 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792,  
 793, 794, 799, 800, 801  
 norma regimental 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792,  
 793, 794, 799, 800, 801
- O**
- Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável 764, 785, 786,  
 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801  
 orientação sexual 764  
 origem genética 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792,  
 793, 794, 799, 800, 801
- P**
- pacto federativo 2238  
 Pandemia 2238  
 Participação política 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791,  
 792, 793, 794, 799, 800, 801  
 Perspectiva Social da Sustentabilidade 2238

- Planejamento familiar 2238
- Poder familiar 2238
- polícia civil 2238
- Polícia judiciária 2238
- Polícia militar 2238
- políticas de igualdade 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- Políticas públicas 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801, 2238
- Política feminina 2238
- prerrogativas da mulher advogada 2238
- primeira mulher 2238
- Princípio da insignificância 2238
- Privacidade 2238
- Propriedade intelectual 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- Propriedade Intelectual 2238
- prostituição 2238
- R**
- Razoável duração do processo 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- referências femininas 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- Reforma constitucional 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- reforma do poder judiciário 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- Reforma tributária 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- relações familiares 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- Repercussão geral 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- representação das mulheres 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- Representatividade 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- Representatividade feminina 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- resiliência 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- revictimización 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- S**
- Saúde pública 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- Segurança jurídica 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- Segurança pública 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- Separação dos poderes 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- Sexistas 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- Sistema tributário nacional 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- Sociedade da informação 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- sociedad patriarcal 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- superendividamento 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- sustentabilidade 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- T**
- Trabalhadoras Domésticas 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801
- trabalhadoras sexuais 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801

trabalho da mulher 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792,  
793, 794, 799, 800, 801

Trabalho-Família 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792,  
793, 794, 799, 800, 801

Tráfico de Mulheres 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791,  
792, 793, 794, 799, 800, 801

Transexuais 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793,  
794, 799, 800, 801

## U

universo feminino 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792,  
793, 794, 799, 800, 801

## V

Violência de gênero 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792,  
793, 794, 799, 800, 801

Violência doméstica 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791,  
792, 793, 794, 799, 800, 801

Violência no ambiente de trabalho 764, 785, 786, 787, 788,  
789, 790, 791, 792, 793, 794, 799, 800, 801

Violência sexual 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792,  
793, 794, 799, 800, 801

vulnerabilidade 764, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792,  
793, 794, 799, 800, 801

---

A obra “A Constituição por elas: a interpretação constitucional sob a ótica das mulheres” nasceu da necessidade de se divulgar o trabalho acadêmico das juristas, bem como trazer a lume a visão das mulheres acerca dos temas mais relevantes da Constituição. As mulheres representam mais da metade da população do Brasil, mas ainda são uma minoria no tocante à fruição de direitos, vez que ainda há poucas mulheres participando do processo de tomada de decisão do Estado. Nesse contexto, imprescindível se faz, com vistas à concretização do princípio constitucional da equidade de gênero, promover e incentivar a participação das mulheres nas mais diversas áreas, em especial, na jurídica. É importante incentivar e divulgar a produção acadêmica das mulheres com vistas a trazer um olhar feminino sobre aspectos importantes do direito e da política e desse modo promover efetivamente a igualdade entre homens e mulheres, tanto do ponto de vista formal, como material.

***Patrícia Pacheco Rodrigues***

***Renata Mota Maciel***

***Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques***

***Samira Rodrigues Pereira Alves***

---

